



Acórdão 00471/2022-3 - Plenário

Processo: 02558/2021-1

Classificação: Tomada de Contas Especial Determinada

UG: FES - Fundo Estadual de Saúde

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Interessado: NESIO FERNANDES DE MEDEIROS JUNIOR

**TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DETERMINADA –
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE –
AFASTAMENTO DA IRREGULARIDADE QUE
ENSEJOU A INSTAURAÇÃO DA TCE –
ARQUIVAMENTO.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

1. RELATÓRIO

Trata-se de **Tomada de Contas Especial** instaurada pela **Secretaria de Estado da Saúde**, em cumprimento ao disposto no item 1.18 do **Acórdão TC 1415/2017**, **proferido nos autos do Processo TC 02305/2012**, objetivando apurar eventual dano ao erário advindo da irregularidade delineada no item 2.1.1.a da ITI 01036/2012 – aquisição de medicamentos com preços superiores aos estabelecidos nas normas que regulam as compras de medicamentos pelos Entes Públicos.

Por meio da **Decisão Monocrática 00698/2021** (peça 12), determinei a notificação do Secretário de Estado de Saúde para que encaminhasse a este Tribunal a Tomada de Contas Especial, na forma da Instrução Normativa IN 32/2014.

Em resposta a Notificação, o sr. José Maria Justo, respondendo pela Secretaria de Estado de Saúde, à época, protocolou nesta Corte de Contas, o **OF/SESA/GS/Nº 743/2021** (peça 16), que, em apertada síntese, questiona a necessidade de continuidade do procedimento administrativo em tela, haja vista o teor do Acórdão TC 1067/2020, que reformou o Acórdão 1415/2017, afastando a irregularidade concernente ao item 2.1.1.a da ITI 01036/2012.

Instado a se manifestar, o **Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF** por meio da **Manifestação Técnica 03840/2021** (peça 20), suscitou dúvidas quanto ao alcance do teor do Acórdão TC 1067/2020.

O **Ministério Público de Contas**, por meio do **Parecer 01018/2022** (peça 25), da 2ª Procuradoria de Contas, da lavra do douto procurador Luciano Vieira, oficia *pelo prosseguimento do feito, determinando-se a Secretaria de Estado da Saúde a continuidade do processo de tomada de contas especial nos termos da instrução normativa TC n. 32/2014, bem como o encaminhamento do relatório final da tomada com a quantificação do dano e identificação dos responsáveis pelo ressarcimento, na forma regimental.*

2. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, para melhor esclarecer a questão, faço um breve relato dos fatos.

No processo TC 2305/2012, este Tribunal de Contas, após análise da Prestação de Contas Anual, **referente ao exercício de 2011**, manteve a irregularidade apontada pela equipe técnica no item 2.1.1.a da ITI 01036/2012, qual seja, aquisição de medicamentos com preços superiores aos estabelecidos nas normas que regulam as compras de medicamentos pelos Entes Públicos.

Cito trechos do v. **Acórdão 1415/2017**, *in verbis*:

[...]

2.1.1.a – Aquisição de medicamentos com preços superiores aos estabelecidos nas normas que regulam as compras de medicamento pelos entes públicos.

Apontou a área técnica irregularidades na aquisição de medicamentos pela SESA, concluindo, inicialmente, que em algumas compras os valores pagos estavam acima

do Preço Máximo de Venda para o Governo – PMVG e sem a desoneração do ICMS referente ao Convênio CONFAZ nº 87/02.

No processo de auditoria TC 1202/2012 verificou-se, com base em amostras, o desrespeito aos preços máximos de venda ao governo estipulados pela CMED praticados pelos distribuidores de medicamentos (Buteri, Expressa, Onconew e Exfarma), constatando pagamento a maior, passível de devolução, no montante de R\$ 2.051.135,92 (dois milhões, cinquenta e um mil, cento e trinta e cinco reais e noventa e dois centavos) no exercício de 2011.

(...)

Após a análise das justificativas, a área técnica, através da ITC 5720/2015, esclarece que a Lei federal nº 10.742/03, criou CMED – Câmara de Regulação de Mercado de Medicamentos, que tem dentre suas prerrogativas, estabelecer critérios para fixação e ajustes de preços de medicamentos e para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias. Para tanto, publicou a Resolução nº 4/06 prevendo que as empresas produtoras e as empresas distribuidoras de certos medicamentos devem aplicar o “Coeficiente de Adequação de Preço – CAP” ao preço das vendas efetuadas à Administração Pública federal, estadual ou municipal.

Nesse sentido, observou a área técnica, após análise detida, que o CAP foi aplicado corretamente, mas a controvérsia girava em torno da incidência ou não da alíquota do ICMS nas operações de medicamentos regulamentadas pela CMED, ou seja, se na isenção concedida no Convênio CONFAZ 87/02 deveria ocorrer o abatimento do ICMS do preço da mercadoria de forma incondicionada à situação concreta da distribuidora, sem o preenchimento dos requisitos para recebimento da isenção de ICMS prevista no convênio. Por fim, o corpo técnico concluiu que a isenção concedida era condicionada a diversos fatores, que se não preenchidos não ensejariam o direito de obter o benefício, conforme constava da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ 87/02.

(...)

Nota-se que o cerne da controvérsia neste item é a aplicação da isenção do ICMS sobre medicamentos, conferida pelo Convênio CONFAZ 87/2002, que deveria ser aplicado na aquisição dos medicamentos pela SESA.

A fim de contextualizar a aplicação dos dispositivos do aludido convênio é importante mencionar que à época pairava dúvida quanto a como se deveria ocorrer o abatimento do ICMS do preço da mercadoria em questão. Restava definir se ocorreria de forma incondicionada à situação concreta da distribuidora, ou seja, sem

o preenchimento dos requisitos para recebimento da isenção de ICMS prevista no convênio acima citado.

Com alterações posteriores, revogou-se o inciso III do §1º da Cláusula Primeira, que condiciona a isenção ao abatimento do valor referente ao ICMS no preço da mercadoria com indicação expressamente na nota fiscal, conforme se observa abaixo:

CONVÊNIO ICMS 87/02: Cláusula primeira: Ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único deste convênio destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas. (Nova redação dada ao caput pelo Conv. ICMS 126/02, efeitos a partir de 14.10.02) Redação original. Cláusula primeira: Ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único deste convênio destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal. § 1º A isenção prevista nesta cláusula fica condicionada a que: (Renumerado para § 1º o p. único pelo Conv. ICMS 45/03, efeitos a partir de 13.06.03) (...) III - (revogado) (Revogado pelo Conv. ICMS 57/10, efeitos a partir de 23.04.10)

Redação original. III - o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.

Depreende dos dispositivos supracitados, que a isenção a ser concedida estava condicionada a requisitos previstos nos incisos I, II e III (este último posteriormente revogado) do §1º da cláusula primeira.

Outro ponto controvertido que existia é se deveria ou não demonstrar a dedução do ICMS na proposta do processo licitatório, o que também foi definido apenas em momento posterior, com a alteração do §6º da Cláusula Primeira do Convênio, conforme abaixo especificado:

CONVÊNIO ICMS 87/02:

Cláusula primeira:

(...)

§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, nas propostas do processo licitatório e nos documentos fiscais. (Nova redação dada ao § 6º pelo Conv. ICMS 13/13)

Redação original.

§ 6º acrescido pelo Conv. ICMS 57/10, efeitos a partir de 23.04.10. § 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal.

Feitas estas considerações observo que no caso dos autos, consta dos editais e ARP a exigência de que as propostas sejam apresentadas com o preço normal e o preço com a desoneração do ICMS. Assim, entendo que os preços registrados, conforme apurado pela área técnica, não estavam com a desoneração do ICMS, portanto, caso a empresa fornecedora se enquadrasse na isenção deveria abater esse valor no preço do medicamento que constava na proposta, registrando tal abatimento no documento fiscal. Não sendo essa a hipótese, deveria ocorrer o pagamento comum do tributo, destacando na nota fiscal e efetuando o recolhimento.

(....)

*Portanto, acompanho a área técnica e **afasto a irregularidade em relação à empresa Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda**, considerando que o valor por ela cobrado a maior é o valor do imposto, conforme destacado em nota fiscal a ser pago, não havendo que se falar de benefício econômico por parte da referida empresa, tampouco efetivo dano ao erário, uma vez que com o pagamento do tributo, o montante arrecadado retorna aos cofres públicos.*

*Em relação à empresa **Onconew Comércio e Representações Ltda**, em suas justificativas (fls. 1534/1547) aduz que cumpriu o preço máximo estabelecido no edital, bem como aplicou o desconto do CAP e a desoneração do ICMS, juntando o cálculo correspondente.*

Ao analisar os documentos juntados e as notas fiscais emitidas pela referida empresa, acostadas nos autos do processo TC 1202/2012 (fls. 868/872) verifiquei que o valor cobrado e pago pela SESA, de fato está em consonância com os valores determinados pela CMED, tendo sido devidamente aplicado sobre o Preço de Fábrica estabelecido à época, o desconto correspondente para medicamentos genéricos, à desoneração do ICMS (17%) e o CAP de 2010 (22,85%). Diante disso, **acompanho a área técnica, a fim de afastar esta irregularidade.**

A empresa Buteri Comércio e Representações Ltda., por sua vez, sustenta que cumpriu fielmente o determinado pela Resolução CMED nº 06/2006, inclusive sem o valor referente à incidência do ICMS.

A mesma argumentação é trazida pela empresa Exfarma Ltda, que diz ter vendido o medicamento com valor muito abaixo do preço de fábrica, cumprindo o PMVG e aplicado a desoneração do ICMS.

Após análise detida das argumentações e documentos apresentados, bem como demais elementos do processo, vislumbro que os valores constantes nas notas fiscais não estão em consonância com os valores apurados como devido pela área técnica. Ademais, embora conste nas referidas notas fiscais descontos relativos à CEMED e descontos relativos ao ICMS, denota-se que os valores efetivamente cobrados correspondem aos valores especificados nas propostas, e nessa hipótese, atendendo ao PMVG, contudo, sem a desoneração que era devida em relação ao ICMS.

Destaco que a empresa Exfarma, ao apresentar seu orçamento, informou o valor unitário de R\$ 9,73 para o medicamento que forneceu, com a observação de que **no referido preço estava incluso ICMS e todos os encargos tributários (fl. 2056).** Quando da emissão da nota fiscal (fl. 2062), a empresa acrescenta a observação de que aplicou desoneração do ICMS, entretanto, quando se calcula o valor unitário com base no valor total constante na nota fiscal, chega-se ao mesmo preço apresentado no orçamento, onde o imposto estava incluído, o que evidencia uma falsa aplicação do desconto.

Portanto, se as referidas empresas atendiam aos requisitos para aplicar a desoneração, deveriam ter aplicado o desconto do ICMS de forma que os valores finais fossem menores do que os valores constantes nas propostas, já que estes não contemplavam a desoneração do Convênio CONFAZ n.º 87/2002. Com tal ato, cobraram valores superiores ao que deveriam e não recolheram o tributo já que

informaram no documento fiscal que haviam aplicado à desoneração do Convênio CONFAZ n.º 87/2002, beneficiando-se economicamente.

*Por tais razões, **mantenho a irregularidade praticada pelas empresas Buteri Comércio e Representações Ltda. e Exfarma Ltda, imputando-lhe os respectivos ressarcimentos.***

*Concernente aos responsáveis: **Anselmo Tozi, Rafael Freitas de Araújo, Jeferson Silva Carmo, José Tadeu Marino e Lúcio Fernando Spelta**, a área técnica mantém a irregularidade e sugere condenação solidária quanto ao ressarcimento.*

(...)

Dessa forma, entendo que não houve má fé por parte dos gestores e seria desproporcional a imputação de ressarcimento no presente caso, uma vez que a complexidade da aplicação da desoneração dificultava averiguar se os preços aplicados estavam adequados ou não, em especial diante do volume de compras e das urgências que se requer o abastecimento de medicamento para a rede pública de saúde atendida pelo Estado.

*Assim, **mantenho a irregularidade para fins de aplicação de multa pecuniária aos responsáveis Anselmo Tozi, Rafael Freitas de Araújo, Jeferson Silva Carmo, José Tadeu Marino e Lúcio Fernando Spelta**, contudo, deixo de **imputar-lhes os respectivos ressarcimentos.***

***No que se refere à responsabilidade da Sra. Luciana Palassi Cupertino de Castro de Lima Oliveira, divirjo do Ministério Público e Contas e acompanho a área técnica, pelo afastamento,** pois além dos fundamentos apresentados para os demais responsáveis, o ato por ela praticado visava atender mandado judicial.”*

Por fim, acompanhando o *Parquet* de Contas, consignou **no v. Acórdão a determinação de que Secretaria de Estado de Saúde procedesse à instauração de Tomada de Contas Especial, em relação ao apontamento constante no item 2.1.1.a da ITI 01036/2012, “para levantamento de todos os valores pagos aos fornecedores de medicamentos no exercício de 2011, em contrariedade às normas regentes vigentes, para fins de auferir o ressarcimento integral do dano, que porventura, tenha sido causado ao erário, já que a apuração dos fatos relatados**

nesse item se deram por amostragem, sem prejuízo do ressarcimento aqui já aplicado.”

Ocorre que, posteriormente, por ocasião do julgamento do Recurso de Reconsideração, Processo TC 02497/2018, interposto pela sociedade empresária Buteri Comércio e Representações Ltda e pelo sr. José Tadeu Marino, ex-Secretário de Saúde, esta Corte de Contas no v. Acórdão 01067/2020, afastou a aludida irregularidade, pelos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Acórdão 01067/2020

[...]

Os fatos apresentados demonstram que, efetivamente, no exercício de 2011, havia dúvida razoável por parte da Administração Pública Estadual quanto ao modo como os fornecedores (fabricantes e distribuidores) deveriam explicitar a desoneração do ICMS a ser concedida ao Estado, situação documentada por meio de Consulta formulada a esta Corte.

Havia imprecisões nos textos normativos e divergências de interpretação a respeito do assunto.

Como ressaltou o órgão Ministerial no Parecer 1943/2014 (exarado no Processo TC 3410/2007), esforços foram empregados para que fosse solucionada a situação de aquisição de medicamentos abrangidos pela desoneração do ICMS, o que culminou com a edição da Portaria Conjunta SEFAZ/SEGER/SESA/SECONTNº2-R, no exercício de 2013.

Formou-se então um novo marco normativo, a partir do qual a aquisição de medicamentos passou a regular-se. Houve detalhamento de procedimentos e afastamento de imprecisões geradoras de dúvidas.

Neste sentido, entendo não ser possível manter a irregularidade concernente à “aquisição de medicamentos com preços superiores aos estabelecidos nas normas que regulam as compras de medicamento pelos entes públicos”, no exercício de 2011, momento que não havia clareza normativa sobre a questão, razão pela qual deve ser afastada a condenação referente ao ressarcimento de valores e multa

*aplicada à sociedade empresária **Buteri Comércio e Representações LTDA.** e ao Sr. **José Tadeu Marino**, ex-Secretário Estadual de Saúde.*

Assim, o cerne da questão é saber se o referido Acórdão, ao afastar a irregularidade, também, afastou a determinação contida no item 1.18 do Acórdão TC 1415/2017, consistente na instauração de tomada de conta especial para apuração de dano ao erário provocado pela mesma situação, contudo em períodos, e contratos, não acobertados pelo escopo da auditoria ordinária.

E, nesse ponto, ousou discordar do ilustre representante do *Parquet*.

Com efeito, a análise da prestação de contas realizada nos autos do processo TC 2305/2012, se referiu, unicamente, ao **exercício de 2011**, logo não há como determinar a instauração de tomada de contas especial, para apuração de eventuais contratações irregulares de período diverso daquele apurado pela equipe de auditoria naquela prestação de contas, sob pena de se atribuir efeitos extensivos ao referido julgado.

Ademais, quando da análise da prestação de contas daquele exercício, ainda que por amostragem, **havia dúvidas quanto à aplicação das normas existentes à época, sobretudo em relação a incidência ou não da alíquota ICMS nas operações de medicamentos regulamentadas pela CMED – Câmara de Regulamentação de Mercado de Medicamentos, levando-se em conta a isenção concedida no Convênio SEFAZ 87/02.**

Tanto é assim, que esclarece o v. acórdão TC 1067/2020:

A complexidade do tema foi ressaltada pelo Ministério Público de Contas nos autos do TC 3410/2007, também do Fundo Estadual de Saúde (Parecer 1943/2010):

Ocorre que, diante da alta complexidade do assunto em questão e da difícil interpretação da legislação, em especial, a Lei Federal nº. 10.742, de 06 de outubro de 2003, o Convênio ICMS nº. 87/2002, com as alterações e a Resolução CMED nº. 04, de 18/12/2006, alterada pela Resolução CMED nº. 04/08, este Parquet atuando como Órgão interveniente, promoveu a realização de reuniões, visando adotar ações conjuntas para cumprir a legislação sobre o assunto, inclusive

viabilizando a recuperação dos valores pagos a maior em virtude da não desoneração do ICMS.

Das referidas reuniões participaram auditores desse Tribunal de Contas, servidores da SECONT, PGE, SEFAZ e SESA, conforme pode se verificar pelas atas dos dias 20/12/12 e 24/04/13 (em anexo), com o intuito de estabelecer um procedimento respaldado na legislação, apto a cumprir as normas relativas à desoneração do ICMS nas aquisições públicas de medicamentos e a reaver os valores pagos indevidamente em aquisições passadas.

Como fruto dessa ação foi publicada a Portaria Conjunta SECONT/SEGER/SEFAZ/SESA nº. 002-R/2013, que institui normas e procedimentos operacionais para aquisição de medicamentos isentos de ICMS e sujeitos ao Coeficiente de adequação de preços (CAP), o que servirá de padrão de orientação para Hospitais e demais Órgãos Estaduais e Municipais que licitem medicamentos.”

De fato, no exercício de 2013, demonstrando a necessidade de regulamentação da matéria no âmbito da Administração Pública Estadual, foi editada a Portaria Conjunta nº 2-R, a fim de estabelecer normas e procedimentos para aquisição de medicamentos isentos do ICMS e sujeitos à aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços – CAP,

Assim, afastada a irregularidade pelo v. Acórdão TC 1067/2020, por considerar que, somente, com a edição da Portaria Conjunta SECONT/SEGER/SEFAZ/SESA Nº 002-R, no exercício de 2013, é que se teve um novo marco normativo, para aquisição de medicamentos, seria inócua a instauração de Tomada de Contas Especial, para apuração de supostos danos ao erário na compra de medicamentos se, à época, não existia certeza quanto aos procedimentos para aquisição de medicamentos, sobretudo quanto à incidência ou não do ICMS.

Corroborar a motivação para a instauração da Tomada de Contas Especial, manifestada no v. Acórdão 1415/2017;

Diante disso, entendo que o caso concreto merece uma análise que garanta a legalidade, sem mitigar outros princípios relevantes como a razoabilidade, eficiência e proporcionalidade.

Por fim, entendo salutar acompanhar a manifestação ministerial, no sentido de que a SESA instaure Tomada de Contas Especial para levantamento de todos os valores pagos aos fornecedores de medicamentos no exercício de 2011, em contrariedade às normas regentes vigentes, para fins de auferir o ressarcimento integral do dano,

Repete-se: A determinação para realização da Tomada de Contas Especial decorreu da irregularidade apontada na ITI 01036/2012, integrante do **Processo TC 02305/2012**, objetivando apurar eventual dano ao erário advindo da irregularidade delineada no item 2.1.1.a - – aquisição de medicamentos com preços superiores aos estabelecidos nas normas que regulam as compras de medicamentos pelos Entes Públicos. Irregularidade afastada pelo Acórdão TC 1067/2020.

Inexistindo dano à administração, desnecessária a apuração de fatos, a sua quantificação e a identificação de responsáveis.

Desta feita, divergindo do ilustre representante do *Parquet*, **VOTO** no sentido de que o Acórdão TC 1067/2020, ao reformar o Acórdão TC 1415/2017, no que concerne ao ressarcimento contido no item 2.1.1 “a” da ITI de nº 1036/2012 afastou a determinação contida no item 1.18 do Acórdão TC 1415/2017, no tocante à determinação de instauração de TCE sobre a mesma matéria.

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, obedecidos os tramites processuais e divergindo do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de acórdão que submeto à sua consideração.

SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro relator

1. ACORDÃO TC-471/2022:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas, em:

1.1. DESNECESSÁRIA a instauração de Tomada de Contas Especial para apurar danos, fatos, valores e responsáveis sobre eventual irregularidade já afastada pelo Acórdão 1067/2020-1.

2. ARQUIVAR os autos nos termos do inciso III do art. 330 do Regimento Interno do TCEES (RITCEES), aprovado pela Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/04/2022 – 18ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões