



## Acórdão 01628/2019-4 - 2ª Câmara

**Processo:** 07069/2017-7

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

**Exercício:** 2017

**UGs:** FMS - Fundo Municipal de Saúde de Presidente Kennedy, FMSM - Fundo Municipal de Saúde de Marataízes, FMSSM - Fundo Municipal de Saúde de São Mateus, PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes, PMPK - Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy, PMSM - Prefeitura Municipal de São Mateus

**Relator:** Domingos Augusto Taufner

**Interessado:** FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE MARATAIZES, FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE PRESIDENTE KENNEDY-ES, FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE SAO MATEUS

**Responsável:** MARCOS ROBERTO RAMOS FERREIRA, SELMA HENRIQUES DE SOUZA, ANA FRANCISCA GONCALVES DA CRUZ, PAULO ROBERTO DE PAULA JUNIOR, ALEX SANDRE RODRIGUES RANGEL

**AUDITORIA ORDINÁRIA – PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES – FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE MARATAÍZES – PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY – FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE PRESIDENTE KENNEDY – PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS – FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE SÃO MATEUS – MULTAS – IRREGULARIDADE - ARQUIVAR.**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:**

### 1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Auditoria Ordinária originada de Fiscalização referente ao Plano Anual de Fiscalização – PAF, no exercício de 2017, que contemplou a área da saúde, com a finalidade de fiscalizar as aquisições de medicamentos da assistência farmacêutica da atenção básica, com foco de atuação nas licitações e contratos dos municípios de Marataízes, Presidente Kennedy e São Mateus.

Foi emitido o Termo de Designação 80/2017, para a realização da auditoria, no dia 15 de setembro de 2017. De acordo com as definições do PAF/2017, o objetivo da fiscalização foi apurar possíveis irregularidades na realização dos procedimentos licitatórios, principalmente no que tange à restrição do caráter competitivo do certame e direcionamento da contratação, bem como aferição dos preços contratados, de modo a avaliar se estão dentro dos parâmetros do mercado, e, por fim, verificar se os medicamentos foram entregues, conforme previsto contratualmente.

Os autos foram encaminhados para a Secretaria de Controle Externo de Saúde e Assistência Social – SecexSAS que apontou irregularidades no Relatório de Auditoria 43/2018 e após foi elaborada a Instrução Técnica Inicial 564/2018, sugerindo a citação dos responsáveis.

Por meio da Decisão SEGEX 549/2018, foi determinada a citação dos responsáveis para apresentação de justificativas e documentos no prazo de 30 dias improrrogáveis.

Devidamente citados, foram apresentadas as defesas/justificativas e, em seguida, os autos foram encaminhados à SecexSAS, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva **ITC 780/2019**, que se manifestou pela manutenção das seguintes irregularidades:

**– Ausência de detalhamento do objeto (item 2.1 da ITC 780/2019)**

**Base Legal:** *Infringência ao disposto no art. 14, da Lei Federal nº 8.666/1993*

**Responsáveis:**

- Paulo Roberto de Paula Junior - Secretário M. Saúde – Marataízes
- Marcos Roberto Ramos Ferreira - Oficial Administrativo SMS Marataízes
- Alex Sandre Rodrigues Rangel – Farmacêutico – Presidente Kennedy
- Selma Henriques de Souza – assessora técnica de Presidente Kennedy

**– Ausência de pesquisa de preço (item 2.2 da ITC 780/2019)**

**Base Legal:** *Infringência ao art. 15, §1º da Lei Federal nº 8.666/93.*

**Responsáveis:**

- Paulo Roberto de Paula Junior - Secretário M. Saúde – Marataízes

**– Ausência de critério objetivo de julgamento das propostas (item 2.3 da ITC 780/2019)**

**Base Legal:** *Infringência ao disposto no art. 40, inciso VII c/c art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93.*

**Responsável:**

- Paulo Roberto de Paula Junior - Secretário M. Saúde – Marataízes
- Marcos Roberto Ramos Ferreira - Oficial Administrativo SMS Marataízes

**– Aquisição de medicamento sem a devida desoneração de ICMS (item 2.4 da ITC 780/2019)**

**Base Legal:** *Infringência ao Convênio - CONFAZ 87/2002, cláusula 1º, §6; Convênio - CONFAZ 57/2010.*

**Responsáveis:**

- Paulo Roberto de Paula Junior - Secretário M. Saúde – Marataízes
- Ana Francisca Gonçalves da Cruz - Secretário M. Saúde – São Mateus

Posteriormente, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas, que por meio de parecer nº 1236/2019-8 da lavra do Procurador de Contas, Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, corroborou integralmente os argumentos lançados pela equipe técnica, porém, sugeriu a expedição de determinações, sob pena de aplicação de multa pelo descumprimento (arts. 1º, XXXI e 389, VII, do RITCEES): às Prefeituras de Marataízes, Presidente Kennedy e São Mateus, que se abstenham de utilizar a Tabela CMED como parâmetro para aquisição de medicamentos; e às Prefeituras de **Marataízes** e **São Mateus** que prevejam, expressamente, em editais ou termos de dispensa, cláusula específica relativa à isenção do ICMS nas contratações de fármacos e medicamentos relacionados no anexo único do Convênio do CONFAZ ICMS 87/2002.

É o relatório.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

Cuidam os autos de **Auditoria Ordinária de Conformidade** realizada no Fundo Municipal de Saúde de Presidente Kennedy, Fundo Municipal de Saúde de Marataízes, Fundo Municipal de Saúde de São Mateus, Prefeitura Municipal de Marataízes, Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy e Prefeitura Municipal de São Mateus, no período compreendido entre 11/09/2017 e 24/11/2017 e também de Auditoria Temática de Conformidade em Ações e Serviços Públicos de Saúde - Licitações e Contratos, com a finalidade de fiscalizar as aquisições de medicamentos da assistência farmacêutica da atenção básica.

Ante o exposto, com base no **Relatório de Auditoria - RA 43/2018-2**, e a citação dos responsáveis nos termos da **Instrução Técnica Inicial - ITI nº 00564/2018-8**, verifica-se que após as justificativas e documentações apresentadas, constata-se a manutenção, nos termos disposto na **ITC 780/2019**, de todas as irregularidades inicialmente apontadas no RA 43/2018-2, sobre as quais passo a me manifestar:

## 3. DO MÉRITO

**3.1. Ausência de detalhamento do objeto – Base Legal:** Art. 14, da Lei 8.666/1993 (item 2.1 da ITC)

<b>Responsável</b>	Paulo Roberto de Paula Junior
<b>Cargo</b>	Secretário M. Saúde 05/10/2015 a 02/01/2017.
<b>Conduta</b>	<b>Elaborar termo de referência</b> sem detalhamento do objeto a ser contratado – Processo administrativo nº. 5.420/2016 ( <b>Marataízes</b> ).
<b>Nexo de causalidade</b>	Ao elaborar termo de referência sem especificar os medicamentos a serem adquiridos, carecendo do detalhamento do objeto, acabou por violar os ditames legais supracitados, e ainda, possibilitou a condução do certame sem informações essenciais para aferição da necessidade pública da compra.
<b>Culpabilidade</b>	Era exigível conduta diversa, pois, ao se planejar aquisição de bens públicos, elaborando-se o termo de referência do certame, deve-se discriminar o objeto de maneira clara, de modo a explicitar a necessidade pública de tal bem, e ainda, servir como parâmetro comparativo de preços.

<b>Responsável</b>	Marcos Roberto Ramos Ferreira
<b>Cargo</b>	Oficial Administrativo 01/08/2001
<b>Conduta</b>	<b>Elaborar edital de licitação</b> sem detalhamento do objeto a ser contratado – Processo administrativo nº. 5.420/2016 ( <b>Marataízes</b> ).
<b>Nexo de causalidade</b>	Ao elaborar edital de licitação, limitando-se a replicar a discriminação do objeto conforme exposto no termo de referência, sem detalhamento, sem especificar os medicamentos a serem adquiridos, acabou por violar os ditames legais supracitados, e ainda, possibilitou a condução do certame sem informações essenciais para aferição da necessidade pública da compra.
<b>Culpabilidade</b>	Era exigível conduta diversa, pois cabe ao pregoeiro elaborar edital de licitação com o detalhamento do objeto, mesmo sendo previamente elaborado no termo de referência, deve-se discriminar o objeto de maneira clara, de modo a explicitar a necessidade pública de tal bem, e ainda, servir como parâmetro de comparativo de preços

<b>Responsável</b>	Alex Sandre Rodrigues Rangel
<b>Cargo</b>	Farmacêutico 03/07/2017
<b>Conduta</b>	<b>Elaborar termo de referência</b> sem detalhamento do objeto a ser contratado – Processo administrativo nº. 21.906/2016 ( <b>Presidente Kennedy</b> ).
<b>Nexo de causalidade</b>	Ao elaborar termo de referência sem especificar os medicamentos a serem adquiridos, carecendo do detalhamento do objeto, acabou por violar os ditames legais supracitados, e ainda, possibilitou a condução do certame sem informações essenciais para aferição da necessidade pública da compra.
<b>Culpabilidade</b>	Era exigível conduta diversa, pois, ao se planejar aquisição de bens públicos, elaborando-se o termo de referência do certame, deve-se discriminar o objeto de maneira clara, de modo a explicitar a necessidade pública de tal bem, e ainda, servir como parâmetro de comparativo de preços.

<b>Responsável</b>	Selma Henriques de Souza
<b>Cargo</b>	Assessor Técnico I 01/12/2008
<b>Conduta</b>	<b>Elaborar edital de licitação</b> sem detalhamento do objeto a ser contratado – Processo administrativo nº. 21.906/2016 ( <b>Presidente Kennedy</b> )
<b>Nexo de causalidade</b>	Ao elaborar edital de licitação, limitando-se a replicar a discriminação do objeto conforme exposto no termo de referência, sem detalhamento, sem especificar os medicamentos a serem adquiridos, acabou por violar os ditames legais supracitados, e ainda, possibilitou a condução do certame sem informações essenciais para aferição da necessidade pública da compra.
<b>Culpabilidade</b>	Era exigível conduta diversa, pois cabe ao pregoeiro elaborar edital de licitação com o detalhamento do objeto, mesmo sendo previamente elaborado no termo de referência, deve-se discriminar o objeto de maneira clara, de modo a explicitar a necessidade pública de tal bem, e ainda, servir como parâmetro de comparativo de preços.

Inicialmente, a finalidade da equipe auditora seria apurar se houve direcionamento do certame para algum interessado na licitação, todavia, ao analisar o Processo Administrativo nº. 5420/2016 (Marataízes), que trata da aquisição de medicamentos para o município, constatou-se a necessidade de detalhamento do objeto, pois, foi apurado que tanto no Termo de Referência quanto no edital a única descrição que constava para os medicamentos a serem adquiridos era a seguinte: “Aquisição pelo Sistema de Registro de Preços, tendo como critério de julgamento o maior percentual de desconto acima de 24,38% dos itens constantes da Tabela CMED”.

Da mesma forma ocorreu no município de Presidente Kennedy, nos autos do processo 21.906/2016, conforme se observa no termo de referência, bem como no edital do certame.

Segundo a Equipe Técnica: “a ausência de definição clara do objeto a ser licitado contribui para a restrição do caráter competitivo do certame ao gerar incertezas nos prováveis licitantes, ao passo que não há conhecimento por parte dos mesmos de quais produtos deverão ser ofertados ao Município, e assim, dificulta a aferição da

viabilidade em participação no procedimento licitatório, de modo a mensurar se tem capacidade de atender à demanda municipal. ”

Os argumentos de defesa dos responsáveis, em síntese, alegam que a compra era para atender grande demanda de medicamentos (por iniciativa do Executivo e do Poder Judiciário) no município e o quantitativo foi com base na demanda do ano anterior. Informam que a tabela da CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) detalha os medicamentos, com preço máximo e outras informações relevantes para a aquisição. Alegaram ainda, que por não haver interveniência da administração pública no que tange à definição dos medicamentos solicitados pelo médico, foi um fator que impossibilitou detalhar os medicamentos.

Pois bem.

Não houve a especificação de quais medicamentos seriam adquiridos, abrindo a possibilidade de se comprar qualquer um, desde que inserido na tabela CMED, assim, deixa de observar a Lei 8.666/93, clara quanto a necessidade da definição do objeto, ou seja, a conduta praticada vai de encontro aos termos do artigo 14 da mesma lei, que impede a realização de compras sem a adequada caracterização do objeto.

Ante ao relatado, acompanho a área técnica e o corpo ministerial, **mantendo a presente irregularidade, com aplicação de multa**, com a determinação de que se promova a devida caracterização dos objetos licitatórios, definindo-os de forma precisa, suficiente e clara, tal como dispõe o artigo 3º, II da Lei nº. 10.520/2002 e artigo 14 e 15 da Lei nº. 8.666/93, tendo como objeto uma relação pré-definida de medicamentos, inclusive os judicializados e de demandas espontâneas, sob uso contínuo.

**3.2. Ausência de pesquisa de preço – Base Legal: Art. 15, §1º da Lei 8.666/93 (Item 2.2 da ITC)**

<b>Responsável</b>	Paulo Roberto de Paula Junior
<b>Cargo</b>	Secretário M. Saúde <b>Marataízes</b> 05/10/2015 a 02/01/2017.
<b>Conduta</b>	Elaborar termo de referência, sem realização de prévia pesquisa de preço para balizar os valores do certame
<b>Nexo de causalidade</b>	Ao elaborar o termo de referência, sem que houvesse prévia pesquisa de preço, limitando-se a estipular o valor envolvido na contratação, sem apresentar a metodologia de cálculo utilizada, contribuiu para parametrizar o certame licitatório em valores que não se pode afirmar ser compatível com o praticado no mercado.
<b>Culpabilidade</b>	Era esperado do agente, na função de Secretário de Saúde, a elaboração do Termo de Referência com informações precisas e adequadas, e no que tange ao preço de referência para balizar o certame, mais especificamente à realização de prévia de pesquisa de mercado, baseada em diversas fontes de pesquisa, de modo a aproximar os valores à realidade de mercado.

A equipe de auditoria verificou nos processos de aquisição de medicamentos realizados pelo município de Marataízes, que os gestores foram omissos quanto a realização prévia de pesquisa de preço, que serviria de parâmetro para os certames, bem como verificar se há recursos orçamentários suficientes para o adimplemento das futuras despesas. Nota-se que não houve orçamentos de empresas privadas, e o município estabeleceu um percentual de desconto sobre a tabela CMED sem apresentar a metodologia de cálculo que pudesse comprovar que o percentual aplicado é aquele praticado no mercado.

O Sr. Paulo Roberto de Paula Junior alegou que a demanda e a necessidade da compra dos medicamentos eram apresentadas pelos farmacêuticos, e com relação ao quantitativo, foram usados como metodologia a demanda do ano anterior, acrescidos de 20% a 30%, visto que a tabela CMED já é padronizada, por isso não houve necessidade da pesquisa de preços.

A área técnica informou, novamente, que os preços divulgados pela CMED não servem de parâmetro para referência de aquisições públicas de medicamentos, segundo a opinião do TCU:



Os preços divulgados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) não são o parâmetro mais adequado para servir como referência para aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade de tais aquisições por parte dos órgãos de controle, pois são referenciais máximos que a lei permite a um fabricante de medicamentos vender o seu produto. (Acórdão 2901/2016 – Plenário; Relator BENJAMIN ZYMLER)

Dessa forma, os preços estabelecidos por esta tabela, não são elaborados para refletir os valores de mercado, mas para regular os preços de medicamentos no país.

É importante destacar que a Auditoria realizada pelo TCU constatou que os preços da tabela CMED consumidor eram superiores aos praticados em compras públicas, havendo casos em que ultrapassavam 10.000% (Acórdão 3.016/2012-Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues). **Assim, as compras de medicamentos devem ser balizadas pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.**

Atendendo o caráter educativo aos jurisdicionados fiscalizados, essa Corte de Contas, consubstanciou no Acórdão **TCE/ES 446/2017**, que a compra de medicamentos deve, sempre que possível, balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública, além da pesquisa de preços realizada com fornecedores no mercado. Destaca-se o importante banco de informações para a pesquisa de preço, que é o Banco de Preços em Saúde – BPS<sup>1</sup>, criado pelo Ministério da Saúde e disponível em: <http://bps.saude.gov.br/login.jsf>.

Assim, considerando que o acórdão deste Tribunal mencionado é posterior ao caso concreto aqui analisado, e dado seu caráter educativo, dirijo da Área Técnica e Ministério Público e **afasto a presente irregularidade apontada**, mas com determinação de que seja estabelecido como procedimento operacional padrão a ampla pesquisa de mercado que contemple distribuidores, consultas a aquisições de outras Secretarias de Saúde e ao Banco de Preços em Saúde - BPS, do Ministério da Saúde, tendo como preço máximo os estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED.

---

<sup>1</sup> Voto do Ministro Redator Benjamin Zymler, no Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário.

### 3.3. Ausência de critério objetivo de julgamento das propostas – Base

**Legal:** Art. 40, inciso VII c/c art. 3º da Lei 8.666/93

<b>Responsável</b>	Paulo Roberto de Paula Junior
<b>Cargo</b>	Secretário M. Saúde <b>Marataízes</b> 05/10/2015 a 02/01/2017.
<b>Conduta</b>	Elaborar termo de referência cujo critério de julgamento das propostas de preços não está claro e definido.
<b>Nexo de causalidade</b>	Ao elaborar termo de referência sem definição clara e objetiva do critério de julgamento das propostas de preços, possibilitou a condução do certame carente de critérios técnicos e informações essenciais para o prosseguimento do mesmo.
<b>Culpabilidade</b>	Era exigível conduta diversa, pois, ao se planejar aquisição de bens públicos, elaborando-se o termo de referência do certame, deve-se assegurar que há informações suficientes para a apuração de valores de referência capazes de proporcionar a contratação de proposta mais vantajosa à Administração Pública.

<b>Responsável</b>	Marcos Roberto Ramos Ferreira
<b>Cargo</b>	Oficial Administrativo <b>Marataízes</b> 01/08/2001
<b>Conduta</b>	Elaborar edital de certame sem definição clara e objetiva do critério de julgamento das propostas de preços.
<b>Nexo de causalidade</b>	Ao elaborar edital de licitação, limitando-se a replicar o critério definido no termo de referência, sem definição clara e objetiva do critério de julgamento das propostas de preços, possibilitou a condução do certame carente de critérios técnicos e informações essenciais para o prosseguimento do mesmo.
<b>Culpabilidade</b>	Era exigível conduta diversa, pois cabe ao pregoeiro elaborar edital de licitação dotado de instrumentos técnicos e informações suficientes para a apuração de valores de referência capazes de proporcionar a contratação de proposta mais vantajosa à Administração Pública.

De acordo com a equipe de auditoria, o critério de julgamento utilizado no certame foi o maior percentual de desconto dos itens da Tabela CMED, conforme é observado no item 9 – Julgamento das propostas:

EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº. 008/2016

9. JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

**9.1 – Esta licitação será julgada sob o critério de MAIOR PERCENTUAL DE DESCONTO DA TABELA CMED**

O Sr. Marcos Roberto Ramos Ferreira afirmou que:

O certame buscou o menor preço unitário do medicamento, à base de disputa do pregão, sendo declarada vencedora a empresa que ofereceu o maior desconto em relação ao valor do produto indicado na tabela, tudo conforme as normativas que regem essa negociação, ou seja, Resolução Cmed nº 04/2006, que dispõe sobre o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP e regulamenta a aplicação dos critérios a serem adotados nas vendas a entes da administração pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Art. 1º As distribuidoras, as empresas produtoras de medicamentos, os representantes, os postos de medicamentos, as unidades volantes, as farmácias e drogarias deverão aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço - CAP ao preço dos produtos definidos no art. 2º desta Resolução, sempre que realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§1º O CAP, previsto na Resolução nº. 2, de 5 de março de 2004, é um desconto mínimo obrigatório a ser aplicado sempre que forem realizadas vendas de medicamentos destinadas aos entes descritos no caput.

§2º A aplicação do CAP sobre o Preço Fábrica - PF resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo - PMVG.

O percentual de 24,38%, adotado pela secretaria demandante, baseou-se no fator CAP vigente a época, sendo explicitado no edital, termo de referência e descrição do objeto para referenciar os lances iniciais de desconto, sendo o critério de julgamento adotado, nos termos da Resolução CMED 04/2018, cujo conteúdo é de conhecimento obrigatório, principalmente para os licitantes, tendo em vista que são submetidos às regras da ANVISA, sendo, inclusive, requisito de qualificação técnica a autorização de funcionamento da Anvisa, conforme item 10.2.1, "m" do edital.

Em relação a justificativa do Sr. Paulo Roberto de Paula Junior, o mesmo apresentou alegações similares ao tópico anterior, informando que chegaram à conclusão do percentual no edital utilizando como metodologia a demanda do ano anterior, acrescidos de 20% a 30%.

Destarte, a equipe de auditoria considera o critério de julgamento irregular, tendo em vista que os preços da CMED são referenciais máximos pelos quais a lei permite a um fabricante de medicamento vender seu produto, fato que não dispensa os gestores de realizarem pesquisas e observarem os preços praticados pelos órgãos públicos nas contratações oriundas das licitações efetivadas (Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário).

Completa, a equipe técnica desta Corte, seu raciocínio com uma matéria do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor<sup>2</sup>, em que o Sr. Ivo Bucaresky, ex-Secretário-Executivo da CMED, reconhece que há distorção entre os preços-teto da CMED e o valor efetivamente praticado no mercado, bem como a atual legislação que rege a atuação da CMED (Lei 10.742/2003) impedem a redução do Preço Máximo ao Consumidor – PMC. Esclarece o Sr. Bucaresky que “da forma como a lei foi montada, não há flexibilidade para reajustar os preços para baixo”. Ele diz que os tetos só são reduzidos a pedido da própria indústria, o que acontece, em geral, quando a patente do medicamento está prestes a acabar, ou seja, quando a exclusividade na comercialização da droga chegará ao fim. “A indústria pede para baixar o PMC com o objetivo de afastar alguns interessados em produzir genéricos daquele medicamento. O genérico tem de ser, pelo menos, 35% mais barato que o preço teto do medicamento de referência, por isso, quanto menor for o teto, menor a margem de manobra para a entrada de concorrentes”

Observo que a CMED é responsável pela regulação econômica do mercado de medicamentos e estabelece critério para definição do preço. Assim, mensalmente é divulgada uma tabela apresentando os preços máximos pelos quais os consumidores podem adquirir os medicamentos em farmácias e drogarias, assim, analisando o referencial de preços máximos da tabela CMED, temos que é composta por variados preços máximos, conforme detalhado a seguir:

---

<sup>2</sup> <http://www.idec.org.br/em-acao/revista/diferenca-que-incomoda/materia/diferenca-alem-da-conta/pagina/73>

- Preço Fábrica ou Fabricante – PF: é o preço máximo praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras. O PF é o preço máximo permitido para venda a farmácias, drogarias e para entes da Administração Pública (quando os produtos não estejam sujeitos ao CAP – Coeficiente de Adequação de Preço);
- Preço Máximo ao Consumidor – PMC: é o preço máximo permitido para venda ao consumidor em uma farmácia ou drogaria, inclui os impostos incidentes por estado;
- Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG: é o teto de preço para compra dos medicamentos pela Administração Pública, inseridos na lista de produtos sujeitos ao CAP (Coeficiente de Adequação de Preço) ou ainda de qualquer medicamento adquirido por força de decisão judicial.

**Ocorre que no edital do certame não fora especificado qual dos parâmetros seria usado para formular a proposta de preços, somente limitou-se a estabelecer como critério de julgamento o maior percentual de desconto sobre a tabela da CMED.**

Esse procedimento compromete as disposições claras da Lei de Licitações, pois não permite guiar os licitantes a uma disputa isonômica, conforme aos comandos do artigo 40 da lei 8.666/93:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

**VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;**

No entanto, conforme demonstrado pelo responsável pela confecção do edital, fora adotado no critério de julgamento os termos da Resolução CMED 04/2018, cujo conteúdo é de conhecimento obrigatório dos licitantes, por ser submetidos às regras da ANVISA, sendo, inclusive, requisito de qualificação técnica a autorização de funcionamento da Anvisa, conforme item 10.2.1, "m" do edital.

Assim, deixo de acompanhar o opinamento técnico e ministerial, **afasto a presente irregularidade**, mas com determinação para que nos futuros editais seja vedado a utilização de critério de julgamento de maior desconto sobre a Tabela CMED / Revista ABCFarma

### 3.4. Aquisição de medicamento sem a devida desoneração de ICMS – Base

**Legal:** Convênio CONFAZ 87/2002, cláusula 1º, §6; Convênio CONFAZ 57/2010.

<b>Responsável</b>	Paulo Roberto de Paula Junior
<b>Cargo</b>	Secretário M. Saúde 05/10/2015 a 02/01/2017.
<b>Conduta</b>	Efetuar compra de medicamentos decorrentes dos pregão 02/2016 (processo 2210/2016), sem que tenha havido a desoneração do ICMS ( <b>Marataízes</b> )
<b>Nexo de causalidade</b>	A aquisição de medicamentos sem a devida desoneração do ICMS gerou vantagens indevidas para os fornecedores, além de contrariar os ditamos normativos supracitados.
<b>Culpabilidade</b>	É razoável afirmar que era possível o conhecimento de ilegalidade do ato praticado, bem como era exigível conduta diversa daquela que adotou, pois deveria ter verificado a falta de desconto do ICMS nas notas fiscais, contrariando as disposições constantes do Convênio Confaz 87/2002 e suas alterações. Ressalta-se que, de acordo com o preceituado nos artigos 9º e 32, §2, da Lei 8080/2990, o Secretário Municipal de Saúde é o responsável pela gestão do SUS em nível municipal, inclusive como ordenador de despesa.

<b>Responsável</b>	Ana Francisca Gonçalves da Cruz
<b>Cargo</b>	Secretário Municipal de Saúde 27/05/2015 a 31/12/2017.
<b>Conduta</b>	Efetuar compra de medicamentos decorrentes do pregão 28/2015 (processo 15081/2015) e das atas de registro de preço constante nos autos dos processos administrativos nº. 17336/2015; 17335/2015 e 14482/2016, sem que tenha havido a desoneração do ICMS ( <b>São Mateus</b> )
<b>Nexo de causalidade</b>	A aquisição de medicamentos sem a devida desoneração do ICMS gerou vantagens indevidas para os fornecedores, além de contrariar os ditamos normativos supracitados.
<b>Culpabilidade</b>	É razoável afirmar que era possível o conhecimento da ilegalidade praticada, bem como era exigível conduta diversa, pois deveria ter verificado a falta de desconto do ICMS nas notas fiscais, contrariando as disposições constantes do Convênio Confaz 87/2002 e suas alterações. Ressalta-se que, de acordo com o preceituado nos artigos 9º e 32, §2, da Lei 8080/2990, o Secretário Municipal de Saúde é o responsável pela gestão do SUS em nível municipal, inclusive como ordenador de despesa.

Fora constatado pela equipe de auditoria, por meio do instrumento convocatório do pregão nº 02/2016 do município de Marataízes, que os preços propostos deveriam contemplar a incidência de todos os tributos, inclusive, o ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.

#### **4. Relatório de Auditoria**

Conforme a equipe de auditoria:

Período de ocorrência: 01/01/2016 a 31/08/2017.

O instrumento convocatório do pregão nº 02/2016 do município de Marataízes (em anexo), expressamente determinava, por meio do item 8.6, bem como da cláusula 2.1 do Anexo VI do mesmo, cujo conteúdo é a minuta da Ata de Registro de Preços, que os preços propostos deveriam contemplar a incidência de todos os tributos, entendendo-se, portanto, a inclusão do ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.

##### **EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 002/2016**

##### **8. PROPOSTA DE PREÇOS**

[...]

8.6 – A cotação dos preços englobará todas as despesas relativas ao objeto desta licitação, bem como os respectivos custos diretos e indiretos, tributos, remunerações, despesas fiscais e financeiras e quaisquer outras necessárias ao cumprimento da proposta.

##### **ANEXO VI – MINUTA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

##### **CLÁUSULA SEGUNDA – DO PREÇO**

2.1 – Os preços a serem pagos, constam do Anexo I deste instrumento, e nele estão inclusos todas as espécies de tributos, diretos e indiretos, salários, encargos e obrigações sociais, seguros, fretes, material, mão-de-obra, combustível e quaisquer despesas inerentes à entrega do objeto.

Impende ressaltar que o Estado do Espírito Santo é signatário do Convênio ICMS Nº 87/2002 do CONFAZ, cuja ementa diz respeito a CONCESSÃO DE ISENÇÃO DO ICMS NAS OPERAÇÕES COM

FÁRMACOS E MEDICAMENTOS DESTINADOS A ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL e que, por ocasião da emissão das notas fiscais, a licitante vencedora de certames licitatórios se obriga a negociar seus produtos contemplados naquele convênio excluindo do seu valor a parcela referente ao ICMS (alíquota ES de 17% – dezessete por cento), em razão da existência de isenção tributária.

Por ocasião da análise de pagamentos, por meio de amostragem, pela aquisição de fármacos pelo Município de Marataízes, constatou-se que os fornecedores não estavam respeitando aquele comando legal, conforme relatado a seguir.

Da análise da nota fiscal nº. 48.150 (em anexo), emitida pela empresa Costa Camargo Comercio de Produtos Hospitalares Ltda., observa-se que foi adquirido o medicamento “sulfadiazina”, no valor unitário de R\$ 22,00 (vinte e dois reais) por pote.

Sabe-se que este medicamento está inserido no anexo I do convenio CONFAZ nº 87/2002, portanto ao ser comercializado com os órgãos públicos do Estado do Espírito Santo, deve-se conceder isenção de ICMS. Porém, ao cotejar o valor contratado, segundo a ata de registro de preço firmada com a empresa – ARP nº 007/2016 (em anexo), com o cobrado na nota fiscal supracitada, verifica-se que não fora concedido o devido desconto do ICMS.

Outra situação encontrada ocorreu na aquisição de medicamentos com a empresa Hospidrogas Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., verificada na nota fiscal nº. 49.125 (em anexo).

Ao se observar os valores cobrados pelos medicamentos “captopril 25mg”, “glibenclamida 5mg”, “hidroclorotiazida 25mg” e “sinvastatina 20mg”, nota-se que estão em desacordo com aqueles previsto na Ata de Registro de Preço nº. 09/2016 (em anexo), firmada com a empresa fornecedora.



Neste caso específico, observa-se que a empresa fornecedora apresentou valores unitários superiores ao contratado, de modo que, ao se conceder o desconto de ICMS, no percentual de 17% (dezesete por cento), o valor líquido resultou no mesmo valor contratado, ou seja, na prática não fora concedido a desoneração do imposto sobre o preço do medicamento.

Frisa-se que, o desconto do imposto deveria incidir sobre o valor constante na Ata de Registro de Preço, uma vez que, ao elaborar sua proposta, conforme já mencionado acima, o item 8.6 do edital prevê que nos preços apresentados deverão estar inclusos todos os tributos incidentes na aquisição, englobando-se o ICMS. Na tabela a seguir, demonstra-se o cálculo correto:

**Tabela III – Demonstrativo de valores dos medicamentos**

<b>MEDICAMENTO</b>	<b>VALOR ARP 09/2016</b>	<b>DESCONTO ICMS (17%)</b>	<b>VALOR LÍQUIDO</b>
Captopril 25mg	R\$ 0,013	R\$ 0,0022	R\$ 0,0108
Glibenclamida 5mg	R\$ 0,02	R\$ 0,0034	R\$ 0,0166
Hidroclorotiazida 25mg	R\$ 0,013	R\$ 0,0022	R\$ 0,0108
Sinvastatina 20mg	R\$ 0,052	R\$ 0,0088	R\$ 0,0431

Fonte: ARP 09/2016

Ao invés de conceder a devida isenção nos medicamentos contemplados no convênio do ICMS (CONFAZ Nº 87/2002), os mesmos aumentavam os valores dos itens vencedores na licitação em percentual próximo a desoneração para, em seguida, realiza-la, o que acarretava negociar no mesmo preço da proposta vencedora.

Portanto, o fato das empresas fornecedoras, por ocasião da emissão das notas fiscais, fazerem incidir sobre os preços cotados o acréscimo de 17%, correspondente à alíquota do imposto aqui em nosso Estado, para promover em seguida sua dedução, levou o Município ao pagamento de

notas fiscais sem a necessária e devida desoneração, configurando indício de débito.

Caso idêntico ocorreu no município de São Mateus, em decorrência da análise dos processos de aquisição de medicamentos.

Nos termos do edital do pregão eletrônico nº. 28/2015 (em anexo), assim dispõe o item 12.1.8:

**EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 028/2015**

12. DA PROPOSTA COMERCIAL

[...]

12.1.8 – Na proposta de preços deverá constar as seguintes condições:

[...]

e) No preço cotado, deverão estar incluídos todos os insumos que os compõem, tais como as despesas com os impostos, taxas, frete, seguro e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente no valor total dos materiais objeto desta licitação. (g.n.)

Verifica-se que nas propostas de preços já estão incluídos os valores referente ao ICMS.

Assim, ao se analisar os pagamentos, por meio de amostragem, referente a medicamentos adquiridos em decorrência deste certame, no qual foram firmados 12 (doze) contratos administrativos, foi possível observar o não atendimento da isenção do ICMS.

Sob o Contrato Administrativo nº. 11/2016 (em anexo), firmado com a empresa DISK MED PADUA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., constatou-se a aquisição do medicamento “pravastatina sódica 20mg” (em anexo), sem a devida desoneração de ICMS – Trata-se de um medicamento incluso no Anexo Único do Convênio Confaz 87/2002.

O município de São Mateus aderiu ao Sistema Estadual de Registro de Preço (SERP), e nas contratações realizadas mediante a adesão das

atas do SERP, também se verificou a ausência de desoneração do ICMS nos medicamentos adquiridos.

As atas em comento são padronizadas, e assim dispõe a cláusula segunda (em anexo):

**ATA DE REGISTRO DE PREÇO Nº. 699/2015**

CLAUSULA SEGUNDA

2. DO PREÇO

2.1 – Os preços a serem pagos coincidem com os preços definidos no Anexo II – A, e nele estão inclusos todas as espécies de tributos, diretos e indiretos, encargos sociais, seguros, fretes, material, mão-de-obra e quaisquer despesas inerentes às compras

2.1.1 – Nos preços propostos deverão estar incluídos, além do lucro, todas as despesas e custos, como por exemplo: transportes, tributos de qualquer natureza (inclusive ICMS e/ou DESONERAÇÃO) e todas as despesas, direta ou indiretas, relacionadas com o fornecimento do objeto da presente licitação;

Assim, ao se analisar os medicamentos adquiridos em virtude de adesão ao SERP, foi possível verificar a ausência de desoneração, e até mesmo, a majoração do valor unitário do medicamento, para posteriormente, realizar a desoneração.

Importante frisar que a análise se baseou em uma amostra das recentes aquisições de medicamentos por parte dos municípios já mencionados – Marataízes e São Mateus. Considerando os medicamentos registrados em atas e em contratações por adesões, caso as aquisições forem executadas em sua totalidade, considerando a desoneração de ICMS dos medicamentos (17%), há um **potencial de dano** causado aos cofres dos jurisdicionais estimado em monta de **R\$ 105.216,69** (17% de R\$ 618.921,70) ao **FMS de São Mateus** e **R\$ 352.956,43** (17% de R\$ 2.076.214,28) ao **FMS de Marataízes**.

Cabe ressaltar que o município de São Mateus possui diversas outros processos administrativos, que não foram contemplados nesta amostra, contendo adesões a atas do SERP.

Em sede de justificativa, os responsáveis alegaram que não houve má fé e nem propósito de favorecimento em adquirir qualquer aquisição na compra de medicamentos para suprir a necessidade da época, mas apenas uma atitude de bom senso para atendimento aos munícipes. Ponderaram nos termos do Acórdão nº 1154/2013 – TCU – Plenário – VOTO que mesmo que não tenha havido desoneração do ICMS, a hipótese de débito não se sustenta, uma vez que o valor do ICMS retido pela empresa deve ser repassado ao Tesouro Federal, Estadual ou Municipal, e que caso não houvesse o devido recolhimento do ICMS, caberia ao fisco adotar as providências para o ressarcimento do dano. E, ainda, que a quantia relativa a isenção do ICMS prevista no Convênio CONFAZ 87/2002, não foi aplicada na aquisição de determinados medicamentos, portanto, não pode ser considerada como débito.

#### ACORDÃO Nº 1154/2013 — TCU — Plenário - VOTO

Cuida-se de relatório de auditoria de conformidade realizada na Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba (SES/PB), com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação dos recursos federais repassados ao ente federativo no Programa de Medicamentos Excepcional, entre 2007 e 2011, relativamente aos seguintes aspectos: isenção fiscal do ICMS prevista para aquisição dos mencionados bens; forma de escolha e efetiva contratação dos respectivos fornecedores; preços de aquisição; registros e controles de estoques; distribuição desses medicamentos populares.

Ao examinar casos semelhantes em outras unidades da federação, esta Corte de Contas tem optado por recomendar que seja inserido, nos editais de licitação para aquisição de medicamentos, bem como nos contratos decorrentes desses certames, cláusula que trate especificamente da aplicação do Convênio Confaz 87/2002, como se observa nos Acórdãos de Relação nº 1.140/Z012-TCU-Plenário, e de nº 9.790/2011-TCU-2ª Câmara.

Na mesma linha de interpretação, entendo que a quantia proveniente da isenção do ICMS prevista no Convênio Confaz 87/2002, que deixou de ser aplicada pelos gestores quando da licitação e contratação do fornecimento de medicamentos excepcionais à SES/PB, não deve ser considerada como

débito. Portanto, rejeito a proposta de conversão destes autos em TCE, com vistas à citação dos responsáveis.

VALMIR CAMPELO

Ministro-Relator

Reconhecem, ainda, que houve uma falha geral na elaboração do edital, mas sem dolo ou uso de má fé, pois o procedimento licitatório também passa pelo crivo do setor jurídico e demais setores antes de finalizar o procedimento.

No entanto, a equipe de auditoria alega que a jurisprudência consolidada neste Tribunal dispõe que se deve incluir, no edital ou no termo de dispensa, cláusula específica relativa à aplicação do Convênio ICMS Confaz 87/2002 ou de outras normas que impliquem desoneração tributária, de modo a assegurar a isonomia entre os participantes, a publicidade e a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (Acórdão 8.518/2017 TCU-2ª Câmara, Ministro Relator José Múcio Monteiro; Acórdão 1.140/2012-TCU-Plenário, Ministra Relatora Ana Arraes; Acórdão 1.574/2013-TCU- 2ª Câmara, Ministra Relatora Ana Arraes; Acórdão 9.790/2011-TCU-2º Câmara, Ministro Relator José Jorge).

Ainda assim, é plausível que a ausência de menção expressa ao desconto do ICMS no edital pode gerar uma desigualdade entre as empresas licitantes, quando da apresentação das propostas, uma vez que alguns licitantes, em razão da ausência de menção expressa quanto à desoneração, podem apresentar suas propostas com a incidência do ICMS, enquanto outros podem apresentar a proposta desonerada, ou seja, ocasiona uma seleção de proposta menos vantajosa para a Administração e também dano ao erário.

Desta forma, a área técnica entendeu por manter a presente irregularidade, sustentando suas razões na ausência de aquisição de medicamentos sem a desoneração do ICMS, visto que a empresa apresentando proposta desonerada pode sagrar-se vencedora do certame, por ofertar, a princípio, o menor preço, o que não pode corresponder à realidade, após a desoneração tributária do valor cotado pela outra empresa.

Diante do exposto, acompanho a área técnica e o Ministério Público de Contas, **mantendo a presente irregularidade com aplicação de multa**, e entendo por expedir determinação ainda, para que seja exigido de maneira expressa nos editais de licitações a apresentação das propostas de preços já desoneradas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único do Convênio 87/02, do Confaz

Dessa forma, **acompanhando parcialmente o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO** por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

**DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER**

**Relator**

## **1. ACÓRDÃO**

**VISTOS**, relatados e discutidos os autos do Processo TC 7069/2017, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da **Segunda Câmara**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

**1.1. Rejeitar as razões de justificativa** do Sr Paulo Roberto de Paula Junior e **manter** as irregularidades relativas aos itens **2.1 e 2.4 ITC 780/2019**, bem como aplicar-lhe **multa individual de R\$ 2.000,00 (dois mil reais)**. **Acolher** em relação a irregularidade do item **2.2 e 2.3 da ITC 780/2019**;

**1.2. Rejeitar as razões de justificativas** do Sr Marcos Roberto Ramos Ferreira, em razão da irregularidade disposta no **item 2.1 ITC 780/2019**, aplicando-lhe **multa individual de R\$ 1.000,00 (mil reais)**. **Acolher** em relação a irregularidade do item **2.3 da ITC 780/2019**;

**1.3. Rejeitar as razões de justificativas** dos Sr. Alex Sandre Rodrigues Rangel e Sra. Selma Henriques de Souza em razão da irregularidade disposta no **item 2.1 ITC 780/2019**, aplicando-lhes **multa individual de R\$ 1.000,00 (mil reais)**;

**1.4. Rejeitar as razões de justificativa** da senhora Ana Francisca Gonçalves da Cruz e **manter** a irregularidade disposta no **item 2.4 ITC 780/2019**, bem como aplicar-lhe **multa** no valor de **R\$ 1.000,00 (mil reais)**;

**1.5. DETERMINAR às unidades gestoras:**

**1.5.1. Quanto a ausência de detalhamento do objeto – Base Legal:** que se promova a devida caracterização dos objetos licitatórios, definindo-os de forma precisa, suficiente e clara, tal como dispõe o artigo 3º, II da Lei nº. 10.520/2002 e artigo 14 e 15 da Lei nº. 8.666/93, tendo como objeto uma relação pré-definida de medicamentos, inclusive os judicializados e de demandas espontâneas, sob uso contínuo;

**1.5.2. Quanto Ausência de pesquisa de preço – Base Legal:** que seja estabelecido como procedimento operacional padrão a ampla pesquisa de mercado que contemple distribuidores, consultas a aquisições de outras Secretarias de Saúde e ao Banco de Preços em Saúde - BPS, do Ministério da Saúde, tendo como preço máximo os estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED;

**1.5.3. Quanto Ausência de critério objetivo de julgamento das propostas:** que nos futuros editais seja vedado a utilização de critério de julgamento de maior desconto sobre a Tabela CMED / Revista ABCFarma

**1.5.4. Quanto a Aquisição de medicamento sem a devida desoneração de ICMS,** que seja exigido de maneira expressa nos editais de licitações a apresentação das propostas de preços já desoneradas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único do Convênio 87/02, do Confaz;

**1.6. Dar ciência** aos interessados;

**1.7. Após os trâmites regimentais, arquivar** os autos.

**2. Unânime.**

**3. Data da Sessão: 27/11/2019 - 41ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.**

**4. Especificação do quórum:**

**4.1.** Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (no exercício da presidência/relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

**4.2.** Conselheiro substituto: João Luiz Cotta Lovatti (convocado).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**No exercício da presidência**

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

**Convocado**

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Em substituição ao procurador-geral**

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

**Secretária-adjunta das sessões**