



**TRIBUNAL DE CONTAS
DO
ESTADO DE MINAS GERAIS**

Processo: Ano Ref:

0932626 2014



Natureza:
TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Adm.: Volume:
DE **031**

Orgão/Entidade
HOSPFAR IND E.COM DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA

Município:
BELO HORIZONTE

Relator Atual:
CONS. DURVAL ANGELO

Redistribuição:
01/08/2018



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE MINAS GERAIS

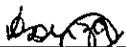


TERMO DE ABERTURA DE VOLUME

Em 18/02/2016 faço a abertura do volume nº 31 referente ao processo nº 932626 sendo que o volume nº 30, encerrou-se com o Termo de fl. 6372.

Certifico que o primeiro documento deste volume, à fl. 6374 é:

DOCUMENTO PROTOCOLADO SOB Nº 1146210/2016


SECRETARIA DA 1ª CÂMARA
DARLENE LUZ SOUZA



GILBERTI
e Advogados Associados

ILUSTRÍSSIMA SENHORA CONSELHEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE MINAS GERAIS - DRA. ADRIENE ANDRADE



GOIANIA

0001146210 / 2016



TC 1007-1
TCENMG

Vanessa de Luca

PROT. 010/10 15/FEV/2016 16:09 0011462 MAD 10

Processo nº 932.626/2014

26921908 0001 21
250555

HOSPFAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 2.921.908/0001-21, estabelecida na Rua 03, nº 975, Setor Moraes, Goiânia/GO, com filial na Rua Bernardo Guimarães, nº 358, Setor dos Funcionários, Belo Horizonte, **BRANDÃO DE SOUZA REZENDE**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF/MF nº 218.983.831-20 e da CI nº 956284 SSP-GO, residente e domiciliado à Rua J-12 esq.c/Rua J-17 Qd.47 Lt.07 St.Jaó, em Goiânia - GO - CEP 74673-320, **FLÁVIO GOULART DE ALCÂNTARA CAMPOS**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF/MF nº 246.782.361-04 e da CI nº 1.196.290 SSP-GO, residente e domiciliado à Rua T-36 c/T-64 Apto.501 Setor Bueno, em Goiânia - GO - CEP 74.223-050. **MARCELO REIS PERILLO**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF/MF nº 350.262.351-15 e da C.I. nº 780.222 SSP-GO, residente e domiciliado à Rua dos Angicos qd. 26 Lt. 2-A, Residencial Aldeia do Vale, em Goiânia - GO - CEP 74.680-030, **MOISÉS ALVES DE OLIVEIRA NETO**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF/MF nº 449.604.841-87 e da C.I. nº 1682832 - 1745549 SSP - GO 2º Via, residente e domiciliado à Rua dos Babaçus Qd. 25, Lt. 12-A, Residencial Aldeia do Vale, em Goiânia - GO - CEP 74.680-030 por intermédio de seus procuradores, os advogados que a esta subscrevem, m.a., vem, perante a nobre presença de V.Sas. para com o devido respeito e acatamento apresentar

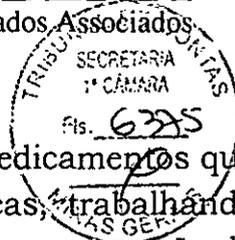
DEFESA

Nos autos da Tomada de Contas em epígrafe instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, fazendo-o pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:



GILBERTI

e Advogados Associados



1. - DOS FATOS

A Requerida é empresa distribuidora atacadista de medicamentos que atua basicamente através de participação em licitações públicas, trabalhando como auxiliar da política constitucional de garantia às ações para a promoção da saúde¹.

Possuindo filiais em Brasília, Cuiabá, Belo Horizonte, São Paulo, Florianópolis, Recife, Belém e atuando em todas as regiões do país, a Requerida conta com mais de 600 (seiscentos) empregados diretos e 150 (cento e cinquenta) representantes comerciais.

A atividade de distribuição por atacado de medicamentos exercida pela Requerida possui caráter de relevância pública por força das disposições do artigo 197 da Constituição Federal e pela Portaria do Ministério da Saúde de nº 802 de 08/10/98², devendo assim ser preservada, pois, afetado acentuadamente esse serviço, são colocadas em risco a vida e a saúde dos usuários, prejudicando seriamente toda a população, que poderá ver-se desabastecida de medicamentos especialmente no Sistema Único de Saúde (SUS).

Versam os presentes autos sobre a legalidade da conduta praticada pela Requerida em diversos procedimentos licitatórios ocorridos no âmbito da SES/MG sob o fundamento de que a empresa não teria desonerado o ICMS dos preços dos produtos fornecidos àquele órgão, causando assim, dano ao erário público por não ter praticado o PMVG - Preço Máximo de Venda ao Governo.

Porém conforme será provado em linhas vindouras, a conduta da Requerida nos procedimentos questionados baseou-se nos dispositivos legais aplicáveis bem como nos editais licitatórios correspondentes a cada procedimento, razão pela qual não há que se falar em conduta lesiva aos cofres públicos, mas sim em falta de conhecimento da matéria não só por parte dos fornecedores de medicamentos à Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais, mas também, por parte dos gestores públicos.

É fato que as apurações feitas pela Controladoria Geral da União e posteriormente corroboradas pela Auditoria Setorial da SES/MG e pela Comissão de Tomada de Contas foram absolutamente equivocadas, pois partem de premissas inadequadas e mais, focaram as investigações somente em relação a Requerida

¹ Conforme art. 196 e 197 da Constituição Federal.

² "A atividade de distribuição por atacado de produtos farmacêuticos tem o caráter de relevância pública ficando os distribuidores responsáveis pelo fornecimento destes produtos em uma área geográfica determinada e pelo recolhimento dos mesmos quando este for determinado pela autoridade sanitária e/ou pelo titular do registro do produto." Art. 11 da Portaria n.º 802, de 08 de outubro de 1998, Republicada no D.O. nº 24-E, de 4/2/99, Seção 1, pág. 9, que instituiu o Sistema de Controle e Fiscalização em toda a cadeia dos produtos farmacêuticos.



GILBERTI
e Advogados Associados

quando, na verdade, a conduta praticada por ela, era realizada por todas as fornecedoras.

Aliás, causa espécie que, mesmo tendo este Tribunal determinado que a apuração envolvesse TODOS OS FORNECEDORES, a SES/MG tenha se eximido de tal obrigação sob o frágil argumento de não possuía capacitação técnica para tanto. A verdade é que a Requerida foi utilizada "como boi de piranha" para tentar solucionar um problema sistêmico de toda a Secretaria.

Nada justifica que a apuração não tenha sido feita conforme determinado por este Tribunal pois, como facilmente pode-se ver, a SES/MG solicitou inúmeras prorrogações de prazo, todas deferidas diga-se de passagem, para concluir os trabalhos e, por isso, não poderia simplesmente alegar falta de capacitação técnica para analisar os processos de todos os fornecedores, mesmo porque, em vários processos onde a Requerida participou, grande parte das outras empresas também esteve presente de forma que a análise poderia ter sido feita conjuntamente.

Ademais é questionável a persecução em relação aos preços ofertados, pois tanto a CGE quanto os Tomadores de Contas da SES/MG, EM NENHUM MOMENTO, sequer demonstraram que os preços da Requerida não estavam de acordo com aqueles praticados no mercado ou que não foram vantajosos para a Administração.

Neste sentido, conveniente a lição do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que assim se posicionou: "*o processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania*".

Inadmissível que em um Estado democrático de direito uma empresa ou seus sócios possam ser constrangidos a figurar como vilões quando a persecução poderia ser perfeitamente evitável com a demonstração básica e simples de que a Administração teria condições de adquirir os medicamentos por preços inferiores aos praticados.

Tendo, porém, a Requerida e seus sócios recebido a notificação para apresentação de defesa vem manifestar-se para ao final requerer o arquivamento do feito sem aplicação de quaisquer sanções considerando que pautou-se pelas exigências contidas nos editais licitatórios questionados conforme provará no decorrer da instrução processual.

2. PRELIMINARMENTE

2.1. - DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA. TEMPESTIVIDADE

Conforme previsão constante do § Primeiro do artigo 168 do Regimento interno deste Tribunal, os prazos contam-se dia a dia, a partir da juntada aos autos



do Aviso de Recebimento, quando a citação ou intimação forem efetivadas por via postal, sendo que, quando forem vários os responsáveis ou interessados, o prazo começará a contar da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou do mandado citatório cumprido.

Segundo consta dos autos, o último AR foi juntado aos 18/11/2015, porém, os prazos ficaram suspensos até o dia 19/01/2016, sendo, portanto, tempestiva a defesa apresentada nesta data já que o prazo final é dia 15/02/2016.

2.2 - INÉPCIA. FALTA DE CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE.

A Requerida, em caráter preliminar vem requerer a extinção do processo sem julgamento do mérito por absoluta falta de condições de procedibilidade caracterizada pela juntada de inúmeros documentos que não possuem qualquer relação com o objeto da demanda, mas que, dificultam sobremaneira não só a apresentação da defesa, mas também, o próprio manuseio do processo considerando a existência 30 volumes que somam mais de 6.200 páginas a serem analisadas.

Existem inúmeros documentos que foram juntados em duplicidade além daqueles que não possuem qualquer referência com a demanda como por exemplo, aqueles juntados nos volumes 21 e 22.

Como se não bastasse, existem vários documentos, que seriam de fundamental importância para a análise, mas que não foram trazidos aos autos, tais como estimativas de preços, mapas comparativos de preços, notas de empenho, ordens de pagamento e notas fiscais que também são importantes para elaboração da defesa e análise por parte deste Tribunal. Não basta a Tomada de Contas apresentar planilhas com informações que supostamente foram retiradas do controle interno da SES/MG, é necessária a juntada de cópias físicas de todos os documentos que estão ali mencionados.

Em contrapartida, as planilhas anexadas também não se prestam para o fim que se destinam pois muitas delas são feitas com tamanho diminuído que dificultam a leitura e conseqüentemente, comprometem a defesa por estarem praticamente ilegíveis.

Veja-se Sra. Conselheira, que desde o ano de 2012 a Tomada de Contas foi instalada na SES/MG a partir de quando se buscam informações para formar convicção acerca das supostas irregularidades praticadas pela Requerida de forma que, tendo o levantamento sido concluído somente no segundo semestre do ano de 2015, é de se concluir que eles tiveram tempo suficiente não só para elaborar sua tese, mas também, para organizar a documentação pertinente aos fatos alegados.



Uma defesa adequada impõe análise detida de todos os documentos carreados aos autos, porém *in casu* são inúmeros processos licitatórios, tratados como se apenas 1 (um) fosse, **porém cada qual possui suas regras próprias**, acumulados em vários volumes de documentos, alguns deles, ilegíveis e incompletos.

É de se observar que a Tomada de Contas não levou em consideração as particularidades de cada edital os quais não são idênticos, possuindo condições diversas que não permitem equipará-los - mesmo porque, trazem condições diferenciadas para empresas localizadas no Estado de Minas Gerais e empresas de outros Estados, como a Requerida.

O fato é que a Tomada de Contas induz à equivocada conclusão de que todos os procedimentos continham os mesmos vícios, o que, de fato, não corresponde à realidade, pois como visto cada edital tinha sua regra específica.

Ademais, é regra comezinha que o ônus da prova incumbe a quem alega, não se podendo negar que a omissão demonstração específica das condições de cada edital, onde poder-se-ia verificar ou não suas falhas e, **notas fiscais** onde poder-se-ia verificar se i) os descontos foram ofertados; e ii) se os produtos em questão são ou não isentos; iii) comparação com preços de mercado e praticados em outras Administrações, não há como não se declarar falha a montagem do processo.

Porém, o que se vê dos autos é um emaranhado de documentos referentes a inúmeros procedimentos administrativos sem qualquer valor probante que só se prestam para avolumar ainda mais o já monstruoso processo.

Não basta a qualquer das partes fazer alegações sem provar o que diz e nem tampouco admite-se que a parte simplesmente se sinta livre de suas obrigações sendo que, dentre elas, está justamente o dever de lealdade e respeito processual, o que, definitivamente, não se vê no caso deste processo.

ISTO POSTO, não estando o processo instruído com peças fundamentais para elaboração acertada da defesa e o julgamento de mérito, requer preliminarmente seja determinado a extinção do processo sem julgamento de mérito com o conseqüente arquivamento do feito.

Caso V.Exa. entenda não ser caso de extinção preliminar do processo, que se digne a intimar a Comissão da Tomada e Contas para que eles promovam a depuração dos documentos que socorrem a sua tese, relacionando-os e demonstrando sua relevância para o deslinde da questão, bem como, que relacionem aqueles que não correspondem a este processo numerando-os para que sejam desentranhados do feito e que substituam os documentos ilegíveis por outros



que possam efetivamente ser apreciados, sob pena de caracterizar-se o cerceamento de defesa.

2.3 - DEVIDO PROCESSO LEGAL

Observa a Requerida, que o presente processo infringe o princípio do devido processo legal, na medida em que antecipa-se ao julgamento dos processos administrativos relativos a matéria, ainda em trâmite perante a própria Administração Pública e perante ao órgão regulador do mercado de medicamentos - CMED.

Assim foge à compreensão do razoável prosseguimento deste processo enquanto a Requerida ainda responde a alguns procedimentos de apuração de infração realizados pela Comissão de Apuração de Infração de Fornecedores (CAIF) da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES/MG) muitos deles constantes neste processo.

Ora, se estes processos ainda se encontram em fase de julgamento Administrativo, acaso seria correto admitir-se o processamento deste feito sobre conduta e valores que ainda em discussão? Esses processos administrativos em geral são volumosos e trabalhosos, sendo inacreditável serem imprestáveis, pois a se admitir o processamento desta ação, tornam-se aqueles totalmente infrutíferos, para não se ventilar a hipótese de serem julgados improcedentes criando o perigo de haverem decisões contraditórias.

Veja-se que a Requerida se defende em inúmeros procedimentos de apuração de Infração (CAIF's) os quais ainda não foram julgados definitivamente pela SES/MG, e que possuem o mesmo objeto:

RELATÓRIOS CAIF

CAIF 71 2013

Defesa Prévia apresentada em 14/06/2013

Recurso Administrativo protocolado em 14/08/2013

CAIF 236

Defesa Prévia apresentada em 21/10/2013

CAIF 42 2014

Defesa Prévia apresentada em 06/05/2014

Processo Administrativo nº 41/2013 - CAIF 122 13

Recurso Administrativo em 16/08/2013

CAIF 156/13



Defesa Prévia apresentada em 13/09/2013

Recurso Administrativo protocolado em 28/03/2014

CAIF 271/13

Defesa Prévia apresentada em 31/01/2014

Recurso Administrativo protocolado em 05/01/2015

CAIF 247/13

Defesa Prévia apresentada em 24/01/2014

CAIF 205/13 (203/2014)

Defesa Prévia apresentada em 11/12/2013

Advertência e Multa no valor de R\$ 6.560,95

Recurso Administrativo protocolado em 02/10/2014

CAIF 195 13

Informação CAIF 195/13

CAIF 321/13 - 227/14 - 705/13

Defesa Prévia apresentada em 19/12/2013

Recurso Administrativo protocolado em 29/12/2014

CAIF 05 2014

Defesa Prévia apresentada em 16/04/2014

Recurso Administrativo protocolado em 08/01/2015

CAIF 207 14

Defesa Prévia apresentada em 07/10/2014

Recurso Administrativo protocolado em 28/10/2014

CAIF 215/14 (216/14)

Defesa Prévia apresentada em 17/09/2014

Recurso Administrativo protocolado em 05/12/2014

CAIF 180 2013

Recurso Administrativo protocolado em 05/12/2013

CAIF 30 2012

Advertência e Multa no valor de R\$ 11.424.421,32





CAIF 323 2014

Defesa Prévia apresentada em 08/12/2014

Recurso Administrativo protocolado em 17/12/2014

CAIF 319 2014

Defesa Prévia

CAIF 16 2015

Defesa Prévia

Veja-se que em vários procedimentos administrativos internos a SES/MG promoveu a comunicação à CMED quanto as supostas irregularidades cometidas pelos fornecedores e, solidariamente, laboratórios fabricante, fato este que pode ser comprovado através da análise da relação de empresas denunciadas à Anvisa (fls. 6.016 e segs.).

Porém, até a presente data aquele órgão não se manifestou quanto as irregularidades que foram apontadas, razão pela qual, não se justifica o processamento da presente Tomada de Contas enquanto encontram-se pendentes os julgamentos administrativos e aqueles referentes à manifestação do órgão competente que é a Câmara de Regulação de Medicamentos.

Requer assim, que se digne a suspender o processamento do feito até que exista decisão administrativa definitiva sobre o caso sob pena de existirem decisões conflitantes entre si, bem como que se aguarde o posicionamento final da CMED sobre os processos que estão sob sua análise.

2.4.- CHAMAMENTO A LIDE

Devem ser chamados ao processo para que possam responder ao processo os laboratórios fabricantes e demais fornecedores da SES/MG, pois suas práticas e preços são comuns e havendo comunhão de direitos e obrigações relativamente à questão, surge o dever de se integrar à ação aqueles constantes da Ordem de Serviço de nº 615 de julho de 2012 que investiga, relativamente ao tema em discussão nesta ação.

Ora se já em julho de 2012 a SES/MG determinou a averiguação de procedimentos de todos estes fornecedores, através da Ordem de Serviço nº 615, não é justo que se admita uma ação direcionada a uma única fornecedora estando todos em idêntica situação, daí requer sejam todos chamados ao polo passivo da presente lide e suspenso o processo até a apresentação de suas defesas.



Por outro lado, devem ser chamados à lide os laboratórios fabricantes pois são co-responsáveis pelo fornecimento dos medicamentos à SES/MG.

Diz o artigo 70 do Código de Processo Civil:

A denunciação da lide é obrigatória:

I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II – ao proprietário ou ao possuidor direto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda

Tratando-se o presente processo de suposta inadequação de preços praticada pela Distribuidora, os Laboratórios fabricantes deveriam fazer parte do polo passivo deste processo, pois, segundo orientações da Anvisa, eles são responsáveis solidários por eventuais infrações cometidas.

Neste sentido, vejamos o que dispõe a Orientação Interpretativa nº 04 da Anvisa a respeito do assunto:

Orientação Interpretativa nº 04, de 13 de novembro de 2006

“A Empresa Fabricante, que tem o Distribuidor como representante (preposto), é solidária nas infrações ao regime de regulação do mercado de medicamentos.”

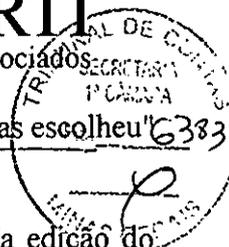
“Na situação acima descrita, haverá, indiscutivelmente, a responsabilização solidária do Fabricante, que tem o Distribuidor como representante, caso este venha a praticar infração ao regime de regulação do mercado de medicamentos. A solidariedade decorre de texto expreso de lei, pela incidência do art. 932, inciso III, do Código Civil, que prevê a responsabilidade da empresa pelos atos de seus prepostos no exercício do trabalho que lhe competir, ou em razão dele.”

O dispositivo (art. 932) remete ao conceito de culpa in eligendo, que esclarecendo ORLANDO GOMES, dá-se “quando a responsabilidade é atribuída a quem escolheu mal - male electio - aquele que praticou o ato. Certas pessoas estão subordinadas a outras por uma relação jurídica que lhes confere um poder de ação, do qual pode advir dano a terceiro. Tais pessoas



GILBERTI

e Advogados Associados



devem ser bem escolhidas, já que, por seus atos, responde quem as escolheu⁶³⁸³ (Obrigações, 8ª ed., Ed. Forense, 1988, p. 327).

Esta rationale, aliás, já havia orientado o regulador à época da edição do Decreto nº 79.094, de 5 de janeiro de 1977, que regulamentou a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, dispondo acerca da submissão de medicamentos ao sistema de vigilância sanitária. Este diploma legal, ainda vigente, traz, em seu art. 3º, inciso XLII, a definição de Titular de Registro, como a “pessoa jurídica que possui o registro de um produto, detentora de direitos sobre ele, responsável pelo produto até o consumidor final”.

Desta forma, verifica-se que, mesmo que a empresa produtora delegue a distribuição de seus medicamentos às empresas distribuidoras, ainda assim será responsável pelo produto, solidariamente com a distribuidora.”

Também a Resolução nº 03, de 02 de março de 2011 da CMED estabelece no parágrafo único do artigo 7º a solidariedade entre fabricantes e distribuidores:

“Art. 7º - O descumprimento do disposto nesta Resolução sujeitará o infrator às sanções previstas na Lei nº 10.742 de 6 de outubro de 2003.

Parágrafo único – As empresas produtoras de medicamentos responderão solidariamente com as distribuidoras pelas infrações por estas cometidas.”

Da simples leitura do artigo supra verifica-se que o Laboratório é co-responsável por qualquer infração cometida pela fornecedora, isto porque, quem efetivamente financia a existência dos fabricantes são os distribuidores que são obrigados a assumir todo o ônus para colocar o medicamento no mercado.

A inclusão dos laboratórios no processo não se trata, portanto, de uma liberalidade, mas sim, uma imposição legal da qual não pode se imiscuir pois, toda a cadeia encontra-se vinculada, sendo que, com tal inclusão, poder-se-ia ir a fundo na investigação de preços de mercado.

Aliás, esta obrigação é de conhecimento geral inclusive da Administração que reconhece, através de inúmeros pareceres internos quanto a solidariedade dos fabricantes quanto ao cumprimento das determinações da Anvisa bem como a obrigatoriedade do gestor de encaminhar denúncias contra os laboratórios à CMED quando for observada a infração a legislação pertinente³.

³ Ver por exemplo o Parecer AJ nº 1070/2011 sobre aplicação do CAP – Volume 05, pág. 978; e-mail enviado por Especialista em Política e Gestão da Saúde – vol.07 pag. 1.293



Para reforçar ainda a mais a obrigatoriedade de chamamento dos laboratórios ao processo, vejamos as orientações repassadas pela Anvisa em reunião realizada na Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais (vol. 07 fls.1.299)

1) ante a recusa da empresa em aplicar o CAP, tratando-se de distribuidora, deverá ser expedida notificação à distribuidora e ao fabricante do produto ofertado comunicando sobre a aplicação das penalidades legais e informando que segundo as Orientações Interpretativas da CMED nº 01, 02, 03 e 04, de 13/11/2006, o fabricante é co-responsável pelas infrações praticadas pelo distribuidor de seus produtos. É salutar envolver o fabricante e atribuir a ele a responsabilidade que efetivamente deve assumir sobre os atos praticados pelos distribuidores dos seus produtos. Os representantes do NUREM se colocaram à disposição desta Secretaria para resolver quaisquer pendências que surgirem, inclusive durante o próprio processo licitatório, através de e-mail e contatos telefônicos. (cap.cmed@anvisa.gov.br / (61) 3462-4001 / 3462-4005)

Assim, os laboratórios fabricantes e todos os demais fornecedores da SES/MG devem ser chamados ao processo, devendo serem intimados a apresentar a defesa sob as irregularidades apontadas na Tomada de Contas, o que desde já requer.

2.5.- PRESCRIÇÃO

Apesar do emaranhado de processos citados e do grande volume de documentos que dificultam inclusive a compreensão da matéria, consegue-se perceber que as supostas irregularidades cometidas advieram dos editais confeccionados pelos servidores efetivos da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais.

Todavia, diante do lapso temporal entre o conhecimento do fato e a pretensão de sancionamento, necessário se faz observar a incidência ou não de prescrição em relação a estes certames.

Não se pode admitir a possibilidade de sancionamento eterno de forma que é de se observar que a prática de supostos ilícitos administrativos está sujeita a aplicação da prescrição quinquenal. "**O momento de início desse prazo deve ser aquele em que é cometida a infração.**" (José Armando da Costa, op. cit., p. 284)".[1] (Destacamos.)

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca do prazo prescricional para aplicação de penalidades:



GILBERTI
e Advogados Associados
FIS. 6385



ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **CONTRATO**
ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL.
TERMO INICIAL. DATA DO ATO OU FATO LESIVO. PRINCÍPIO
DA ACTIO NATA. CIVIL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL:
CITAÇÃO. MULTA (ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC).
AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL DA DEMANDADA
IMPROVIDO. RECURSO ESPECIAL DAS DEMANDANTES
PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. (REsp
769942/RJ, DJe de 15/12/2009).

Baseado nesse conjunto de informações, é possível afirmar que o prazo prescricional para que se instaure processo para apuração das responsabilidades do contratado, em decorrência da inexecução das obrigações respectivas é de cinco anos, contados a partir do momento em que se conhece a infração.

Com efeito, muito embora não se trate o presente procedimento de um processo judicial, é salutar que seja considerada a prescrição quinquenal para aplicação de qualquer sanção que seja, respeitando-se assim, a estabilidade das relações jurídicas e não permitindo que fique em aberto a possibilidade de penalização sem que exista um prazo final para sua verificação.

A conceituação clássica formulada pelo notável Antônio Luís da Câmara Leal⁴: *“prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.”*

Partindo-se da conceituação de Câmara Leal, e ainda à luz de suas lições, é possível extrairmos os dois fundamentos do instituto da prescrição: **(I)** castigo à inércia do titular do direito violado (*dormientibus non succurrit ius*) e **(II)** estabilização das relações sociais regradas pelo Direito (*ne in incerto esset*).

Dentre estes dois fundamentos da prescrição, interessa-nos particularmente o segundo, que trata da **estabilização das relações sociais pelo Direito**, dada a sua íntima ligação com **o princípio da segurança jurídica**.

Vejamos um pouco mais como se dá esta relação entre a prescrição e o princípio da segurança jurídica.

⁴ Op. cit. p. 26.



O **princípio da segurança jurídica**, do qual se extrai o instituto jurídico da **prescrição**, é imanente ao Estado Democrático de Direito⁵, daí a desnecessidade de sua previsão expressa no texto constitucional^{6- 7 - 8-}, criação formidável do intelecto humano que teve por objetivo majorar a estabilidade e a previsibilidade das relações entre particulares e o Estado, por meio de um quadro normativo prévio e estável.

Pois bem, como suscitado, uma das formas de se assegurar a **estabilidade** e a segurança das relações sociais dá-se justamente pela fixação temporal do exercício de uma pretensão administrativa/judicial (= prescrição). E a razão é demasiadamente singela: *nenhuma sociedade minimamente civilizada conseguiria desenvolver-se se a qualquer instante cada um de seus partícipes pudesse ser demandado por fatos ocorridos no passado*⁹.

Nesta mesma linha, assim anotou Demóstenes Três Albuquerque¹⁰, *in verbis*:

“Diversos fatores são essenciais para se alcançar a segurança jurídica e com ela a tendência de estabilização das relações sociais, fundamental para a manutenção do

⁵ Diz Celso Antônio Bandeira de Mello: “Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo” (Op. cit., p.123).

⁶ Diz José Souto Maior Borges: “O princípio implícito não difere senão formalmente do expresso. Têm ambos o mesmo grau de positividade. Não há uma positividade ‘forte’ (a expressa) e outra ‘fraca’ (a implícita). Um princípio implícito pode muito bem ter eficácia (= produzir efeitos) muito mais acentuada do que um princípio expresso.” (in Revista Dialética de Direito Tributário nº 22, p. 25).

⁷ Anote-se que a Constituição de alguns países faz expressa referência a este verdadeiro *sobre-princípio*, tal como a Espanhola, em seu art. 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

⁸ Apesar de se tratar de um princípio constitucional implícito, certo é que em nível infraconstitucional o princípio da segurança jurídica possui previsão expressa. Referimo-nos ao *caput* do art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99: Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁹ Fernando Sainz Moreno, em excelente artigo dedicado ao tema, anota que o princípio da segurança jurídica impõe certas condições ao exercício do Poder Público, dentre eles “(...) e) La prescripción de las acciones, infracciones y sanciones administrativas es una exigencia de la seguridad jurídica (SSTC 147/1986; 215/1989; 157/1990)” (Seguridad Jurídica. Revista Trimestral de Direito Público, nº 55. São Paulo: Malheiros, p. 17-21).

¹⁰ A imprescritibilidade da ação de regresso prevista no art. 37, §5º, da Constituição Federal. Revista do TCU, v.102, p. 44.



exercerem seus atos com segurança. E não podemos esquecer que a Lei tanto quanto os atos administrativos devem decorrer a **certeza para seu bom andamento**.

Como a competência para legislar é exclusivamente estatal, a confusão gerada pela falta de clareza nos textos e normas legais que vieram afetar os procedimentos das empresas e servidores é, sem sombra de dúvidas, considerada *fato da administração* ou *fato do príncipe*. Por isso os acontecimentos ocorridos naquela época nunca poderão ser considerados como atos de improbidade sujeitos à condenação em ressarcimento e outras penalidades.

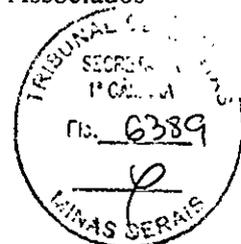
Houve questionamento na época?

É certo que se deve considerar em nosso Direito que a prescritibilidade é a regra enquanto a imprescritibilidade é a exceção. É uma regra a ser seguida porque é um fator importante para a segurança e estabilidade das relações jurídicas e da convivência social. São raríssimas as hipóteses de imprescritibilidade e assim mesmo, claramente previstas em nosso ordenamento jurídico. Nas palavras de Pontes de Miranda,

"a prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, que de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional" (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Tomo VI, 4ª ed., RT, 1974, § 667, p. 127*).

Assim, sendo o marco inicial para contagem do prazo prescricional a publicação dos instrumentos convocatórios no Diário Oficial do Estado, operou-se a prescrição do direito de ação em boa parte das licitações questionadas, dado o lapso temporal de mais de 05 anos entre o conhecimento da suposta irregularidade e o protocolo da Tomada de Contas Especial perante este Tribunal aos 18/09/2014 a qual transformou-se no Processo de nº 932.626:

| Edital (nº) | Data Protocolo TCE | Lapso Temporal Transcorrido |
|-------------|--------------------|-----------------------------|
| 33/2008 | 18/09/2014 | 6 anos |
| 13/2009 | 18/09/2014 | 5 anos |
| 38/2008 | 18/09/2014 | 6 anos |
| 15/2007 | 18/09/2014 | 7 anos |
| 11/2007 | 18/09/2014 | 7 anos |
| 62/2009 | 18/09/2014 | 5 anos |
| 52/2008 | 18/09/2014 | 6 anos |



| | | |
|----------|------------|--------|
| 63/2009 | 18/09/2014 | 5 anos |
| 13/2008 | 18/09/2014 | 6 anos |
| 159/2009 | 18/09/2014 | 5 anos |
| 28/2009 | 18/09/2014 | 5 anos |
| 10/2007 | 18/09/2014 | 7 anos |
| 30/2007 | 18/09/2014 | 7 anos |
| 58/2009 | 18/09/2014 | 5 anos |
| 63/2009 | 18/09/2014 | 5 anos |

Assim, dúvidas não restam quanto a restar prescrita pretensão de aplicação de penalidades, impondo-se a extinção do processo em relação aos certames apontados na tabela acima e todos aqueles outros que tenham sido atingidos pela prescrição quinquenal ora invocada.

3. - NO MÉRITO

Este processo traduz o chamado "custo Brasil", demonstrando a insegurança jurídica de ser fornecedor da Administração Pública num país onde se fazem normas incompletas como o Convênio ICMS 87/02, e não se lhe dá a devida regulamentação (como até hoje não ocorreu) passando-se a modificar a norma em emendas; Não sendo desonerada toda a cadeia de medicamentos, a indústria não se sente obrigada a desonerar, menos ainda viabilizar a prática dos preços (farinha pouca, meu pirão primeiro); Onde os Gestores Públicos desinformados agem como entendem; Legislações Estaduais não acompanham a federal e fornecedores não sabem como proceder; Onde as autoridades que deveriam regulamentar o mercado não o fazem adequadamente; E o resultado disso tudo, dessa confusão, não pode ser imputado, muito menos arcado, pelos particulares que tiveram a desventura de empreender na "terra brasilis".

A omissão das autoridades responsáveis pela condução da política de medicamentos no país não pode causar efeitos catastróficos sobre os fornecedores como se estes fossem os culpados como são vistos no âmbito da Administração, pois são motivadas por desconhecimento, confusão, má interpretação, má regulamentação, falta de integração de normas regulatórias e tributárias.

Esse desconhecimento da matéria, aliás, restou bem demonstrado na Tomada de Contas onde pode-se perceber claramente que tanto os servidores quanto os fornecedores, não tinham conhecimento claro de como deveriam agir.



Aliás, nem mesmo a própria Anvisa tinha clareza de como deveria proceder conforme pode-se ver através dos e-mails trocados entre a SES/MG e aquele órgão: (Doc. 02- fls. 3.264 - volume 16)



Vejamos as respostas do Gerente de Monitoramento de Mercado da Anvisa às indagações feitas pela Servidora da SES/MG:

“Cara Nina, boa tarde!

Primeiramente gostaria de me desculpar pela demora na resposta, pois **tenho dúvidas em como lhe responder da melhor maneira.**

Eu entendo que você deveria encaminhar para a CMED o relato de todas as compras realizadas sem o PMVG, com toda a documentação inerente a estas, para que possamos instaurar os Processos administrativos, após a análise de cada caso.

Em relação ao ressarcimento, **tenho dúvidas em como seria o melhor procedimento a ser adotado por este estado.** Penso que o melhor seria uma definição do seu departamento jurídico....”

Já um outro servidor da ANVISA, assim se posicionou:

“ Bom dia Bruno,

Salvo melhor juízo, eu entendo que **em casos em que as Atas de Registro de Preços já se encontram vencidas, exigir o ressarcimento é um pouco complicado**, mas já que a Secretaria, como ela informou no e-mail, tem conseguido negociar com as empresas não é impossível que um “acordo de cavalheiros” possa obter o ressarcimento, nem que seja com o fornecimento de produtos como compensação.

De qualquer forma, acho que as denúncias podem ser encaminhadas à CMED e também utilizar a possibilidade de denúncia como moeda de troca.”

Ora Sra. Conselheira, através da transcrição supra é fácil verificar que nem mesmo o órgão que criou as regras a serem seguidas sabia como proceder, salientando-se que esses e-mails foram trocados em junho de 2011. Se a regulamentação era falha, as orientações eram ainda piores... Como então exigir que os gestores e os fornecedores soubessem como deveriam agir?

Inobstante a essas mazelas, a Tomada de Contas faz interpretações errôneas, sendo incorretas as conclusões e absurdamente equivocados seus cálculos conforme provará a Requerida, pois não houve apropriação de imposto como margem de lucro para a empresa, como também não houve elevação artificial de preços, não houve quaisquer aquisições acima de preço de mercado, pois a sistemática adotada pela SES/MG não permite essa prática, pois promove rigoroso

PREÇO MERCADO X PREÇO TABELADO

17



estudo para estipulação de preços estimados, não adquire nada fora deste preço e ainda antes de homologar preços sempre realiza estudos apurados em mapas comparativos de preços, de forma a apenas adquirir em conformidade com os preços de mercado, e fora exatamente o que se deu.

Aliás, causou estranheza que neste processo os tomadores de contas não tenham se preocupado em anexar aos autos os mapas estimativos de preços que eram elaborados antes da ocorrência do pregão e posteriormente, os mapas comparativos onde era feita a comparação entre o preço adjudicado e o preço estimado.

Se os preços fossem incompatíveis, havia negociação e quando essa negociação não lograva êxito, a proposta era simplesmente desclassificada. Essa prova é de suma importância para demonstrar que a Administração não teve prejuízo nas operações pois, não restou comprovado que os preços praticados estavam acima do preço estimado e daqueles praticados no mercado.

X PREÇO
TABELADO

3.1 - PERSEGUIÇÃO DIRECIONADA POR INTERESSES PRIVADOS

A Requerida nos últimos anos viu-se injustamente perseguida pela SES/MG em virtude de denúncias apócrifas e mesquinhas articuladas por ardilosa concorrente (que espalhou-as Brasil a fora, com vistas a angariar os laboratórios fornecedores) tanto que seu nome aparece com frequência na ação e noutras situações nas quais defende-se dessas vilezas que insistem em impregnar sua imagem como se verdades fossem.

A verdade é que a Requerida foi vítima de uma campanha nacional de denúncias caluniosas anônimas, patrocinadas por distribuidoras concorrentes, que visam denegrir sua imagem com a exposição negativa na mídia, para amealhar deslealmente os fornecedores (indústria farmacêutica), sabedores que estas possuem "compliances" vinculados a Lei Anti-Corrupção Americana (LCPA) e repudiam (mediante ruptura contratual), qualquer envolvimento de distribuidores apurações relativas a supostas fraudes.

conformidade

Lamentável laborem cegamente em prol deste objetivo as Autoridades que são flagrantemente manipuladas sem que o percebam, tanto que deixam de avaliar preços de todos os fornecedores, pois originalmente seu foco foi direcionado.

Tendo construído sua trajetória baseada em atuação ética, respeito à Lei e a moralidade, o que lhe permite afirmar que estas denúncias trouxeram à tona as mazelas da legislação regulatória, mal afeta a todos os fornecedores e não irá a Requerida ser denegrada calada, pois sempre praticou preços de mercado em todo território nacional, não podendo ser culpada das mazelas regulatórias e tributárias do país ou da administração pública.



A Requerida afirma que praticou preços de mercado não apenas perante o Estado de Minas Gerais, mas em todo território nacional e que se os Tomadores de Contas apurassem os preços de todos os fornecedores da SES/MG e/ou de quaisquer outras Secretarias de Saúde Brasil à fora, teriam uma visão do quadro geral e perceberiam o "mise en scène", pena que não a tempo de evitar os prejuízos comerciais da Requerida e à sua imagem.

Aliás, neste sentido, em 10 de dezembro de 2012 a Requerida compareceu perante o Sr. Controlador Geral do Estado e formalmente reclamou contra a perseguição instalada na SES/MG, que à ocasião segurava empenhos, pagamentos, não a convidava a apresentar preços em dispensas de licitação e conduzia procedimentos administrativos baseada em pré-julgamentos e cerceamento de defesa. (Doc. 03)

Exortada à ocasião a formalizar sua reclamação protocolizou em 20 de dezembro de 2012, reclamação quanto a perseguição da SES/MG sob o nº SIPRO 0295606-1170/2012-8 (SIGED 00237877-1561-2012) relatando que a SES/MG fez tramitar apenas os processos da Requerida mesmo estando todos os fornecedores sob investigação conforme determinou a Ordem de Serviço de nº 615 de julho de 2012.

Ora se já em julho de 2012 a SES/MG determinou a averiguação de procedimentos de todos os fornecedores, comprovando estarem todos sob investigação, tal fato demonstra por si só a injustiça do direcionamento desta Tomada de Contas somente contra a Requerida, contrariando determinação da Controladoria Geral do Estado e deste próprio Tribunal.

3.2 - FALHAS NA NORMATIZAÇÃO, GESTÃO, INFORMAÇÃO

A Requerida reitera tratar-se todo este imbróglio de falhas na regulamentação do setor e que atinge a todos fornecedores e a todas Administrações Públicas, pois todos eles no país inteiro procedem de forma semelhante, praticando os preços que lhes são determinados pela indústria farmacêutica.

Esclarece que sempre trabalhou distribuindo produtos dos maiores e mais sérios e responsáveis laboratórios presentes no país, adotando as práticas amplamente utilizadas pelo mercado, razão pela qual, sempre praticou preços em conformidade com os vendidos pelo mercado e em plena consonância com os editais licitatórios e com a Lei.

Provará a Requerida comparativamente que todos os preços praticados eram compatíveis com os preços de mercado, em conformidade com a legislação e

estimativas de preços dos certames licitatórios, comprovando a inadequação da Tomada de Contas e a inércia em realizar o trabalho de forma completa



3.3 - DA REPRESENTAÇÃO PERANTE O TCU

A verdade é que todo o setor distribuidor atacadista de medicamentos sofre desde a criação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) justamente por falta de regulação adequada do mercado, e, por este motivo a Requerida que vinha a longa data pleiteando providências à CMED, sem porém qualquer retorno, protocolizou representação junto ao Tribunal de Contas da União em 10 de dezembro de 2014, onde expõe e pleiteia uma mais justa organização do setor atacadista hospitalar de medicamentos. (Doc. 04)

Compreenda V.Sas. que não se trata de questão pontual deste ou daquele distribuidor, ou apenas da SES/MG, mas uma má regulamentação do setor atacadista hospitalar de medicamentos, sendo claro que nem mesmo órgão regulador conseguia esclarecer as dúvidas que lhe eram colocadas a exemplo do e-mail acima transcrito..

O setor farmacêutico é regulado pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária através da Lei nº 10.742 de 06/10/2003 que estabelece normas com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor definindo com responsável por esta política a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, sendo a atividade de distribuição atacadista de medicamentos regulamentada pela *Portaria n.º 802, de 08 de outubro de 1998*, que instituiu o Sistema de Controle e Fiscalização em toda a cadeia dos produtos farmacêuticos tornando co-solidários.¹²

A legislação do setor é esparsa, propositalmente desconexa com a legislação tributária, sendo sempre mal interpretada, desregulamentada, e mal difundida aos gestores, gerando assim descompassos que afetam e abalam os distribuidores suas finanças e imagem.

O fato é que a Requerida desde o advento da Resolução de nº 04 de 8 de março de 2006, tentou por inúmeras oportunidades sensibilizar a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos quanto à regulamentação do mercado brasileiro de distribuição por atacado de medicamentos, alertando que o mesmo está sendo negligenciado pela normatização da CMED, solicitando estudos e providências, tendo desde então buscado o diálogo com os Secretários Executivos

¹² Portaria 802 Min. Saúde - Art. 2º A cadeia dos produtos farmacêuticos abrange as etapas da produção, distribuição, transporte e dispensação. Parágrafo único. As empresas responsáveis por cada uma destas etapas são solidariamente responsáveis pela qualidade e segurança dos produtos farmacêuticos objetos de suas atividades específicas.



da CMED, primeiramente o Sr. Luiz Milton Veloso Costa, depois o Sr. Ivo Bucareski e Bruno Cesar Almeida de Abreu, porém sem qualquer êxito.

Neste sentido veja-se as missivas protocolizadas em: (Doc. 05)

- 1.- 10 de setembro de 2007;
- 2.- 30 de outubro de 2008. (Ofício nº 501/2008)
- 3.- 11 de novembro de 2008 (e-mail ao Sec. Executivo)
- 4.- 01 de dezembro de 2008 (defesa)
- 5.- 26 de maio de 2010
- 6.- 29 de agosto de 2011
- 7.- 30 de novembro de 2012



Estas manifestações comprovam que a Requerida sempre clamou para que a CMED regulamentasse o mercado sem negligenciar o setor de distribuição atacadista hospitalar, pois as falhas na regulamentação do mercado que se iniciaram com a Resolução 04/2006, fatalmente causariam problemas, como vem causando agora, e, não apenas à Requerida, mas a todo setor de distribuição atacadista de medicamentos, daí a necessidade de impor-se um imediato basta a esta situação, o que buscou fazer mediante a representação ao TCU.

Importa destacar que a matéria relativa à desoneração do ICMS prevista pelo Convênio ICMS 87/02 vem sendo reiteradamente modificada pelo CONFAZ visando adequá-lo à realidade do mercado, e neste aspecto chama a atenção da defesa que **os Tomadores de Contas se utilizam de redação não contemporânea aos fatos em seu relatório** tecendo ilações e tese sobre legislação atual o que desde já impugna-se pois, para fundamentar seus entendimentos, fazem uso do parágrafo sexto da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ 97/02 já com a nova redação e não com a redação existente à época dos fatos.

Veja-se que quanto ao tema – modificação do Convênio ICMS nº 87/02 - a Requerida foi a única empresa nacional a ser convidada, e, participar de reunião do Grupo de Trabalho nº 27 do CONFAZ que atendeu a recomendação do TCU (derivada do Acórdão 140/2012) que ao final deliberou pela alteração do parágrafo sexto do Convênio 87/02 para determinar que as propostas de preços nas licitações públicas deveriam ser apresentadas sem a inclusão do ICMS. (Doc. 06)

Isto implica dizer que, somente em 2012 a questão relativa à desoneração de ICMS nas licitações públicas foi finalmente “QUASE” adequadamente normatizada, mas não sem antes, deixar um rastro de ilegalidade e insegurança jurídica que não pode ser imputada ao particular.



“Quase” porque ainda hoje, a desoneração somente é exigida daquele que realiza a entrega final dos medicamentos à Administração Pública, não sendo desonerada toda cadeia de medicamentos, ou seja, os laboratórios fabricantes que não participam diretamente do processo licitatório, não se veem obrigados a conceder o desconto do ICMS às distribuidoras.

Ora as compras destinadas ao fornecimento público de medicamentos até hoje **são oneradas de ICMS quando da saída dos medicamentos das indústrias farmacêuticas**, e este imposto creditado na compra não pode ser abatido quando do fornecimento dos medicamentos à Administração Pública, ou seja, ficaram os distribuidores com o ônus de pagar o imposto e não poder abater o crédito da entrada nas saídas das vendas públicas, como deveria reza o princípio da não cumulatividade que rege o ICMS.

A omissão quanto a regulamentação isonômica do mercado de medicamentos, mediante mecanismos que não sacrifiquem uns em benefício de outros, fere o objetivo previsto pelo artigo 6º, da Lei nº 10.742/03, quais sejam:

“Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;

II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;”

VIII - **propor a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos;**

IX - **opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos;**

X - **assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária;**” (grifamos)

O poder de regulamentar concedido à CMED pela Lei nº 10.742/03, deve contemplar a todos que prestem ações e serviços para a promoção da saúde,



GILBERTI
e Advogados Associados



tendo em vista **ser direito de todos e dever do Estado**, que deve ser garantido mediante **políticas inclusórias e não exclusórias**, nos termos previstos pela Constituição Federal.

Injusto e inaceitável que o poder regulamentar exclua, ignore, elo fundamental de fornecimento de medicamentos para o Sistema Único de Saúde, pois são os distribuidores que irrigam de medicamentos o SUS, fornecendo indiscriminadamente aos municípios e Secretarias de Estado de Saúde, situação esta que não pode ser desconsiderada pelos órgãos regulamentadores, órgãos de controle externo como o Tribunal de Contas, e, também, pelo Poder Judiciário, razão pela qual, reitera a necessidade de convocação dos laboratórios para responderem ao presente processo.

3.4 – VENDAS PÚBLICAS – PMVG – DESCONHECIMENTO – NORMA MAL FEITA – LEGISLAÇÃO INCOMPLETA (NORMA EM BRANCO)

O fato que dá origem à presente Tomada de Contas é o advento da Resolução CMED nº 04/2006 que obriga os fornecedores a concederem um desconto mínimo obrigatório, denominado **COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO – CAP**, a ser aplicado sobre o **preço fábrica** de determinados os produtos, sempre que os vendam à Administração Pública, criando o **PREÇO MÁXIMO DE VENDA AO GOVERNO – PMVG**, Assim:

RESOLUÇÃO CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006

Art. 1º As distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos 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 (...)

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

§3º O CAP será aplicado sobre o PF.

Art. 2º O CAP será aplicado ao preço dos produtos nos seguintes casos:

(...)

§ 1º A Secretaria-Executiva editará, em até 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Resolução, **comunicado com a relação de produtos cujos preços serão submetidos ao CAP**, conforme decisão do Comitê Técnico-Executivo.

(...)

Art. 3º O PMVG será calculado a partir da seguinte fórmula: $PMVG = PF * (1 - CAP)$,

onde:

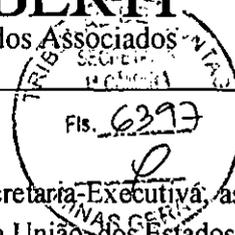
PMVG = PREÇO Máximo de Venda ao Governo

PF = Preço Fábrica



GILBERTI

e Advogados Associados



CAP = Coeficiente de Adequação de Preço

(...)

Art. 5º A partir da publicação do PMVG dos medicamentos pela Secretaria-Executiva, as vendas destinadas a antes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **deverão observar o disposto nesta Resolução.**

Veja-se a cristalinidade da definição legal do PMVG, contida no Art. 1º § 1º e 3º e Artigo 3º da norma supra: **PMVG = PF - CAP.**

Ocorre que ao expedir os Comunicados¹³ que deveriam se limitar a **informar a relação de produtos cujos preços seriam aplicados o CAP**, a CMED INOVOU A FÓRMULA SUPRA, DISPONDO QUE A APLICAÇÃO DO CAP DAR-SE-IA SOBRE O **PREÇO DE FÁBRICA DEDUZIDO DOS IMPOSTOS**, fazendo-o assim:

“4 – O CAP será aplicado sobre o Preço Fábrica do produto, publicado no sítio eletrônico da ANVISA, descrito no item 2, retirados antes os tributos, quando for o caso.” (Grifamos)

Ao assim fazer a CMED extrapolou os limites de sua inegável competência legislativa praticando ilegalidade, pois comunicados não podem ter o condão de contrariar Resoluções, mas tão somente esclarece-las.

Ora os Comunicados, que sequer existem como Lei em nosso ordenamento jurídico, não podem modificar a norma da Resolução nº 4 que lhes deu origem, inová-la, modificá-la, transformando-se assim em “*decretos autônomos*” em razão do princípio da legalidade, conforme dispõe o art. 84, IV, do Texto Constitucional.

Desta forma a história da imposição do PMVG que nasce como “um simples” desconto de 24,92% sobre o Preço Fábrica, passou a ser exigido pela Administração de Minas Gerais como 41,92% à medida em que na prática passou a ser : **PMVG = PF - ICMS - CAP.**

Esta prática desnatura as determinações dos §§ 2º e 3º do art. 1º e a fórmula de cálculo do PMVG do art. 3º da Resolução nº 04/2006 revogada pela Resolução nº 3, de 2 de março de 2011, de idêntico teor da norma revogada, e que assim, manteve a mesma fórmula do Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, (PMVG = PF - CAP) perdendo a oportunidade de produzir uma norma clara.

¹³ Comunicados nº 7, nº 15, (D.O.U. 31/12/2007), Comunicado nº 12, (D.O.U. 22/10/2008) e Comunicado nº 10, (D.O.U. 1º/12/2009), Comunicado nº 5, de 1º de junho de 2011. (D.O.U. de 03/06/2011), Comunicado nº 9, de 28 de agosto de 2012 (DOU de 31/08/2012), Comunicado nº 6, de 5 de setembro de 2013 (DOU de 10/09/13), Comunicado nº 10, de 24 de outubro de 2014 (DOU de 28/10/2014).



Se **CAP deveria ser aplicado sobre o Preço Fábrica** e resultar no Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, não se pode admitir que mediante meros Comunicados, a CMED inove a fórmula do PMVG, **aplicando o CAP sobre o Preço de Fábrica deduzido dos impostos, para tão somente após abater o percentual determinado pela Resolução 4 (CAP).**

Ao assim proceder, a Secretaria Executiva da CMED aplica desconto de em média 42% sobre os Preços de Fábrica dos Produtos, ao invés de ser de apenas 24,69% como determinado pela Resolução, inventando novo componente para a fórmula onde cresceu ao desconto 17% relativo ao ICMS.

Em assim agindo, a CMED inseriu fator de decréscimo de preço para o qual a indústria não repassou aos distribuidores que como a Requerida vem sofrendo com injustas cobranças e acusações de superfaturamento, derivadas de visões unilaterais e distorcidas da realidade do mercado que têm se mostrado severa com as distribuidoras hospitalares de medicamentos.

Como se não bastasse, ao assim proceder a CMED **presume** que as vendas realizadas ao Poder Público serão isentas de todos os tributos incidentes nesta operação, porém, isto não é verdade, pois a aquisição dos fármacos pelos distribuidores continua, desde sempre, a ser tributada, inclusive de ICMS.

Vale dizer: a CMED sabe deste fato, mas sacrifica os distribuidores que são onerados de ICMS na entrada dos medicamentos em seu estabelecimento e são obrigados a desonerá-los (e ainda a conceder o CAP) na saída dos mesmos quando destinados a vendas públicas. E o valor dos impostos incidentes sobre a operação de venda de medicamentos sempre integrará o seu preço de venda, pois “preço fábrica” dos medicamentos é aquele indicado pelo seu fabricante até 31 de março, acrescido do ICMS, do PIS e da COFINS incidentes nas operações de compra e venda desses produtos.

Se a isenção de ICMS em comento não for concretamente usufruída nas compras há flagrante bitributação, sendo injusto o “preço fábrica” veiculado nos Comunicados da CMED.

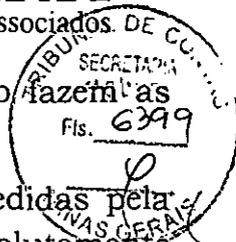
Este fato denota não apenas um apenamento tributário dos fornecedores, que assim, são obrigados a arcar duplamente com o ônus do ICMS incidente sobre os fármacos, o que denota que os preços pretendidos pelo rigor da Lei são absolutamente inexequíveis e em descompasso com os preços de mercado da época.

Conforme se observa da Tomada de Contas, os Tomadores entendem, por orientação da CGU, que o Preço Fábrica não se aplica simplesmente, assim como não se aplica simplesmente o PMVG. Tudo para se aplicar ter-se-ia que desonerar antes. Porém, porque então não orientaram o mercado adequadamente?



GILBERTI

e Advogados Associados.



Porque não desoneraram toda cadeia de medicamentos? Porque não fizeram as resoluções de forma clara, objetiva e direta, como deve ser a lei?

Observe-se também que inobstante as regras legais expedidas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) serem absolutamente omissas quanto a desoneração, o que per si é um absurdo, considerando ser seu dever regulamentar o mercado de medicamentos, a Requerida sempre a praticou.

A Resolução CMED/ANVISA Nº 03/2011 de 02/03/2011, a exemplo da Resolução CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006, em redação anterior, possuem omissão lamentável quanto a desoneração de ICMS, pois ambas sequer mencionam a desoneração, sendo textuais em aduzir que “A aplicação do CAP **sobre o Preço Fábrica – PF** resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG.”

Aliás, repita-se, o Preço Máximo de Venda ao Governo, vulgo, PMVG, em ambas foi tratado em idêntica redação de seus respectivos artigos 3º que dispõem:

“Art. 3º O PMVG será calculado a partir da seguinte fórmula: $PMVG = PF * (1 - CAP)$, onde:
PMVG = PREÇO Máximo de Venda ao Governo
PF = Preço Fábrica
CAP = Coeficiente de Adequação de Preço”

Importa seja observado que a falta de orientação da CMED aos gestores é tão grande que jamais sequer explicou claramente que o PF* (pê éfe asterisco), constante das Resoluções CMED/ANVISA Nº 04 de 18/12/2006 e nº 03 de 03/2011 de 02/03/2011, substitui as alíquotas do preço de fábrica utilizáveis, sendo o Preço Fábrica 12% (PF12) utilizado para o Estado do Paraná, o PF 17% utilizado para a maioria dos estados, o PF 18% que utilizado em Minas Gerais e São Paulo e o PF19% utilizado para vendas ao Estado do Rio de Janeiro. Por essa falta de esclarecimento contemporânea à edição da norma, a Requerida vem sendo injustiçada nos processos administrativos ocorridos perante a SES/MG, salientando-se que também os gestores, não tinham clareza de como agir como demonstram inúmeros documentos constantes destes autos.

Ora, se o Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG) é Preço Fábrica (PF*) menos o Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) não restam dúvidas de que nesta conta não entrou o desconto do ICMS.

E não entrou por absoluta reticência da CMED em regulamentar adequadamente o mercado, o que lhe compete como Agência governamental responsável pela regulação. Porém não o fez, gerando dúvidas, incertezas e prejuízos aos fornecedores de medicamentos ao setor público.



GILBERTI
e Advogados Associados



Dúvidas não restam de que esta maneira de “regulamentar” o mercado de medicamentos definitivamente não é a melhor, pois não encara de frente a situação, fazendo-o apenas por via transversa, e, ao assim proceder a CMED traz efetivo prejuízo aos distribuidores, como a Requerida, na medida em que não permite a segurança jurídica dos negócios, conforme determinado pela Constituição Federal:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito **e tem como fundamentos:**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, **justa** e solidária;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Este conjunto de normas constitucionais estão sendo desrespeitados, pois os atos jurídicos perfeitos realizados pela SES/MG, todos amparados por inúmeras precauções, estimativas de preços, pareceres técnicos e jurídicos, prévios e posteriores ao procedimento licitatório, não podem se desfazer no ar, como se não



existissem, passando os Tomadores de Contas a pretender ressarcimento de valores inexecutáveis e absolutamente impraticáveis.

É de se ver que não se pode impor prejuízo às empresas obrigando-as a concederem descontos que não lhes permitam lucro, pois são empresas privadas que não sobreviveriam sem ele, porém é o que se quer impor.

Em verdade para que se desfaça a falácia de que a Requerida “embolsou como lucro o valor do desconto do ICMS” importa esclarecer que a Requerida ao adquirir os medicamentos que fornece ao setor público é obrigada a recolher tributos, inclusive o ICMS, fato que era desconhecido pela própria CMED até fevereiro de 2016, por incrível que possa parecer. Ou seja, a Requerida paga o imposto do ICMS sobre todos os produtos que adquire, não sendo estes isentos nem quando o fornecimento se destina ao fornecimento público, fato que ofende o princípio da não cumulatividade que é intrínseco ao ICMS, como se verá em tópico abaixo.

É sabido que a atividade de distribuição se desenvolve através da aquisição de produtos de fabricantes e revenda a terceiros mediante a obtenção de proveito econômico que será o lucro que conseguir apurar em virtude da diferença entre o preço de venda do bem a um terceiro e o que pagou para o fornecedor (margem de comercialização).

É uma atividade econômica reconhecida como de relevância pública pelo art. 197 da CF/88 e pela Portaria nº 802¹⁴, de 08 de outubro de 1998, (D.O.U. de 04.02.99), por possuir importância no desenvolvimento da política de amplo acesso à saúde prevista constitucionalmente.

Neste país do Convênio CONFAZ ICMS nº 87/02, que criou a isenção de ICMS nas vendas de medicamentos aos órgãos da Administração Pública, mas não isentou toda a cadeia de medicamentos quando destinados ao abastecimento da Administração Pública, ou mesmo, sequer indicou-se qual a alíquota do imposto a ser abatido, considerando que a alíquota interna e interestadual do ICMS, varia de estado para estado, assim como variam as alíquotas incidentes sobre os fármacos, não é adequado que se pressuponha a alíquota de 17% (dezessete por cento), apenas para se obter maior abatimento, o que denota pretensão de enriquecimento ilícito e completa falta de boa-fé contratual.

¹⁴ “A atividade de distribuição por atacado de produtos farmacêuticos tem o caráter de relevância pública ficando os distribuidores responsáveis pelo fornecimento destes produtos em uma área geográfica determinada e pelo recolhimento dos mesmos quando este for determinado pela autoridade sanitária e/ou pelo titular do registro do produto.”



3.5 – MUDANÇA NO CONVÊNIO 87/02. ENTENDIMENTO DO TCU NO ACÓRDÃO 140/102

Como dito o Convênio CONFAZ ICMS nº 87/02 sofre modificações desde a sua edição, já tendo passado por diversas alterações ao longo do tempo podendo-se dizer que a mais importante delas adveio pela nova redação do Parágrafo 6º do referido Convênio (utilizado equivocadamente pelos Tomadores de Contas pois não existia à época dos pregões questionados), que só veio ao mundo jurídico através do Convênio ICMS 13/13, efeitos a partir de 01.06.13, com redação orgulhosamente sugerida pela Requerida.

É de se verificar, que somente a partir de então (junho de 2013) houve a determinação expressa e clara de que a dedução do ICMS deveria ser demonstrada nas propostas e nas notas fiscais. **Antes disso, o texto era OMISSO e, por isso, inexigível já que os editais também não previam tal demonstração, aliás os editais da SES/MG jamais exigiram desoneração de qualquer fornecedor de fora do Estado, mas apenas às empresas mineiras.**

Como dito, a empresa Requerida teve a oportunidade única de pleitear e participar da reunião do Grupo de Estudo nº 26 – COTEP - do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada no dia 18/02/2012 em Brasília – DF, a fim de modificar a redação então vigente do § 6º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 87/02, em virtude haver o Tribunal de Contas da União declarado sua redação inconstitucional.

Aliás, naquela ocasião pretendiam os membros deste Grupo modificar a redação do § 6º criada pelo Convênio 57/10 e que vigia desde 23/04/2010, e que assim dispunha:

§ 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.

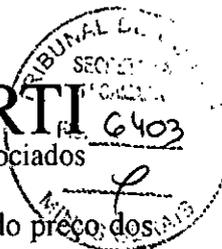
Argumentavam os componentes do Grupo de Estudo do CONFAZ que a modificação não foi boa, porque ingressou na seara licitatória ao mencionar “contido nas propostas vencedoras”.

Então a empresa Requerida, ponderou e pediu que não fizessem isso, pois a redação havia evoluído a compreensão do Convênio 87/02, de forma a que a Administração Pública exigisse a apresentação de preços onerados e desonerados, mas que para efeito de competição valessem estes últimos, tendo então sugerido nova redação que veio a ser aprovada e hoje é a que vigora no parágrafo 6º do Convênio ICMS 87/02, qual seja:





GILBERTI
e Advogados Associados



§ 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 do § 6º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 13/13, efeitos a partir de 01.06.13.)

posterior às aquisições objeto deste trabalho 2009-2011

Esta experiência única entre empresas nacionais dá à Requerida cancha, experiência, de quem vem acompanhando as modificações legislativas advirem de forma desencontrada entre os órgãos do poder deste país.

Volte-se a salientar Sra. Conselheira, que os Tomadores de Contas ao fazer a análise dos procedimentos, utilizou-se da redação atual do Convênio que prevê a apresentação das propostas oneradas e desoneradas e não aquela existente à época dos fatos e que era absolutamente omissa quanto a este aspecto, o que, por si só, é suficiente para comprometer os levantamentos que foram feitos já que realizados com base em legislação inexistente à época.

Compreenda-se que esta última modificação somente adveio da após a intervenção direta do TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, que entendeu ser inconstitucional - por ferir o princípio da isonomia – a redação anterior do § 6º que houvera revogado o inciso III valeu de 23/04/2010 a 31/05/2013 conforme se verá a seguir:

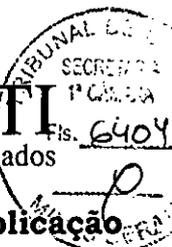
3.6 – DA DECISÃO DO TCU – ACÓRDÃO 140/2012

Como visto, só recentemente (ata nº 3/2012-Plenário) o Tribunal de Contas da União proferiu o Acórdão plenário nº 140/2012 da lavra do Ministro Relator Dr. Walton Alencar Rodrigues Processo nº 009.625/2011-9, **entendendo ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.** (Doc. 07)

No Relatório de Levantamento de Conformidade na Aquisição de Medicamentos que subsidiou a prolação do referido Acórdão com suas recomendações, a Unidade Técnica teceu aprofundada análise acerca da observância do Convênio CONFAZ nº 87/2002.

O acórdão 140/2012 foi proferido após a constatação do TCU que o assunto referente ao ICMS era completamente desconhecido pelos gestores públicos e que, a exigência de apresentação de propostas “oneradas” é absolutamente inconstitucional, pois fere de morte o princípio da igualdade.

De fato o Tribunal de Contas da União nos autos do Processo nº 009.625/2011-9 analisou as disposições do Convênio 87/02 e **verificou não só a falta de uniformidade por parte dos entes governamentais no tratamento da**



isenção do ICMS, mas também, o desconhecimento sobre a forma de aplicação do Convênio, sendo uma excelente prova que ora se junta, pois no Relatório de Levantamento de Conformidade na Aquisição de Medicamentos que subsidiou a prolação do referido Acórdão com suas recomendações, a Unidade Técnica teceu aprofundada análise acerca da observância do Convênio CONFAZ nº 87/2002.

123. Todavia, o que se observa na prática é uma grande disparidade na forma de tratamento de tal isenção pelos três níveis de governo e, ainda mais grave, o desconhecimento de algumas secretarias de saúde, fazendo com que recursos que deveriam ser aplicados na saúde sejam destinados para a arrecadação dos governos estaduais.

124. Parte desta disparidade deve-se à falta de clareza da norma do Confaz, que passou a prever a forma como a isenção deveria ser aplicada apenas em 2010 e que se mostra inconstitucional, por gerar desequilíbrio na competição entre os licitantes, como será demonstrado adiante.

Observou ainda o TCU que a redação do Convênio era ambígua ocasionando interpretações divergentes e prejudiciais às licitações já que, a exigência de que as propostas de preços contemplassem o valor do ICMS gerava desigualdade entre os licitantes conforme exemplos que foram apontados:

“A exigência de que a proposta contemple o valor do ICMS gera desigualdade de tratamento porque as alíquotas do ICMS variam entre os governos estaduais. As vendas de medicamentos estão sujeitas a alíquotas de 12%, 17%, 18% e 19%. Como a venda é contemplada com a isenção, no momento do pagamento esta alíquota não terá impacto algum, para o poder público, mas gera uma competição desigual entre os fornecedores.

Assim, um competidor do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, deveria aplicar em sua proposta uma alíquota de 19%, enquanto um fornecedor o Paraná iria concorrer com 12%. Supondo que o fornecedor fluminense faça uma proposta de 100,00 e o paranaense de 99,00. Este segundo sairá vencedor do certame, porém, o poder público terá de pagar um valor maior do que pagaria para o primeiro. Descontando 12% da proposta do fornecedor do Paraná, o valor isento a ser pago será de R\$ 87,00; descontando-se 19% da proposta do fornecedor do Rio de Janeiro, o valor isento a ser pago será de R\$ 81,00.

Portanto, para que haja igualdade de condições entre os concorrentes e para que os órgãos governamentais não venham arcar com valores maiores nas aquisições de medicamentos, o correto é que as propostas dos licitantes já prevejam o valor isento do ICMS.”

Ao verificar a motivação de tantas divergências, o Tribunal de Contas assim recomendou:



149. Observou-se que uma das causas da falta de isonomia nas licitações para aquisição de medicamentos contemplados com a isenção do ICMS está na redação do § 6º da Cláusula Primeira do Convênio - Confaz 87/2002, que se mostra inconstitucional ao exigir que a proposta dos licitantes contemple o preço com o valor do tributo. Dessa forma, cabe recomendar ao Confaz que

altere o dispositivo, de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento e que a competição entre eles considere este valor.

- III. Recomendar ao Conselho Nacional de Política Fazendária, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que altere o § 6º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição entre eles considere este valor (par. 149).

Diante da constatação de que existia desconhecimento geral acerca da forma como deveria se dar a isenção do ICMS, se apenas em junho de 2013 adveio uma compreensão sobre o tema, demonstra-se inadequado pretender-se punir quem quer que seja face a situações que não se encontravam solidificadas no mercado nacional.

Assim, resta provado que a questão relativa ao ICMS era à ocasião dos pregões por demais controversa e desconhecida pelos gestores públicos, conforme reconhecido pelo acórdão nº 140/2012, que entendeu pela inconstitucionalidade da conduta que a SES/MG adotava de exigir a apresentação de propostas "oneradas", tendo ademais, recomendado a alteração do Convênio CONFAZ ICMS nº 87/02 para que constasse expressamente que as propostas devem ser apresentadas sem a inclusão do imposto, exatamente como fez a Requerida.

3.7 - INCORREÇÃO DE CÁLCULOS - DESONERAR VALOR QUE ONEROU E NÃO VALORES HIPOTÉTICOS

O desconto da desoneração do ICMS deve ser correspondente ao imposto que seria devido se houvesse sua tributação e não incorreta e linearmente de 17%, como calculado pelos Autores, que assim fazendo tornam os valores muito superiores aos da realidade, exigindo algo que é indevido, injusto e ilegal.

Ora, se cada Estado federativo possui sua alíquota específica, onde por exemplo o Distrito Federal cobra na prática 3% (três por cento), ou em Goiás 10% (Artigo 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97-RCTE), em Minas Gerais Portaria SUTRI Nº 10 de 02/06/2008 - 12%, como se admitir a aplicação de desconto de 17% nas vendas governamentais se este não seria o imposto realmente devido se isenção não abarcasse os produtos?

Não se pode ignorar que os fornecedores possuem direito de verem incidir o percentual de ICMS indicado pelas legislações tributárias estaduais, pois,



o percentual da desoneração deve equivaler ao percentual que incidiria sobre os produtos se imposto incidisse, conforme extrai-se do inciso III do Parágrafo Primeiro da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 87/02, pois por óbvio o fato gerador da obrigação é a saída dos fármacos do estabelecimento comercial incidindo a alíquota de ICMS do estado federativo de origem.

Neste sentido, a legislação aplicável, varia de Estado para Estado, assim como variam as alíquotas incidentes sobre os fármacos, não sendo adequado que se pressuponha a alíquota de 17% (dezessete por cento) apenas para se obter maior abatimento, o que denota pretensão de enriquecimento ilícito e completa falta de boa-fé contratual.

Observando-se a tabela abaixo, onde constam as alíquotas interestaduais, comprova-se que a alíquota de 17% (dezessete por cento) aplica-se apenas internamente nos estados, e não em operações interestaduais:

| Alíquota Interna do ICMS | D E S T I N O | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|----------------------------|---------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| | AC | AL | AM | AP | BA | CE | DF | ES | GO | MA | MT | MS | MG | PA | PB | PR | PE | PI | RN | RS | RJ | RO | RR | SC | SP | SE | TO | |
| O R I G E M | AC | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | |
| | AL | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | AM | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | AP | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | BA | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | CE | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | DF | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | ES | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | GO | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | MA | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | MT | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | MS | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | MG | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 18 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 |
| | PA | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | PB | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | PR | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 18 | 7 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 |
| | PE | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | PI | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | RN | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | RS | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 17 | 12 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 |
| | RJ | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 12 | 19 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 |
| | RO | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | RR | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 |
| | SC | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 | 17 | 12 | 7 | 7 |
| | SP | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 | 12 | 18 | 7 | 7 |
| | SE | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 |
| | TO | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 |

B



Porém uma coisa é certa, não se vê em local algum, qualquer disposição de desoneração de 17% (dezessete por cento), ou de qualquer outro percentual, ele apenas dispõe que¹⁵:

“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.”

Aliás, este percentual de desoneração sempre pode ser verificado no inciso III do § 1º da Cláusula Primeira, que dispunha¹⁶:

§ 1º A isenção prevista nesta cláusula fica condicionada a que:

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.

Volte-se a frisar que ao tempo dos pregões questionados vigorava a norma supra, que foi revogada, passando a vigorar com a seguinte redação de 23 de abril de 2010 a 31 de maio de 2013:

§ 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. (Redação anterior do § 6º da cláusula primeira acrescida pelo Conv. ICMS 57/10, efeitos de 23.04.10. a 31.05.13.)

Apesar de sucessivas, ambos comandos normativos possuem basicamente o mesmo teor, de que o valor da desoneração seria equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, fato que não pode ser ignorado pela Administração.

Exemplificando a balburdia que envolve esta questão, e a impossibilidade de se exigir a desoneração linear nos fornecimentos públicos de 17%, veja-se por exemplo o caso do Estado de Goiás, onde localiza-se a Requerida, onde o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE) Decreto nº

¹⁵ Redação original, efeitos de 23.07.02 a 13.10.02: “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 Federal, Estadual e Municipal.”

¹⁶ Revogado o inciso III do § 1º da cláusula primeira pelo Conv. ICMS 57/10, efeitos até 22.04.10.



GILBERTI
e Advogados Associados

6408

4.852/97, em seu Art. 8º, Inciso VIII, § 2º, Anexo IX, **reduziu a base de cálculo para 10%**, fazendo-o assim :

REGULAMENTO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DE GOIÁS -
DECRETO Nº 4.852, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1997

A N E X O I X
CAPÍTULO III
DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

Seção I

Da Redução de Base de Cálculo Concedida por Prazo Indeterminado

Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

VIII - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao percentual de 10% (dez por cento), na saída interna realizada por contribuinte industrial ou comerciante atacadista que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, ficando mantido o crédito, observado o disposto no § 2º e, ainda, o seguinte (Lei nº 12.462/94, art. 1º):

Por sua vez, o Art. 85-A do Decreto nº 4.852, de 29 de dezembro de 1997, Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE, dispõe:

“Artigo 85-A - Na operação ou prestação interestadual que destine bem e serviço a consumidor final não contribuinte do ICMS, deve ser considerado o benefício fiscal aplicável à operação ou prestação interna destinada a consumidor final não contribuinte do imposto, salvo disposição em contrário.” (Lei nº 11.651/91, art. 43-A). (NR)

Como visto a alíquota efetiva que incide sobre o fato gerador é de 10% (dez por cento), na saída interna ou interestadual realizada por comerciante atacadista que destine mercadoria a comercialização para não contribuinte de ICMS, valor este que é o que deve ser abatido a título de desoneração de ICMS em todas as desonerações praticadas.

Assim, se o imposto incidente seria de 10% se isentos não fossem os medicamentos, não há que se obrigar a praticar desconto superior a este percentual sob pena de afronta à Lei.

Importa que se observe que todos os Estados da federação possuem Termos de Acordo de Regime de Tributação Especial (TARE's) pelos quais, na prática a incidência de impostos na saída ficam sobremaneira reduzidos e neste sentido apresenta a Requerida alguns exemplos:



- Distrito Federal – TARE Nº 001/2010-SUREC/SEF – 3%
- Minas Gerais – Portaria SUTRI Nº 10 de 02/06/2008 – 12%
- Pernambuco – Decreto 35.346 de 22.07.2010 – 1% ou 3%
- Paraná – Decreto nº 1.980 de 21.12.2007 – 12%
- Ceará – Decreto nº 24.569 de 31.07.1997 – 20%

Demonstra-se assim laborar em engano o Tomador de Contas, restando ainda claro que a CMED não orienta aos gestores e os seus administrados na forma correta.

3.8 – OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS

Mas a confusão sobre tema não acaba por aí, pois, ao não se desonerar toda a cadeia de medicamentos quando o fornecimento visa a Administração Pública, criou-se uma distorção pois, se de um lado ficaram os distribuidores obrigados a concederem descontos significativos nos preços dos fármacos, de outro, a indústria, sempre fingiu que não era com ela, (pois a desta não era exigível o desconto, considerando que sua venda era privada e como tal tributada na saída de seu estabelecimento como dispõe a lei) não concedia este desconto.

Comprovando-se tratar-se de falácia a suposta apropriação do valor do imposto pela Requerida, veja-se que tendo pago o ICMS da entrada de todas as compras à base de 7% (sete por cento), estes não podem ser utilizados quando da venda pública, em virtude do que dispõe o art. 155, §2º, II, da Constituição da República prevê que a isenção ou não-incidência do ICMS, salvo determinação legislativa em sentido contrário, (i) não gera direito de crédito para compensação com as operações posteriores; e (ii) anula o crédito relativo às operações anteriores.

Isso significa dizer que o contribuinte de ICMS isento da incidência desse tributo tem vedado o aproveitamento do crédito em relação às operações anteriores tornando-se, ele mesmo, o consumidor final da mercadoria.

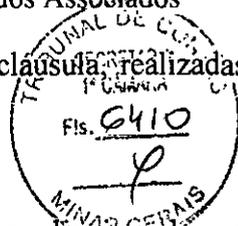
Aliás, neste mesmo sentido, vedando o aproveitamento do crédito de ICMS dispõe o § 2º da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ ICMS 87/02:

“§ 2º Não se exigirá o estorno do crédito fiscal previsto no art. 21 da Lei Complementar nº 87/96, de 13 de setembro de 1996, relativo à operação antecedente à saída do fármaco ou medicamento constantes do anexo único deste





convênio, com destino às entidades públicas referidas nesta cláusula realizadas diretamente pelo estabelecimento industrial ou importador.”



Traduzindo: Os importadores e os industriais tem o direito de se utilizar do crédito do ICMS da entrada os demais, não! Isto significa que os distribuidores além de pagarem, não podem utilizar do crédito do ICMS da entrada, em flagrante afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS¹⁷, previsto pela C.F./88 art. 155, § 2º¹⁸.

Normalmente, o ICMS cobrado nas operações de entrada de mercadorias (operações anteriores) é apropriado pelo adquirente (contribuinte) como crédito e compensado com o montante do ICMS devido nas operações de saída de mercadorias (operações posteriores). Assim, as operações anteriores geram crédito de ICMS e as operações posteriores geram débito de ICMS.

Desta forma, quando um estabelecimento adquire um conjunto de bens, realizou-se uma operação de entrada de mercadoria (ou seja, uma operação anterior). E, por tal razão, surge para ele o direito constitucional subjetivo de se apropriar do ICMS cobrado nesta operação como crédito, tal como lhe assegura o ideal da não-cumulatividade.

Porém não é o que ocorre na aquisição dos medicamentos, onde se obriga o distribuidor a arcar duplamente com o custo do imposto, o da entrada e o da saída, gerando o "**bis in idem**" que ocorre quando a mesma pessoa jurídica de direito público exige duas ou mais arrecadações sobre o mesmo fato¹⁹.

Esta vedação ao aproveitamento de crédito acarreta encargo para os distribuidores, em vista da classificação dos impostos acolhida pelo art. 166 do Código Tributário Nacional, assim explicado pelo magistério de Roque Antônio Carrazza²⁰:

¹⁷ Determina compensação entre créditos e débitos do ICMS.

¹⁸ Artigo 155, § 2º, da Constituição Federal: "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:(...)II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda, que as operações e as prestações se iniciem no exterior;(...)§2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal".

¹⁹ VOLKWEISS, Roque Joaquim. *Direito Tributário Nacional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 53.

²⁰ *Curso Constitucional de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005, 21ª ed., p. 495, nota de rodapé 44 (grifo nosso).





“Impostos diretos ou que não repercutem são aqueles cuja carga econômica é suportada pelo contribuinte, isto é, pelo realizador do fato imponível. É o caso do IR, em que o patrimônio de quem auferiu rendimentos líquidos é alcançado por esta tributação.

Já, impostos indiretos ou que repercutem são aqueles cuja carga econômica é suportada não pelo contribuinte, mas por terceira pessoa, que não realizou o fato imponível. Esta terceira pessoa geralmente é o consumidor final da mercadoria ou do produto. É o caso do ICMS. Quem suporta sua carga econômica não é o patrimônio, por exemplo, do comerciante, que vendeu a mercadoria, mas o patrimônio do consumidor final desta mesma mercadoria. Este, ao adquirir a mercadoria, verá embutido em seu preço o quantum de ICMS que foi sendo recolhido, por todos os que realizaram as operações mercantis, que levaram o bem às suas mãos”.

Isso implica dizer que o contribuinte de ICMS fornecedor de produtos isentos de ICMS torna-se, ele mesmo, o contribuinte final, acabando por suportar a carga tributária incidente nas operações anteriores.

Com efeito, como o ICMS é um imposto indireto, a carga tributária incidente em uma determinada operação é econômica e juridicamente transferida para a operação subsequente. Daí porque, por força do princípio da não-cumulatividade, essa carga tributária embutida no valor da operação converte-se em crédito para o contribuinte de ICMS. E, dessa forma, o contribuinte de ICMS não tem o seu patrimônio agravado pelo imposto cobrado nas operações anteriores.

Se, pelo contrário, o contribuinte de ICMS vende produtos isentos da incidência de ICMS, lhe é vedada a apropriação de crédito do montante do ICMS cobrado nas operações anteriores. **E por força dessa proibição ele passará a suportar o ônus econômico do ICMS cobrado nas operações anteriores, tornando-se, ele mesmo, o contribuinte final.**

Assim, comparando-se um contribuinte do ICMS regularmente tributado e outro que fornece produtos isentos de ICMS, percebe-se que a pessoa isenta tem o seu patrimônio adicionalmente agravado. Deveras, sendo-lhe vedada a apropriação do ICMS embutido na operação de aquisição de um bem como crédito, esse ICMS converte-se em custo que não pode, juridicamente, ser transferido à etapa subsequente.

Isso significa dizer que o fornecedor ao vender medicamentos constante do Convênio ICMS 87/02 à Administração Pública, não realizará o “fato gerador” do ICMS tornando-se, por isso mesmo, seu consumidor final já que lhe é vedada a apropriação desse imposto estadual embutido no valor da operação.





GILBERTI
e Advogados Associados



E sendo o ICMS é um imposto indireto, Roque Antônio advertiu que **“quem suporta sua carga econômica é o patrimônio do consumidor final desta mesma mercadoria”**. Isso revela, para além de qualquer espécie de dúvida, que os fornecedores de medicamentos isentos beneficiados com a isenção de ICMS prevista pelo Convênio 87/02 tem “o seu patrimônio agravado em patamar superior” aos contribuintes de ICMS.

Os fornecedores aniquilam esse gravame adicional ao seu patrimônio se (i) pudessem repassar esse encargo aditivo às vendas medicamentos posteriores; ou (ii) a lei lhe autorizasse a manutenção do crédito das operações anteriores (como se as pessoas isentas continuassem na condição de contribuintes desse imposto).

Ocorre que nenhuma das prerrogativas acima foi outorgada às empresas distribuidoras de medicamentos pelo Convênio 87/02, ou mesmo pela CMED. E isso porque (i) a Cláusula primeira, §2º, do Convênio garante a manutenção do crédito das operações anteriores apenas para os estabelecimentos industriais e importadores (e não para as empresas distribuidoras de medicamentos, tal como a Requerida)²¹; e (ii) a Cláusula primeira, §2º, desse Convênio exige que as pessoas isentas suprimam expressamente o benefício fiscal do preço final de venda.

Em uma frase: o Convênio 87/02 exige que as empresas distribuidoras de medicamentos (diversamente das fabricantes e importadoras) suportem integralmente o gravame desse benefício (e, como se demonstrou, em patamar superior àquele verificável pelas pessoas regularmente tributadas pelo ICMS), demonstrando não apenas que não embolsam o valor do ICMS como acusado, mas que tem prejuízo na operação.

Por tudo isso, não se pode admitir o ressarcimento de valores que na verdade não representam prejuízo à Administração, pois as compras se deram por preço de mercado.

≠ PREÇOS TABELADOS

Este é o caso *sub examem*, onde se por um lado em 2002 editou-se o Convênio 87/02, impondo o desconto de ICMS quando as vendas são realizadas ao Poder Público, mas “esquecendo-se” de determinar a isenção quando da aquisição destes mesmos fármacos.

disentia com o “Legislador” / Divisão de Fodvel.

Este é o Brasil das desigualdades, das iniquidades, da injustiça e este processo decorre exatamente dos efeitos desta balburdia instalada, onde ninguém

no País

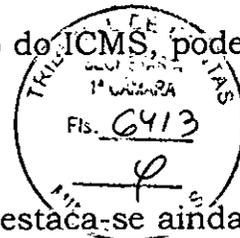
²¹ “§ 2º Não se exigirá o estorno do crédito fiscal previsto no art. 21 da Lei Complementar nº 87/96, de 13 de setembro de 1996, relativo à operação antecedente à saída do fármaco ou medicamento constantes do anexo único deste convênio, com destino às entidades públicas referidas nesta cláusula, realizadas diretamente pelo estabelecimento industrial ou importador.”

**LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA**



GILBERTI
e Advogados Associados

se compreende, e onde a falta de regulamentação da desoneração do ICMS, pode levar uma empresa à quebra sem que esta tenha dado causa.



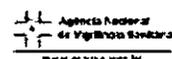
3.9 – OMISSÃO DA CMED QUANTO AO PREÇO FÁBRICA A SER UTILIZADO

Como se não bastassem as omissões já apontadas, destaca-se ainda que o mercado brasileiro de medicamentos não é adequadamente orientado quanto ao uso dos diversos preços fábrica existentes na tabela de preços da CMED.

Também quanto a isso a Requerida já pediu orientação ao órgão regulamentador que se limita a responder tratar-se de questão tributária a qual ela orienta que se busque as Secretarias de Fazenda Estaduais para dirimir a questão. Porém, neste caso não se trata de dúvida tributária, mas sim regulatória, pois não se questiona qual a alíquota de ICMS que deve incidir, mas sim sobre qual, dentre os preços fábrica existentes na tabela de preços da CMED pode ser utilizado.

O questionamento não se refere a qual o imposto de ICMS incidiria sobre as entregas pois, quanto a isso, qualquer neófito em direito sabe que o fato gerador do ICMS é a saída mercadoria do estabelecimento comercial, incidindo obviamente, a alíquota prevista pelo Estado onde se localiza este estabelecimento comercial conforme dispõe o Artigo 155, II da CF/88 e a Lei Kandir e que se aplicam exclusivamente ao ICMS, não sendo afeita à regulação de preços da Tabela de Preços CMED.

O questionamento que gera dúvidas e, portanto, traz prejuízos não apenas aos fornecedores quanto também aos Estados e Secretarias Municipais de Saúde, é quanto ao uso do preço fábrica (PF) da LISTA DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS expedida por esta CMED/ANVISA.



Secretaria Executiva - CMED
LISTA DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS - PREÇOS FÁBRICA E PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR

Atualizada em 20/4/2011

| GGREM | Medicamento - Apresentação | ICMS 0% | | ICMS 12% | | ICMS 17% | | ICMS 18% | | ICMS 19% | |
|---|---|---------|--------|----------|--------|----------|--------|----------|--------|----------|--------|
| | | PF | PMC | PF | PMC | PF | PMC | PF | PMC | PF | PMC |
| Laboratório: ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA | | | | | | | | | | | |
| 5022002118112 | ACICLOVIR - 50 MG COM CT FR PLAS OPC X 10 G | 11,60 | 15,68 | 12,50 | 16,64 | 12,80 | 16,86 | 12,86 | 16,92 | 12,92 | 17,00 |
| 502200801111217 | ACTOBI - 16 MG COM CT FR PLAS OPC X 16 | 88,57 | 94,79 | 72,71 | 100,51 | 72,88 | 101,73 | 74,50 | 102,35 | 76,27 | 104,07 |
| 502200202118215 | ACTOBI - 20 MG COM CT FR PLAS OPC X 16 | 84,82 | 116,97 | 89,72 | 124,09 | 90,81 | 125,53 | 91,93 | 127,17 | 93,07 | 128,31 |
| 502200202114213 | ACTOBI - 45 MG COM CT FR PLAS OPC X 16 | 137,34 | 189,71 | 145,51 | 201,76 | 147,28 | 203,89 | 149,09 | 206,20 | 150,90 | 208,41 |

Observa-se que, da tabela de preços para cada medicamento existem 04 (quatro) Preços Fábrica (PF):

- Preço Fábrica 12% - utilizado para o Estado do Paraná.
- Preço Fábrica 17% utilizado para todos os demais estados;
- Preço Fábrica 18% que pode ser utilizado em Minas Gerais e São Paulo, e



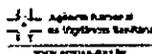
LEGIBILIDADE COMPROMETIDA



GILBERTI
e Advogados Associados

- Preço Fábrica 19% utilizado para vendas ao estado do Rio de Janeiro.

E de onde se extrai essa afirmação? Da própria tabela de preços que assim soluciona a questão:



Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos- CMED
Secretaria Executiva



LISTA DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS - PREÇOS FÁBRICA E PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR

Atualizada em 23/07/2012

A lista de Preços de Medicamentos contempla o Preço Fábrica ou Preço Fabricante que é o preço praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras.

Preço Fábrica - PF é o teto do preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento. Desta maneira, o PF vem a ser o preço máximo permitido para vendas de medicamentos destinadas a farmácias, drogarias, além das destinadas a outras da Administração Pública.

(1) PF - Preço Fabricante é o teto do preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. P.M.C. - Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias (Orientação Interpretativa nº 02, 13/11/2006 - CMED.

(2) Alíquotas de ICMS 19% - RJ, ICMS 18% - SP e MG; ICMS 17% - Demais Estados; e ICMS 12% - PR e MG (somente para medicamentos genéricos)

(*) Medicamentos em embalagens hospitalares e de uso restrito a hospitais e clínicas não podem ser comercializados pelo Preço Máximo ao Consumidor. Resolução no. 03 de 4/5/2009.

Página 1 de 13

http://www.cmed.gov.br/medicamentos

Destacamos os dizeres constantes do rodapé de todas as folhas da Tabela de Preços de medicamentos vigente no país, as observações de número 1 e 2:

- (1) PF - Preço Fabricante é o teto do preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. P.M.C. - Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias (Orientação Interpretativa nº 02, 13/11/2006 - CMED.
- (2) Alíquotas de ICMS 19% - RJ, ICMS 18% - SP e MG; ICMS 17% - Demais Estados; e ICMS 12% - PR e MG (somente para medicamentos genéricos)
- (*) Medicamentos em embalagens hospitalares e de uso restrito a hospitais e clínicas não podem ser comercializados pelo Preço Máximo ao Consumidor. Resolução no. 03 de 4/5/2009.

A questão que se busca esclarecer é quanto ao uso do Preço Fábrica 12%, 17%, 18% e 19% da lista de preços em questão.

Sabe a Requerida que o PREÇO FÁBRICA é o preço que deve praticado pelas empresas produtoras, importadoras e distribuidoras de medicamentos no país, sendo que, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos expediu resoluções dispondo sobre o Preço Fabricante (PF) e sua fixação de preços e desde 2006, a CMED orienta o mercado sobre o uso do Preço Fábrica fazendo-o através da Orientação Interpretativa nº 2 que dispõe:

Nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o Distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o preço fabricante.



Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz; (...)

Em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do **Preço Fabricante**, uma vez que o Preço Máximo ao Consumidor é o preço máximo permitido na venda de um medicamento no varejo, podendo ser praticado somente pelas farmácias e drogarias.

*Incidência do CAP em casos específicos → legisla-
ção*

A Resolução nº 03/2009, traz a definição legal de preço fábrica, fazendo-o assim:

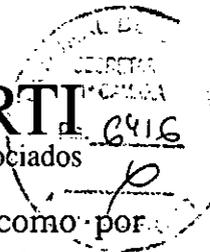
“Art. 1º Preço Fabricante - PF é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz.”

Compreenda Sra. Conselheira que todo arcabouço jurídico regulatório existente refere-se apenas ao Preço Fábrica(*), e não Preço Fábrica 12%, Preço Fábrica 17%, Preço Fábrica 18% ou Preço Fábrica 19%, inclusive a Resolução CMED nº 4 quando da definição do Preço Máximo de Venda ao Governo, em sua fórmula do cálculo, traz apenas “Preço Fábrica*”, inclusive para criação do PMVG - Preço Máximo de Venda ao Governo, dispondo que o **PMVG = PF* (1-CAP)**

O sinal asterisco (*) está substituindo as alíquotas que devem acompanhar o preço de fábrica. Por exemplo: Para o Estado de São Paulo e Minas Gerais a fórmula é: **PMVG = PF18% (1 - CAP)**. Já para o Estado do Rio de Janeiro a fórmula seria **PMVG = PF19% (1-CAP)**. Para o Estado do Paraná **PMVG = PF12% (1 - CAP)**. E para os demais estados **PMVG = PF17% (1 - CAP)**.

O que é inadmissível é inexistir uma orientação adequada quanto ao uso desses variados preços fábrica pela CMED que é o órgão competente para regulamentar o mercado de medicamentos.

É por estar situada no Estado de Goiás que estaria a Requerida obrigada a apenas praticar o preço fábrica 17% (PF17%) ? Este entendimento raso, levaria a Requerida a mudar-se para o Estado do Paraná a fim de que praticasse o menor preço do mercado (PF12%) ganhando em competitividade, ou mesmo que querendo praticar preços maiores mudasse para o Estado do Rio, pois estando lá sediada estivesse autorizada a vender com Preço Fábrica 19% (PF19%).



Veja que esta situação pode criar erros em licitações, como por exemplo: Uma empresa situada no Rio de Janeiro não conseguiria vender para Minas, pois seria obrigada a praticar o PF19% mesmo nas vendas para outros estados, ou seja, não conseguiria vencer nenhuma licitação. Pelo mesmo raciocínio, as empresas situadas no Paraná venceriam sempre todas as licitações no país à fora tendo em vista que poderiam praticar apenas PF12%, situação esta que foi constatada pelo próprio Tribunal de Contas da União ao proferir o Acórdão 140/12.

Existe uma confusão entre a legislação tributária e a regulação de preços que é da competência única e exclusiva da CMED e essa confusão leva a enganos na utilização da tabela de preços PMVG. Tanto que a Requerida, por ter se utilizado em apenas 2 (duas) oportunidades o Preço Fábrica 18% chegou a ser injustamente suspensa pelo Estado, fato que levou-a à ingressar com ação para declarar a viabilidade desta prática, ação que tramita perante a 5ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Belo Horizonte - MG, processo nº 1319727-23.2012.8.13.0024.

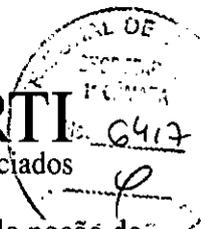
3.10 - DA PROVA DE INEXISTÊNCIA DE CARTILHAS ORIENTADORES SOBRE O TEMA

Comprovando inexistirem orientações sobre a compra com aplicação de PMVG e/ou menos ainda com desoneração de ICMS aos gestores das secretarias de saúde de todo país, a Requerida apresenta as “cartilhas orientadoras” emitidas com o objetivo de esclarecer as dúvidas existentes no mercado. (Doc. 09)

Referidas cartilhas são completamente omissas quanto a forma de aquisição de medicamentos, em que pese pretendem orientar os gestores a adquirirem medicamentos para o Sistema Único de Saúde (SUS) sendo omissas em especial sobre a desoneração de ICMS, percentual a ser utilizado para desoneração, uso dos diversos preços fábrica (12, 17, 18, 19%), sobre o Preço Fábrica ou preço fábrica desonerado, sobre PMVG ou PMVG desonerado.

Além das inúmeras provas já existentes nos autos que demonstram o total desconhecimento da matéria por parte dos gestores e dos licitantes, essas cartilhas são as provas cabais de que não houve sequer orientação, não podendo agora os fornecedores serem obrigados a arcar com um prejuízo inventado a pretexto de cumprir normas malfeitas e incompatíveis com as práticas de mercado, devendo-se utilizar de entendimento justo como o proferido pelo Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ministro José Delgado:

“Importa analisar que, na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas



características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de **boa-fé objetiva**, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.”²²

Nestes termos, não há que se falar em conduta inadequada seja por parte dos fornecedores, seja por parte dos servidores estaduais já que, o que houve, foi total desconhecimento da matéria com prejuízo para ambos os lados. Aliás, sobram provas neste processo de que a matéria era controvertida e de difícil interpretação. *(legislador deve então ser provocado para revisão e adequação das leis)*

3.11 - DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RESOLUÇÕES. MINAS GERAIS

O sistema constitucional brasileiro impede qualquer penalização aos particulares sem uma lei prévia que defina a infração e a sanção.

A supressão da legalidade das infrações elimina garantias do particular em face do Estado e atenta contra princípios fundamentais, Marçal Justen Filho, leciona com propriedade sobre o tema na obra²³:

“princípio da legalidade deve dominar toda atividade administrativa do Estado. Nenhuma sanção pode ser imposta senão em virtude de lei. A legalidade é instituto fundamental do Direito Administrativo. Logo, não poderia deixar de reconhecer-se que também o Direito Administrativo Repressivo se submete ao dito princípio. Não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções.”

Concluindo com tradicional maestria:

“De um ponto de vista dinâmico, o princípio da legalidade propicia a certeza e previsibilidade da ilicitude, propiciando a todos a possibilidade de ordenar suas condutas futuras. Tipificar legislativamente a ilicitude e sua sanção equivale a atribuir ao particular a possibilidade de escolha entre o lícito e o ilícito.”

Os procedimentos para a aquisição de mercadoria, bem ou serviço com isenção do ICMS prevista no item 136 da Parte 1 do Anexo I do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2.002, por órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas autarquias e fundações, **regulava-**

²² STJ JAN/2008. Recurso Especial nº 914.087. Relator: Ministro José Delgado.

²³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Dialética, 9ª edição, 2002, pág. 567.



se até 21 de outubro de 2010 pela Resolução Conjunta nº 3.458, de 22 de julho de 2003, porém o Estado de Minas Gerais entendeu por bem alterá-la editando a RESOLUÇÃO CONJUNTA SEPLAG/SEF/MG Nº 4.264, DE 21 DE OUTUBRO DE 2010, a qual dispõe:

RESOLUÇÃO CONJUNTA SEPLAG/SEF Nº 4.264, DE 21 DE OUTUBRO DE 2010

Altera a Resolução Conjunta nº 3.458, de 22 de julho de 2003, que estabelece procedimentos para a aquisição de mercadoria, bem ou serviço com a isenção do ICMS prevista no item 136 da Parte 1 do Anexo I do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, por órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas autarquias e fundações, e dá outras providências.

OS SECRETÁRIOS DE ESTADO DE FAZENDA E DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DE MINAS GERAIS, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no art.93, SS1º, III da Constituição do Estado de Minas Gerais, RESOLVEM:

Art.1º O art. 4º da Resolução Conjunta nº. 3.458, de 22 de julho de 2003 passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 4º (...)

§1º Serão utilizados os preços dos produtos e serviços nos quais estejam inclusos o valor relativo ao ICMS nas seguintes etapas dos procedimentos licitatórios:

- a) classificação das propostas comerciais;**
- b) etapa de lances, quando houver; e**
- c) julgamento quanto à aceitabilidade dos preços.**

§2º No pregão, o licitante detentor da melhor oferta de preços, após ser habilitado e declarado vencedor do certame, deverá adequar os valores da proposta comercial, discriminando os preços com o ICMS e os preços resultantes de sua dedução.

§3º Para a adjudicação e homologação do certame serão utilizados os valores com dedução do ICMS.

§4º Os contribuintes mineiros optantes pelo Regime do Simples Nacional deverão anexar em suas propostas comerciais o documento hábil à comprovação da citada opção."

Art.2º O disposto nesta Resolução somente se aplica aos procedimentos licitatórios que iniciem sua fase externa após a sua entrada em vigor.

Art.3º Esta Resolução Conjunta entra em vigor em 15 (quinze) dias, contados a partir de sua publicação.

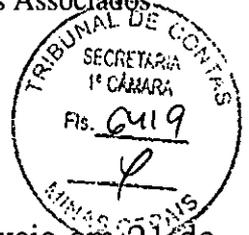
Belo Horizonte, aos 21 de outubro de 2010; 222º da Inconfidência Mineira e 189º da Independência do Brasil.

PEDRO MENEGUETTI



GILBERTI
e Advogados Associados

Secretário de Estado de Fazenda, em exercício
RENATA MARIA PAES DE VILHENA
Secretária de Estado de Planejamento e Gestão



Conforme visto a Resolução nº 4.264/2010 somente adveio em 21 de outubro de 2010, passando a vigor tão somente a partir de 06 de novembro de 2010, a partir de quando o Estado de Minas Gerais consolidou seu entendimento mais atual sobre o tema desoneração de produtos adquiridos pelo Estado.

Anteriormente, a esta Resolução vigia a RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 3981, DE 25 DE ABRIL DE 2008 que apenas **exigia a desoneração dos licitantes Mineiros**, conforme dispunha seu artigo 4º:

Art. 4º - Nos procedimentos licitatórios, os **fornecedores mineiros**, exceto os optantes pelo Regime do Simples Nacional, **deverão apresentar em suas propostas comerciais as informações relativas ao preço de mercado dos produtos ou serviços e ao preço resultante da dedução do ICMS.**

§ 1º - Os preços resultantes da dedução do ICMS de que trata este artigo, serão utilizados nas seguintes etapas dos procedimentos licitatórios:

- a) classificação das propostas comerciais;
- b) etapa de lances, quando houver;
- c) julgamento quanto à aceitabilidade dos preços; e
- d) adjudicação e homologação do procedimento licitatório.

§ 2º - Os contribuintes mineiros optantes pelo Regime do Simples Nacional deverão anexar em suas propostas comerciais o documento hábil à comprovação da citada opção.(nr)''

Assim é de se excluir desta Tomada de Contas todos os procedimentos anteriores a 06 de novembro de 2011, e como todos os procedimentos são anteriores a esta data não há que se exigir da Requerida qualquer desoneração, demonstrando-se ser inexigível o abatimento pois a empresa situa-se em Goiás tendo sempre participado das licitações através de sua matriz sediada à Rua 03 nº 975, Qd. "O", Lts. 05, 07 e 08, Vila Moraes, em Goiânia - Goiás, CEP 74.620-385, inscrita no CNPJ sob o nº 26.921.908/0001-21.

Essa conclusão é simples pois, ao tempo das licitações objeto deste procedimento, vigia a RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 3.458, DE 22 DE JULHO DE 2003 a qual estabelecia procedimentos para a aquisição de mercadoria com a isenção do ICMS e de onde extraímos:

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 3.458, DE 22 DE JULHO DE 2003





Art. 1º - As aquisições de mercadoria, bem ou serviço com a isenção do ICMS de que trata o item 136 da Parte 1 do Anexo I do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2.002, por órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas autarquias e fundações obedecerão ao disposto nesta Resolução.

Art. 2º - Em se tratando de fornecedor mineiro, o agente público requisitante de mercadoria, bem ou serviço deverá comprar somente de fornecedores que forem usufruir da isenção a que se refere o artigo anterior, e, conseqüentemente, efetuar a dedução no valor total da compra do valor do ICMS. (...)

Art. 3º - Nas aquisições de fornecedores mineiros, cujos processos licitatórios foram concluídos antes da publicação desta Resolução, os agentes públicos deverão solicitar ao fornecedor a observância da isenção e a conseqüente dedução do valor do ICMS, quando da emissão do documento fiscal.

(...)

Art. 4º - Nos procedimentos licitatórios, os fornecedores mineiros, exceto os optantes pelo Regime do Simples Nacional, deverão apresentar em suas propostas comerciais as informações relativas ao preço de mercado dos produtos ou serviços e ao preço resultante da dedução do ICMS.

Efeitos de 1º/01/2005 a 25/04/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos da Resolução Conjunta nº 3.709, de 25/10/2005: “Art. 4º - Nos procedimentos licitatórios, deverão ser solicitadas aos fornecedores mineiros, exceto ao contribuinte optante pelo Simples Minas de que trata o Anexo X do RICMS, as informações relativas ao preço de mercado dos produtos ou serviços e ao preço resultante da dedução do ICMS.”

Efeitos de 23/07/2003 a 31/12/2004 - Redação original: “Art. 4º - Nos procedimentos licitatórios deverão ser solicitados aos fornecedores mineiros, além do preço normal de mercado dos produtos ou serviços, o preço resultante da dedução do ICMS.”

Pois bem, tem-se então que a legislação em vigor à época dos fatos, a exemplo do que sempre foi constante dos próprios editais da SES/MG, apenas autorizava a desoneração de ICMS dos fornecedores situados no Estado de Minas Gerais, o que não é o caso da Requerida. Isto resta cristalina e demonstrado através das Resoluções supra.

Celso Antônio Bandeira de Mello de forma fundamentada e consistente, preleciona:



"No Estado de Direito, a Administração só pode agir, em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa. Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares. Com efeito, **enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido.** Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo... No interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa. A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

(...)

Ocorre, portanto, possibilidade de ação discricionária quando a norma antecipadamente legitima o juízo ou a vontade que vier a ser produzida pela Administração, desde que expendida dentro dos limites de liberdade contidos nos marcos ou referenciais constantes da lei e manifestada em ordem a implementar o específico objetivo público nela consagrado."(Elementos de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed, pp. 301, 303/4).

Deve-se compreender ser irrepreensível a conduta da Requerida pois se não havia Lei que a obrigasse a praticar o desconto de ICMS, inócua se torna a discussão se este foi ou não praticado. Ao contrário, existia disposição legal que obrigava apenas as empresas mineiras a apresentarem propostas oneradas.

Esse entendimento respalda-se nas disposições da Constituição Federal do Brasil que reza:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;



XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

(...)

e) suspensão ou interdição de direitos; (grifamos)”

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Também a Lei Estadual nº 14.184, de 30 de janeiro de 2002 em seu artigo 4º, traduz o princípio CONSTITUCIONAL em questão:

“Art. 4º Somente a lei poderá condicionar o exercício de direito, impor dever, prever infração ou prescrever sanção.”

Ora, se não há conduta individualizada e tipificada como sendo “conduta típica”, aliás, antes disso, se não há **norma sancionadora, inexistente possibilidade de decisão condenatória por ausência de Lei afrontada desaparecendo assim, os pressupostos de imposição de qualquer tipo de sanção.**

Não bastaria a simples previsão legal da existência da sanção, pois o princípio da legalidade exige a descrição da “hipótese de incidência” da sanção. Ou seja, é necessária a definição do pressuposto de aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas ou judiciais depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se através de lei.

O princípio da segurança jurídica consiste em reprimir a punição injusta e ofensiva aos valores da vida, da liberdade e da propriedade, sendo inquestionável que o Estado Democrático de Direito prefere a tutela à liberdade, à propriedade e à segurança. Valores que não comportam sacrifício.

Noutra produção jurídica, Celso Antônio Bandeira de Mello reafirma:

“No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV.



(...)

Nos termos do art. 5º, II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Aí não se diz "em virtude de" decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se "em virtude de lei". Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se, em lei, já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

Além dos arts. 5º, II, e 84, IV, donde resulta a compostura do princípio da legalidade no Brasil, o art. 37 faz sua expressa proclamação como cânone regente da Administração Pública, estatuinto: "A Administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade...". (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 1994, 5ª ed, pp. 49/50).

Emerge, de forma inconteste e extreme de dúvidas, que o princípio da legalidade é o maior pilar da sociedade democrática moderna, não podendo ser desconsiderado ou esquecido.

Emerge outrossim da lição questão profunda que é invocada em adição à tese adotada de que não havia ao tempo dos fatos qualquer **lei** que pudesse obrigar a Requerida conceder a desoneração, qual seja, a tese de que não bastaria a essa norma, mesmo que houvesse, ser um Decreto, deveria sim ser uma LEI, pois ambas se diferenciam pela forma mais ampla e democrática com que a LEI surge.

Desta forma se não havia nem Decreto, nem Lei, que pudessem obrigar a determinada conduta da Requerida, comprova-se que esta Tomada de Contas perde o sentido de sua existência, não devendo a Requerida ser condenada ao ressarcimento ou qualquer outro tipo de penalidade por absoluta falta de amparo legal da pretensão.

Também, Toshio Mukai não expôs pensamentos diversos. Senão, vejam-se suas afirmações, verbis:

"Quanto ao princípio da legalidade, significa que o administrador público só pode fazer aquilo que estiver expressamente autorizado em lei. No ensinamento de Hely Lopes Meirelles, "na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal.





GILBERTI
e Advogados Associados

Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".



Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Vedel, também leciona:

"A expressão legalidade deve, pois, ser entendida como "conforme ao direito", adquirindo, então, um sentido mais extenso". (Administração Pública na Constituição de 1988, Editora Saraiva, 1989, p. 49). Ao referir-se a Celso Antônio Bandeira de Mello e a Vedel, admite Toshio Mukai a conclusão de que comunga na proposição desses doutrinadores.

A conformidade ao direito, sentido a ser atribuído à expressão "princípio da legalidade", tem a acepção de que a atividade estatal deve encontrar-se contemplada não somente de forma expressa, mas deve dimanar das normas que compõem o direito. Este promana de forma explícita ou implícita da ordem jurídica. Toshio Mukai, Celso Antônio Bandeira de Mello e Vedel, como visto, não asserem que a autoridade administrativa, de maneira subjetiva e discricionária, pode criar o direito originariamente, assim como também não pode o *Parquet*.

A discricionariedade não se recomenda, em vista de nossa cultura jurídica que o ordenamento jurídico rigorosamente adstringe à positividade das normas. A doutrina do direito livre implicaria resultados administrativos não desejados e incompatíveis com o direito e a liberdade, individuais.

Ora, se não havia lei que obrigasse os licitantes não sediados no Estado de Minas Gerais, impossível pretender sancioná-los, pois a inexistir lei, inexistente afronta à ela, o que impede o sancionamento, não havendo falar-se sequer em culpabilidade, conforme lição que colacionamos:

"A supressão do princípio da legalidade subverteria a própria noção da culpabilidade, que não pode existir sem a consciência da violação do dever jurídico, ou possibilidade dessa consciência" (Nélson Hungria, Comentários ao Código Penal, Ed. Revista Forense, 1955, vol. I, tomo I, pp. 13/4).

Nenhum ato jurídico é válido a não ser que seja conforme às regras editadas pelo Estado. Nenhuma autoridade de nenhum dos Poderes pode tomar decisões que contrariem normas válidas do sistema jurídico em que se encontram. Mesmo a mais alta das autoridades deve "suportar a lei que editou", até que esta seja derogada por outra mais recente.

Aceito expressamente pelo nosso direito positivo que, sob várias formas, o exprime na proposição consagrada "*ninguém pode ser obrigado a fazer ou*





deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei", o princípio da legalidade para sobranceiro sobre os sistemas jurídicos do Estado de direito de nossa época, informando-os como base e diretriz fundamental.

Os elementos informativos do presente processo induzem à conclusão de que ao tempo de sua ocorrência inexistia no Estado de Minas Gerais norma que autorizasse a desoneração de medicamentos de fornecedores situados em outras unidades federativas, daí, como ao administrador só é dado fazer o que a lei autoriza, outra conclusão não se pode chegar senão a da impossibilidade da pretensão sancionatória, não havendo que se falar em ressarcimento, multa, inidoneidade ou qualquer outra sanção, pois não houve infração a lei.

Não cabe acolher a exegese extensiva, até mesmo em vista do entendimento de Carlos Maximiliano, externado em relação às leis em que se classifica essa norma, *ipsis litteris*:

"Interpretação. As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial. Logo é o caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 9ª ed, 1979, p. 223)

Em suma, na falta de LEI em sentido estrito, ou não, pois mesmo o Decreto estadual não exigia e/ou não autorizativa da desoneração de ICMS de contribuintes situados em outras unidades federativas, emerge a convicção de que a pretensão desta desoneração conflita com os arts. 5º, II e 37 da Carta Magna, e, portanto, não deve ser exigida.

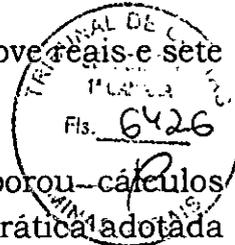
3.12 – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – COMPATIBILIDADE ENTRE PREÇOS PRATICADOS

Como se não bastasse todo o embasamento jurídico acima exposto quanto a não obrigatoriedade de apresentação de preços desonerados de ICMS seja em virtude de lei, seja em virtude da falta de exigência editalícia, é de se observar que no caso dos autos não houve qualquer prejuízo ao erário conforme se provará a seguir:

Conforme consta dos autos, foi apontada a ocorrência de prejuízo para o erário ocasionado pela Requerida no importe atualizado de R\$ 7.745.349,07 (sete



milhões, setecentos e quarenta e cinco mil, trezentos e quarenta e nove reais e sete centavos).



Para chegar ao valor supra, referida comissão elaborou cálculos incompatíveis com a realidade dos procedimentos apreciados, da prática adotada no mercado e da própria legislação vigente.

No caso da Requerida foram analisados inúmeros procedimentos licitatórios ocorridos entre os anos de 2007 a 2011 onde a empresa sagrou-se vencedora para diversos itens justamente por ter ofertado os preços mais atrativos aos interesses da Administração.

Importante destacar, que antes de dar início a qualquer procedimento, a SES/MG realiza minuciosa pesquisa de preços a fim de obter o preço médio praticado no mercado e assim, adquirir os medicamentos com valores mais baixos.

A pesquisa de mercado, efetuada na fase interna do certame, é obrigatória em qualquer processo de licitação e é por essa pesquisa de mercado que a Administração identificará quais são os preços praticados em outros órgãos.

“A pesquisa de preços é requisito de validade do procedimento licitatório e também da contratação direta. Sua ausência enseja a nulidade dos atos administrativos que a afastaram ou desconsideraram, na medida em que, assim, faltaram ao dever jurídico de demonstrar a regularidade dos preços contratados. Trata-se de consequência inexorável quando não houver sido realizada a pesquisa ou quando, realizada, resultou inepta para apurar o valor real de mercado do objeto pretendido pela Administração.”²⁴

No caso em questão, é incontestável a existência de rigorosa pesquisa de preços feita pela Administração, bem como, é inquestionável a tentativa dos condutores dos procedimentos em adequarem as propostas dos licitantes aos preços estimados. (Preço regulado)

O Tribunal de Contas da União posiciona-se a respeito:

Acórdão nº 2.136/2006 – Primeira Câmara: bem como acerca do fato de que, ainda que se admita que (...) exista um setor responsável pela pesquisa de preços de bens e serviços a serem contratados pela administração, a Comissão de Licitação, bem como a autoridade que homologou o procedimento licitatório, não estão isentos de verificar se efetivamente os preços ofertados estão de acordo com os praticado no

²⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, p. 9-21, ago. 2011.





mercado, a teor do art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.443/1992 (cf. Acórdão nº 509/2005 – TCU–Plenário). (Grifamos.)

Acórdão nº 51/2008, Segunda Câmara: [...] Segundo o art. 6º, inciso XVI, da Lei nº 8.666/1993, cabe à comissão receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos à licitação e ao cadastramento de licitantes, devendo o julgamento ser processado com observância das disposições do art. 43, inciso IV, da citada Lei, ou seja, deverá ser verificada a conformidade de cada proposta com os preços correntes de mercado. Ainda que se que admita que na [...] exista um setor responsável pela pesquisa de preços de bens e serviços a serem contratados pela administração, a Comissão de Licitação, bem como a autoridade que homologou o procedimento licitatório, não estão isentos de verificar se efetivamente os preços ofertados estão de acordo com os praticados, a teor do citado artigo. (Grifamos.)

do
caso
em
questão

TRIBUNAL DE LICITAÇÃO
1ª CÂMARA
Fls. 6427

Por outro lado, é essencial que os preços estimados sejam obtidos com cautela a fim de permitir a aquisição dos produtos por preços realmente praticáveis, senão vejamos o que ensina Marçal Justen Filho:

“Se a Administração não quer pagar à vista nem antecipadamente, também não pode considerar os preços de mercado previstos para situações dessa ordem. (...) Quando o ato convocatório prever pagamento para época distante, não se poderá estabelecer comparação com preços praticados no mercado para pagamento imediato. (...) Existirá excessividade quando, em situação idêntica à prevista no ato convocatório, a Administração puder obter preço melhor do que o ofertado pelo licitante.”²⁵

No mesmo sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes afirma, em consonância com o art. 15, incs. III e V, da Lei nº 8.666/93, que o preço a ser pesquisado deve ser compatível com aquele praticado no âmbito da Administração Pública:

Parâmetro neste caso é outro / Preço Regulamento - do

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

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

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

Saliente-se que a pesquisa de mercado nunca deve balizar-se por apenas um método de pesquisa. Ensina Jessé Torres que os preços praticados deverão ser buscados por diversas fontes:

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 652



- a) obtidos em contratações assemelhadas recentes;
- b) praticados em outros contratos da Administração Pública e também por entidades privadas, desde que em condições semelhantes;
- c) praticados no balcão, de empresas do ramo do objeto, inclusive por meio telefônico ou eletrônico, precatando-se, o agente responsável, de registrar a razão social da empresa consultada, a data, nome de quem prestou a informação, entre outros dados;
- d) fixados por órgão oficial competente ou constantes do sistema de registro de preços;
- e) constantes de publicações especializadas, se for o caso.

Com base na pesquisa de mercado feita seguindo esses parâmetros, a Administração efetua uma média desses valores, chegando, assim, ao chamado valor estimado da contratação.

É claro que quando se trata de pesquisa de mercado, a média aritmética não reflete necessariamente a realidade da pesquisa, sendo indispensável estabelecer um desvio padrão (condicionantes de prazos de pagamento, de entrega, aumentos de preços autorizados pelo Governo e outras exigências que são feitas pela Administração Pública).

Após condicionar todas as variantes da pesquisa, a Administração chega ao valor máximo aceito pelo órgão para a aceitação de propostas, o qual funciona como um vetor de desclassificação de propostas.

Costos que não tratam de exceções, ao qual

Uma vez estipulado o valor máximo que a Administração se dispõe a pagar, qualquer proposta que possua valor acima desse estipulado deve ser desclassificada. No pregão, a desclassificação se dará na fase de lances e negociação quando então, permanecendo o valor da proposta acima do valor máximo estipulado e negando-se o vencedor a reduzir seu valor, então, o pregoeiro a desclassifica.

re apli ca, a, Tabe la, CMB

Neste ponto, importa destacar que as propostas da Requerida que ora são questionadas, não foram desclassificadas. Quando muito, foram negociadas levando-se à inexorável conclusão de que os preços praticados encontravam-se em conformidade com os preços pretendidos pela Administração.

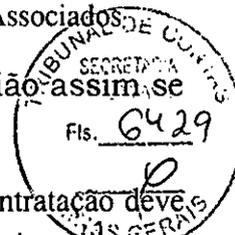
Assim, não se mostra compreensível que após exaustiva pesquisa de preços e após obter propostas compatíveis com os preços estimados, se pretenda, em momento muito posterior ao cumprimento integral do contrato, cobrar da fornecedora o abatimento de um percentual que não estava inicialmente previsto na oportunidade da contratação.





GILBERTI

e Advogados Associados



Analizando caso semelhante, o Tribunal de Contas da União posicionou-se assim:

Acórdão nº 378/2011 – Plenário: Ora, se o preço estimado para contratação deve ser elaborado com base naqueles correntes no mercado onde será realizada a licitação e consiste, via de regra, na média dos preços pesquisados na região, de modo a refletir o preço de mercado, podemos concluir que valor de referência corresponde a valor orçado, haja vista que ambos são obtidos por meio da realização de pesquisa de preços no mercado.

Assim, contraria o princípio da legalidade, da eficiência e da economicidade quando, após a obtenção do preço médio resultante de pesquisa de mercado, os responsáveis arbitram, ao alvedrio de qualquer critério estatístico ou matemático, o percentual de 20% (a maior) sobre o valor inicialmente estimado.

Nesse contexto, não se pode admitir que o mencionado percentual seja lançado no edital como forma de compensar um suposto orçamento mal elaborado. Com efeito, a estimativa de valor de uma licitação deve ser precedida de uma ampla pesquisa de mercado, que deve compreender, se necessária, uma visita das empresas (das quais se colhem o orçamento ao local de prestação dos serviços para que o preço estimado reflita efetivamente o preço de mercado, sem arbitrariedades.

Desse modo, *ad argumentandum tantum*, se, por ocasião dessa visita técnica, alguma empresa detectasse que os preços estimados estariam aquém da remuneração mínima pelos serviços a serem executados, a Entidade haveria de impugnar o edital nesse ponto (da estimativa de preços), instando a Administração a alterá-lo, por meio de uma decisão legítima, porque devidamente fundamentada, e não fruto de uma estimativa imprecisa agravada pelo acréscimo de um percentual sem qualquer base empírica.

Verifica-se, assim, que a aplicação do percentual de 20% sobre o valor de referência (estimado) possibilitou, de ofício, a formação de sobrepreço nas propostas apresentadas na licitação sob exame, ferindo, nesse particular, os princípios da economicidade – em razão do injustificado arbitramento do percentual mencionado – e da eficiência, em relação à elaboração do orçamento que refletisse o valor de mercado, criando verdadeiras faixas de variação em relação a preços de referência, contrariando o Acórdão nº 326/2010 – TCU – Plenário. (Grifamos.)

Como se não bastasse, após a realização do certame, invariavelmente, a Administração elaborava um mapa comparativo de preços onde verificava a compatibilidade dos preços ofertados com aqueles estimados. Se eventualmente alguma fornecedora tivesse um preço superior ao preço pretendido, era convocada a renegociar o valor sob pena de não ter o item adjudicado e homologado a seu favor.



Neste sentido, causa estranheza à Requerida que somente agora, anos após os fornecimentos, seus preços sejam questionados sob o argumento de ter sido observado prejuízo ao erário. Tal estranheza se justifica tendo em vista que nos referidos procedimentos, dificilmente o Pregoeiro aceitou registrar preços acima dos estimados. *Entretanto, acima da tabela, ANUNIA ICMS*

Se naquela oportunidade os preços ofertados pela Requerida foram os mais baixos que a Administração conseguiu registrar, obviamente o órgão não teria condições de obter melhores propostas já que, se os preços fossem inferiores aos estimados, ou mesmo que fosse aplicada a desoneração na forma como está disposto na planilha, tais preços seriam flagrantemente inexequíveis, os quais caracterizam-se por serem abaixo dos preços praticados pelo mercado, e assim não podem ser assim fixados por contrariarem as disposições do artigo 48, II da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) que assim dispõe:

“Art. 48 - Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.”

Nessa esteira, o jurista Marçal Justen Filho, ao comentar o art. 48, inc. II, da Lei nº 8.666/93, espousa o seguinte entendimento:

Devem ser desclassificadas as propostas de valor excessivo. Essa excessividade é apreciável de modo mais simples quando o ato convocatório já determinar o valor máximo admissível. O inc. II, ora comentado, refere-se a essa hipótese. (...)

Permanece a regra de que as propostas com preços excessivos deverão ser desclassificadas. Não é necessário que o edital tenha fixado um limite formal para as propostas. Devem-se verificar os dados indicados pelo art. 43, inc. IV. Se, perante eles, a proposta for excessiva, deverá ser desclassificada.²⁶

Ora, os preços sugeridos pelo relatório da Tomada de Contas são inexequíveis, impraticáveis, já que nenhuma empresa teria condições de cumpri-
los tendo em vista que, conforme visto, os laboratórios fabricantes jamais
repassaram às distribuidoras o desconto do ICMS, impossibilitando assim, que os

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 647





produtos fossem adquiridos por preços ainda inferiores àqueles ofertados nos certames.

Como visto, compete à Administração antes de mais nada, verificar a viabilidade dos preços ofertados com os preços de mercado e estimados, sendo que, havendo incompatibilidade, deverá buscar a adequação a fim de preservar os interesses de ambas as partes e tornar o preço praticável.

O mestre Hely Lopes Meirelles nos ensina a respeito:

“Essa inexequibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis da execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes verificados pela Administração”

Já o Tribunal de Contas da União, assim se posiciona:

TCU – Acórdão 230/2000 – Plenário – “8.5.5. na contratação com terceiros, os preços acordados devem ser equivalentes àqueles praticados no mercado, em cumprimento ao art. 43, inciso IV, da Lei de Licitações”.

In casu, se a Administração não estivesse de acordo com os preços ofertados pela Requerida, deveria ter desclassificado a proposta, ou, no mínimo, ter demonstrado à empresa que pretendia receber a oferta com outro preço desde que este novo preço estivesse de acordo com os preços praticados no mercado, o que, de fato, não ocorreu.

Nad cabel

Saliente-se ainda, que além da rigorosa pesquisa de preços feitas pelo órgão, outras atribuições previstas no Decreto, nº 44.787/2008 precisam ser observadas, vejamos:

Das Atribuições do Participante

Art. 7º Caberá ao órgão participante do registro de preços:

V – tomar conhecimento da Ata de Registros de Preços, inclusive as respectivas alterações por ventura ocorridas, com o objetivo de assegurar, quando de seu uso, o correto cumprimento de suas disposições;

VI – indicar o gestor do contrato, a quem, além das atribuições previstas no art. 67 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, compete:

a) Promover consulta prévia junto ao órgão gerenciador, quando da necessidade de contratação, a fim de obter a indicação do fornecedor, os respectivos quantitativos e os valores a serem praticados, encaminhando, posteriormente, as informações sobre a contratação efetivamente realizada;



- b) Assegurar, quando do uso da ARP, que a contratação a ser procedida atenda aos seus interesses, sobretudo quanto aos valores praticados, informando ao órgão gerenciador eventual desvantagem quanto à sua utilização.

Veja-se que a responsabilidade por verificar a lisura do procedimento é do administrador público e isto foi feito no decorrer dos procedimentos pois a análise foi feita por todos os órgãos internos incumbidos de verificar a existência de supostas irregularidades.

Da análise dos procedimentos questionados, é possível verificar que, em quase todos os preços praticados pela Requerida foram inferiores aos preços estimados sendo que, quando não o foram, a Administração chamou-a para a renegociação ou mesmo verificou que o preço estimado encontrava-se equivocado.

Assim, não se vislumbra qualquer ilegalidade nos preços praticados pela Requerida eis que comprovadamente foram inferiores ou iguais aos estimados pela própria SES/MG, além de terem sido os menores preços válidos apresentados entre as licitantes participantes dos procedimentos, o que comprova serem os menores preços de mercado à época.

Tem-se assim, que estando os preços da Requerida de acordo com os preços estimados, em conformidade com os preços praticados no mercado e, tendo passado pelo crivo da análise interna da própria SES/MG, não há que se falar em prejuízo ao erário sob qualquer aspecto já que a Administração se deu por satisfeita com os valores ofertados no momento de cada procedimento.

Em que pese muitas das planilhas trazidas aos autos nos volumes 27 e 28 estarem completamente ilegíveis, a Requerida fez um levantamento próprio de alguns dos pregões dos quais participou no período questionado e nos quais teve acesso a toda documentação, inclusive, preços estimados e mapas comparativos, visando assim, demonstrar a legalidade de sua conduta.

Aliás, não se sabe por qual motivo, a Tomada de Contas não acostou aos autos as estimativas de preços com a respectiva pesquisa feita pela SES/MG, como também não juntou os mapas comparativos de preços onde é possível verificar que após a oferta de preços, a Secretaria verificava detalhadamente se os preços praticados estavam de acordo com os preços de mercado, para, só posteriormente, homologar o certame.

Segue abaixo a análise de alguns processos que foram questionados e outros que foram tão somente mencionados nos levantamentos feitos pela



SES/MG, porém, da descrição individual feita de cada um dos pregões, é possível verificar que nenhum preço foi praticado acima do estimado e, se o foi, posteriormente ocorreu e renegociação.

PREÇOS PRATICADOS

PREGÃO N° 10/2007

Foi questionado o preço do produto Vigabratrina, porém, tal questionamento é indevido considerando que o preço praticado pela Requerida foi ofertado em conformidade com os preços de mercado conforme se verifica do mapa comparativo de valores de aquisição.

Item registrado para a Hospfar – Vigabatrina 500 mg – R\$ 2,17

O produto foi homologado a R\$ 2,177 entretanto, a pedido da SES/MG, o preço foi renegociado para R\$ 2,08 e efetivamente vendido a R\$ 2,05 conforme comprova-se pelas notas fiscais constantes dos autos.

| | |
|-------------------------------|-----------|
| Valor Adjudicado | R\$ 2,177 |
| Valor Unitário da ANVISA | R\$ 2,056 |
| Última Aquisição SESMG – 2006 | R\$ 1,96 |
| Valor Unitário referência | R\$ 2,10 |

MAPA COMPARATIVO DE PREÇOS

| | |
|---|-------------------|
| Ata de Registro de Preços de São Paulo – 2006 | R\$ 1,68 |
| Site banco de preços Ministério da Saúde – SESRS-2006 | R\$ 1,96 |
| Site ANVISA | R\$ 2,0561 |
| Site www.consultaremedios.com.br | R\$ 2,8423 |
| Valor estimado | R\$ 2,0997 |

Observação – Apesar de ter negociado o preço a R\$ 2,08 a autorização de fornecimento foi no valor de R\$ 2,05 e a Hospfar entregou a este preço R\$ 2,05, conforme NF n° 165734.

Impugna-se o valor pretendido como ressarcimento pois o preço praticado além de ficar inferior ao estimado, foi negociado a pedido da própria Administração tendo ainda sido reduzido na oportunidade da emissão da nota fiscal.



PREGÃO 11/2007

O relatório apontou diferenças de preços a serem ressarcidos pela Requerida em relação ao Pregão 11/2007, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados foram praticados abaixo dos preços estimados e em conformidade com os preços de mercado conforme se verifica do mapa comparativo de orçamentos, do termo de referência e do mapa valores de aquisição.

Termo de referência – inclusive com preços unitários estimados. (Doc. 10)

Item 5 - Toxina Botulinica Tipo A inj. Ampola 500 UI **R\$ 1.110,00**

Ultima Aquisição SESMG – Milenio Farm. E Hosp. Ltda 10/10/2007 R\$ 970,00

Site banco de preços Ministério da Saúde – Hospfar -dysport 08/03/2008 R\$ 1351,00

www.consultaremedios.com.br – R\$ 1.624,74

Camara de Regulação do Mercado de Medicamentos – R\$ 1.175,34 CMEB

Valor estimado **R\$ 1.315,24**

Item 9 - Xinafoato de Salmeterol Aerosol 50mcg **R\$ 53,00**

Ata de Registro de Preços de São Paulo Interlab – Serevent Diskus 9/08/2007 R\$ 48,00

www.consultaremedios.com.br – Glaxosmithline Serevent Diskus R\$ 73,67

Camara de Regulação do Mercado de Medicamentos – R\$ 53,82

Valor estimado **R\$ 60,84**

Item 22 - Calcitriol 1 mcg **R\$ 11,50**

Ultima Aquisição SESMG – Hospfar – Calcigex 17/05/2007 R\$ 14,90

Ata de Registro de Preços de São Paulo – Abbott Calcigex 26/12/2007 – R\$ 11,82

Site banco de preços Min.da Saúde – Baramboim Ltda calcitriol 23/01/2008 R\$ 12,32

Camara de Regulação do Mercado de Medicamentos – R\$ 15,313

Valor estimado **R\$ 13,013**

Impugna-se o valor pretendido como ressarcimento pois os preços praticados ficaram inferiores aos preços estimados que inclusive constavam do preço de referência, sendo



inadmissível contestá-los nesta oportunidade pois, preços inferiores aos praticados seriam considerados inexequíveis.

Ademais, todos os preços ficaram abaixo do preço CMED registrado no site da Anvisa.

Ver o procedimento.



PREGÃO Nº 63/2009

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado conforme se verifica do mapa comparativo de orçamentos e do mapa valores de aquisição (Doc. 11)

Itens questionados: Cabergolina 0,5; Ziprasidona e Atorvastatina 10 e 20 mg

Atorvastatina 10 mg registrado a R\$ 2,13

Ultima Aquisição SESMG 2008 Hospfar R\$ 2,04

Preço Fábrica Anvisa (CAP?) R\$ 2,71

Banco de Preços SES-RS R\$ 1,61

Ata de Registro de Preços SP R\$ 2,03

APAC R\$ 1,50

Média R\$ 1,98

Atorvastatina 20 mg registrado a R\$ 3,74

Ultima Aquisição SESMG 2008 Hospfar R\$ 3,57

Preço Fábrica Anvisa (CAP?) R\$ 4,76

Banco de Preços SES-RS R\$ 2,82

Ata de Registro de Preços SP R\$ 3,45

APAC R\$ 2,64

Média R\$ 3,44

Cabergolina 0,5 mg registrado a R\$ 17,83

Ultima Aquisição SESMG 2008 R\$ 17,04



| | |
|------------------------------------|---------------------|
| Preço <u>Fábrica Anvisa</u> (CAP?) | R\$ 22,70 |
| Banco de Preços SES-PR | R\$ 16,42 |
| Ata de Registro de Preços SP | R\$ 13,97 Fis. 6436 |
| APAC | R\$ 12,58 |
| Média | R\$ 16,54 |



| | |
|------------------------------------|------------------|
| Donepezil 5 mg registrado a | R\$ 10,80 |
| Ultima Aquisição SESMG 2008 Wyeth | R\$ 8,39 |
| Preço <u>Fábrica Anvisa</u> | R\$ 10,24 (CAP?) |
| Banco de Preços SES-RS | R\$ 9,87 |
| Ata de Registro de Preços SP | R\$ 9,67 |
| APAC | R\$ 7,72 |
| Média | R\$ 9,17 |

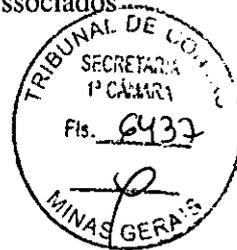
| | |
|---------------------------------------|-----------------|
| Ziprazidona 40 mg registrado a | R\$ 4,86 |
| Ultima Aquisição SESMG 2008 | R\$ 4,65 |
| Preço <u>Fábrica Anvisa</u> | R\$ 6,19 |
| Banco de Preços PE | R\$ 4,50 |
| Ata de Registro de Preços SP | R\$ 3,72 |
| APAC | R\$ 3,43 |
| Média | R\$ 4,49 |

| | |
|---------------------------------------|-----------------|
| Ziprazidona 80 mg registrado a | R\$ 8,10 |
| Ultima Aquisição SESMG 2008 | R\$ 7,75 |
| Preço <u>Fábrica Anvisa</u> | R\$ 10,30 |
| Banco de Preços PE | R\$ 7,48 |
| Ata de Registro de Preços SP | R\$ 6,20 |
| APAC | R\$ 5,08 |
| Média | R\$ 7,36 |





GILBERTI
e Advogados Associados



| | |
|------------------------------------|----------|
| Leflunomide 20 mg registrado a | R\$ 6,28 |
| Ultima Aquisição SESMG 2008 Sanofi | R\$ 4,85 |
| <u>Preço Fábrica Anvisa</u> | R\$ 7,89 |
| Banco de Preços CE | R\$ 7,85 |
| Ata de Registro de Preços SP | R\$ 4,85 |
| APAC | R\$ 4,37 |
| Média | R\$ 5,90 |

* O Laboratório Wyeth fabricante do medicamento Enbrel obteve decisão judicial que o isentava de aplicar o desconto do CAP - Coeficiente de Adequação de Preços.

** A planilha apresentada pela Tomada de contas é imprestável para o fim que se destina pois, para o produto Enbrel (Etanercepte) 25mg foi registrado o preço de R\$ 2.093,30 valor líquido efetivamente recebido pela empresa. Porém, para cálculo do suposto prejuízo, foi informado que a empresa o teria vendido a R\$ 4.186,58 que é o valor do produto na apresentação de 50 mg e não o de 25mg que foi registrado exatamente a R\$ 2.093,30. Não foi possível localizar nos autos todas as notas fiscais questionadas, porém, encontramos a NF 110078 onde é possível verificar o fornecimento do produto na apresentação de 50 mg cujo valor líquido é de R\$ 4.186,58 e não na apresentação 25mg cujo valor líquido é de R\$ 2.093,30. Não foi faturado ou fornecido nenhum medicamento na apresentação de 25 mg com o valor de R\$ 4.186,58, fato este que pode ser comprovado pela análise das Notas fiscais ora juntadas muito embora elas não estejam totalmente legíveis. Obviamente qualquer valor referente a este pregão que tenha sido apurado como superfaturado, deverá ser automaticamente abatido do suposto valor a ser ressarcido, o que desde já requer.

Observa-se ainda que a própria Requerida apresentou redução dos preços para os itens 09, 10, 15, 80 e 81 sem que a Administração solicitasse, salientando-se porém, que não houve qualquer pedido posterior para redução dos preços de outros itens.



6438
15/08/2010

Assim, em que pese alguns preços da Requerida tenham ficado irrisoriamente acima dos preços médios encontrados, é de se observar que estavam em conformidade com os preços de mercado considerando que nenhum deles ficou acima dos preços máximos praticados em outras Administrações e mais, nenhum deles foi superior ao preço fábrica constante do site da Anvisa.

Ademais, no cálculo da média de preços é de se observar que foram pesquisados preços praticados no ano de 2008, ou seja, um ano antes do Pregão e ainda, foi utilizada fonte da APAC que não corresponde a valores efetivamente praticados em órgãos públicos por se tratar de mera referência de reembolso feito pelo Ministério da Saúde o que, por si só, comprometeu o cálculo dos preços realmente existentes no mercado.

Diante de tais considerações os valores pretendidos a título de ressarcimento ficam completamente impugnados por não refletirem a realidade do mercado devendo a SES/MG realizar pesquisa considerando valores praticados no mesmo ano e mais, desconsiderar o valor de reembolso (APAC) eis que imprestável para o fim que se destina.

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado já que somente as empresas mineiras eram obrigadas a apresentar suas propostas com o ICMS incluído. Aliás, na própria Ata de Registro de Preços consta que os produtos foram homologados sem ICMS.

PREGÃO Nº 068/2010

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado conforme se verifica do mapa comparativo de orçamentos e do mapa valores de aquisição

| | |
|--|-------------------|
| Item 07 - Danazol 10 mg | R\$ 1,6030 |
| Ultima Aquisição SESMG 2010 Help Farma | R\$ 1,57 |
| Revista ABC Farma | R\$ 2,102 |
| CMED | nada consta |
| Consulta remédios | R\$ 2,9072 |
| Banco de Preços 2008 | R\$ 1,37 |
| Ata de Registro de Preços SP 2009 | R\$ 1,2370 |
| Média | R\$ 1,8372 |
| | |
| Item 24 - Amantadina 100 mg | R\$ 0,37 |



| | |
|-------------------------------------|--------------------|
| Ultima Aquisição SESMG 2009 Prodiat | R\$ 0,3314 |
| Revista ABC Farma | R\$ 0,4950 |
| <u>CMED</u> | nada consta |
| Consulta remédios | R\$ 0,5055 |
| Banco de Preços 2008 | R\$ 0,27 |
| Ata de Registro de Preços SP 2009 | R\$ 0,3280 |
| Média | R\$ 0,3860 |



| | |
|--------------------------------------|--------------------|
| Item 55 - Pancreatina 25000UI | R\$ 1,76 |
| Ultima Aquisição SESMG 2010 Hospfar | R\$ 2,21 |
| Revista ABC Farma | NADA CONSTA |
| <u>CMED</u> | nada consta |
| Consulta remédios | R\$ 2,3789 |
| Banco de Preços 2008 | nada consta |
| Ata de Registro de Preços SP 2009 | nada consta |
| Média | R\$ 2,2945 |

Os preços praticados ficaram consideravelmente inferiores aos estimados e aos preços praticados em outros órgãos, comprovando-se serem preços de mercado sendo, portanto, inexigíveis preços inferiores a estes os quais seriam considerados inexequíveis.

Aliás, através da documentação juntada é possível constatar ofício da própria SES/MG informando que os preços praticados no Pregão 68/2010 eram de mercado e que inclusive houve repactuação de preços para aqueles produtos cujos valores não estavam adequados.

Também juntamos documento emitido pela Requerida onde ela aceita a solicitação de repactuação de preços para o produto Sirolimus 1mg e 2mg. Não houve qualquer solicitação para redução de preços dos demais itens. *CONFIRMAR*

Finalmente, consta a Nota Técnica da SES/MG informando que os preços do referido pregão inicialmente foram superiores, porém, foram adequados e atualmente se encontravam de acordo com o PMVG.

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.



1ª CÂMARA
Fls. 040

PREGÃO N° 13/2009

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado conforme se verifica do mapa comparativo de orçamentos e do mapa valores de aquisição.

Neste pregão a própria SES/MG esclareceu que os preços foram estimados antes do aumento autorizado pelo Governo e por isso, os preços adjudicados poderiam ser maiores.

E ainda:

“Por meio do significado da palavra compatível é possível concluir que o preço do licitante deve ser conciliável, sem conflito com o preço de mercado. **Não há nenhuma exigência legal de que o preço praticado pelo licitante deve ser igual ao preço de referência, obtido através do mapa comparativo. Até porque, pela própria literalidade da palavra referência, presume-se que se trata de uma indicação, de um patamar que deverá ser observado na adoção de ações pelo agente público.**”

*dois aspectos:
(1) "relação que uma coisa tem com outra"*

| | | |
|--|---|-----------|
| Item questionado - Calcitriol 1 mcg | (2) "conjunto de qualidades ou características" | R\$ 12,35 |
| Ultima Aquisição SESMG Hospfar em 2008 | | R\$ 11,79 |
| Preço Fábrica ANVISA.gov.br | tomado como modelo* | R\$ 15,69 |
| Banco de Preços - SES PR | | R\$ 9,46 |
| Ata de São Paulo | | R\$ 9,57 |
| Média | | R\$ 11,62 |

Conforme justificativa prestada pela própria SES/MG os preços estimados encontravam-se defasados, razão pela qual, após nova pesquisa, verificou-se a compatibilidade dos preços ofertados sendo, portanto, inexigíveis preços inferiores a estes os quais seriam considerados inexequíveis.

Ademais, se a própria SES/MG reconheceu que os preços estavam defasados, não se justifica a pretensão de ressarcimento em momento posterior quando todos os fornecimentos já foram concluídos.

Este pregão foi omissivo em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.

PREGÃO N° 26/2010



O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado conforme se verifica do mapa comparativo de orçamentos e do mapa valores de aquisição.

19- Calcitriol Inj. 1 mcg

Ultima Aquisição SESMG 2010

Revista ABC Farma

CMED - nada consta

Ata de Registro de Preços SP 2009

Média

Percentual de Economia sobre o valor de referencia 8,05 %

R\$ 12,82

R\$ 12,35

R\$ 16,62

R\$ 16,62

R\$ 10,18

R\$ 13,94

56- Leflunomide 20 mg

Ultima Aquisição SESMG

Revista ABC Farma

CMED - nada consta

Ata de Registro de Preços SP 2009

Média

Percentual de Economia sobre o valor de referencia 8,31%

R\$ 6,44

R\$ 6,28

R\$ 8,35

R\$ 8,35

R\$ 5,13

R\$ 7,03

107 - Toxina Botulinica Tipo A

Ultima Aquisição SESMG

Revista ABC Farma

CMED - nada consta

Ata de Registro de Preços SP 2009

Média

R\$ 984,47

R\$ 380,00

R\$ 981,63

R\$ 981,63

R\$ 942,51

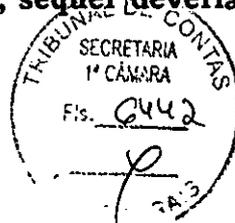
R\$ 821,44

Impugna-se o valor pretendido como ressarcimento pois os preços praticados estavam em conformidade com os preços estimados e os de mercado tendo a própria Administração atestado a ocorrência de economia com os preços ofertados pela Requerida, sendo, portanto, inexigíveis preços inferiores a estes os quais seriam considerados inexequíveis.



Caso a SES/MG entendesse que os preços da Requerida não eram benéficos à Administração, deveria ter desclassificado a proposta e tentado adquirir os produtos por preços inferiores. Se assim não o fez, é porque sua própria pesquisa demonstrou que não teria condições de conseguir preços menores aos que foram registrados.

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.



PREGÃO N° 159/2009

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado tendo sido observado pela própria Administração economia em relação aos preços de referência conforme se observa do termo de conclusão do pregão negociado e aceito pelo pregoeiro.

O item questionado - Sildenafil 20 mg - havia sido estimado em R\$ 20,55 tendo preço da Requerida sido registrado em R\$ 14,22 valor este consideravelmente inferior ao pretendido pela Administração, razão pela qual, não há que se falar em prejuízo ao erário.

Os preços praticados ficaram em média 30% abaixo dos preços estimados sendo também consideravelmente inferiores aos valores da última aquisição e também menores que os preços de mercado, sendo inadmissível contestá-los nesta oportunidade pois, preços inferiores aos praticados seriam considerados inexequíveis. (Doc. 13)

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.

PREGÃO N° 33/2008

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram praticados em conformidade com os preços de mercado.

O item questionado - Etanercepte (Enbrel 25 mg) - havia sido estimado em R\$ 2.369,90 tendo preço da Requerida sido registrado em R\$ 2.297,52 valor este consideravelmente inferior ao pretendido pela Administração, razão pela qual, não há que se falar em prejuízo ao erário.

O preço praticado ficou do preço estimado sendo também consideravelmente inferior aos valores da última aquisição e também menores que os preços de mercado, sendo inadmissível contestá-los nesta oportunidade pois, preços inferiores aos praticados seriam considerados inexequíveis. (Doc. 14)



Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado, salientando-se ainda, que o Laboratório Fabricante tem decisão judicial isentando-o da aplicação do CAP - Coeficiente de Adequação de Preços

PREGÃO N° 38/2008



O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado e os estimados conforme se comprova pelo mapa comparativo de preços vejamos: (Doc.15)

| ITEM | PREÇO REGISTRADO | PREÇO ESTIMADO |
|---------------------|-------------------------|-----------------------|
| Atorvastatina 10 mg | R\$ 2.040,00 | R\$ 2.308,57 |
| Atorvastatina 20 mg | R\$ 3.570,00 | R\$ 3.873,33 |
| Calcitriol 1 mcg | R\$ 11,79 | R\$ 10,27 |
| Sirolimus | R\$ 41,60 | R\$ 38,50 |

Em que pese os preços dos dois últimos produtos estarem pouco acima do preço estimado, estavam de acordo com os preços praticados no mercado, de onde se conclui, não serem superfaturados já que a Administração não conseguiria compra-los por preços inferiores.

O Calcitriol está constando das Revistas especializadas pelo preço de R\$ 15,70 e o Sirolimus, a R\$ 41,595, ou seja, os preços da Requerida estavam abaixo daqueles previstos pela Anvisa. Ademais, o laboratório fabricante do produto Sirolimus (Rapamune) obteve decisão judicial isentando-o da aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços - CAP.

Consta ainda documento emitido pela Gerência de Compras esclarecendo a inexistência de irregularidades nos Pregões 13/08 e 38/08 e informando que o medicamento Atorvastatina só entrou na lista do Convenio 87 após a realização do pregão

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.

PREGÃO N° 15/2007

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado e os estimados conforme se comprova pelo mapa comparativo de preços constante, vejamos: (Doc. 16)





| ITEM | PREÇO REGISTRADO | PREÇO ESTIMADO |
|---------------------|------------------|----------------|
| Atorvastatina 10 mg | R\$ 2,60 | R\$ 2,93 |
| Pramipexol 0,25 | R\$ 1,32 | R\$ 1,66 |
| Etanercepte | R\$ 2.241,00 | R\$ 3.513,21 |



Todos os produtos ficaram abaixo do preço estimado não indicando qualquer possibilidade de prejuízo aos cofres públicos.

Porém, para o produto Etanercepte (Enbrel 25 mg) observa-se mais uma vez a impropriedade dos cálculos elaborados pois, conforme pode-se comprovar o Laboratório fabricante do referido produto obteve decisão judicial que o isentava do desconto do CAP - Coeficiente de Adequação de Preços, porém, para o pregão em questão, mantém-se silente e calcula o suposto prejuízo com o aludido desconto.

Diante disso, não há que se falar em não cumprimento das normas da CMED e nem tampouco em superfaturamento requerendo, desde já, que sejam abatidos os valores apontados como prejuízo nos cálculos elaborados.

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.

PREGÃO N° 20/2007

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado e os estimados conforme se comprova pelo mapa comparativo de preços, vejamos: (Doc. 17)

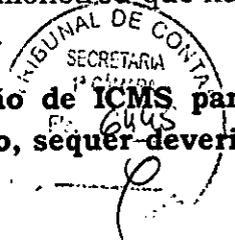
| | |
|--|------------------|
| Budesonida registrada ao preço de | R\$ 29,85 |
| Ultima Aquisição SESMG | R\$ 27,15 |
| Consulta Remédios | R\$ 47,90 |
| CMED | R\$ 34,65 |
| Média | R\$ 36,56 |

O preço praticado estava em conformidade com os preços estimados e os de mercado sendo, portanto, inexigíveis preços inferiores a estes os quais seriam considerados inexequíveis.



Caso a SES/MG entendesse que os preços da Requerida não eram benéficos à Administração, deveria ter desclassificado a proposta e tentado adquirir os produtos por preços inferiores. Se assim não o fez, é porque sua própria pesquisa demonstrou que não teria condições de conseguir preços menores aos que foram registrados.

88 Este pregão foi omissivo em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.



PREGÃO N° 129/2010

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado e os estimados conforme se comprova pelo mapa comparativo de preços vejamos: (Doc. 18)

| | |
|--|-----------------|
| Pancreatina 10.000ui registrada ao preço de | R\$ 0,73 |
| Ultima Aquisição SESMG | R\$ 1,03 |
| Revista ABC Farma | R\$ 1,13 |
| CMED | R\$ 1,13 |
| Ata de Registro de Preços SE | R\$ 0,81 |
| Ata de Registro de Preços RJ | R\$ 0,82 |
| Ata de Registro de Preços SP | R\$ 0,86 |
| Média | R\$ 1,15 |

Os preços praticados estavam em conformidade com os preços estimados e os de mercado sendo, portanto, inexigíveis preços inferiores a estes os quais seriam considerados inexecutáveis.

Caso a SES/MG entendesse que os preços da Requerida não eram benéficos à Administração, deveria ter desclassificado a proposta e tentado adquirir os produtos por preços inferiores. Se assim não o fez, é porque sua própria pesquisa demonstrou que não teria condições de conseguir preços menores aos que foram registrados.

Ademais, especificamente em relação a este item, foi apontada uma diferença irrisória de 0,1 devendo ser considerado que o PMVG apontado corresponde a R\$ 0,7221, enquanto o preço praticado foi de R\$ 0,73 tendo havido, obviamente, um arredondamento por parte da Administração para que se fizesse constar duas casas decimais.



Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.



PREGÃO N° 62/2009

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado e os estimados conforme se comprova pelo mapa comparativo de preços, vejamos: (Doc.19)

| | |
|--|-----------------|
| Pancreatina 10.000ui registrada ao preço de | R\$ 1,09 |
| Ultima Aquisição SESMG | R\$ 1,03 |
| Distr. Help Farma | R\$ 1,06 |
| CMED | nada consta |
| Distr. J. Almeida | R\$ 2,50 |
| Média | R\$ 1,53 |
| | |
| Pancreatina 25.000ui registrada ao preço de | R\$ 2,21 |
| Ultima Aquisição SESMG | R\$ 2,09 |
| Ata de Registro de Preços SP | R\$ 1,80 |
| CMED | nada consta |
| Média | R\$ 1,94 |

Com relação aos itens questionados, o Pregoeiro habilita as propostas da Requerida declarando que as mesmas estão de acordo com as exigências do Edital, senão vejamos:

Habilitação de fornecedor

| Data / hora | Evento |
|---------------------|--|
| 18/08/2009 10:00:45 | O fornecedor HOSPFAR-INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA foi habilitado, de acordo com as exigências do edital. |



Habilitação de fornecedor

| Data / hora | Evento |
|---------------------|--|
| 16.06/2009 10:12:55 | O fornecedor HOSPFAR-INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA foi habilitado, de acordo com as exigências do edital. |



Os preços praticados estavam em conformidade com os preços estimados e os de mercado sendo, portanto, inexigíveis preços inferiores a estes os quais seriam considerados inexequíveis.

Caso a SES/MG entendesse que os preços da Requerida não eram benéficos à Administração, deveria ter desclassificado a proposta e tentado adquirir os produtos por preços inferiores. Se assim não o fez, é porque sua própria pesquisa demonstrou que não teria condições de conseguir preços menores aos que foram registrados.

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.

PREGÃO N° 52/2008

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado.

Independentemente desta impossibilidade de comprovação de que o preço estava conforme o estimado, a Requerida impugna desde já a comparação de seu preço ao preço praticado pelo Laboratório fabricante pois, como produtor, este último obviamente tem condições de praticar preços inferiores nas licitações.

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado, salientando-se ainda, que o Laboratório Fabricante tem decisão judicial isentando-o da aplicação do CAP - Coeficiente de Adequação de Preços.

PREGÃO N° 13/2008

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado conforme se verifica do mapa comparativo de orçamentos e do mapa valores de aquisição (Doc.20).

| | |
|--|------------------|
| Cabergolina registrado a | R\$ 17,04 |
| Ultima Aquisição SESMG 2007 | R\$ 16,40 |
| www.consultaremedios.com.br | R\$ 30,61 |





GILBERTI
e Advogados Associados

site bpreço.saude.gov.br 2007

R\$ 13,67

Ata de Registro de Preços SP 2007

R\$ 13,47

Média

R\$ 18,58

Ziprasidona 40 mg registrado a

R\$ 4,65

Ultima Aquisição SESMG 2007

R\$ 3,72

www.consultaremedios.com.br

R\$ 8,34

site bpreço.saude.gov.br 2007

R\$ 4,50

Ata de Registro de Preços SP 2007

R\$ 3,72

Média

R\$ 5,07

Ziprasidona 80 mg registrado a

R\$ 7,74

Ultima Aquisição SESMG 2007

R\$ 6,20

www.consultaremedios.com.br

R\$ 13,80

site bpreço.saude.gov.br 2007

R\$ 6,20

Ata de Registro de Preços SP 2007

R\$ 6,20

Média

R\$ 8,12

Pancreatina registrado a

R\$ 4,65

Ultima Aquisição SESMG 2007

R\$ 0,97

www.consultaremedios.com.br

R\$ 1,40

Média

R\$ 1,18

Sirolimus 1mg

R\$ 1.247,55

Ultima Aquisição SESMG 2007

R\$ 998,07

www.consultaremedios.com.br

R\$ 998,07

Média

R\$ 998,07

* Para estimativa foram utilizados preços praticados no ano de 2007, ou seja, antes da realização do pregão e do aumento autorizado pelo Governo.





** Os Laboratórios Fabricantes dos produtos Pancreatina (Creon) e Sirolimus (Rapamune) obtiveram decisões judiciais que os isentava da aplicação do desconto do Coeficiente de Adequação de Preços - CAP, situação esta que não observada pela Tomada de Contas.

Veja-se que em que pese alguns preços da Requerida tenham ficado irrisoriamente acima dos preços médios encontrados, é de se observar que estavam em conformidade com os preços de mercado considerando que nenhum deles ficou acima dos preços máximos praticados em outras Administrações.

Ademais, volte-se a frisar, a estimativa considerou apenas preços praticados no ano de 2007 antes da realização do Pregão e antes do aumento de preços dos medicamentos autorizados pelo Governo Federal, o que, por si só, comprometeu o cálculo dos preços realmente existentes no mercado na época.

Diante de tais considerações os valores pretendidos a título de ressarcimento ficam completamente impugnados por não refletirem a realidade do mercado devendo a SES/MG realizar pesquisa considerando valores praticados no mesmo ano após o aumento autorizado pelo Governo.

Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado já que somente as empresas mineiras eram obrigadas a apresentar suas propostas com o ICMS incluído.

PREGÃO N° 28/2009

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado e os estimados conforme se comprova pela estimativa de preços constante, vejamos: (Doc. 21)

| | |
|------------------------------------|------------------|
| Citrato de Sildenafil 20 mg | R\$ 14,22 |
| Ultima Aquisição SESMG | R\$ 17,75 |
| Consulta Remédios | R\$ 17,60 |
| Média | R\$ 17,73 |

Os preços praticados estavam em conformidade com os preços estimados e os de mercado sendo, portanto, inexigíveis preços inferiores a estes os quais seriam considerados inexecuáveis.

Caso a SES/MG entendesse que os preços da Requerida não eram benéficos à Administração, deveria ter desclassificado a proposta e tentado adquirir os produtos por preços inferiores. Se assim não o fez, é porque sua própria pesquisa demonstrou que não teria condições de conseguir preços menores aos que foram registrados.



88 Este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.



PREGÃO N° 58/2009

O relatório apontou diferenças a serem ressarcidas, porém tal pretensão é indevida considerando que os preços praticados pela Requerida foram ofertados em conformidade com os preços de mercado e os estimados conforme se comprova pela estimativa de preços constante, vejamos: (Doc. 22)

| | |
|---------------------------------|-------------------|
| Tartarato de Vareniclina | R\$ 749,00 |
| Revista ABC Farma | R\$ 749,32 |
| Ata de Registro de Preço SP | nada consta |
| Site bpreco.saude.gov.br | nada consta |
| CMED | R\$ 816,17 |
| Média | R\$ 782,50 |

Os preços praticados estavam em conformidade com os preços estimados e os de mercado sendo, portanto, inexigíveis preços inferiores a estes os quais seriam considerados inexequíveis.

Caso a SES/MG entendesse que os preços da Requerida não eram benéficos à Administração, deveria ter desclassificado a proposta e tentado adquirir os produtos por preços inferiores. Se assim não o fez, é porque sua própria pesquisa demonstrou que não teria condições de conseguir preços menores aos que foram registrados.

O produto não estava no rol do Convênio 87/02 não sendo obrigatória a desoneração, mas, mesmo que estivesse, este pregão foi omissso em relação a exigência de desoneração de ICMS para fornecedores localizados fora do Estado de Minas Gerais e por isso, sequer deveria ter sido questionado.

Veja Sra. Conselheira que estes são apenas alguns exemplos dos Pregões realizados no período questionado, porém, da documentação trazida aos autos pela Tomada de Contas, observa-se que a mesma é incompleta pois não foram apresentados os processos na íntegra, onde seria possível comprovar que todas as licitações passavam por criteriosa pesquisa de preços e posterior verificação da compatibilidade dos preços ofertados com os preços estimados e praticados no mercado.



Essa prova é de fundamental importância pois através dela V.Exa. poderia verificar que os preços praticados pela Requerida estavam dentro da margem pretendida pela Administração sendo que, se foram homologados, era porque se tratavam de preços interessantes ao órgão, não havendo que se falar em superfaturamento em qualquer um deles.

Com relação aos Pregões de nº 49/2008, 37/2008, 58/2008, 48/2009 e 49/2009, a Requerida não localizou os mapas estimativos e comparativos de preços, devendo ser intimado o Tomador de Contas para trazê-los aos autos.

Requer, pois, seja intimada a Comissão da Tomada de Contas a trazer aos autos os processos licitatórios completos, não só com os Editais, atas e contratos, mas também, com peças fundamentais à exata compreensão da matéria e da realidade que permeava o procedimento à época dos fatos, em especial, os mapas estimativos e comparativos de preços de todos os procedimentos questionados.

3.13 – FALTA DE PADRONIZAÇÃO E CLAREZA DOS EDITAIS.

A questão da desoneração levantada no presente processo está longe de ser uma questão pacífica e de fácil compreensão, ao contrário, trata-se de uma matéria complexa que os fornecedores e, nem tampouco os Administradores Públicos tinham o necessário conhecimento e controle sobre a situação.

Também como já foi dito, não existia Lei, na real expressão da palavra, que obrigasse a Requerida a conceder o desconto do ICMS assim como também não havia, exigência editalícia que a vinculasse a tal obrigação.

A questão sempre foi tão nebulosa que dentre os processos que foram analisados, a maioria deles é completamente omissa em relação à oferta de propostas oneradas e desoneradas de ICMS por parte de empresas de fora do Estado de Minas Gerais, sendo esta uma obrigação específica das licitantes mineiras. (Pregões 26/06; 38/08; 159/09; 13/09; 63/09; 68/10; 100/10; 26/10; 129/10; 43/09 e 58/08)

Referidos pregões exigiam a desoneração do Convênio ICMS 26/03, aplicável às vendas internas, senão vejamos como normalmente dispunham os Editais:

9 – Proposta de preço:



GILBERTI
e Advogados Associados



9.3.1 – Nos preços propostos deverão estar incluídos todos os tributos, encargos, sociais, frete e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto, os quais se darão a expensas da contratada.

9.5 – A licitante estabelecida no Estado de Minas Gerais, exceto a não optante do Regime Simples Nacional, apresentará sua proposta comercial assinada, com os valores ofertados informando o preço normal de mercado dos produtos e o preço resultante da dedução do ICMS.

Ora se os editais eram omissos em relação à obrigatoriedade das empresas estabelecidas fora do Estado de Minas Gerais em apresentar propostas oneradas e desoneradas, não há como exigir em momento posterior à licitação a cobrança de valores que supostamente teriam sido cobrados a maior eis que os preços praticados foram devidamente conferidos e homologados.

Isto se dá em virtude do princípio da vinculação ao edital convocatório materializado na Lei nº 8.666/93 através do Art. 41 que dispõe:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

O Art. 41, da Lei 8.666/1993 consagra o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório da Licitação, o qual se aplica tanto aos licitantes, quanto à Administração Pública, que deve, por conseguinte, ater-se aos estritos termos da convocação, obedecendo as regras e condições estabelecidas. Tal princípio é vital para a garantia da concorrência justa e para a preservação da igualdade entre os participantes. Em virtude disso, qualquer alteração que, em razão do interesse público, se faça necessária, nessas disposições, deve ser procedida por meio de retificação no documento, com a devida divulgação e renovação do prazo para apresentação das propostas.

In casu, o Edital do Pregão Eletrônico exigia expressamente apenas dos licitantes mineiros a apresentação de propostas desoneradas, comando claro e objetivo, assim, configura-se ilegal a imposição de exigência não prevista do edital licitatório.

Sobre o tema Jessé Torres Pereira Júnior, na obra ²⁷ leciona:

“Ao estabelecer que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, “ao qual se acha estritamente vinculada” (art 41), a Lei nº 8.666/93

²⁷ Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 6ª edição, Editora Renovar, 2003, pág. 757.



vincula também cada licitante as condições e exigências nele estabelecidas e que incluem as obrigações contratuais (Lei nº 8.666/93, art. 40, § 2º, III)”

Ainda segundo este respeitado doutrinador²⁸:

“A vinculação da Administração às normas e condições do edital acarreta as seguintes consequências importantes:

a) A discricionariedade da administração para estabelecer o conteúdo do edital transmuda-se em vinculação uma vez publicado, passando a obrigar tanto o administrador quanto os competidores;

b) O descumprimento de disposição editalícia, pela Administração, equivale a violação do direito subjetivo dos licitantes de se submeterem ao certame segundo regras claras, previamente fixadas, estáveis e iguais para todos os interessados; ...”

Renato Geraldo Mendes, na obra²⁹ igualmente leciona:

“A Administração tem liberdade para, de acordo com a necessidade identificada, definir o encargo da melhor forma possível, a fim de viabilizar seu pleno atendimento. Definido o encargo e fixadas todas as demais condições, caberá a ela cumprir o dever de materializar tais exigências no edital de forma inequívoca. É o edital que regulará a segunda fase do processo, a externa, na qual a licitação nasce e se desenvolve. Assim, definido o encargo e estabelecidas todas as condições e regras de disputa no edital, não poderá a Administração ignorá-las. É preciso ter a clareza de que ela não está impedida de alterar o edital. Se necessário for, poderá modificá-lo durante a etapa de publicidade, conforme a própria ordem jurídica prevê no § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93. O que a Administração não poderá fazer é alterar o edital sem observar as condições que o próprio § 4º do art. 21 impõe. É importante perceber que a vedação não é no sentido de não ser possível alterar o edital, mas sim de não ignorar o que foi ali definido. Vale dizer, se a Administração define uma exigência ou condição e a incorpora ao edital, terá obrigatoriamente de respeitá-la e exigir o seu atendimento. (...) Assim, é possível afirmar que, como regra, a Administração não pode ignorar condição que ela mesma definiu, e a razão é simples: se a condição foi imposta, é porque foi reputada indispensável, do contrário, não deveria ter sido imposta. Esse foi o raciocínio que orientou o legislador na fixação da vedação implicitamente fixada no caput do art. 41.”

²⁸ Obra citada pág. 442 - 443

²⁹ Lei de Licitações e Contratos Anotada, 6ª edição, Curitiba, Zenite, item 2349 - Contratação pública – Licitação – Edital – Regras e condições fixadas – Descumprimento pela Administração – Proibição – Conteúdo da vedação



Pois bem, melhor lição impossível, pois a conclusão da Tomada de Contas afronta ao princípio da vinculação do edital, à lei, à doutrina e à jurisprudência que são unânimes em afirmar que apropriada Administração se vincula aos termos por ela escolhidos para compor o edital.



Neste exato sentido confira-se a jurisprudência:

“O edital é o instrumento através do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da concorrência ou da tomada de preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Vincula inteiramente a Administração e os proponentes às suas cláusulas. Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque ele é a lei interna da Concorrência”. (TJ/SP, Apelação Cível nº 876.567-5/9-00, Rel. Rebouças de Carvalho, j. em 22.04.2009.)

“O poder discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do edital de licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração vincula-se “estritamente” a ele.” (STJ, Resp nº 421.946-DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 06.03.2006)

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – VIOLAÇÃO DO DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL – ORDEM CONCEDIDA – 1- Configura-se por ilegal, a imposição de exigência não prevista no edital do certame, porquanto “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Art. 41, caput da Lei 8.666/93.2) Embora a Administração, dentro de seu poder discricionário, estabeleça as cláusulas do edital que disciplinarão as regras e procedimentos da licitação, o que faz lei entre as partes, tudo o que no edital for definido deve ser seguido, em estrita observância da lei, pois, ao administrador não é permitido atuar fora da legalidade. 3- Remessa oficial não provida. (TJAP – REO 0038972-95.2011.8.03.0001 – C.Única – Rel. Juiz Conv. Mário Mazurek – DJe 27.07.2012 – p. 53)v97

LICITAÇÃO – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – OBRIGATORIEDADE – “Agravo de instrumento. Direito administrativo. Licitação. Edital. A vinculação ao edital ou ao instrumento convocatório se traduz no rigor com que a administração e os licitantes devem cumprir suas normas e condições, na forma do art. 41 da Lei nº 8.666/93, legais as exigências feitas no caso. Recurso desprovido.” (TJRS – AI 70024874638 – 21ª C.Civ. – Relª Desª Liselena Schifino Robles Ribeiro – J. 24.09.2008)RSDA



Veja-se que somente em 2011 a SES/MG realizou consulta junto à CMED a fim de obter esclarecimentos acerca da forma correta de aplicação do PMVG, tendo, na oportunidade expedido a Nota de Esclarecimento nº 03/2011 sobre a forma de apresentação da proposta de preços. (Doc. 23)

Já na Nota Técnica 69/2011 a própria Pregoeira faz constar a seguinte informação: (Doc. 24)



“Salientamos que, a apresentação da proposta de preços COM e SEM ICMS, era solicitada nos pregões anteriores, porém, **por não ser norma editalícia**, era dada a oportunidade a estar demonstrando de próprio punho.”

Ora Sra. Conselheira, o procedimento licitatório deve ser cercado das formalidades que cada caso requer não se admitindo a existência de condição “extra edital” que possa macular a lisura do procedimento.

Não sendo exigência contida no próprio instrumento convocatório, não há como obrigar os licitantes a cumprir regra não prevista expressamente como foi confessado pela própria pregoeira.

Neste sentido, importa argumentar que todas fornecedoras da SES/MG e não só a Requerida, estão respondendo processos cujo objeto é o mesmo, o que comprova que a matéria no mínimo era desconhecida, não utilizada pelo mercado pois não refletida nas pesquisas de preços.

O desconhecimento da matéria era geral e por isso, não há que se falar em sancionamento, mas sim, em orientação, padronização de conduta, esclarecimentos e preparação dos servidores.

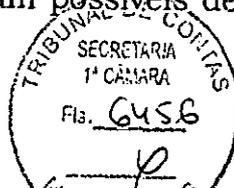
Os processos em questão, segundo os pareceres da Assessoria Jurídica da SES/MG, observaram a legalidade, os preços foram os menores obtidos e por isso foram homologados, não sendo justo que anos após o fornecimento dos medicamentos, sejam questionados os valores ofertados.

O fato objetivo é que a desoneração do ICMS somente era imposta aos licitantes sediados no Estado de Minas Gerais, sendo aos licitantes de outros Estados, aplicado apenas o CAP, pois, o ICMS é recolhido na origem.



Vejamos as exigências de alguns editais as quais foram possíveis de serem detectadas: (Doc. 25)³⁰

Edital do Pregão 11/2007



9.1.5.5 - Nos preços propostos deverão estar incluídos todos os tributos, encargos sociais, frete, taxa de destino e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto da presente licitação, os quais ficarão a cargo única e exclusivamente da contratada.

§ 1º - Os Fornecedoros estabelecidos no Estado de Minas Gerais ficam isentos do ICMS, conforme dispõe o Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002 e suas alterações posteriores regulamentadas pelas Resoluções Conjuntas SEF/SEPLAG de números 3.458/2003 e 3.609/2004.

§ 2º - O fornecedor mineiro, caso seja vencedor, deverá enviar juntamente com os documentos de habilitação sua proposta comercial assinada e atualizada com os valores finais ofertados durante a sessão deste Pregão, informando na proposta, além do preço normal de mercado dos produtos ou serviços, o preço resultante da dedução do ICMS.

Edital do Pregão 20/07

5.4 - Nos preços propostos deverão estar incluídos todos os tributos, encargos sociais, frete, taxa de destino e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto da presente licitação, os quais ficarão a cargo única e exclusivamente da contratada.

§ 1º - Os Fornecedoros estabelecidos no Estado de Minas Gerais ficam isentos do ICMS, conforme dispõe o Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002 e suas alterações posteriores regulamentadas pelas Resoluções Conjuntas SEF/SEPLAG de números 3.458/2003 e 3.609/2004.

§ 2º - O fornecedor mineiro, caso seja vencedor, deverá enviar juntamente com os documentos de habilitação, sua proposta comercial assinada e atualizada com os valores finais ofertados durante a sessão deste Pregão, informando na proposta, além do preço normal de mercado dos produtos ou serviços, o preço resultante da dedução do ICMS.

§ 3º - Para os medicamentos dispostos nos Convênios de ICMS nºs 140/2001, 087/2002, 118/2002, 126/2002, 026/2003, 045/2003, 046/2003, e nas suas alterações posteriores, a proposta comercial deve apresentar, sob pena de desclassificação, a discriminação do preço normal e do preço com o desconto do ICMS.

5.5 - As propostas comerciais de licitantes a que se referem os §§ 1º, 2º e 3º do subitem 5.4, deverão conter obrigatoriamente o preço resultante da isenção do ICMS conferida, que será o preço a ser considerado como base para a etapa de lances e julgamento.

Edital Pregão 23/07

**LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA**

³⁰ A Requerida deixa de apresentar a íntegra dos Editais a fim de evitar o acúmulo de documentos, porém, resguarda-se ao direito de apresentá-los caso seja necessário.



5.4 - Nos preços propostos deverão estar incluídos todos os tributos, encargos sociais, frete até o destino e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto da presente licitação, os quais ficarão a cargo única e exclusivamente da contratada.

§ 1º - Os fornecedores estabelecidos no Estado de Minas Gerais ficam isentos do ICMS, conforme dispõe o Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002 e suas alterações posteriores, regulamentados pelas Resoluções Conjuntas SEF/SEPLAG de números 3.458/2003 e 3.609/2004.

§ 2º - O fornecedor mineiro, caso seja vencedor, deverá enviar juntamente com os documentos de habilitação, sua proposta comercial assinada e atualizada com os valores finais ofertados durante a sessão deste Pregão, informando na proposta, além do preço normal de mercado dos produtos ou serviços, o preço resultante da dedução do ICMS.

§ 3º - Para os medicamentos dispostos nos Convênios de ICMS nºs 140/2001, 087/2002, 118/2002, 126/2002, 026/2003, 045/2003, 046/2003, e nas suas alterações posteriores, a proposta comercial deve apresentar, sob pena de desclassificação, a discriminação do preço normal e do preço com o desconto do ICMS.

5.5 - As propostas comerciais do licitante a que se referem os §§ 1º, 2º e 3º do subitem 5.4, deverão conter obrigatoriamente o preço resultante da isenção do ICMS conferida, que será o preço a ser considerado como base para a etapa de lances e julgamento.

5.6 - No julgamento da aceitabilidade da oferta, o pregoeiro levará em conta a observância do desconto mínimo obrigatório, previsto na Resolução CMED nº. 4, de 18 de dezembro de 2006 para o item 01.

Edital Pregão 26/07

5.4 - Nos preços propostos deverão estar incluídos todos os tributos, encargos sociais, frete até o destino e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto da presente licitação, os quais ficarão a cargo única e exclusivamente da contratada.

§ 1º - Os fornecedores estabelecidos no Estado de Minas Gerais ficam isentos do ICMS, conforme dispõe o Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002 e suas alterações posteriores, regulamentados pelas Resoluções Conjuntas SEF/SEPLAG de números 3.458/2003 e 3.609/2004.

§ 2º - O fornecedor mineiro, caso seja vencedor, deverá enviar juntamente com os documentos de habilitação, sua proposta comercial assinada e atualizada com os valores finais ofertados durante a sessão deste Pregão, informando na proposta, além do preço normal de mercado dos produtos ou serviços, o preço resultante da dedução do ICMS.

§ 3º - Para os medicamentos dispostos nos Convênios de ICMS nºs 140/2001, 087/2002, 118/2002, 126/2002, 026/2003, 045/2003, 046/2003, e nas suas alterações posteriores, a proposta comercial deve apresentar, sob pena de desclassificação, a discriminação do preço normal e do preço com o desconto do ICMS.

5.5 - As propostas comerciais de licitantes a que se referem os §§ 1º, 2º e 3º do subitem 5.4, deverão conter obrigatoriamente o preço resultante da isenção do ICMS conferida, que será o preço a ser considerado como base para a etapa de lances e julgamento.

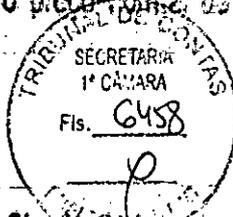
Edital do Pregão 38/08

9.5 - A licitante estabelecida no Estado de Minas Gerais, exceto a não optante do Regime Simples Nacional, apresentará sua proposta comercial assinada, com os valores ofertados informando o preço normal de mercado dos produtos e o preço resultante da dedução do ICMS.

Edital do Pregão 62/09



9.5 - A licitante estabelecida no Estado de Minas Gerais, exceto a não optante do Regime Simples Nacional, apresentará sua proposta comercial assinada, com os valores ofertados informando o preço normal de mercado dos produtos e o preço resultante da dedução do ICMS.



Edital do Pregão 159/09

9.5 - A licitante estabelecida no Estado de Minas Gerais, exceto a não optante do Regime Simples Nacional, apresentará sua proposta comercial assinada, com os valores ofertados informando o preço normal de mercado dos produtos e o preço resultante da dedução do ICMS.

Edital do Pregão 15/09

9.2.2 - A licitante mineira deverá informar na proposta enviada pelo sistema eletrônico, utilizada como base de lance, o preço resultante do produto com a dedução do ICMS.

9.5 - A licitante estabelecida no Estado de Minas Gerais, exceto a não optante do Regime Simples Nacional, apresentará sua proposta comercial assinada e atualizada com os valores finais ofertados no momento, informando o preço normal de mercado dos produtos e o preço resultante da dedução do ICMS.

Edital do Pregão 92/10

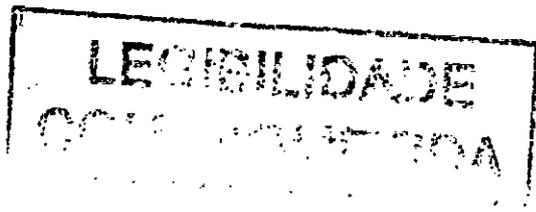
9.5 - A licitante estabelecida no Estado de Minas Gerais, exceto a não optante do Regime Simples Nacional, apresentará sua proposta comercial assinada, com os valores ofertados informando o preço normal de mercado dos produtos e o preço resultante da dedução do ICMS.

Modelo de Edital onde, somente em 2011, passou a ser exigido de todas as empresas, inclusive de fora do Estado de Minas Gerais, que os preços fossem apresentados COM e SEM o imposto ICMS.

9.3 - Todas as condições estabelecidas no Edital deverão ser observadas na entrega de sua proposta comercial.
9.3.1 - Nos preços propostos deverão estar incluídos todos os tributos, encargos sociais, frete e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto, os quais se darão a expensas da contratada, devendo ser apresentados os preços COM e SEM ICMS sobre pena de desclassificação da proposta.

Edital do Pregão 144/11 - Neste pregão, ao contrário do anterior, as empresas mineiras não deveriam apresentar propostas sem o ICMS como as demais

**LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA**



GILBERTI
e Advogados Associados



9.2.2 - A licitante mineira pequena empresa não optante pelo Simples Nacional deverá constar em suas propostas comerciais as informações relativas ao preço do produto e ao preço resultante da dedução do ICMS.
9.2.2.1 - A classificação das propostas, etapa de lances e o julgamento dos preços serão realizados a partir dos preços nos quais estejam incluídos os valores relativos ao ICMS.
9.2.2.2 - A licitante mineira pequena empresa não optante, caso vencedora, apresentará sua proposta comercial assinada e atualizada com os valores finais ofertados no certame, informando o preço normal de

mercado dos produtos e o preço resultante da dedução do ICMS.
9.2.3 - Nos preços propostos deverão estar incluídos todos os tributos, encargos sociais, frete e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto, os quais se darão a expensas da contratada, devendo ser apresentados os preços COM e SEM ICMS sobre pena de desclassificação da proposta, exceto a licitante mineira pequena empresa optante pelo Simples Nacional que deverá apresentar sua proposta apenas com o preço COM ICMS.

Edital do pregão 180/2014 - Já mais recentemente, a SES/MG incluiu sem seus Editais os seguintes dizeres: (fls. 3.301 - volume 16)

7.7.2 - Nos preços propostos os fornecedores participantes do processo licitatório que sejam dos demais Estados da Federação ou seja, sem sede ou representação no Estado de Minas Gerais, deverão estar incluídos todos os tributos, encargos sociais, fretes e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto, os quais se darão sob as expensas da contratada, sendo que para os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único do CONFAZ ficam isentos de apresentar preços COM ICMS, não estando os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único do CONFAZ os preços deverão ser apresentados COM e SEM ICMS, sob pena de desclassificação da proposta.

Veja Sra. Conselheira, que estes são apenas alguns exemplos dos Editais licitatórios promovidos pela SES/MG, salientando-se por oportuno, que teoricamente, todos estes instrumentos convocatórios passaram pelo crivo da Assessoria Jurídica da SES/MG e pelo controle externo deste próprio Tribunal de Contas, sendo que, nenhuma falha havia sido detectada.

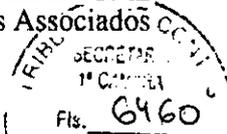
Entretanto, mesmo com a ausência da prova completa, a pequena amostragem é suficiente para demonstrar que até o ano de 2011 a SES/MG jamais exigiu que as empresas sediadas fora o Estado de Minas Gerais apresentassem sua proposta COM e SEM o ICMS, ao contrário, os editais eram expressos quanto a tal exigência somente para as empresas mineiras.

Sendo os editais omissos em relação ao ICMS para empresas de fora do Estado de Minas Gerais e havendo flagrante controvérsia acerca da matéria, não há que se falar em ressarcimento de suposto prejuízo eis que não restou provado nos autos que a SES/MG teria condições de adquirir os medicamentos por preços inferiores mesmo após ampla pesquisa de preços que antecederiam a licitação.



GILBERTI

e Advogados Associados



3.14 - DA CONTROVÉRSIA DA MATÉRIA

Conforme V.Exa. já teve oportunidade de verificar, a questão em debate é bastante complexa, fato este constatado pela própria Controladoria Geral da União que em seu relatório final, assim testemunhou: (Doc. 26)

“Cabe ressaltar que, não obstante a discussão doutrinária e jurisprudencial existente acerca da necessidade de lei em sentido formal para incorporação de convênios do ICMS à Legislação dos Estados signatários das respectivas avenças, a equipe de fiscalização **optou** por considerar, em seus cálculos, a aplicação da isenção nos casos devidos...”

Ora, se a CGU “optou” por utilizar determinada metodologia para elaboração de seus cálculos, é porque tinha mais de uma possibilidade de como proceder e, por isso, seu trabalho não pode ser considerado incontestável, assim como também não é o relatório final da Tomada de Contas.

Já este Tribunal de Contas do Estado ao analisar o caso em Relatório preliminar também se manifestou nos seguintes termos:

Cada processo de aquisição desdobra-se em vários itens, a exemplo do Pregão nº 13/2008 onde participaram 33 empresas e foram licitados 63 (sessenta e três) lotes de medicamentos, que possuem particularidades distintas para aplicação da legislação supracitada, referente aos descontos de ICMS/CONFAZ e CAP/CMED, ou seja, alguns medicamentos são desonerados com ambos os índices, a outros se aplica apenas um deles e, ainda, há alguns casos onde não há incidência de desconto, cabendo avaliação individualizada para cada medicamento adquirido.

E ainda:

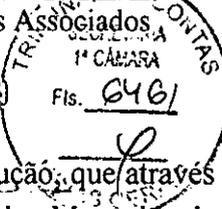
a complexidade do caso, que aponta para a necessidade de conhecimentos específicos sobre legislação tributária relativa a regulação de preços de medicamentos a serem praticados para venda ao governo, para estudo, análise e apuração dos fatos;

Como se não bastasse as dificuldades apontadas pelos próprios órgãos fiscalizadores, vejamos o que disseram os servidores da SES/MG em depoimentos prestados no âmbito do processo administrativo:



GILBERTI

e Advogados Associados



Depoimento de Raquel Russo Mota – ex pregoeira (fls 873)

“Que em dezembro de 2006 foram surpreendidos por uma Resolução, que através de um ofício do Ministério da Saúde/Câmara Executiva do Mercado de Medicamentos – CMED da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA deu conhecimento, que seria aplicado o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP sobre o preço praticado pela Administração Pública para a aquisição de medicamentos, esse coeficiente formaria o preço máximo de venda ao Governo – PMVG, que o preço máximo de venda ao Governo é composto pela fórmula Preço Fábrica (PF) – Coeficiente de aplicação (CAP);...que a Resolução só continha a determinação que se aplicasse imediatamente o percentual de 24,69% coeficiente à época...que também constava na mencionada Resolução que posteriormente seria publicada pela CMED uma lista de medicamentos que também teria aplicação do mencionado índice; que esta lista só veio a ser pulcada no mês de junho do ano de 2007...que esclarece que alguns medicamentos entravam e saiam da lista, sendo que alguns deixavam de ser aplicados em razão de liminares por mandados de segurança por parte de alguns laboratórios; **que o procedimento licitatório é complexo tendo que observar normas vigentes e resoluções, Convênios de ICMS que se alteram;** ...que tanto na fase interna da licitação quanto na instrução do processo de compra por dispensa é feito um Mapa Comparativo de Preços, feito mediante coleta (de forma eletrônica ou encaminhamento de propostas) de preços no mercado visando a subsidiar a escolha do menor preço ofertado...**Que o procedimento licitatório como dito anteriormente é complexo e as normas da CMED nem sempre são claras, muitas vezes não explicita a forma a ser aplicada para a fórmula apresentada; Que tendo dado uma fórmula não explica qual o ICMS deve ser deduzido, se de origem ou destino, por exemplo; Que tais situações ensejaram procedimentos considerados incorretos, por falta de uma correta interpretação da norma, mas nunca com dolo;**

Depoimento de Sandra Aparecida de Souza (fls.878)

“...Que acrescenta ser **difícil a interpretação das normas emanadas da ANVISA, vez que não fica claro por exemplo, o momento da incidência do percentual sobre a formação do CAP, ficando em dúvida se o percentual tem que ser aplicado em quantitativo destacado na autorização de fornecimento ou se na formulação do preço para disputa de lance; Que esclarece mais uma vez que a vinda dos técnicos da ANVISA se deu em razão desta falta de esclarecimento.**”

Depoimento de Belmiro Gustavo Ribeiro – ex-gerente de Compras (fls. 882):

“...que realmente havia irregularidade na aplicação de índices em determinados procedimentos em razão do desconhecimento da real interpretação que teria que ser





dada as instruções passadas por meio de Resoluções pela ANVISA... Que como Diretor de Compras e atualmente Superintendente de Gestão não tem conhecimento de irregularidades praticadas em procedimentos licitatórios por servidores com intenção esclarecendo que atribui sim a falta de conhecimento e interpretação profundo da legislação pertinente que é muito complexa.

Depoimento de Jorge Luiz Vieira ex- Superintendente de Gestão (fls. 1009)

“Que com relação a inobservância de preceitos legais que regem os procedimentos licitatórios, não ocorreram, o que aconteceu foi basicamente a legislação confusa na questão do ICMS, nas diversas aplicações das alíquotas entre os Estados, esclarecendo que também não havia um entendimento pacífico sobre a formação do Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, com todas as variáveis como o índice do CAP e a legislação do ICMS; Que esclarece que a questão da aplicação do índice CAP e da observação da legislação de ICMS, a falta de entendimento foi com relação a medicamentos adquiridos em razão de determinações judiciais, que com relação a aquisição de outros medicamentos de outros seguimentos o procedimento se dava por meio do pregão por menor preço; ...Que o Declarante faz a consideração final de qua fundamentação da presente sindicância se deu por situações levadas por uma legislação confusa de ICMS e normas na CMED...”

Por fim, importa destacar alguns pontos da manifestação da SES/MG acerca das conclusões obtidas no Relatório Preliminar da Controladoria Geral da União e que refletem a realidade dos procedimentos questionados: (Doc. 27)

No relatório elaborado pela CGU, afirma-se que haveria “*superfaturamento*” (fl. 12), em razão da aquisição de medicamentos por parte da SES/MG em valores acima do PMVG, sem qualquer consideração sobre preço de mercado.

A premissa adotada pela CGU é clara: se foi feita aquisição de medicamento por preço acima do PMVG, o superfaturamento e o prejuízo ao erário seriam consequências inarredáveis.

Ocorre que a conclusão, com a devida vênia, parte de pré-compreensão equivocada. Superfaturamento pressupõe preço acima do mercado, ao passo que prejuízo ao erário deve ser demonstrado à luz do valor praticado no mercado.



Como desdobramento dessas definições, fala-se em preço excessivo desde que se demonstre a **"incompatibilidade do preço proposto com os praticados no mercado para objeto de idêntica configuração ou mesmo do preço proposto pelo licitante com os preços por ele praticados por outros consumidores"** (Renato Geraldo Mendes - O. D. T. SECRETARIA DE CONTAS Nº 6463) Processo de Contratação Pública: Fases, Etapas e Atos. Zênite, Curitiba: 2012 p. 298)

Assim, o TCU expressamente afirmou que a **"ANÁLISE DE SUPERFATURAMENTO DEVE CONSIDERAR A REALIDADE FÁTICA ENFRENTADA PELO GESTOR."** (ACÓRDÃO Nº 95/2007- TCU - PLENÁRIO. BENJAMIN ZYMLER Ministro-Relator)

Em outras palavras, somente se a CGU houvesse demonstrado a ocorrência de compra significativa acima do preço de mercado ou aquisição por preço forjado, seria admitido o uso do termo superfaturamento.

Também merece registrar uma **"série de falhas"** nas tabelas elaboradas pelo órgão regulador de preços, a CMED, que **"prejudicam a consulta das informações"**, conforme reconheceu o **Tribunal de Contas da União** em recente decisão:

"212. Foi verificado que a apresentação dos dados nas tabelas elaboradas pela CMED possui uma série de falhas que prejudicam a consulta das informações. Não há padronização das informações, havendo situações em que não é possível, por exemplo, identificar a concentração do medicamento registrado. Em pesquisa realizada nos cinquenta medicamentos selecionados nesta auditoria, há casos de ausência de padronização da apresentação dos fármacos, falta de dados referentes à quantidade, concentração, forma farmacêutica, etc.



213. Essas inconsistências impedem a correta análise dos preços, uma vez que impossibilitam a identificação correta do princípio ativo analisado. A formatação do documento também não é amigável, constando preços de inúmeros fornecedores, sendo necessário filtrar a tabela várias vezes até localizar o princípio ativo, concentração e forma farmacêutica de interesse.

SECRETARIA
CAMARA
CG64
3

Especificamente em relação ao preço referência GMED, a seguinte decisão:

“Para que o preço-fábrica seja utilizado para fixação de sobrepreço nas licitações, concretizando as medidas propostas pelo Acórdão 1.146/2011-TCU-Plenário, ele precisa se mostrar coerente com os preços que seriam praticados em um mercado concorrencial, ainda que presentes condições de concentração de mercado.” (Acórdão n.º 3016/2012-Plenário, TC-034.197/2011-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 8.11.2012.)

Veja Sra. Conselheira que as análises feitas pela CGU e Tomada de Contas, além dos depoimentos dos servidores e da manifestação da SES/MG acerca da matéria que é objeto da presente demanda, são provas suficientes de que não existia consenso entre os fornecedores, a SES e a própria ANVISA que sequer regulou a matéria de forma a permitir que suas orientações fossem corretamente compreendidas e aplicadas.

Restou comprovada a total ausência de dolo não só por parte das fornecedoras, mas também, dos próprios servidores que não tinham conhecimento da matéria por falta de clareza das normas aplicáveis, razão pela qual, este procedimento não tem como ter prosseguimento já que ausente qualquer conduta ilegal ou eivada de má fé com intuito de causar prejuízo ao erário público.

5. - PRINCÍPIO DA BOA FÉ

Diante da fundamentação supra, é possível concluir que durante todo os procedimentos imputados como irregulares, a Requerida agiu com lealdade e



boa fé com a intenção única e exclusiva de respeitar os ditames legais e atender o interesse público.

A boa fé se constitui em elemento importante em relação ao *animus* da parte, o Estado espírito de quem confiantemente, com intenção pura, pratica, por erro ato que julgava conveniente e lícito, mas cujo resultado pode ser contrário a seus interesses³¹

“Boa fé – Convicção de alguém que acredita estar agindo de acordo com a lei, na pratica ou omissão de determinado ato. A boa fé é contrária à fraude e ao dolo.”³²

Veja-se que, segundo visto, não apenas os editais, mas também as normas Estaduais à época dos fatos não exigiam a desoneração de fornecedores situados em outras unidades federativas, somente em 2011 a SES/MG padronizou seu entendimento quando realizou consulta junto à CMED a fim de obter esclarecimentos acerca da forma correta de aplicação do PMVG o que pode ser comprovado através da análise do pregão de nº 100/2010.

O desconhecimento da matéria era geral e por isso, não há que se falar em sancionamento, mas sim, em orientação, padronização de conduta, esclarecimentos e preparação dos servidores, e foi o que se deu, não devendo os fornecedores sofrerem sanções, sob pena de restar inviabilizado o atendimento desta Administração por falta de fornecedores.

O fato é que nenhum órgão de controle jamais se manifestou pela ilegalidade da conduta da empresa, ao contrário, anuiu com a mesma. Se a Administração foi omissa, não pode agora pretender impor a responsabilidade de suas irregularidades ao fornecedor, sob pena de criar instabilidade das relações jurídicas.

Neste sentido, vejamos julgados do Tribunal de Contas da União:

“EMENTA: TCU, reconhecendo que uma questão jurídica era de alta complexidade, sendo razoável a adoção de interpretações diferentes, oriundas de pareceres jurídicos, deixou de aplicar a multa e punir os agentes envolvidos. (Voto do Min. Homero Santos que fundamentou a decisão 326/95 – TCU – Plenário. Data da sessão: 12.07.95)”

“EMENTA: Ressalvas apontadas pelo Controle Interno: deficiência do sistema de controle interno da empresa, pagamento de contribuição ao PASEP com acréscimos moratórios e extrapolação da remuneração de dirigente – **Acolhimento da tese da**

³¹ NUNES, Pedro dos Reis. Dicionário de Tecnologia Jurídica, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, vol.I

³² ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro, 3ª Ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.



boa-fé ante as dúvidas de ordem jurídica. – Regularidade das contas com ressalvas, quitação e determinações aos responsáveis. Acórdão nº 12/1994-TCU-2ª Câmara TC 649.005/93-7)”

SECRETARIA DE CONTAS
TCU-2ª
Fls. 6466
P

ACÓRDÃO: Nesse caso o Tribunal entendeu que, à época dos fatos, não era pacífica, na Corte, a interpretação dada às normas que fixavam limites de remuneração para os dirigentes de entidades públicas, de maneira que a atuação do gestor estava amparada numa exegese possível, configurando-se a sua boa-fé. **Vê-se, aqui, que se trata de boa-fé subjetiva, no sentido da crença do gestor de estar agindo conforme o direito.**

Considerando que a Requerida agiu de boa fé, não se mostra adequada, e, nem tampouco justa, a aplicação de qualquer tipo de condenação, seja de caráter ressarcitório ou punitivo pois contraria princípios básicos que devem ser respeitados, quais sejam, o da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

6. – DOS PEDIDOS

ISTO POSTO, diante do farto conjunto probatório elencado, restando evidenciado que a Requerida agiu de boa fé em conformidade com a Lei, é a presente para comprovar a impropriedade da conclusão da Tomada de Contas por inexistirem os elementos que autorizem sua tramitação, **SEJA EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO, INEXISTÊNCIA DE DANO A SER REPARADO E POR AUSENTES O PREJUÍZO E A MÁ FÉ ALEGADOS**, requerendo a V.Exa. que se digne a considerar regulares as contas, determinando via de consequência o arquivamento do feito tudo por ser de inteira JUSTIÇA !!!

Requer, caso seja dado prosseguimento ao presente, o que se faz apenas a título de argumentação, que se digne a proceder a intimação da Comissão da Tomada de Contas a fim de determinar que seja feita a depuração dos documentos realmente importantes ao deslinde do processo, bem como, que se digne a juntar aos autos todos os procedimentos licitatórios questionados em sua integralidade, com as Estimativas de preços, Mapas comparativos de preços, Editais, Atas, contratos, notas fiscais, ordens de fornecimento, ordens de pagamento de cada pregão, salientando que tais documentos devem estar completamente legíveis a fim de proporcionar a correta análise pelas partes atuantes no processo.

Visando evitar o acúmulo desnecessário de documentos ao já volumoso processo, a Requerida optou por mencionar na defesa aqueles que já



constam dos autos, reservando-se, entretanto, ao direito de acostar outros documentos que entende serem importantes para embasamento de suas alegações.

Requer seja determinada a inclusão de todos os fornecedores de medicamentos à SES/MG, inclusive os laboratórios fabricantes que são responsáveis solidários em casos de supostas irregularidades de preços, cometidas pelas distribuidoras conforme normas da ANVISA.

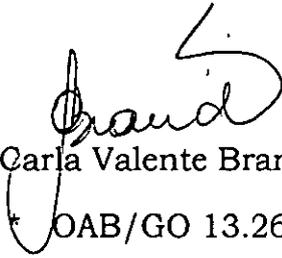
Requer, desde já, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, incluindo-se juntadas de documentos, oitiva de testemunhas, e **em especial a produção de prova pericial através da realização de perícia técnica farmacêutico-contábil** a fim de apurar a legalidade das imputações financeiras que são feitas à Requerida.

Termos em que, pede deferimento.

Goiânia, 11 de fevereiro de 2016.

Antonio Augusto Rosa Gilberti

* OAB/GO 11.703 *


Carla Valente Brandão

* OAB/GO 13.267 *

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS

1. - Procurações, documentos pessoais e contrato Social Hospfar
2. - E-mail entre SES/MG e Anvisa
3. - Denúncia da Hospfar perante a CGE/MG
4. - Representação feita pela Hospfar perante TCU
5. - Documentos protocolizados perante a ANVISA/CMED
6. - Convite para participação de Reunião no CONFAZ
7. - Acórdão 140/2012 do Tribunal de Contas da União
8. - TARE
- 9.- Cartilhas do Tribunal de Contas da União
10. - Documentos referentes ao Pregão 11/2007
11. - Documentos referentes ao Pregão 63/2009
12. - Documentos referentes ao Pregão 68/2010
13. - Documentos referentes ao Pregão 159/2009
14. - Documentos referentes ao Pregão 33/2008
15. - Documentos referentes ao Pregão 38/2008
16. - Documentos referentes ao Pregão 15/2007
- 17.- Documentos referentes ao Pregão 20/2007
18. - Documentos referentes ao Pregão 129/2010
19. - Documentos referentes ao Pregão 62/2009
20. - Documentos referentes ao Pregão 13/2008
21. - Documentos referentes ao Pregão 28/2009
22. - Documentos referentes ao Pregão 58/2009
23. - Nota de Esclarecimento de como formular proposta
24. - Nota Técnica nº 69/2011
25. - Modelos de exigências relativas ao ICMS nos Editais da SES/MG
26. - Análise da Controladoria Geral do Estado
27. - Manifestação da SES/MG com relação aos levantamentos feitos pela CGE





Doc. 01 – Procurações, documentos
pessoais e Contrato Social da Hospfar



GILBERTI
e Advogados Associados

INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROCURAÇÃO

COM CLÁUSULA "AD JUDICIA"



OUTORGANTE: **BRANDÃO DE SOUZA REZENDE**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF/MF nº 218.983.831-20 e da CI nº 956284 SSP-GO, residente e domiciliado à Rua J-12 esq.c/Rua J-17 Qd.47 Lt.07 St.Jaó, em Goiânia – GO – CEP 74673-320

OUTORGADOS: **ANTÔNIO AUGUSTO ROSA GILBERTI**, inscrito na OAB/GO sob o nº 11.703, **ANTÔNIO HENRIQUE JORGE DA CUNHA**, inscrito na OAB/GO sob o nº 27.773, **CARLA VALENTE BRANDÃO**, inscrita na OAB/GO sob o nº 13.267, **EDUARDO TAVEIRA PINHEIRO**, inscrito na OAB/GO sob o nº 12.141, **OSMAR ALVES DE MEDEIROS JÚNIOR**, inscrito na OAB/GO sob o nº 28.786, e **DANILLO STABILLE DE BESSA MESQUITA**, brasileiro, solteiro, estagiário de direito, portador da OAB/GO nº 23.462-E, todos com escritório profissional à Av. S-01 nº 54, ed. Free Shop, Sala 408/10, Setor Bela Vista, em Goiânia - GO, CEP 74.823-310, Tel/Fax. (062) 3241.90.65.

PODERES: Amplos e plenos poderes para o FORO EM GERAL, em qualquer juízo, instância ou tribunal, podendo propor ou desistir contra quem de direito ações competentes e defendê-los nas contrárias, seguindo umas as outras até final decisão, usar medidas preventivas, interpor recursos legais e acompanha-los, apresentar provas, apelar, recorrer, substabelecer, transigir, e em especial para defender-lhe no processo administrativo de Tomada de Contas Especial de nº 932.626 junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Goiânia (GO), 06 de novembro de 2015.

BRANDÃO DE SOUZA REZENDE

1. TABELAMENTO DE NOTAS
RUA 9, 1155, Ed. Plan - St. Oeste
GUARATUBA - GO

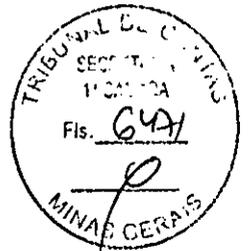
Reconheço verdadeira(s) assina-
tura(s) de:
(3bwAPS40)-BRANDAO DE SOUSA REZENDE.....
pessoa(s) minha(s) conhecida(s). Dou fé.
15:49:08

Em Testemunho _____ da verdade.
Guarania-GO, 05 de Fevereiro de 2016

ROBSON FERREIRA RAMOS
ESCREVENTE AUTENTICACAO

Selo Digital 02741512080859074610753
Confirme a autenticidade do selo site:
<http://extrajudicial.tjgo.jus.br/selo>

LEGALIDADE
COMPROMETIDA



SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA
DEPARTAMENTO NACIONAL DE HABILITAÇÃO
BRANDAO DE SOUSA REZENDE
Jose Brandao de Sousa
Candida Maria Brandao
Goiania - GO, 25/07/1979

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO DAS CIDADES
DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRANSITO
CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO

Nome: BRANDAO DE SOUSA REZENDE

DIC. EMISSOR / ÓRG. EMISSOR / UF: 956284 SSP GO

CPF: 218.983.831-20 DATA NASCIM. (DD/M/AAAA): 06/10/1960

FILIAÇÃO: JOSE BRANDAO DE SOUSA
CANDIDA MARIA BRANDAO

PERMISSÃO: [] ACC: [] CAT. HAB: AD

PP REGISTRADO: 01475261430 VALIDADE: 29/09/2020 PP HABILITAÇÃO: 25/07/1979

OBSERVAÇÕES:

Assinatura do Portador: [Assinatura]

Assinatura do Emissor: [Assinatura]

LOCAL: GOIANIA, GO DATA EMISSÃO: 05/10/2015

57450515846
GO111631025

DETRAN GO (COM S)

VALIDA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL 1184232592

PROIBIDO PLASTIFICAR 1184232592



GILBERTI
e Advogados Associados

INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROCURAÇÃO
COM CLÁUSULA "AD JUDICIA"

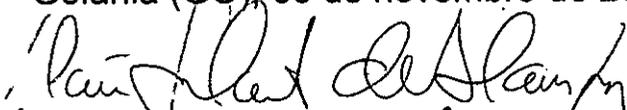


OUTORGANTE: **FLÁVIO GOULART DE ALCÂNTARA CAMPOS**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF/MF nº 246.782.361-04e da CI nº 1.196.290 SSP-GO, residente e domiciliado à Rua T-36 c/T-64 Apto.501 Setor Bueno, em Goiânia – GO – CEP 74.223-050.

OUTORGADOS: **ANTÔNIO AUGUSTO ROSA GILBERTI**, inscrito na OAB/GO sob o nº 11.703, **ANTÔNIO HENRIQUE JORGE DA CUNHA**, inscrito na OAB/GO sob o nº 27.773, **CARLA VALENTE BRANDÃO**, inscrita na OAB/GO sob o nº 13.267, **EDUARDO TAVEIRA PINHEIRO**, inscrito na OAB/GO sob o nº 12.141, **OSMAR ALVES DE MEDEIROS JÚNIOR**, inscrito na OAB/GO sob o nº 28.786, e **DANILLO STABILLE DE BESSA MESQUITA**, brasileiro, solteiro, estagiário de direito, portador da OAB/GO nº 23.462-E, todos com escritório profissional à Av. S-01 nº 54, ed. Free Shop, Sala 408/10, Setor Bela Vista, em Goiânia - GO, CEP 74.823-310, Tel/Fax. (062) 3241.90.65.

PODERES: Amplos e plenos poderes para o FORO EM GERAL, em qualquer juízo, instância ou tribunal, podendo propor ou desistir contra quem de direito ações competentes e defendê-los nas contrárias, seguindo umas as outras até final decisão, usar medidas preventivas, interpor recursos legais e acompanhá-los, apresentar provas, apelar, recorrer, substabelecer, transigir, e em especial para defender-lhe no processo administrativo de Tomada de Contas Especial de nº 932.626 junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Goiânia (GO), 06 de novembro de 2015.


FLÁVIO GOULART DE ALCÂNTARA CAMPOS



CARTEIRA DE IDENTIDADE

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA
CREA - Goiás

4054/D REG. N.º 4054 DATA DE EMISSÃO 18/06/1986

Flavio Goulart de Alcantara Campos

Urildo de Alcantara Campos e de
Dalva Eliza Goulart de A. Campos
Brasileira Goiânia/GO

12/03/1962 1196290-SSP/GO

Engenheiro Agrônomo

18/06/1986

Flavio Goulart de A. Campos

VALIDA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL

21/08/1985 Universidade
Federal de Goiás - C. Grau 18/08/85

ATRIBUÍDOS ANEXOS NA CARTEIRA PROFISSIONAL

VALIDE COMO DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO E TEM FE-PÚBLICA (L.º 96.472, DE 15-05-1978, DO U.º 114, DE 24/02/1988, E L.º 11.320 DE 03/02/1973)

* * *

TIPO SAMPLEADO - FACES 2X

246782361/04

Flavio Goulart de A. Campos

SIGNATURA DO PROFISSIONAL

LEGIBILIDADE



GILBERTI
e Advogados Associados



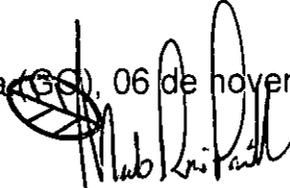
INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROCURAÇÃO
COM CLÁUSULA "AD JUDICIA"

OUTORGANTE: **MARCELO REIS PERILLO**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF/MF nº 350.262.351-15 e da C.I. nº 780.222 SSP-GO, residente e domiciliado à Rua dos Angicos qd. 26 Lt. 2-A, Residencial Aldeia do Vale, em Goiânia – GO – CEP 74.680-030.

OUTORGADOS: **ANTÔNIO AUGUSTO ROSA GILBERTI**, inscrito na OAB/GO sob o nº 11.703, **ANTÔNIO HENRIQUE JORGE DA CUNHA**, inscrito na OAB/GO sob o nº 27.773, **CARLA VALENTE BRANDÃO**, inscrita na OAB/GO sob o nº 13.267, **EDUARDO TAVEIRA PINHEIRO**, inscrito na OAB/GO sob o nº 12.141, **OSMAR ALVES DE MEDEIROS JÚNIOR**, inscrito na OAB/GO sob o nº 28.786, e **DANILLO STABILLE DE BESSA MESQUITA**, brasileiro, solteiro, estagiário de direito, portador da OAB/GO nº 23.462-E, todos com escritório profissional à Av. S-01 nº 54, ed. Free Shop, Sala 408/10, Setor Bela Vista, em Goiânia - GO, CEP 74.823-310, Tel/Fax. (062) 3241.90.65.

PODERES: Amplos e plenos poderes para o FORO EM GERAL, em qualquer juízo, instância ou tribunal, podendo propor ou desistir contra quem de direito ações competentes e defendê-los nas contrárias, seguindo umas as outras até final decisão, usar medidas preventivas, interpor recursos legais e acompanha-los, apresentar provas, apelar, recorrer, substabelecer, transigir, e em especial para defender-lhe no processo administrativo de Tomada de Contas Especial de nº 932.626 junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Goiânia (GO), 06 de novembro de 2015.


MARCELO REIS PERILLO

4. TABELionato de Notas

RUA 9, 1155, Ed. Aten - St. Oeste
GOIÂNIA - GO

Reconheço verdadeira(s) a(s) assinatura(s) de:

[3bWf550]-MARCELO REIS PERILLO.....

pessoa(s) minha(s) conhecida(s). Dou fé.

15:50:50

Em Testemunho da verdade.

Goiania-GO, 05 de fevereiro de 2016

ROBSON FERREIRA BANUS

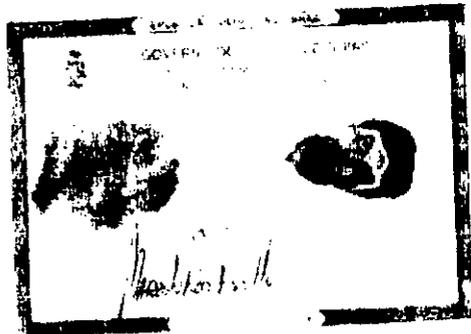
SECRETÁRIO DE AUTENTICAÇÃO

Selo Digital 051415208085904418757

Confirme a autenticidade do selo site:

<http://extrajudicial.tjgo.jus.br/selo>

LE DE CONTAS
 TISA
 PLUMBA
 6475
 15



MARCELO REIS PERILLO
 Rua ...

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
 MINISTÉRIO DAS CIDADES
 DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRANSIÇÃO
 CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO

NOME: MARCELO REIS PERILLO

CPF: 78022200PC00

CPF: 350.262.351-15 DATA NASCIMENTO: 25/05/1962

RELACÃO: NERO JACOMO PERILLO

MARIA AUGUSTA REIS PERILLO

PERMISÃO: AC EXE. PMS: AC

CPF: 02295889516 VALIDADE: 32/03/2017 1ª HABILITAÇÃO: 11/06/1988

VALORES EM TUDO: 567518198

PROIBIDO PLASTIFICAR: 567518198

LOCAL: GOIÂNIA, GO DATA IMPRESSÃO: 05/03/2012

06788149727
 00057761388

OUTRA BR (GDM)

LEGIBILIDADE
 COMPROMETIDA



GILBERTI
e Advogados Associados

INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROCURAÇÃO

COM CLÁUSULA "AD JUDICIA"



OUTORGANTE: **MOISÉS ALVES DE OLIVEIRA NETO**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF/MF nº 449.604.841-87 e da C.I. nº 1682832 - 1745549 SSP – GO 2º Via, residente e domiciliado à Rua dos Babaçus Qd. 25, Lt. 12-A, Residencial Aldeia do Vale, em Goiânia – GO – CEP 74.680-030

OUTORGADOS: **ANTÔNIO AUGUSTO ROSA GILBERTI**, inscrito na OAB/GO sob o nº 11.703, **ANTÔNIO HENRIQUE JORGE DA CUNHA**, inscrito na OAB/GO sob o nº 27.773, **CARLA VALENTE BRANDÃO**, inscrita na OAB/GO sob o nº 13.267, **EDUARDO TAVEIRA PINHEIRO**, inscrito na OAB/GO sob o nº 12.141, **OSMAR ALVES DE MEDEIROS JÚNIOR**, inscrito na OAB/GO sob o nº 28.786, e **DANILLO STABILLE DE BESSA MESQUITA**, brasileiro, solteiro, estagiário de direito, portador da OAB/GO nº 23.462-E, todos com escritório profissional à Av. S-01 nº 54, ed. Free Shop, Sala 408/10, Setor Bela Vista, em Goiânia - GO, CEP 74.823-310, Tel/Fax. (062) 3241.90.65.

PODERES: Amplos e plenos poderes para o FORO EM GERAL, em qualquer juízo, instância ou tribunal, podendo propor ou desistir contra quem de direito ações competentes e defendê-los nas contrárias, seguindo umas as outras até final decisão, usar medidas preventivas, interpor recursos legais e acompanha-los, apresentar provas, apelar, recorrer, substabelecer, transigir, e em especial para defender-lhe no processo administrativo de Tomada de Contas Especial de nº 932.626 junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Goiânia (GO), 06 de novembro de 2015.


MOISÉS ALVES DE OLIVEIRA NETO

4. TABELA DE NOTAS

RUA 9, 1155, Ed. Aten - St. Oeste
BOIANA - GO

Reconheço verdadeira(s) a(s) assinatura(s) de:

[3bW4UE0]-MOISES ALVES DE OLIVEIRA NETO
pessoa(s) a(s) conhecida(s). Dou fé.

15:49:59

Em Testemunho da verdade
Boiana-GO, Dia de Fevereiro de 2016

BOIANA - GO
SECRETARIA AUTENTICADA

Selo Digital: 2041512080559094610755
Confirme a autenticidade do selo site:
<https://extrajudicial.tjgo.jus.br/selo>

LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA



MOISES ALVES DE OLIVEIRA NETO

14/02/98

AR768404

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO DAS CIDADES
DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRANSIÇÃO
CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO

MOISES ALVES DE OLIVEIRA NETO

1.682937 SSP GO

449.604.843-87 25/03/1969

ELANOR ALVES DE CARVALHO
JOVINA OLIVEIRA DE CARVALHO

00843713331 08/04/2019 04/03/1987

GOVERNADORIA, GO 22/04/2014

DETRAN-GO (GDJMS)

917539628



DOC.02. – E-mail entre SES/MG e Anvisa

Nina Teixeira

De: Bruno Cesar Almeida de Abreu [Bruno.Abreu@anvisa.gov.br]
Enviado em: terça-feira, 28 de junho de 2011 16:02
Para: nina.teixeira@saude.mg.gov.br
Cc: Renato Augusto Salles Rezende
Assunto: RES: Bruno Abreu - Questionamentos PMVG



Cara Nina, boa tarde!

Primeiramente gostaria de me desculpar pela demora na resposta, pois tenho dúvidas em como lhe responder da melhor maneira.

Eu entendo que você deveria encaminhar para a CMED o relato de todas as compras realizadas sem o PMVG, com toda a documentação inerente a estas, para que possamos instaurar os Processos administrativos, após análise de cada caso.

Em relação ao ressarcimento, tenho dúvidas em como seria o melhor procedimento a ser adotado por esse estado. Penso que o melhor seria uma definição de seu departamento jurídico. De qualquer maneira, seguem abaixo algumas sugestões dadas por nosso colega Renato Rezende, já lhe antecipando que são apenas idéias e sugestões iniciais, sem o conhecimento aprofundado dos casos.

Abraços,

Bruno Cesar Almeida de Abreu
Gerente de Monitoramento de Mercado
NUREM/ANVISA

De: Renato Augusto Salles Rezende
Enviada em: segunda-feira, 20 de junho de 2011 10:05
Para: Bruno Cesar Almeida de Abreu
Assunto: RES: Bruno Abreu - Questionamentos PMVG
Prioridade: Alta

Bom dia, Bruno!

Salvo melhor juízo, eu entendo que nos casos em que as Atas de Registros de Preços já se encontram vencidas, exigir o ressarcimento é um pouco complicado, mas já que a Secretaria, como ela informou no e-mail, tem conseguido negociar com as empresas não é impossível que um "acordo de cavalheiros" possa obter o ressarcimento, nem que seja com o fornecimento de produtos como compensação.

No segundo caso, com as Atas ainda vigendo, o ressarcimento poderia ser feito adequando os preços das futuras aquisições levando em consideração o que já foi pago a maior nas aquisições anteriores.

De qualquer forma, acho que as denúncias podem ser encaminhadas à CMED e também utilizar a possibilidade de denúncia como moeda de troca.

Abraço,

Renato.

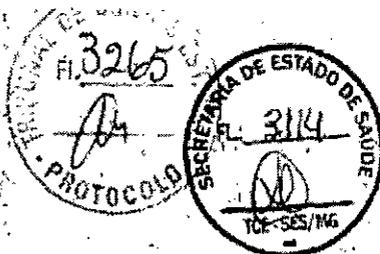
De: Bruno Cesar Almeida de Abreu
Enviada em: segunda-feira, 20 de junho de 2011 09:34
Para: Renato Augusto Salles Rezende
Assunto: ENC: Bruno Abreu - Questionamentos PMVG

Bom dia, Renatão!

O que você acha?

Abraço,

Bruno.



De: Secretaria Executiva da Camara de Medicamentos
Enviada em: sexta-feira, 17 de junho de 2011 13:54
Para: Bruno Cesar Almeida de Abreu
Assunto: ENC: Bruno Abreu - Questionamentos PMVG

6480
P.

De: Nina Teixeira [mailto:nina.teixeira@saude.mg.gov.br]
Enviada em: quinta-feira, 16 de junho de 2011 14:36
Para: Secretaria Executiva da Camara de Medicamentos
Assunto: A/C: Bruno Abreu - Questionamentos PMVG

Prezado Bruno,

Bom dia!

Esperamos que este e-mail encontre tudo tranquilo por aí...

Após a visita de vocês da CMED a esta Secretaria de Estado de Saúde, em novembro de 2010, no qual foram claramente elucidados diversos pontos que traziam margens a dúvidas e incertezas quanto à adequada aplicação do cálculo do PMVG, foram tomadas várias providências com o intuito de garantir que os preços dos medicamentos registrados sigam as determinações estipuladas pela CMED. Com isso, estamos conseguindo registrar, em quase 100% dos medicamentos, o valor do medicamento igual ou inferior ao PMVG. Quando não se consegue o PMVG na hora da sessão do Pregão, os licitantes são notificados através de ofício a adequarem os preços ora homologados e, apesar de o fazerem com certa resistência, têm cedido à redução dos preços.

Isso somente está sendo possível após a visita de vocês que deram o respaldo necessário para respondermos com firmeza e conhecimento às diversas questões apontadas pelos licitantes que não compreendem o cálculo do PMVG ou que tentam "enganar" a Administração Pública.

Porém, gostaríamos de saber o que a CMED orienta quanto aos procedimentos a serem adotados no caso dos medicamentos comprados com valor superior ao PMVG anteriormente, desde a primeira publicação do CAP até o início deste ano. Foi realizado um levantamento onde ficou demonstrado que houve diversas compras de medicamentos com valores superiores ao PMVG que geraram um prejuízo considerável a esta Secretaria. A CMED tem orientações sobre como proceder nos seguintes casos?:

1 Medicamentos que foram comprados com valores superiores ao PMVG através de Atas que já se encontram vencidas ou totalmente executadas e no qual não há mais como exigir a adequação dos preços;

CONTRAL DE CONTAS
FL. 3266
PROT. 648

Medicamentos que foram registrados com valores superiores ao PMVG, possuem Atas em vigência no qual já está sendo negociada a adequação dos Preços mas que já foram comprados anteriormente com o valor elevado.

Qual seria a melhor conduta nesses dois casos? Seria melhor primeiramente denunciar à CMED e aguardar o Parecer da Câmara para tentar um ressarcimento? Tentar um ressarcimento direto com as empresas? Ou não há meios para viabilizar ressarcimentos? Vocês saberiam nos orientar?

Desde já agradecemos, desculpando-nos por quaisquer incômodos mas cientes que a CMED é a única fonte segura a nos orientar nas questões sobre PMVG/CAP.

Atenciosamente,

Nina Teixeira
Farmacêutica
MASP: 1.205.103-3
Superintendência de Gestão
Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais
(31) 3916.0060

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE
FL. 3115
TCE - SES/MS

LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA



Doc.03 – Denúncia da Hospfar perante a
CGE/MG

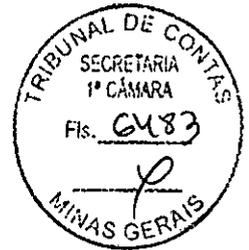
Belo Horizonte (MG), 20 de dezembro de 2012.

Ilmo. Sr.

Dr. Plínio Salgado

Controlador-Geral do Estado

Nesta.



Ref.: Tratamento com personalidade à fornecedora, Informa.

Prezado Senhor:

A par de cumprimenta-lo pelo desenvolvimento de função de grandeza e importância ímpar para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, vimos pela presente protocolizar manifestação sobre os assuntos verbalizados em reunião ocorrida aos 10 de dezembro de 2012 nesta controladoria.

Conforme informamos naquela ocasião a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, através de seu Sub-Secretário de Inovação e Logística, Sr. João Luiz Soares, vem dando tratamento pessoal à nossa empresa de forma declarada, como se fossemos responsáveis pela averiguação ocorrida por esta controladoria no processo CAIF nº 33/2010.

O fato é que aos 06 de julho de 2012, através da Ordem de Serviço SES nº 615, foi instituída a Comissão Específica para instrução e conclusão de processo administrativo para apuração e responsabilização de fornecedores constantes do anexo único da referida OS, quais sejam:

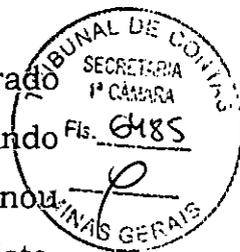
- Blausigel Indústria e Comércio Ltda
- Help Farma Produtos Farmacêuticos Ltda
- Hosp-log Comércio de Produtos Hospitalares Ltda
- Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda



- BH Farma Comércio Ltda
- Martins Comércio de Medicamentos Ltda
- Mantecorp Logística Distribuição e Comércio S/A
- Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S/A
- Farmacom Ltda
- D-Hosp Distribuidora Hosp. Imp. E Exp. Ltda
- Mais Medicamentos Ltda
- Drogistas Potiguares Reunidos Ltda
- J Almeida Comercial Ltda
- Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda
- Astrazeneca do Brasil Ltda
- Jansen Cilag Farmacêutica Ltda
- Medcommerce Comercial de Medicamentos Hosp. Ltda
- Merck S/A Indústrias Químicas
- Germed Farmacêutica Ltda
- Um Distribuidora de Medicamentos Ltda
- Eli Lilly do Brasil Ltda
- Novartis Biociências S/A
- Vida Farma Distribuidora de Medicamentos Ltda
- Biomig Materiais Médico Hospitalares Ltda
- Elfa Medicamentos Ltda
- Laboratórios Pfizer Ltda
- Pro-Diet Farmacêutica Ltda
- Meizler Biopharma S/A
- Asta Médica Oncologia Ltda
- Hipolabor Farmacêutica Ltda

Ocorre que até o presente momento não se tem notícia de abertura de processo administrativo contra quaisquer dessas empresas, mas sim, tão somente contra a Hospfar, comprovando-se assim inaceitável prática administrativa.

Esse caráter de pessoalidade, flagrantemente demonstrado demonstra ranço de perseguição injustificável nos dias atuais, considerando a clareza da determinação da Ordem de Serviço nº 615 a qual determinou a averiguação de procedimentos de todos os fornecedores, mas como visto, apenas em relação à Hospfar este processo teve "maior celeridade".



Esta perseguição demonstra vontade deliberada de aplicar penalidade à empresa, não parou por aí, tanto que notificada a empresa a apresentar defesa de 29 procedimentos licitatórios em 10 dias, e após reclamação, não individualizou os processos, mas apenas ampliou o prazo para 40 dias os quais também são insuficientes considerando que até a presente data não lhe foram entregues as cópias solicitadas em 07 de dezembro de 2012.

Desta forma, requer sejam analisados os fatos, e adotadas providências cabíveis, de forma a evitar a perseguição injustificada a Manifestante, garantindo-se o cumprimento dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade e do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, não apenas no procedimento CAIF 615/2012, mas em todos os procedimentos sancionatórios que porventura advenham.

Belo Horizonte (MG), 21 de dezembro de 2012.

Termos em que, pede deferimento.

Hospfar Ind. E Com. De Prod. Hospitalares Ltda.



Doc. 04. – Representação feita pela
Hospfar perante TCU

EXMO. SR. DR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



CÓPIA



HOSPFAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 26.921.908/0002-01, Rua 03, nº 975, Qd. O, lts. 05, 07 e 08, Vila Moraes, em Goiânia (GO), Telefax nº (62) 3269-3500, via de seus representantes legais que a esta subscrevem (m.j.) vem à digna presença de V.Sa. para com o devido respeito e acatamento apresentar

REPRESENTAÇÃO QUANTO A OMISSÃO NA REGULAMENTAÇÃO DO SETOR DE MEDICAMENTOS

Pela **CAMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS - CMED** fazendo-o com fulcro nas disposições do artigo 113 da Lei 8.666/93 e pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

A Representante é uma das maiores distribuidoras atacadistas de produtos farmacêuticos do país, desenvolvendo suas atividades através de participação em licitações públicas e possuindo aproximadamente 600 (quinhentos) empregados diretos, sendo fiel cumpridora de suas obrigações.

Sua atividade possui caráter de relevância pública¹, merecendo cuidados e preservação pois, se afetado esse serviço, vidas e saúde dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) são colocadas em risco, prejudicando seriamente toda a população, que poderá ver-se desabastecida de medicamentos.

¹ "A atividade de distribuição por atacado de produtos farmacêuticos tem o caráter de relevância pública ficando os distribuidores responsáveis pelo fornecimento destes produtos em uma área geográfica determinada e pelo recolhimento dos mesmos quando este for determinado pela autoridade sanitária e/ou pelo titular do registro do produto." Art. 11 da Portaria n.º 802, de 08 de outubro de 1998, Republicada no D.O. nº 24-E, de 4/2/99, Seção 1, pág. 9, que instituiu o Sistema de Controle e Fiscalização em toda a cadeia dos produtos farmacêuticos.



Atuando como auxiliar da política constitucional de garantia às ações para a promoção da saúde² a Representante é obrigada a seguir as normas da ANVISA e para tanto obriga-se a recolher anualmente àquela agência vultosas taxas.

O setor farmacêutico é regulamentado pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, através de normas sanitárias de caráter impositivo, sendo certo que dentre as principais normas sobre o assunto estão as Leis Federais n° 6.360 de 23 de setembro de 1976 e Lei 10.742 de 06/10/2003.

A primeira (Lei n° 6.360) dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os fármacos e a segunda (Lei n° 10.742) estabelece normas de regulação do setor farmacêutico, com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor definindo com responsável por esta política a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED.

Ocorre que a Representante, a exemplo de outras distribuidoras de medicamentos, vem sofrendo abalos indevidos à sua imagem e conseqüentemente prejuízos significativos às suas finanças, em virtude da gestão da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, apesar de sempre se esmerar em tentar cumprir as normas regulatórias.

O fato é que a Representante desde o advento da Resolução de n° 04 de 8 de março de 2006, tentou por inúmeras oportunidades sensibilizar a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos quanto à regulamentação do mercado brasileiro de distribuição por atacado de medicamentos, alertando que o mesmo está sendo negligenciado pela normatização da CMED, solicitando estudos e providências, tendo desde então buscado o diálogo com os Secretários Executivos da CMED, primeiramente o Sr. Luiz Milton Veloso Costa, depois o Sr. Ivo Bucareski e Bruno Cesar Almeida de Abreu, porém sem qualquer êxito.

Neste sentido veja-se as missivas protocolizadas em:

- 1.- 10 de setembro de 2007; (Doc.03)
- 2.- 30 de outubro de 2008. (Ofício n° 501/2008) (Doc.04)
- 3.- 11 de novembro de 2008 (e-mail ao Sec. Executivo)(Doc.05)
- 4.- 01 de dezembro de 2008 (defesa) (Doc.06)
- 5.- 26 de maio de 2010 (Doc.07)
- 6.- 29 de agosto de 2011 (Doc.08)
- 7.- 30 de novembro de 2012 (Doc.09)

² Conforme art. 196 e 197 da Constituição Federal.



Estas manifestações comprovam que a Representante sempre clamou para que a CMED regulamentasse o mercado sem negligenciar o setor de distribuição atacadista hospitalar, pois as falhas na regulamentação do mercado que se iniciaram com a Resolução 04/2006, fatalmente causariam problemas, como vem causando agora, e, não apenas à Representante, mas a todo setor de distribuição atacadista de medicamentos, daí a necessidade de impor-se um imediato basta a esta situação.

Veja-se ainda que a matéria relativa à desoneração do ICMS vem sendo reiteradamente reanalisada pelo CONFAZ, que sempre realizou mudanças no Convênio 87 visando adequá-lo à realidade do mercado, como também o fez este Eg. Tribunal de Contas quando da prolação do Acórdão 140/2012 ao recomendar expressamente a alteração do § 6º da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ ICMS 87/02 tendo em vista a flagrante inconstitucionalidade da norma por afronta ao princípio da isonomia.

Na ocasião, a Representante foi convidada a participar da reunião do Grupo de Trabalho do CONFAZ que atendendo a recomendação do TCU, alterou o referido parágrafo sexto para determinar que, doravante, as propostas de preços nas licitações públicas deveriam ser apresentadas sem a inclusão do ICMS.(Doc. 10)

Isto implica dizer que, somente em 2012 a questão relativa à desoneração de ICMS nas licitações públicas foi finalmente “QUASE” adequadamente normatizada, mas não sem antes, deixar um rastro de ilegalidade e insegurança jurídica que foram injustamente impostos à Representante.

“Quase” porque muito embora tenha normatizado a forma da apresentação das propostas de preços nas licitações públicas, é fato que importa seja toda a cadeia desonerada do ICMS, pois, ainda hoje, a desoneração somente é exigida daquele que realiza a entrega final dos medicamentos à Administração Pública.

Ademais, existem grandes celeumas que envolvem o assunto e nem de longe vem a CMED sanando as dúvidas que cotidianamente assolam os gestores públicos que, atordoados, não possuem segurança jurídica para exercerem suas funções públicas e aplicar corretamente as normas expedidas pelos órgãos regulamentadores.

Esta mesma falta de segurança jurídica assola a Representante que, considerando a má regulação do mercado, vem respondendo por fornecimentos feitos desde o ano de 2002 sem que ao menos o instituto da



prescrição seja respeitado, o que demonstra uma afronta ao Democrático de Direito.

Há muito a Representante alerta que as compras destinadas ao fornecimento da Administração Pública **são oneradas de ICMS quando da saída dos medicamentos das indústrias farmacêuticas**, e que este imposto creditado na compra não pode ser abatido quando do fornecimento dos medicamentos à Administração Pública, ou seja, ficaram os distribuidores com o ônus de pagar o imposto e não poder abater o crédito da entrada na vendas públicas.

Inobstante haver desde 2007 a promessa de ser incluído o tema na pauta de reunião da Câmara de Regulação de Medicamentos e convidar os interessados a participar de discussão sobre o tema, o que até hoje não se deu, porém a Representante vem sentindo os efeitos desta má regulamentação perante este próprio Tribunal de Contas que em virtude do Acórdão nº 45/2008 apura a forma da desoneração do ICMS nos fornecimentos realizados pela Representante à Secretaria Estadual de Saúde de Goiás, mediante a abertura de inúmeros procedimentos de Tomada de Contas Especiais³.

Todos estes processos de Tomada de Contas Especiais inexistiriam se a CMED realizasse a regulamentação do mercado de medicamentos sem “fazer vênia com chapéu alheio”.

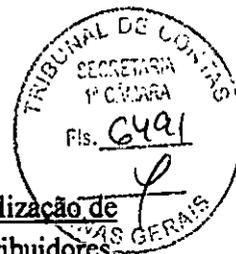
A omissão quanto a regulamentação isonômica do mercado de medicamentos, mediante mecanismos que não sacrifiquem uns em benefício de outros, fere o objetivo previsto pelo artigo 6º, da Lei nº 10.742/03, quais sejam:

“Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;

II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

³ Processos de nº 001.922/2009-5, 008.959/2009-7, 016.826/2009-5, 016.828/2009-0, 016.833/2009-0, 004.562/2010-0, 004.589/2010-6, 004.592/2010-7, 004.596/2010-2, 016.592/2010-7, 027.013/2010-3, 027.016/2010-2, 027.019/2010-1, 16.844/2009-3, 24.814/2009-9, 18.435/2009-1, 4.551/2010-9, 4.599/2010-1, 9.360/2013-1, 16.838/2009-6, 6.096/2013-1, 13.372/2013-0, 38.217/2012-0, 38.2011/2012-2, 5.481/2013-9.



V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;”

VIII - propor a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos;

IX - opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos;

X - assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária;” (grifamos)

O poder de regulamentar concedido à CMED pela Lei nº 10.742/03, deve contemplar a todos que prestem ações e serviços para a promoção da saúde, tendo em vista **ser direito de todos e dever do Estado**, que deve ser garantido mediante políticas inclusórias e não exclusórias, nos termos previstos pela Constituição Federal.

Injusto e por isso inaceitável que o poder regulamentar exclua, ou ignore, o fundamental de fornecimento de medicamentos para o Sistema Único de Saúde, pois são os distribuidores que irrigam de medicamentos o Sistema, comparecendo perante todos os pequenos municípios e Secretarias de Estado de Saúde, onde de fato, os fabricantes não têm estrutura e interesse de participar das licitações.

Desta forma é imperativa a proposição da adoção de legislação que isente de ICMS a aquisição de medicamentos pelos distribuidores e que o cálculo da venda respeite a respectiva alíquota que seria devida caso não houvesse a isenção, além de que sejam orientados amplamente os gestores públicos para que possam conhecer a legislação e aplica-la corretamente.

DA LEGISLAÇÃO INCOMPLETA (NORMA EM BRANCO)

O fato é que a Resolução CMED nº 04/2006 obrigou os fornecedores a concederem um desconto mínimo obrigatório, denominado **COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO – CAP**, a ser aplicado sobre o **preço fábrica** de determinados os produtos, sempre que os vendam à Administração Pública, criando o **PREÇO MÁXIMO DE VENDA AO GOVERNO – PMVG**, Assim:

RESOLUÇÃO CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006

Art. 1º As distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos 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 (...)

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

§3º O CAP será aplicado sobre o PF.

Art. 2º O CAP será aplicado ao preço dos produtos nos seguintes casos:

(...)

§ 1º A Secretaria-Executiva editará, em até 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Resolução, comunicado com a relação de produtos cujos preços serão submetidos ao CAP, conforme decisão do Comitê Técnico-Executivo.

(...)

Art. 3º O PMVG será calculado a partir da seguinte fórmula: $PMVG = PF * (1 - CAP)$, onde:

PMVG = PREÇO Máximo de Venda ao Governo

PF = Preço Fábrica

CAP = Coeficiente de Adequação de Preço

(...)

Art. 5º A partir da publicação do PMVG dos medicamentos pela Secretaria-Executiva, as vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão observar o disposto nesta Resolução.

Veja-se a cristalinidade da definição legal do PMVG, contida no Art. 1º § 1º e 3º e Artigo 3º da norma supra:

$$PMVG = PF - CAP$$

Importa esclarecer que a CMED inclusive reeditou a Resolução de nº 04/2006, fazendo-o através da Resolução nº 3, de 2 de março de 2011, que igualmente dispôs sobre o Coeficiente de Adequação de Preços - CAP, a sua aplicação e sobre o Preço Máximo de Venda ao Governo - PMVG, **porém novamente omitiu-se sobre a desoneração de ICMS**, tendo mantido IGUAL a fórmula do PMVG.

$$PMVG = PF - CAP$$



Ocorre que ao expedir os Comunicados **informando a relação de produtos cujos preços seriam submetidos ao CAP**, a CMED **INOVOU A FÓRMULA SUPRA, DISPONDO QUE A APLICAÇÃO DO CAP DAR-SE-IA SOBRE O PREÇO DE FÁBRICA DEDUZIDO DOS IMPOSTOS**, conforme vê-se dos Comunicados nº 7, nº 15, (D.O.U. 31/12/2007), Comunicado nº 12, (D.O.U. 22/10/2008) e Comunicado nº 10, (D.O.U. 1º/12/2009), **Comunicado nº 5, de 1º de junho de 2011**. (D.O.U. de 03/06/2011), **Comunicado nº. 9, de 28 de agosto de 2012** (DOU de 31/08/2012), **Comunicado nº 6, de 5 de setembro de 2013** (DOU de 10/09/13), **Comunicado nº 10, de 24 de outubro de 2014** (DOU de 28/10/2014).

Referidos comunicados da CMED preveem que o preço máximo de venda de certos medicamentos ao governo é “livre de impostos” e que :

“4 – O CAP será aplicado sobre o Preço Fábrica do produto, publicado no sítio eletrônico da ANVISA, descrito no item 2, retirados antes os tributos, quando for o caso.” (Grifamos)

Ao assim estabelecer, a CMED **presume** que as vendas realizadas ao Poder Público serão isentas de todos os tributos incidentes nesta operação, porém isto não é verdade, pois a aquisição dos fármacos pelos distribuidores continua, desde sempre, a ser tributada, inclusive de ICMS.

Vale dizer: a CMED sabe deste fato, mas sacrifica os distribuidores que são onerados de ICMS na entrada dos medicamentos em seu estabelecimento e são obrigados a desonerá-los (e ainda a conceder o CAP) na saída dos mesmos quando destinados a vendas públicas.

E o valor dos impostos incidentes sobre a operação de venda de medicamentos sempre integrará o seu preço de venda, pois “preço fábrica” dos medicamentos é aquele indicado pelo seu fabricante até 31 de março, acrescido do ICMS, do PIS e da COFINS incidentes nas operações de compra e venda desses produtos.

Se a isenção de ICMS em comento não for concretamente usufruída nas compras há flagrante bitributação, sendo injusto o “preço fábrica” veiculado nos Comunicados da CMED.

A propósito dessa injustiça, inobstante clamar a Representante aos quatro ventos em suas defesas feitas nos procedimentos de Tomadas de Contas Especiais realizadas por este Egrégio Tribunal de Contas da União, alegando bitributação, não viu qualquer eco de seus gritos de socorro.



Este fato denota não apenas um apenamento tributário da Representante como distribuidora que arca duplamente com o ônus do ICMS incidente sobre os fármacos, mas também de quem se exige a prática de um preço que não tem como ofertar por absoluta falta de condição comercial, o que denota que os preços pretendidos pelo rigor da Lei são absolutamente inexecutáveis.

Não se pode deixar que a CMED compulsoriamente (i) exija que a isenção de ICMS prevista no Convênio CONFAZ 87/02 seja usufruída EXCLUSIVAMENTE pelas empresas fabricantes, importadoras e distribuidoras de medicamentos; e/ou (ii) presuma que essa isenção de ICMS concretamente tenha se operado nas vendas de medicamentos ao Poder Público, independentemente da satisfação, pelo particular, dos requisitos previstos na Cláusula primeira, §1º, do Convênio CONFAZ 87/02; e/ou (iii) fixe que o preço de aquisição dos medicamentos pelo Poder Público será, em todas as hipóteses, o “preço fábrica” sem impostos tal como previsto pelos Comunicados que expede.

DA ILEGALIDADE DE NORMATIZAÇÃO POR COMUNICADOS

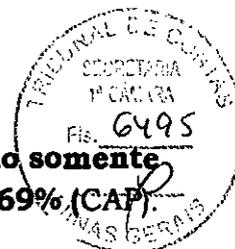
Ora os Comunicados, que sequer existem como Lei em nosso ordenamento jurídico, não podem modificar a norma da Resolução nº 4 que lhes deu origem, inová-la, modificá-la, transformando-se assim em “*decretos autônomos*” em razão do princípio da legalidade, conforme dispõe o art. 84, IV, do Texto Constitucional.

Isso significa que nenhum ato infra legal (ou extra legal como *in casu*) tem a virtualidade de impor aos particulares, **de modo originário**, obrigação de fazer ou deixar de fazer, porém é isto que os Comunicados da CMED tem feito.

A história da imposição do PMVG que nasce como “um simples” desconto de 24,92% sobre o Preço Fábrica, mas que posteriormente é exigido 41,92% diferentemente da norma criou a obrigação, que passou na prática a ser : **PMVG = PF - ICMS - CAP.**

Esta pretensão é flagrantemente ilegal pois ofende frontalmente as determinações dos §§ 2º e 3º do art. 1º e a fórmula de cálculo do PMVG do art. 3º da Resolução nº 4.

Se **CAP** deveria ser aplicado sobre o Preço Fábrica e resultar no Preço Máximo de Venda ao Governo - PMVG, não se pode admitir que mediante meros Comunicados, a CMED inove a fórmula do PMVG, **aplicando**



o CAP sobre o Preço de Fábrica deduzido dos impostos, para tão somente após abater o percentual determinado pela Resolução 4 de 24,69% (CAP).

Ao assim proceder, a Secretaria Executiva da CMED aplica desconto de 42% sobre os Preços de Fábrica dos Produtos, ao invés de ser de apenas 24,69% como determinado pela Resolução, inventando novo componente para a fórmula onde acresceu ao desconto 17% relativo ao ICMS.

Ao assim proceder a CMED inseriu fator de decréscimo de preço para o qual a indústria não repassou aos distribuidores que como a Representante veem sofrendo com injustas cobranças e acusações de superfaturamento, derivadas de visões unilaterais e distorcidas da realidade do mercado que têm se mostrado severa com as distribuidoras hospitalares de medicamentos.

Como se não bastasse isso passar como coisa normal, não atraindo o interesse regulamentar da CMED, é ainda de se questionar:

SOBRE A TRIBUTAÇÃO NA ENTRADA DOS FÁRMACOS

O desconto da desoneração do ICMS deve ser correspondente ao imposto que seria devido se houvesse sua tributação e não incorreta e linearmente de 17%, como calculado pela CMED-ANVISA em seus comunicados, que assim fazendo, levam a Administração Pública a exigir algo que é indevido, injusto e ilegal.

Ora, se cada Estado federativo possui seu benefício fiscal específico, onde por exemplo o Distrito Federal cobra na prática 3% (três por cento), ou em Goiás, onde o Regulamento do Código Tributário Estadual reduz a base de cálculo para 10% (Artigo 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97-RCTE) como se admitir a aplicação de desconto de 17% nas vendas governamentais se este não seria o imposto realmente devido se isenção não abarcasse os produtos?

Ignora a Câmara de Regulação de Medicamentos que os fornecedores possuem direito de verem incidir o percentual de ICMS indicado pelas legislações tributárias estaduais, pois, o percentual da desoneração deve equivaler ao percentual que incidiria sobre os produtos se imposto incidisse. Pois por óbvio o fato gerador da obrigação é a saída dos fármacos do estabelecimento comercial quando se opera o fato gerador do tributo incidindo a alíquota de cada estado federativo.

Neste sentido, a legislação aplicável, varia de estado para estado, assim como variam as alíquotas incidentes sobre os fármacos, não sendo



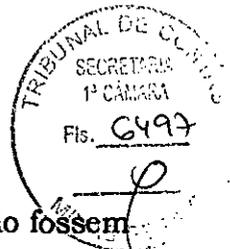
adequado que se pressuponha a alíquota de 17% (dezessete por cento) apenas para se obter maior abatimento, o que denota pretensão de enriquecimento ilícito e completa falta de boa-fé contratual.

Observando-se a tabela abaixo, onde constam as alíquotas interestaduais, comprova-se que a alíquota de 17% (dezessete por cento) aplica-se apenas internamente nos estados, e não em operações interestaduais:

| Aliquota Interna do ICMS | AC | AL | AM | AP | BA | CE | DF | ES | GO | MA | MT | MS | MG | PA | PB | PR | PE | PI | RN | RJ | RR | RS | SC | SP | SE | TO | | |
|--------------------------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|---|
| AC | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| AL | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| AM | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| AP | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| BA | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| CE | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| DF | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| ES | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| GO | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| MA | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| MT | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| MS | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| MG | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 18 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | | |
| PA | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| PB | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| PR | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 18 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | | |
| PE | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| PI | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| RN | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| RS | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 7 | 17 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | |
| RJ | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 19 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | |
| RR | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | 12 | 12 | 12 | | |
| RS | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 | 17 | 12 | 7 | 7 |
| SP | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 12 | 7 | 7 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 | 12 | 12 | 7 | 7 |
| SE | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | 12 | |
| TO | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 12 | 17 | |

Exemplificando a balburdia que envolve esta questão, e a impossibilidade de se exigir a desoneração linear nos fornecimentos públicos de 17%, veja-se por exemplo o caso do Estado de Goiás, onde localiza-se a Representante, onde o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE) Decreto nº 4.852/97, em seu Art. 8º, Inciso VIII, § 2º, Anexo IX, **reduziu a base de cálculo para 10%**, fazendo-o assim : (Doc. Anexo)

“A Base de Cálculo do ICMS é reduzida de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao percentual de 10% (dez por cento), na saída interna realizada por contribuinte industrial ou comerciante atacadista que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, ficando mantido o crédito.”



Assim, se o imposto incidente seria de 10% se isentos não fossem os medicamentos, não há que se obrigar a praticar desconto superior a este percentual sob pena de afronta à Lei.

Importa que se observe que todos os Estados da federação possuem Termos de Acordo de Regime de Tributação Especial (TARE's) pelos quais, na prática a incidência de impostos na saída ficam sobremaneira reduzidos e neste sentido apresenta a Representante alguns exemplos:

- Distrito Federal – TARE Nº 001/2010-SUREC/SEF – 3%
- Minas Gerais – Portaria SUTRI Nº 10 de 02/06/2008 – 12%
- Pernambuco – Decreto 35.346 de 22.07.2010 – 1% ou 3%
- Paraná – Decreto nº 1.980 de 21.12.2007 – 12%
- Ceará – Decreto nº 24.569 de 31.07.1997 – 20%

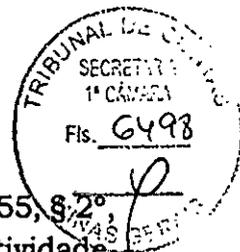
Desta forma, torna-se imperativo que a CMED oriente os gestores e os seus administrados na forma prevista pelo Convênio 87/02, de que a desoneração deve ser no mesmo percentual de oneração de ICMS que haveria se isentos não fossem os produtos.

SOBRE O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE E AS ISENÇÕES DE ICMS

Como exigir que as distribuidoras arquem com o custo do ICMS na aquisição dos medicamentos e ainda tenham que fornecê-los sem esta carga tributária, arcando duplamente com o custo do imposto, uma na entrada onde é creditado, e outra na saída onde não pode debitá-lo na saída, devendo entregar os produtos desonerados.(bitributação)

“As conhecidas figuras da *bitributação* (sentido gramatical: *duas tributações*) e do *"bis in idem"* (*literalmente traduzindo*: "duas vezes sobre a mesma coisa") decorrem da maneira como são definidas, pelo texto constitucional, e exercidas, as competências tributárias: enquanto a *bitributação* ocorre quando *duas ou mais pessoas jurídicas de direito público* (União e Estados, Estados e Municípios, etc.) exigem *idêntico* tributo (de mesmo fato gerador), o *"bis in idem"* ocorre quando *a mesma pessoa jurídica de direito público* (União, por exemplo) exige *duas ou mais arrecadações sobre o mesmo fato*"⁴.

⁴ VOLKWEISS, Roque Joaquim. *Direito Tributário Nacional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 53.



Ao dispor sobre a tributação por meio do ICMS, o artigo 155, § 2º, da Constituição da República estabelece o princípio da não-cumulatividade, nos seguintes termos:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda, que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Ao prever o princípio da não-cumulatividade do ICMS, a Constituição da República determina que sua implementação se dá por meio de compensação entre créditos e débitos desse imposto estadual.

Dessa forma, o ICMS cobrado nas operações de entrada de mercadorias (operações anteriores) é apropriado pelo adquirente (contribuinte) como crédito e compensado com o montante do ICMS devido nas operações de saída de mercadorias (operações posteriores). Assim, as operações anteriores geram crédito de ICMS e as operações posteriores geram débito de ICMS.

Desta forma, quando um estabelecimento adquire um conjunto de bens, realizou-se uma operação de entrada de mercadoria (ou seja, uma operação anterior). E, por tal razão, surge para ele o direito constitucional subjetivo de se apropriar do ICMS cobrado nesta operação como crédito, tal como lhe assegura o ideal da não-cumulatividade.

Ocorre que o art. 155, § 2º, II, da Constituição da República prevê que a isenção ou não-incidência do ICMS, salvo determinação legislativa em sentido contrário, (i) não gera direito de crédito para compensação com as operações posteriores; e (ii) anula o crédito relativo às operações anteriores.

Isso significa dizer que o contribuinte de ICMS isento da incidência desse tributo tem vedado o aproveitamento do crédito em relação às operações anteriores tornando-se, ele mesmo, o consumidor final da mercadoria.

Esta vedação ao aproveitamento de crédito acarreta encargo para os distribuidores, em vista da classificação dos impostos em diretos e indiretos,



acolhida pelo art. 166 do Código Tributário Nacional, assim explicado pelo magistério de Roque Antônio Carrazza⁵:

“Impostos diretos ou que não repercutem são aqueles cuja carga econômica é suportada pelo contribuinte, isto é, pelo realizador do fato imponible. É o caso do IR, em que o patrimônio de quem auferiu rendimentos líquidos é alcançado por esta tributação.

Já, impostos indiretos ou que repercutem são aqueles cuja carga econômica é suportada não pelo contribuinte, mas por terceira pessoa, que não realizou o fato imponible. Esta terceira pessoa geralmente é o consumidor final da mercadoria ou do produto. É o caso do ICMS. Quem suporta sua carga econômica não é o patrimônio, por exemplo, do comerciante, que vendeu a mercadoria, mas o patrimônio do consumidor final desta mesma mercadoria. Este, ao adquirir a mercadoria, verá embutido em seu preço o quantum de ICMS que foi sendo recolhido, por todos os que realizaram as operações mercantis, que levaram o bem às suas mãos”.

Isso implica dizer que o contribuinte de ICMS agraciado pela isenção desse imposto torna-se, ele mesmo, o contribuinte final, acabando por suportar a carga tributária incidente nas operações anteriores.

Com efeito, como o ICMS é um imposto indireto, a carga tributária incidente em uma determinada operação é econômica e juridicamente transferida para a operação subsequente. Daí porque, por força do princípio da não-cumulatividade, essa carga tributária embutida no valor da operação converte-se em crédito para o contribuinte de ICMS. E, dessa forma, o contribuinte de ICMS não tem o seu patrimônio agravado pelo imposto cobrado nas operações anteriores.

Se, pelo contrário, o contribuinte de ICMS é isento da incidência desse imposto estadual, lhe é vedada a apropriação de crédito do montante do ICMS cobrado nas operações anteriores. **E por força dessa proibição ele passará a suportar o ônus econômico do ICMS cobrado nas operações anteriores, tornando-se, ele mesmo, o contribuinte final.**

Assim, comparando-se um contribuinte do ICMS regularmente tributado e outro agraciado por meio de uma isenção desse imposto estadual, percebe-se que a pessoa isenta tem o seu patrimônio adicionalmente agravado. Deveras, sendo-lhe vedada a apropriação do ICMS embutido na operação de aquisição de um bem como crédito, esse ICMS converte-se em custo que não pode, juridicamente, ser transferido à etapa subsequente.

⁵ *Curso Constitucional de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005, 21ª ed., p. 495, nota de rodapé 44 (grifo nosso).



E isso significa dizer que o seu beneficiário, ao vender medicamentos à Administração Pública, não realizará o “fato gerador” do ICMS tornando-se, por isso mesmo, seu consumidor final já que lhe é vedada a apropriação desse imposto estadual embutido no valor da operação.

E sendo o ICMS é um imposto indireto, Roque Antônio Carrazza advertiu que **“quem suporta sua carga econômica não é o patrimônio, por exemplo, do comerciante, que vendeu a mercadoria, mas o patrimônio do consumidor final desta mesma mercadoria”**. Isso revela, para além de qualquer espécie de dúvida, que os beneficiados com a isenção de ICMS prevista pelo Convênio 87/02 tem “o seu patrimônio agravado em patamar superior” aos contribuintes de ICMS.

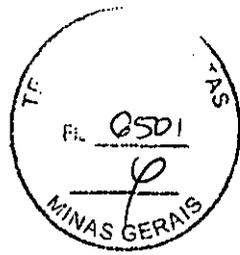
Não obstante isso, as pessoas beneficiadas com essa isenção poderão aniquilar esse gravame adicional ao seu patrimônio se (i) puderem repassar esse encargo aditivo às vendas medicamentos posteriores; ou (ii) a lei lhe autorizar a manutenção do crédito das operações anteriores (como se as pessoa isentas continuassem na condição de contribuintes desse imposto).

Ocorre que nenhuma das prerrogativas acima foi outorgada às empresas distribuidoras de medicamentos pelo Convênio 87/02, ou mesmo pela CMED. E isso porque (i) a Cláusula primeira, §2º, do Convênio garante a manutenção do crédito das operações anteriores apenas para os estabelecimentos industriais e importadores (e não para as empresas distribuidoras de medicamentos, tal como a Consulente)⁶; e (ii) a Cláusula primeira, §2º, desse Convênio exige que as pessoas isentas suprimam expressamente o benefício fiscal do preço final de venda.

Em uma frase: **o Convênio 87/02 exige que as empresas distribuidoras de medicamentos (diversamente das fabricantes e importadoras) suportem integralmente o gravame desse benefício (e, como se demonstrou, em patamar superior àquele verificável pelas pessoas regularmente tributadas pelo ICMS).**

Assim, como essa isenção representa um ônus concreto para a Representante não pode a CMED ignorar esta situação pois pelas cominações contidas no Convênio 87/02, a fruição dessa isenção esgarçará mais intensamente o seu patrimônio do que idêntica situação regularmente tributada pelo ICMS.

⁶ “§ 2º Não se exigirá o estorno do crédito fiscal previsto no art. 21 da Lei Complementar nº 87/96, de 13 de setembro de 1996, relativo à operação antecedente à saída do fármaco ou medicamento constantes do anexo único deste convênio, com destino às entidades públicas referidas nesta cláusula, realizadas diretamente pelo estabelecimento industrial ou importador.”



E não pode o poder público, através do órgão responsável pela regulamentação do mercado ignorar estes fatos, exigindo que poucos (como a Representante) exponham seu patrimônio e compulsoriamente suportem um encargo econômico em prol do interesse de muitos sem que, ao menos, lhe seja permitida a transferência econômica do gravame adicionalmente suportado.

OMISSÃO DA CMED QUANTO AO PREÇO FÁBRICA A SER UTILIZADO

Como se não bastassem as omissões já apontadas, destaca-se ainda que o mercado brasileiro de medicamentos não é adequadamente orientado quanto ao uso dos diversos preços fábrica existentes na tabela de preços da CMED.

Também quanto a isso a Representante já pediu orientação ao órgão regulamentador que se limita a responder tratar-se de questão tributária a qual ela orienta que se busque as Secretarias de Fazenda Estaduais para dirimir a questão.

Ledo engano. O questionamento não se refere a qual o imposto de ICMS incidiria sobre as entregas pois, quanto a isso, qualquer neófito em direito sabe que o fato gerador do ICMS é a saída mercadoria do estabelecimento comercial, incidindo obviamente, a alíquota prevista pelo Estado onde se localiza este estabelecimento comercial conforme dispõe o Artigo 155, II da CF/88 e a Lei Kandir e que se aplicam exclusivamente ao ICMS, não sendo afeita à regulação de preços da Tabela de Preços CMED.

O questionamento que gera dúvidas e, portanto, traz prejuízos não apenas aos fornecedores quanto também aos Estados e Secretarias Municipais de Saúde, é quanto ao uso do preço fábrica (PF) da LISTA DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS expedida por esta CMED/ANVISA.

| GGREM | Medicamento - Apresentação | ICMS 0% | | ICMS 12% | | ICMS 17% | | ICMS 18% | | ICMS 19% | |
|-------------|--|---------|-----|----------|-------|----------|-------|----------|-------|----------|-------|
| | | PF | PNC | PF | PNC | PF | PNC | PF | PNC | PF | PNC |
| Laboratório | AUSCIT LABORATORIOS DO BRASIL S.A. | | | | | | | | | | |
| | ACICLOLOR - 60 MG COM DEPOSITO EM ALUMINIO | | | 11,80 | 13,44 | 12,80 | 14,64 | 12,80 | 14,80 | 12,80 | 14,70 |
| | ACICLOLOR - 60 MG COM DEPOSITO EM ALUMINIO | | | 11,80 | 13,44 | 12,80 | 14,64 | 12,80 | 14,80 | 12,80 | 14,70 |
| | ACICLOLOR - 60 MG COM DEPOSITO EM ALUMINIO | | | 11,80 | 13,44 | 12,80 | 14,64 | 12,80 | 14,80 | 12,80 | 14,70 |

Observa-se que, da tabela de preços para cada medicamento existem 04 (quatro) Preços Fábrica (PF):

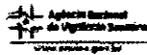
- Preço Fábrica 12% - utilizado para o Estado do Paraná.
- Preço Fábrica 17% utilizado para todos os demais estados;

LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA



- Preço Fábrica 18% que pode ser utilizado em Minas Gerais e São Paulo, e
- Preço Fábrica 19% utilizado para vendas ao estado do Rio de Janeiro.

E de onde se extrai essa afirmação? Da própria tabela de preços que assim soluciona a questão:



Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos- CMED
Secretaria Executiva



LISTA DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS - PREÇOS FÁBRICA E PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR

Atualizada em 29/07/2012

A lista de Preços de Medicamentos contempla o Preço Fábrica ou Preço Fabricante que é o preço praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras.

Preço Fábrica - PF é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento. Desta maneira, o PF vem a ser o preço máximo permitido para vendas de medicamentos destinadas a farmácias, drogarias, além das destinadas a entes de Administração Pública.

(1) PF - Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. P.M.C. - Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias (Orientação Interpretativa nº 02, 19/11/2006 - CMED).
Os Alíquotas de ICMS 18% - RJ; ICMS 16% - SP e MG; ICMS 17% - Demais Estados; e ICMS 12% - PR e MG (somente para medicamentos genéricos)
(*) Medicamentos em embalagens hospitalares e de uso restrito a hospitais e clínicas não podem ser comercializados pelo Preço Máximo ao Consumidor. Resolução no. 03 de 4/5/2004.

Página 1 de 28
Módulo de Gestão de Medicamentos

Destacamos os dizeres constantes do rodapé de todas as folhas da Tabela de Preços de medicamentos vigente no país, as observações de numero 1 e 2:

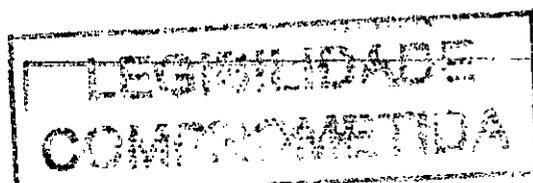
(1) PF - Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. P.M.C. - Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias (Orientação Interpretativa nº 02, 19/11/2006 - CMED).
(2) Alíquotas de ICMS 18% - RJ; ICMS 16% - SP e MG; ICMS 17% - Demais Estados; e ICMS 12% - PR e MG (somente para medicamentos genéricos)
(*) Medicamentos em embalagens hospitalares e de uso restrito a hospitais e clínicas não podem ser comercializados pelo Preço Máximo ao Consumidor. Resolução no. 03 de 4/5/2004.

A questão que se busca esclarecer é quanto ao uso do Preço Fábrica 12%, 17%, 18% e 19% da lista de preços em questão.

Sabe a Representante que o PREÇO FÁBRICA é o preço que deve praticado pelas empresas produtoras, importadoras e distribuidoras de medicamentos no país, sendo que, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, desde 2003, expede resoluções dispondo sobre o Preço Fabricante (PF) e sua fixação de preços.

Desde 2006, a CMED orienta o mercado sobre o uso do Preço Fábrica fazendo-o através da Orientação Interpretativa nº 2 que dispõe:

Nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o Distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o preço fabricante.





Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz; (...)

Em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do **Preço Fabricante**, uma vez que o Preço Máximo ao Consumidor é o preço máximo permitido na venda de um medicamento no varejo, podendo ser praticado somente pelas farmácias e drogarias.

A Resolução nº 03/2009, traz a definição legal de preço fábrica, fazendo-o assim:

“Art. 1º Preço Fabricante - PF é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz.”

Compreendam Srs. Ministros que todo arcabouço jurídico regulatório existente refere-se apenas ao Preço Fábrica(*), e não Preço Fábrica 12%, Preço Fábrica 17%, Preço Fábrica 18% ou Preço Fábrica 19%, inclusive a Resolução CMED nº 4 quando da definição do Preço Máximo de Venda ao Governo, em sua fórmula do cálculo, traz apenas “Preço Fábrica*”, inclusive para criação do PMVG – Preço Máximo de Venda ao Governo, dispondo:

“Art. 1º - As distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos 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.

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

§3º O CAP será aplicado sobre o PF.

Art. 3º O PMVG será calculado a partir da seguinte fórmula:

$PMVG = PF * (1 - CAP)$, onde:

PMVG = PREÇO Máximo de Venda ao Governo

PF = Preço Fábrica

CAP = Coeficiente de Adequação de Preço”

Observa a Representante o detalhe da fórmula:

$$PMVG = PF * (1 - CAP)$$



O sinal asterisco (*) está substituindo as alíquotas que devem acompanhar o preço de fábrica. Por exemplo: Para o Estado de São Paulo e Minas Gerais a fórmula é: **PMVG = PF18% (1 - CAP)**. Já para o Estado do Rio de Janeiro a fórmula seria **PMVG = PF19% (1-CAP)**. Para o Estado do Paraná **PMVG = PF12% (1 - CAP)**. E para os demais estados **PMVG = PF17% (1 - CAP)**.

O que é inadmissível é inexistir uma orientação adequada quanto ao uso desses variados preços fábrica pela CMED que é o órgão competente para regulamentar o mercado de medicamentos.

Não é por estar situada no estado de Goiás que estaria a Representante obrigada a apenas praticar o preço fábrica 17%, pois, este entendimento levaria a Representante a mudar-se para o Estado do Paraná a fim de que praticasse o menor preço do mercado (PF12%) ganhando em competitividade, ou mesmo que querendo praticar preços maiores mudasse para o Estado do Rio, pois estando lá sediada estivesse autorizada a vender com Preço Fábrica 19% (PF19%).

Veja que esta situação pode criar erros em licitações, como por exemplo: Uma empresa situada no Rio de Janeiro não conseguiria vender para Minas, pois seria obrigada a praticar o PF19% mesmo nas vendas para outros estados, ou seja, não conseguiria vencer nenhuma licitação. Pelo mesmo raciocínio, as empresas situadas no Paraná venceriam sempre todas as licitações no país à fora tendo em vista que poderiam praticar apenas PF12%.

Entende a Representante que existe uma confusão entre a legislação tributária e a regulação de preços que é da competência única e exclusiva da CMED.

Assim, visando orientar a conduta de todo o mercado e diante dos conflitos de interpretação existentes, deve este Tribunal determinar que a CMED oriente quanto ao uso adequado dos diversos preços fábrica constantes da tabela de preços de medicamentos.

CHAMAMENTO DOS LABORATÓRIOS AOS PROCESSOS

A propósito das defesas nos procedimentos de Tomadas de Contas Especiais perante este Tribunal e da alegação de desconsideração dos argumentos elencados, em especial pela falta de provas da possibilidade, leia-se, exequibilidade dos preços indicados como sendo o PMVG, não se pode olvidar que não se pode obrigar a ninguém a praticar preços com prejuízos, mesmo em licitações públicas.



Porém de modo transversal é o que se observa dos resultados das Tomadas de Contas até agora julgados por este Tribunal de Contas, sendo de se reiterar que mesmo face ao clamor para que fosse comprovada a viabilidade dos preços pretendidos pela acusação estes preços jamais vieram aos autos, sob o pálido argumento de dificuldade em sua produção.

Tem-se então que há uma flagrante falta de provas quanto ao suposto sobrepreço, pois em verdade o preço pretendido jamais foi o preço de mercado, como não conseguiu provar nenhuma Tomada de Contas Especial Julgada.

E mesmo face aos embargos declaratórios opostos, onde a Representante questionou a omissão do julgado, porém, não se deu provimento aos embargos, sob o argumento de inexistirem omissões.

De fato, inegável que a falta de provas da exequibilidade dos preços pretendidos pela "acusação" configura-se como elemento que deveria laborar em favor do acusado, utilizando-se do in dubio pró réu, porém não é o que se viu.

Ocorre porém que em se tratando de suposta inadequação de preços praticada pela Distribuidora, os Laboratórios fabricantes deveriam fazer parte do polo passivo dos procedimentos de Tomada de Contas Especiais, dada a solidariedade entre os distribuidores e os fabricantes.

Neste sentido, vejamos o que dispõe a Orientação Interpretativa nº 04 da Anvisa a respeito do assunto:

Orientação Interpretativa nº 04, de 13 de novembro de 2006

A Empresa Fabricante, que tem o Distribuidor como representante (preposto), é solidária nas infrações ao regime de regulação do mercado de medicamentos.

"Na situação acima descrita, haverá, indiscutivelmente, a responsabilização solidária do Fabricante, que tem o Distribuidor como representante, caso este venha a praticar infração ao regime de regulação do mercado de medicamentos. A solidariedade decorre de texto expresso de lei, pela incidência do art. 932, inciso III, do Código Civil, que prevê a responsabilidade da empresa pelos atos de seus prepostos no exercício do trabalho que lhe competir, ou em razão dele."

O dispositivo (art. 932) remete ao conceito de culpa *in eligendo*, que esclarecendo ORLANDO GOMES, dá-se "quando a responsabilidade é atribuída a quem escolheu mal - male electio - aquele que praticou o ato.



Certas pessoas estão subordinadas a outras por uma relação jurídica que lhes confere um poder de ação, do qual pode advir dano a terceiro. Tais pessoas devem ser bem escolhidas, já que, por seus atos, responde quem as escolheu" (Obrigações, 8ª ed., Ed. Forense, 1988, p. 327).

Esta rationale, aliás, já havia orientado o regulador à época da edição do Decreto nº 79.094, de 5 de janeiro de 1977, que regulamentou a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, dispondo acerca da submissão de medicamentos ao sistema de vigilância sanitária. Este diploma legal, ainda vigente, traz, em seu art. 3º, inciso XLII, a definição de Titular de Registro, como a "pessoa jurídica que possui o registro de um produto, detentora de direitos sobre ele, responsável pelo produto até o consumidor final".

Desta forma, verifica-se que, mesmo que a empresa produtora delegue a distribuição de seus medicamentos às empresas distribuidoras, ainda assim será responsável pelo produto, solidariamente com a distribuidora."

Como se não bastasse a Orientação Interpretativa supra, a Resolução nº 03 de 02 de março de 2011 da CMED estabelece no parágrafo único do artigo 7º o seguinte:

Art.7º - O descumprimento do disposto nesta Resolução sujeitará o infrator às sanções previstas na Lei nº 10.742 de 6 de outubro de 2003.

Parágrafo único - As empresas produtoras de medicamentos responderão solidariamente com as distribuidoras pelas infrações por estas cometidas.

Da simples leitura do artigo supra verifica-se que os laboratórios são co-responsáveis por qualquer infração cometida pela fornecedora, isto porque, quem efetivamente financia a existência dos fabricantes são os distribuidores que são obrigados a assumir todo o ônus para colocar o medicamento no mercado.

O chamamento dos laboratórios no processo não se trata, portanto, de uma liberalidade, mas sim, uma imposição legal da qual não pode se imiscuir, pois, toda a cadeia encontra-se vinculada.

A Representante sempre praticou preços que atendiam aos interesses da Administração Pública sendo que, se os preços praticados não estivessem de acordo com os preços estimados, não haveriam aquisições, dada a necessidade de adequação do preço ofertado com o preço de mercado.

Analisar-se os preços praticados à luz do preço das aquisições mais os custos da Representante seria o mínimo para demonstrar a



impossibilidade da prática de preços pretendidos pelas tomadas de contas especiais, pois seria fácil comprovar que os Laboratórios fabricantes jamais deram condição comercial compatível com tais preços haja vista que nunca concordaram em repassar ao Distribuidor o desconto relativo ao ICMS mais o desconto do CAP, dada a má regulamentação do mercado pela qual não pode pagar a Representante.

Essa realidade não se aplica única e exclusivamente à Requerida, mas sim, a todas as Distribuidoras que atuam junto a Administração Pública Brasil a fora.

Ora, se o Laboratório que atua como peça principal de toda a cadeia da distribuição não repassa aos distribuidores o desconto relativo ao ICMS que possibilitaria a prática de preços mais baixos, não pode ser excluído dos questionamentos seja da CMED, seja de Tomadas de Contas Especiais dos Tribunais de Contas Estaduais ou do próprio TCU, pois a verificados os preços concluir-se-ia pela inexequibilidade dos preços preços.

Isto justifica que todas as Administrações Públicas ao fazerem procedimento devem chamar ao processo os Laboratórios fabricantes, pois os preços praticados decorreram da condição comercial oferecida pelo fabricante e não por intenção deliberada de causar prejuízos à Administração.

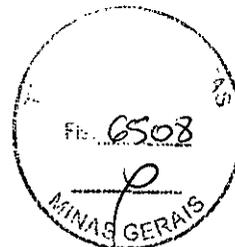
MUDANÇAS LEGISLATIVAS. ACÓRDÃO 140 DO TCU

Como é sabido o Convênio CONFAZ ICMS nº 87/02 vem sofrendo modificações ao longo do tempo podendo-se dizer que a mais importante delas adveio pela nova redação do Parágrafo 6º do referido convenio, com a seguinte redação:

§ 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 do § 6º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 13/13, feitos a partir de 01.06.13.)

É de se verificar, que somente a partir de então (junho de 2013) houve a determinação expressa e clara de que a dedução do ICMS deveria ser demonstrada nas propostas e nas notas fiscais. Antes disso, o texto era OMISSO e por, isso, inexigível já que os editais também não previam tal demonstração.

Compreenda-se que esta modificação somente adveio da após a intervenção direta do TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, que entendeu ser



inconstitucional - por ferir o princípio da isonomia - a redação anterior do § 6º que houvera revogado o inciso III valeu de 23/04/2010 a 31/05/2013.

De fato, por provocação da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Goiás e do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, o Tribunal de Contas da União, nos autos do Processo nº 009.625/2011-9, analisou as disposições do Convênio 87/02 e **verificou não só a falta de uniformidade por parte dos entes governamentais no tratamento da isenção do ICMS, mas também, o desconhecimento sobre a forma de aplicação do Convênio.**

No Relatório de Levantamento de Conformidade na Aquisição de Medicamentos que subsidiou a prolação do referido Acórdão com suas recomendações, a Unidade Técnica teceu aprofundada análise acerca da observância do Convênio CONFAZ nº 87/2002.

123. Todavia, o que se observa na prática é uma grande disparidade na forma de tratamento de tal isenção pelos três níveis de governo e, ainda mais grave, o desconhecimento de algumas secretarias de saúde, fazendo com que recursos que deveriam ser aplicados na saúde sejam destinados para a arrecadação dos governos estaduais.

124. Parte desta disparidade deve-se à falta de clareza da norma do Confaz, que passou a prever a forma como a isenção deveria ser aplicada apenas em 2010 e que se mostra inconstitucional, por gerar desequilíbrio na competição entre os licitantes, como será demonstrado adiante.

Observou ainda o TCU que a redação do Convênio era ambígua ocasionando interpretações divergentes e prejudiciais às licitações já que, a exigência de que as propostas de preços contemplassem o valor do ICMS gerava desigualdade entre os licitantes conforme exemplos que foram apontados:

“A exigência de que a proposta contemple o valor do ICMS gera desigualdade de tratamento porque as alíquotas do ICMS variam entre os governos estaduais. As vendas de medicamentos estão sujeitas a alíquotas de 12%, 17%, 18% e 19%. Como a venda é contemplada com a isenção, no momento do pagamento esta alíquota não terá impacto algum, para o poder público, mas gera uma competição desigual entre os fornecedores.

Assim, um competidor do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, deveria aplicar em sua proposta uma alíquota de 19%, enquanto um fornecedor o Paraná iria concorrer com 12%. Supondo que o fornecedor fluminense faça uma proposta de 100,00 e o paranaense de 99,00. Este segundo sairá vencedor do certame, porém, o poder público terá de pagar um valor maior do que pagaria para o primeiro. Descontando 12% da proposta do fornecedor do Paraná, o valor isento a ser pago será de R\$ 87,00; descontando-se 19% da proposta do fornecedor do Rio de Janeiro, o valor isento a ser pago será de R\$ 81,00.



Portanto, para que haja igualdade de condições entre os concorrentes e para que os órgãos governamentais não venham arcar com valores maiores nas aquisições de medicamentos, o correto é que as propostas dos licitantes já prevejam o valor isento do ICMS.”

Ao verificar a motivação de tantas divergências, este Tribunal de Contas assim se manifestou e recomendou:

149. Observou-se que uma das causas da falta de isonomia nas licitações para aquisição de medicamentos contemplados com a isenção do ICMS está na redação do § 6º da Cláusula Primeira do Convênio - Confaz 87/2002, que se mostra inconstitucional ao exigir que a proposta dos licitantes contemple o preço com o valor do tributo. Dessa forma, cabe recomendar ao Confaz que altere o dispositivo, de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento e que a competição entre eles considere este valor.

- III. Recomendar ao Conselho Nacional de Política Fazendária, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que altere o § 6º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição entre eles considere este valor (par. 149).

Diante de tais constatações de que existia desconhecimento geral acerca da forma como deveria se dar a isenção do ICMS, se apenas em junho de 2013 adveio uma compreensão sobre o tema, demonstra-se inadequado pretender-se punir quem quer que seja face a situações que não se encontravam solidificadas no mercado nacional.

Veja-se então que somente em 2012 (ata nº 3/2012-Plenário) este Tribunal de Contas da União proferiu o Acórdão plenário nº 140/2012 da lavra do Ministro Relator Dr. Walton Alencar Rodrigues Processo nº 009.625/2011-9, entendendo ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos, como aliás, sempre fez representante, como entender não estar sendo injustificada?

O acórdão 140/2012 foi proferido após a constatação deste Tribunal que o assunto referente ao ICMS era completamente desconhecido pelos gestores públicos e que, a exigência de apresentação de propostas “oneradas” é absolutamente inconstitucional, pois fere de morte o princípio da igualdade.

Assim, resta provado que a questão relativa ao ICMS era antes de junho de 2013 desconhecida, controversa e desconhecida pelos gestores públicos, conforme reconhecido pelo acórdão nº 140/2012, que entendeu pela inconstitucionalidade da conduta que a SES/GO adotava de exigir a apresentação de propostas “oneradas”, tendo ademais, recomendado a alteração do Convênio CONFAZ ICMS nº 87/02 para que conste expressamente



que as propostas devem ser apresentadas sem a inclusão do imposto, exatamente como fazia a Representante.

E mais, este Tribunal, muito embora já houvesse determinado a criação e divulgação de cartilha explicativa sobre a desoneração de medicamentos no país, por meio do Acórdão do plenário de Nº 1437/2007 (Processo n.º TC - 017.168/2007-5), também no Acórdão 140/2012, determinou a expedição de cartilhas orientadoras aos gestores públicos a fim de cientificá-los sobre a forma de aplicação da isenção do imposto. (Docs. 11 e 12)

Porém até o presente momento não se tem notícias da circulação da referida cartilha, ou seja, as Administrações Públicas continuam trabalhando “às cegas”.

Até porque, a cartilha finalizada em 2010 não se manifestou sobre a desoneração de ICMS sobre o Preço Fábrica ou mesmo prévio antes de se abater o CAP. (Doc. 11)

Brasil. Tribunal de Contas da União.
Orientações para conselheiros de saúde / Tribunal de Contas da União. - Brasília : TCU,
4ª Secretaria de Controle Externo, 2010.
127 p. : il.

Público-alvo: Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde.

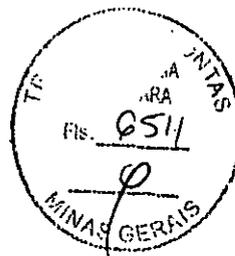
1. Conselho de saúde - Brasil. 2. Controle Social. 3. Saúde pública - Brasil. 4. Sistema Único de Saúde (Brasil) I. Título.

Como visto a própria cartilha do TCU indica que o preço máximo de aquisição de medicamentos para o setor público é o Preço Fábrica menos o CAP silenciando-se sobre quaisquer outros descontos prévios, ou posteriores, razão pela qual, necessária se faz a expedição de nova cartilha com os esclarecimentos necessários.

CONCLUSÃO

Feitas essas considerações, roga sejam os distribuidores hospitalares reconhecidos e valorizados, viabilizando sua atividade e incluindo-os no desenvolvimento das políticas de medicamentos, como pretendem as recentes modificações da Lei nº 8.666/93.

“Importa analisar que, na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo,



sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de **boa-fé objetiva**, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.⁷

A omissão da CMED em não adotar qualquer medida pleiteada, tem efeitos catastróficos sobre os fornecimentos realizados pelos fornecedores das secretarias de saúde, verificáveis por inúmeras ações civis públicas que vem enfrentando a empresa Representante, motivadas pela falta de orientação adequada do mercado.

Assim, requer a Representante que este Tribunal de Contas verifique que a CMED não está cumprindo com sua obrigação de regulamentar o setor a contento, falhando em disciplinar detalhes tributários das normas, e assim dando causa a inúmeros desentendimentos.

DOS PEDIDOS

CAUTELARMENTE

ISTO POSTO, presentes os requisitos autorizadores da concessão de medida acauteladora, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requer sejam deferidos os seguintes pedidos em caráter liminar:

1. A **SUSPENSÃO DOS PROCESSOS DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAIS** de nº Processos de nº 001.922/2009-5, 008.959/2009-7, 016.826/2009-5, 016.828/2009-0, 016.833/2009-0, 004.562/2010-0, 004.589/2010-6, 004.592/2010-7, 004.596/2010-2, 016.592/2010-7, 027.013/2010-3, 027.016/2010-2, 027.019/2010-1, 16.844/2009-3, 24.814/2009-9, 18.435/2009-1, 4.551/2010-9, 4.599/2010-1, 9.360/2013-1, 16.838/2009-6, 6.096/2013-1, 13.372/2013-0, 38.217/2012-0, 38.2011/2012-2, 5.481/2013-9;

Esta suspensão se faz necessária com vistas a que se evite o julgamento das T.C.E.'s sem que este Tribunal conheça a realidade do mercado de medicamentos, e em especial o abandono legislativo que abarca os distribuidores, levando-os a serem mal vistos e processados como se culpados pela não desoneração de ICMS nos medicamentos entregues ao Poder Público, tudo decorrente da falta de regulamentação do mercado, em especial quanto à variada tributação do ICMS, que é ignorada pelos calculistas que invariavelmente pretendem cobrar valores superiores aos que seriam devidos

⁷ STJ JAN/2008. Recurso Especial nº 914.087. Relator: Ministro José Delgado.



se isentos não fossem os medicamentos, tudo isso refletindo em cálculos inverídicos, irrealis e altamente prejudiciais aos fornecedores que, como a Representante responderão por superfaturamentos inexistentes, vendo seus nomes e credibilidade serem injustamente dilapidados.

2. - A suspensão se faz necessária a fim de que, os eventuais títulos executivos oriundos dos julgamentos deste Tribunal de Contas, possam ser executados não apenas contra a Representante, mas também contra os laboratórios fornecedores na qualidade de devedores solidários, os quais devem ser chamados a responder aos processos de Tomadas de Contas Especiais perante este Tribunal.

NO MÉRITO

Requer que após a oitiva da CMED sobre a questão da desoneração de ICMS prevista por seus comunicados, seja determinado àquele órgão de controle, que utilize suas atribuições de forma isonômica, contemplando a atividade de distribuição, mediante a viabilização do exercício de sua atividade econômica, adotando as seguintes providências:

I.- Que Normatize o setor de medicamentos de forma a não excluir, ignorar ou prejudicar determinados setores como o de distribuição que resta prejudicado conforme comprovado.

II.- Que normatize o mercado de medicamentos mediante a criação de isenção de ICMS em toda cadeia, em especial nas operações de entrada de fármacos e medicamentos nos distribuidores destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas, ou, alternativamente, que determine ao CONFAZ que altere o Convenio ICMS n° 87/02 de forma a permitir possam não apenas os importadores e fabricantes, mas também os distribuidores, abater o crédito de entrada quando das vendas dos medicamentos à Administração Pública em outras operações.

III. - Que a CMED altere a Resolução n° 03 de 2011 de forma a deixar clara a obrigatoriedade da desoneração de ICMS sobre o preço fábrica dos medicamentos antes da aplicação do CAP, desonerando toda a cadeia desde a aquisição dos fármacos junto aos laboratórios fabricantes, orientando outrossim, sobre o uso de qual preço fábrica a ser utilizado.

IV - Que recomende à Controladoria Geral da União e demais órgãos de Controle Externo que se abstenha de exigir a desoneração de ICMS



sobre os fármacos fornecidos anteriormente a esta decisão, considerando a falta de regulamentação adequada do mercado.

V.- Que o cálculo da desoneração respeite a respectiva alíquota estadual relativa ao Estado onde localiza-se o fornecedor/contribuinte que seria devida caso não houvesse a isenção.

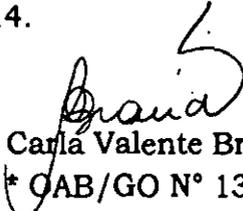
VI - Que, determine à CMED a orientar a conduta de todo o mercado quanto ao uso adequado dos diversos preços fábrica constantes da tabela de preços de medicamentos.

VII.- Que crie um preço de comercialização exclusivo para os distribuidores, intermediário entre o Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG) e o Preço Máximo de Venda ao Consumidor (PMC), como forma de viabilizar a continuidade da atividade.

Termos em que, pede deferimento.

Brasília (DF), 10 de Dezembro de 2014.

Antonio Augusto Rosa Gilberti
* OAB/GO N° 11.703 *


Carla Valente Brandão
* OAB/GO N° 13.267 *


Lincoln Magalhães da Rocha
OAB/DF 24.089



Doc. 05 – Documentos protocolizados
perante a ANVISA/CMED



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

DOC. 01

Brasília 10 de setembro de 2007.



Ilmo. Sr.
Luiz Milton Veloso Costa
Secretário-Executivo
Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos
Agência Nacional de Vigilância Sanitária
NESTA

ASSUNTO: CRIAÇÃO DE PREÇO ESPECIAL DE VENDA AO GOVERNO PELAS DISTRIBUIDORAS

PREZADO SENHOR:

HOSPFAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 26.921.908/0001-21 sediada à Rua 03, nº 975, Qd. O, lts. 05, 07 e 08, Vila Moraes, em Goiânia - GO, Autorização de Funcionamento n.º: 1.02.705-8, Autorização de Funcionamento Especial n.º: 1.20.392-8 via de seu representante legal vem, à digna presença de V.Sa. para com o devido respeito e acatamento requerer **SEJA PROMOVIDO ESTUDO PARA FIXAÇÃO DE MARGEM ESPECIAL ÀS DISTRIBUIDORAS DE MEDICAMENTOS HOSPITALARES** fazendo-o pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

I- DOS FATOS:

A Requerente é empresa distribuidora atacadista de produtos hospitalares que desenvolve suas atividades através de participação em licitações públicas em todos os Estados brasileiros, estando entre as maiores fornecedoras de medicamentos para as Secretarias de Saúde do DF, GO, MT, MS, dentre outras, possuindo 330 (trezentos e trinta) empregados diretos, sendo fiel cumpridora de suas obrigações recolhe anualmente aos cofres da ANVISA mais de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) a fim de manter-se em dia com suas obrigações, sendo uma das poucas distribuidoras no Brasil a possuir Certificado de Boas Práticas de Distribuição de medicamentos e produtos sujeitos a controle especial. (Docs. 2 e 3)

A atividade de distribuição por atacado de medicamentos é parte fundamental das ações para a promoção da saúde² possuindo caráter de relevância pública por força das disposições do artigo 197 da Constituição Federal e pela Portaria do Ministério da Saúde de

² Conforme art. 196 e 197 da Constituição Federal. www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975, Qd. O - Lts. 05/07 e 08 - Setor Moraes - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 - CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Inst. Ext.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos



nº 802 de 08/10/98³, devendo assim ser preservada, pois, afetado esse serviço, são colocadas em risco a vida e a saúde dos usuários, prejudicando seriamente toda a população, que poderá ver-se desabastecida de medicamentos especialmente no Sistema Único de Saúde (SUS). (Doc. 4)

Ocorre que ao criar o Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG a Resolução CMED nº 4, publicada aos 12.03.2007 determinou desconto do "Coeficiente de Adequação de Preços - CAP", da ordem de 24,69% sobre determinados medicamentos quando vendidos à administração pública, mas ao implementá-la, através do Comunicado nº 7 de 11/06/07, inovou em sua fórmula aplicando o CAP sobre o Preço de Fábrica deduzido dos impostos, e ao assim fazê-lo exige desconto real de 42,69% (quarenta e dois por cento) sobre o preço de fábrica.

Esta medida atingiu seriamente a atividade econômica das empresas distribuidoras de medicamentos, inviabilizando sua existência eis que as mesmas não possuem margem de lucro superior ao desconto previsto, e desta forma, não têm condições de praticar o PMVG que é superior ao preço de custo, trazendo as operações prejuízo às distribuidoras, conforme V.Sa. poderá observar pela planilha em anexo. (Doc. 5)

Assim, as distribuidoras deixaram de ter condições comerciais de participarem de certames licitatórios, está trazendo sérios transtornos de abastecimento ao Sistema Único de Saúde (Doc.8), pois elas são as verdadeiras abastecedoras do Setor Público de Saúde, presentes em todas as localidades do país, onde as indústrias não têm pessoal, condições logísticas e interesse financeiro de efetuar vendas, seja em razão das dificuldades de acesso, custo do investimento, despesas de pessoal e de armazenamento, seja pelos constantes atrasos de pagamentos que oneram sobremaneira o custo da atividade.

Neste aspecto veja Senhor Secretário que os Governos (União e Estados) não são bons pagadores, não cumprindo com sua obrigação de pagarem em até 30 (trinta) dias contados da entrega dos produtos⁴, onerando assim atividade que se vê obrigada a custear o sistema e arcar com encargos financeiros derivados da inadimplência, sendo exemplo clássico a dívida acumulada com a Requerente no importe de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), derivados de entregas de medicamentos não pagos, contabilizado apenas desde 2003. (Doc. 6)

Este prejuízo dobra suas proporções se V.Sa. observar que estes medicamentos entregues às Administrações Públicas já foram pagos aos laboratórios fabricantes quando de sua aquisição pela Requerente.

A realidade que trazemos à V.Sa. é a de que as distribuidoras de produtos hospitalares estão expostas a sério risco de falência pela Resolução CMED nº 4, na medida

³ "A atividade de distribuição por atacado de produtos farmacêuticos tem o caráter de relevância pública ficando os distribuidores responsáveis pelo fornecimento destes produtos em uma área geográfica determinada e pelo recolhimento dos mesmos quando este for determinado pela autoridade sanitária e/ou pelo titular do registro do produto." Art. 11 da Portaria n.º 802, de 08 de outubro de 1998, Republicada no D.O. nº 24-E, de 4/2/99, Seção 1, pág. 9, que instituiu o Sistema de Controle e Fiscalização em toda a cadeia dos produtos farmacêuticos.

⁴ Art. 40, XIV, "a" da Lei 8.666/93

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Moraes - CEP 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 - CNPJ: 26.921908/0001-21 - Inscrição: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

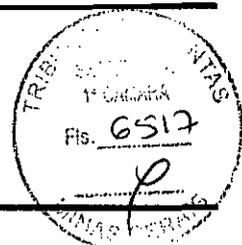
Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

em que abruptamente vêm-se impossibilitadas de participar de licitações por impossibilidade de cotar PMVG, vindo despencar seu faturamento deriva 81% (oitenta e um por cento) deriva de vendas públicas, das quais 40% (quarenta por cento) referem-se a produtos atingidos pela Resolução e que não estão mais sendo faturados, exigindo medidas urgentes à manutenção de sua atividade de relevância pública. (Doc. 7)

Importa também levar ao conhecimento de V.Sa. pequena amostra dos inúmeros procedimentos licitatórios destinados à aquisição de medicamentos constantes do Comunicado nº 7 que vem sendo frustrados, por absoluta incapacidade dos licitantes ofertarem preços em conformidade com o PMVG fato que afeta diretamente a coletividade que busca medicamentos na rede pública de assistência farmacêutica e que assim ficarão desamparadas já que não possuem condições de adquiri-los na rede privada. (Doc. 08)

Assim, tendo em vista que a Resolução CMED nº 4 aplica-se indiscriminadamente tanto às indústrias detentoras dos registros dos medicamentos quanto às distribuidoras, que possuem realidades econômicas completamente diversas, servimo-nos da presente para suplicar à V.Sa. que se digne a atentar para os fatos expostos que conduzem à compreensão da inviabilidade da atividade de distribuição hospitalar decretada pela medida em comento, rogando seja adotada com urgência medida de proteção à atividade.

Neste sentido rogamos seja criada margem especial para as distribuidoras venderem ao governo, intermediária entre o Preço de Fábrica e o Preço Máximo de Venda ao Governo, como forma de viabilizar a continuidade da atividade e minimizar os riscos de desabastecimento do sistema de saúde nacional, motivo de ordem pública à revisão da medida que possibilitará sobreviver às distribuidoras que assim, poderão vender os medicamentos à rede pública mediante um mínimo de margem de comercialização.

Antecipadamente agradecemos pela atenção e oportunidade, certos de que providências serão tomadas com urgência de modo a viabilizar a continuidade do serviço de relevância pública desenvolvido pelas distribuidoras que suplicam socorro.

Atenciosamente,

Hospfar Ind. e Com. de Prod. Hospitalares Ltda.

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Ins. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA
Unidade de Atendimento e Protocolo - UNIAP



COMPROVANTE DE PROTOCOLIZAÇÃO



25352.126182/2008-08

| |
|---|
| <p>Protocolo: 25352.126182/2008-08</p> <p>Tipo de Documento: Carta</p> <p>Favorecido: - HOSPFAR INDÚSRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA</p> <p>Protocolizado por PATRICIA MARIA JERONIMO em 01/12/2008 Impresso por PATRICIA JERONIMO em 01/12/2008 16:01:39</p> |
|---|

ATENÇÃO

A documentação ora apresentada está sujeita à análise documental.
Estando em desacordo com a legislação vigente, a mesma será indeferida conforme estabelecido no Parágrafo único do Art. 5º e no Art. 17 da Resolução RDC n.º 124, de 13 maio de 2004.



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos
Brasília (DF), 27 de novembro de 2008.

Ilmo. Sr.
Luiz Milton Veloso Costa
Secretário-Executivo
Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos
Agência Nacional de Vigilância Sanitária
NESTA

Expediente
364.949.08.

REF.: INFORMAÇÕES SOLICITADAS NOTIFICAÇÃO Nº 500, APRESENTA.

PREZADO SENHOR:

HOSPFAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 26.921.908/0001-21 sediada à Rua 03 nº 975, Qd. O, lts. 05, 07 e 08, Vila Moraes, em Goiânia - GO, Autorização de Funcionamento nº 1.02.705-8, Autorização de Funcionamento Especial nº 1.20.392-8 via de sua procuradora que a esta subscreve, vem, à digna presença de V.Sa. para com o devido respeito e acatamento apresentar **DEFESA ADMINISTRATIVA CONTRA A PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES**, por não haver praticado qualquer ato contrário ao que dispõem os arts. 2º e 8º da Lei 10.742/2003, ou mesmo daqueles previstos pelos arts. 1º e 2º, VI da Resolução CMED nº 4 de 18/12/2006, enquadramento indicado por esta Digna Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, conforme passa a demonstrar:

I. PRELIMINARMENTE

I.I. FALTA DE INTERESSE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO

Nosso Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente aos processos administrativos regulando seu desenvolvimento, sendo certo que condiciona o desenvolvimento do procedimento a fatores determinados, quais sejam: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte.

São as chamadas condições de ação, previstas pelo artigo 267, VI do CPC que assim dispõe:

Art. 267º - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. O - Lts. 05/07 e 08 - Setor Moraes - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

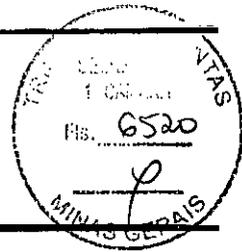
Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos



VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Estas condições são os requisitos necessários para se exercer a ação processual, ou seja, o Código de Processo Civil brasileiro consagra a teoria de Liebman, ao estabelecer no artigo 3º que "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Mais enfático é o artigo 267, VI, do CPC, ao determinar que se extingue o processo, sem o julgamento de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Assim, segundo o CPC aquele que intenta a ação sem as condições necessárias não terá como obter da tutela jurídica do Estado o exame de sua pretensão, pois, em verdade, não possui o direito à ação processual manejada. Possui o direito de livre acesso aos Tribunais, como de fato exerceu entretanto, não tem o autor a prerrogativa de obter do Estado a composição do conflito alegado e, por consequência, a realização do direito material.

As condições da ação, segundo Galeno Lacerda, se referem à possibilidade de a pretensão exposta pelo autor ser aceita pelo direito objetivo material, e se este concede titularidade às partes e reconhece o interesse ao autor. Neste passo, ensina o renomado jurista gaúcho que as condições da ação se referem à premissa maior do juízo. Uma vez atendidas, não se quer dizer que a sentença será favorável. Será necessário o segundo passo, referente à premissa menor, ou seja, que a matéria fática a ser vertida nos autos ampare o direito alegado pelo autor.

No presente caso falta interesse de Agir por parte desta Digna Câmara seja por não enquadrar-se no tipo jurídico das Leis que aduz terem sido infringidas, seja porquê a Manifestante ofertou à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás (SESGO) o medicamento Renagel 800mg ao preço máximo de venda ao governo que é de R\$ 2,20 (dois reais e vinte centavos).

Estes fatos demonstram faltar interesse de agir à esta Câmara, fato aliás que seria explanado em reunião agendada para o dia 21/11/08 no parlatório desta Agência, mas que foi desmarcado face à publicação do despacho de abertura de processo administrativo.

Já tendo sido atendida a SESGO não se verifica a necessidade de se buscar no processo administrativo a obtenção da tutela jurídica, pois não utilidade com o manejo deste processo. Se a pretensão de direito material já foi satisfeita, não há interesse do autor no trâmite do processo administrativo.

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

Não existindo qualquer interesse processual no trâmite do processo deve-se determinar o arquivamento do feito, o que desde já requer.

I - DOS FATOS:

Conforme supra aduzido não se justifica o processamento do presente procedimento, pois conforme V.Sas. inclusive já foram comunicados através do Ofício CMAC-Juarez Barbosa 244/2008/DG de 13 de novembro de 2008, subscrito pela Dra. Sônia Maria Gomes dos Santos, através do qual a mesma informou à este Órgão restar solucionada a questão relativa ao fornecimento do medicamento Renagel 800 mg, da qual instrui a presente e da qual pedimos vênia para colacionar: (Doc. 01)

Em razão da notificação recebida, a Dra. Eliana Tameirão, representante do Laboratório Genzyme, compareceu nesta Unidade em 11 de novembro de 2008, informando a disposição de venda para a SES/GO ao PMVG, por meio da distribuidora Hospfar.

Em 12 de novembro de 2008, recebemos a proposta da Hospfar (cópia anexa), com oferta de 642.600 comprimidos do medicamento SEVELAMER 800 MG, ao preço de R\$2,20 (dois reais e vinte centavos). Este documento foi anexado ao processo de Dispensa de Licitação, protocolizado sob o nº 200800010010912, para aquisição deste medicamento com a urgência que o caso requer.

Referida missiva informa a Manifestante ofertou aos 12 de novembro próximo passado o medicamento Renagel 80mg à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás atendendo à sua demanda, conforme V.Sas. podem também observar através da Proposta de Preços da Manifestante feita àquele órgão que à esta também anexamos. (Doc. 02)

O fato é que até então não tínhamos como formular proposta de preços nestes moldes à SESGO conforme informado à esta Digna Câmara de Medicamentos quando da apresentação de informações solicitadas através da notificação de nº 498.

Porém, inobstante a já restar resolvida a questão, não estaria a Manifestante sujeita a qualquer sanção, pois não ofendeu as disposições da Resolução CMED nº 04/2006, já que não vendeu o medicamento Renagel 800 mg àquela Secretaria de Saúde descumprindo a disposição legal.

A Manifestante simplesmente ofertou o produto dentro das condições comerciais que possuía, mas a SESGO pretendia adquirir o produto a preço que demonstradamente era impraticável.

Sobre este ângulo, provou a Manifestante que ao adquirir o produto das indústrias ele é tributado em **7% (sete por cento) de ICMS**

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

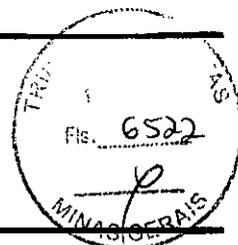
Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

quando adquiridos pelas distribuidoras, e assim que, apresenta-se desigual e prejudicial às distribuidoras obrigá-las a vende-los desonerados.

Provou ainda a Manifestante que o Estado de Goiás é um dos únicos da Federação que exigem a desoneração de ICMS para aplicação do CAP, fato que não ocorre com os demais Estados, como Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, Acre, Distrito Federal e outros, que exigem apenas o desconto do Coeficiente de Adequação de Preços aplicado diretamente sobre o preço fábrica, como aliás determinou o artigo 3º da RESOLUÇÃO CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006.

Art. 3º O PMVG será calculado a partir da seguinte fórmula:
PMVG = PF * (1 - CAP); onde:
PMVG = PREÇO Máximo de Venda ao Governo
PF = Preço Fábrica
CAP = Coeficiente de Adequação de Preço

Este motivo de ordem legal, por si só seria suficiente a justificar a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas, considerando a inviabilidade financeira da operação para as distribuidoras, já que além de adquirirem os medicamentos com 7% de imposto, teriam ainda que oferta-los com 41,92% (17% ICMS + 24,92% CAP) de desconto, significando desconto total de 48,92% (quarenta e oito virgula noventa e dois por cento).

Porém veja-se que o preço estimado do produto pela SES/GO de R\$ 2,20 (dois reais e vinte centavos) por comprimido é impraticável, tanto que em nenhum Estado da Federação este preço é praticado, fato comprovado mediante pesquisas em Atas de Registro de Preço do produto Renagel 800 mg, senão veja-se: (Docs. 2 - Atas em Anexo)

Registro de preços do Produto Renagel 800 mg (por comprimido)

| | |
|-------------------------------------|-----------|
| SP (RP 065/08) | R\$ 2,682 |
| SP Hosp. Clínicas HC (RP 481/08) .. | R\$ 2,682 |
| PR | R\$ 3,27 |
| PE | R\$ 2,58 |
| RS | R\$ 3,50 |
| CE | R\$ 4,74 |

Os valores supra demonstrados traduzem a ilegitimidade do pleito da SESGO, pois demonstra que o preço que deseja adquirir o produto não é o preço de mercado, sendo que as maiores secretarias de saúde do país possuem preço registrado do produto superior ao pretendido pela mesma.

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

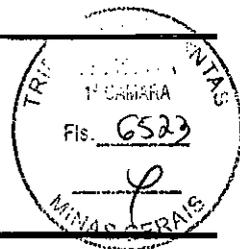
Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

Veja-se que apenas perante a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, a maior compradora de medicamentos do país, realizou a Manifestante pesquisa de preços do produto desde 2004, comprovando que nunca praticou-se o preço pretendido por Goiás que compra em pequena quantidade para exigir preços tão baixos, senão vejamos:

Registro de preços do Produto Renagel 800 mg (por comprimido)

| | |
|-----------------------|-----------|
| SP (RP 065/08) | R\$ 2,682 |
| SP (RP 100/07) | R\$ 3,99 |
| SP (RP 48/2006) | R\$ 4,735 |
| SP (RP 41/2005) | R\$ 4,57 |
| SP (RP 49/2004) | R\$ 4,25 |

Provado então que o preço pretendido por Goiás não é o de mercado, veja-se a arbitrariedade e abusividade que beira as raias da coação que é a pretensão de aplicação de sanção à manifestante.

AUSÊNCIA DE TIPICIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO.

A Manifestante **apenas ofertou** o medicamento RENAGEL 800 MG à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás, através da Central de Medicamentos de Alto Custo, pelo preço de R\$ 2,65 (dois reais e sessenta e cinco centavos), ou seja, aplicou o desconto do Coeficiente de Adequação de Preços - CAP sobre o Preço Fábrica, conforme dispõe a Resolução CMED nº 04/2006.

Esta simples oferta não se configura, como pretende este Órgão fiscalizador, infração a qualquer disposição legal por isso inquina-o de abusivo.

Senhores Julgadores, vivemos num Estado Democrático de Direito, onde o particular pode fazer tudo o que a Lei não proíbe, e foi exatamente isso o que a Manifestante o fez, sem porém ofender qualquer disposição legal.

Em efeito, as espécies normativas que tratam de restrições ao livre exercício de direitos por particulares se submetem, originariamente, ao art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

No que se refere à aplicabilidade desse princípio ao agir da Administração Pública, não poderia ser mais explícito o *caput* do art. 37 ao

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

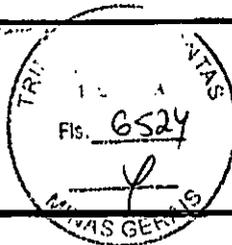
Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

prever, entre os princípios da Administração Pública, o da legalidade, por definição avesso à concessão de poderes ilimitados ao Poder Público.

A atividade de distribuição regulamenta-se pelos Artigos 710 e seguintes do Código Civil, desenvolvendo-se através da aquisição de produtos de fabricantes e revenda a terceiros mediante a obtenção de lucro, não se tolerando restrição a tal liberdade sem o devido respaldo legal.

Compreendido que a atividade não se realiza sem a obtenção de margem de comercialização, importa lembrar que o livre exercício de atividade econômica é assegurado na ordem econômica nacional, pela Constituição Federal que em seu artigo 170, § Único, o qual deve ser compreendido de forma ampla sem que se aniquile a obtenção de lucro, por mínimo que seja, podendo atuar o particular com total liberdade ressalvadas apenas as proibições legais.

Aliás este é um dos pilares do sistema capitalista a obtenção de lucro, não se podendo impor prejuízos financeiros à quem quer que seja, pois em uma economia de mercado, empresas não podem ser obrigadas a efetivarem operações comerciais que lhes ocasionem prejuízos, pois isso afronta à livre iniciativa garantida pelo Artigo 170 da Constituição Federal.

A propósito as disposições legais que esta Câmara aduz infringidos, como "Enquadramento Legal" seriam os Arts. 2º e 8º da Lei 10.742/2003, ou mesmo dos arts. 1º e 2º inciso VI da Resolução CMED nº 4 de 18/12/2006, os quais transcrevemos:

LEI Nº 10.742, DE 6 DE OUTUBRO DE 2003.

Art. 2º Aplica-se o disposto nesta Lei às empresas produtoras de medicamentos, fitofármacos e drogas, e aos representantes, distribuidores e fornecedores de igual modo, a qualquer pessoa ou entidade de direito público ou privado, inclusive associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que não tenham sido dotadas de personalidade jurídica, que, de alguma maneira, atuem no setor farmacêutico.

Art. 5º O descumprimento de qualquer uma das regras da CMED no exercício de suas competências de regulação e gerenciamento do mercado de medicamentos, bem como o descumprimento de norma prevista nesta Lei, acarretará as sanções administrativas previstas no art. 56 da Lei nº 9.783, de 1999.

LEGIBILIDADE COMPROMETIDA

RESOLUÇÃO CMED nº 4 de 18 de dezembro de 2006

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3516-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

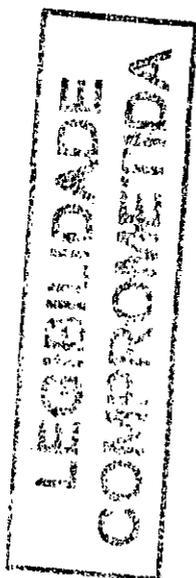
Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos



Art. 1º As distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos 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.** (Grifamos)

Art. 2º O CAP será aplicado ao preço dos produtos nos seguintes casos:

(...)
VI- Produtos classificados nas categorias I, II e V, de acordo com o disposto na Resolução nº 2, de 5 de março de 2004, desde que constem da relação de que trata o § 1º deste artigo.

Extraí-se do texto normativo do artigo 1º da Resolução, que as distribuidoras **sempre que realizarem vendas** à Administração deve aplicar o CAP. Ora, o núcleo verbal da norma é "realizar venda", ou seja, vender, que segundo o Dicionário¹ significa "Alienar (um objeto) mediante certo preço; trocar por dinheiro".

Em momento algum a Manifestante vendeu, faturou, o medicamento Renagel à SESGO, simplesmente ofertou preço dentro das condições comerciais que possuía, e que são as de mercado, conforme já demonstrado em linhas supra.

O texto legal não proíbe que se oferte medicamentos com preço diverso do Preço Fábrica ou estimado, competindo à administração a verificação da conveniência ou não da aquisição do produto, existindo apenas "orientação" de que não se pode vender por preço superior ao preço de fábrica, o que definitivamente não ocorreu.

A Empresa ofertou o produto ao preço que lhe era possível praticar, porém não tendo o Estado achado adequado o preço ofertado deixou de adquiri-lo, não sendo passível que qualquer punição o fato de ter apenas cotado, ou ofertado, por completa ausência de norma punitiva aplicável à espécie, e que obrigue o particular a vender com prejuízo, pois quem deve financiar a Saúde é o Estado e não este.

Das disposições legais supra, percebe-se claramente a intenção desta Câmara em sancionar a Manifestante por haver simplesmente ofertado o medicamento à SES/GO, porém, o núcleo do verbo proibitivo é "vender" e isso a Manifestante não o fez, não estando assim passível de qualquer punição.

¹ Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. www.michaelis.uol.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

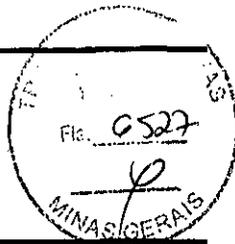
Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2183-3500

LEGALIDADE
CONSTITUCIONAL



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

Provado que a Manifestante não vendeu e portanto não é passível de qualquer sanção, veja-se interessante aspecto de legalidade do ato praticado, que conduz à inevitável conclusão de ilegalidade dos Comunicados n° 7 e 15.

Observe-se que o PMVG foi previsto pelo Artigo 3° da Resolução CMED n° 4/2006 que de forma didática trouxe sua fórmula, assim disposta:

Art. 3° O PMVG será calculado a partir da seguinte fórmula:

PMVG = PF * (1 - CAP), onde:

PMVG = PREÇO Máximo de Venda ao Governo

PF = Preço Fábrica

CAP = Coeficiente de Adequação de Preço

Sendo certo que o produto Renagel 800 mg, possui preço fábrica de R\$ 635,41 (seiscentos e trinta e cinco reais e trinta e um centavos), a caixa com 180 (cento e oitenta) comprimidos, tem-se que o Preço Fábrica por comprimido é de R\$ 3,53 (três reais e cinquenta e três centavos). Aplicando-se a regra supra, para se obter o PMVG do produto, tem-se:

$$\text{PMVG} = 3,53 * (1 - 24,92\%)$$

$$\text{PMVG} = 3,53 - 0,87968984$$

$$\text{PMVG} = 2,65031016$$

Desta forma, tendo a Manifestante ofertado preço para o produto a R\$ 2,65 (dois reais e sessenta e cinco centavos) tem-se que praticou o PMVG na forma como prevista pela Resolução n° 4/2006.

A Resolução CMED n° 04/2006 não se referiu a aplicação concomitante de outros descontos, como a desoneração de ICMS, que somente veio a ser prevista quando editou-se o Comunicado n° 7 de 11/06/07, que inovando a fórmula prevista pela Resolução n° 4 determinou a aplicação do CAP sobre o Preço de Fábrica deduzido dos impostos, situação repetida pelo Comunicado 15.

Ao assim fazerem, os Comunicados de n° 7 e 15, que são hierarquicamente inferiores à Resolução n° 4 que lhes deu origem, inovaram-na, modificando-a, transformando-se em verdadeiros "decretos autônomos" o que não poderia de forma alguma ocorrer, pois sendo normas regulamentares, não poderiam inovar à fórmula prevista pela norma que estão a regulamentar.

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, n° 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Qualidade em medicamentos

Esta nova previsão de abatimento prévio de impostos, altera sobremaneira o preço dos produtos, e sendo feita via Comunicados, não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico em razão do princípio da legalidade.

Significa isso que nenhum ato de hierarquia inferior à lei tem a virtualidade de impor aos particulares, **de modo originário**, obrigação de fazer ou deixar de fazer, porém é isto que os Comunicados 7 e 15 fizeram.

Apenas o decreto regulamentar, que não extrapole a norma que regulamenta e que sirva apenas para pormenorizá-la é que tem valor jurídico. Disso decorre que os decretos regulamentares servem apenas para "fiel execução das leis", como insiste o art. 84, IV, do Texto Constitucional.

ESTIMATIVA INCORRETA DA SESGO CONDUZIU A FRUSTRAÇÃO DE PREÇOS

Como se não bastasse a clareza da demonstração de inviabilidade do preço pretendido pelo Estado de Goiás na aquisição do medicamento em questão, pontue-se também que, o preço do produto foi incorretamente estimado pela SESGO, pois desconsiderou o fato de as distribuidoras possuem o direito de desonerar o ICMS em 10% (dez por cento) ao invés de 17% (dezesete por cento) conforme calculado.

Este direito desconsiderado pela SESGO decorre de benefício fiscal nos termos do artigo 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97-RCDE, código 311, contido no TARE nº 319/03-CSF, que em seu inciso I dispõe:

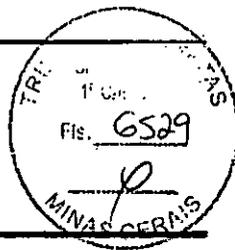
"I- Reduzir a base de cálculo do ICMS, na saída interna que destine as mercadorias arroladas no Apêndice I, do Anexo VIII, do RCDE, para comercialização, industrialização ou produção, de tal forma que resulte aplicação de 10% (dez por cento), inclusive na venda interna e interestadual a hospital e clínica de saúde, bem como a órgãos da administração pública direta, inclusive autárquica e fundacional";

Fácil então compreender que a desconsideração desta hipótese de desoneração de ICMS nas operações de venda à SESGO, diminuiu o preço estimado, que se calculado nestes moldes seria de R\$ 2,39 (dois reais e trinta e nove centavos) ao invés de R\$ 2,20 (dois reais e vinte centavos) contribuindo sobremaneira para a frustração da aquisição.

DOS PEDIDOS

ISTO POSTO, restando evidenciado que a Requerida não praticou qualquer ato passível de sanção, bem como, considerando restar

www.hospfar.com.br



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

atendida a SESGO nos moldes que pretendia, requer seja determinado o arquivamento do processo administrativo instaurado sem que haja a aplicação de qualquer sanção.

Termos em que, pede deferimento.

Brasília (DF) 11 de dezembro de 2008.

Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, n° 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Moraes - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Inst. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

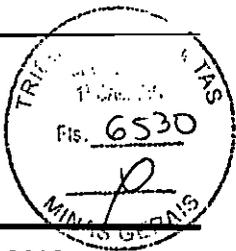
Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-53
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.
Brasília (DF), 26 de maio de 2010.
Qualidade em medicamentos

Ilmo. Sr.
Luiz Milton Veloso Costa
Secretário-Executivo
Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos
Agência Nacional de Vigilância Sanitária
NESTA

ASSUNTO: RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO.

PREZADO SENHOR:

Na qualidade de empresa distribuidora de medicamentos aos 10 de setembro de 2007 estivemos reunimo-nos com V.Sa. na sede da ANVISA quando solicitamos fosse promovido estudo para fixação de margem especial às distribuidoras de medicamentos hospitalares.

Naquela oportunidade buscamos sensibilizar à V.Sa. quanto à impossibilidade de as distribuidoras de medicamentos arcarem também com a desoneração de ICMS conjuntamente com o desconto do CAP, conforme constante do Comunicado nº 7 de 11/06/07, pois as aquisições dos fármacos eram e continuam a ser oneradas de ICMS.

Face a este questionamento ouvimos de V.Sa. "que alguém ia micar com o ICMS", ou seja, que mesmo sabendo da oneração de ICMS na entrada a Câmara de Medicamentos fazia, como ainda faz, pouco caso quanto ao prejuízo que causa aos distribuidores com suas normas inexecutáveis.

Assim, desde então esperamos por alguma ação desta Câmara de Regulação que obrigasse a venda desonerada de ICMS pelos fabricantes, ou que os obrigasse a vender com margem de desoneração e CAP, ou ainda que houvesse qualquer medida de proteção à atividade de distribuição, como a fixação de preço de venda por distribuidoras. Tudo em vão.

Ao contrário do esperado, esta Câmara vem reiterando os Comunicados determinando a retirada de tributos antes da aplicação do CAP sobre o Preço Fábrica do produto, sem que tenha competência para legislar sobre aspectos tributários, mas colocando a faca no pescoço dos fornecedores, que se vêm obrigados a desonerar produtos que entram onerados, em percentuais descabidos, tudo sob ameaças.

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Ls. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

Ignora esta Câmara de Regulação de Medicamentos que os fornecedores das Secretarias de Saúde possuem Termos de Acordo tributários junto às secretarias de fazenda dos Estados que lhes permitem recolher percentuais variados de ICMS, e que não vem sendo sequer considerados.

A omissão desta Câmara em não adotar qualquer medida pleiteada, não adotar quaisquer procedimentos de orientação adequada ou sequer responder a nossos questionamentos, tem efeitos catastróficos sobre os fornecimentos realizados não apenas por nossa empresa mas por todos os fornecedores das secretarias de saúde.

Assim, solicitamos que V.Sa. se manifeste formalmente sobre qual a autonomia e competência que têm esta Câmara para legislar sobre a alíquotas de ICMS nos Estados Federativos, e se julgar ter esta competência deve então deliberar sobre o percentual da alíquota a ser aplicado.

Atenciosamente,



Handwritten signature of Marcelo Reis Perillo

Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.



4. TABELINATO DE NOTAS

RUA 9 N. 1155, 6º And - Térreo - Oeste
GOIÂNIA - GO

Reconheço por semelhança a(s) assinatura(s) supra-assinada(s) de:
[ZDEFKSI]-MARCELO REIS PERILLO,
Que assina por HOSPFAR IND E COM DE PROD. HOSP. LTDA.
posto que anexo a(s) constataria(s) dos arquivos deste Tabelinato.

Dou fé e Testemunho da Verdade
Goiania, 07 de Janeiro de 2011

ROBSON FERREIRA RAMOS
ESPEVENTE AUTENTICAÇÃO

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, n° 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

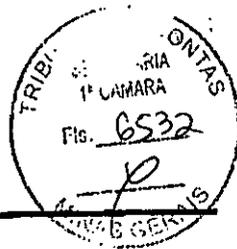
Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

Brasília (DF), 29 de agosto de 2011.

Ilmo. Sr.
Luiz Milton Veloso Costa
Secretário-Executivo
Câmara de Regulação do Mercado de M
Agência Nacional de Vigilância Sanitária
NESTA

Agência Nacional de Vigilância Sanitária



ANVISA2011084357PA

29 AGO 2011

ASSUNTO: OMISSÃO NA REGULAMENTAÇÃO DO SETOR DE MEDICAMENTOS, REITERA.

PREZADO SENHOR:

Na qualidade de empresa distribuidora de medicamentos, a Manifestante, aos em 11 de setembro de 2007, teve a honra de reunir-se com o Digníssimo Sr. Secretário Executivo da CMED, Dr. Luiz Milton Veloso e seus assessores jurídicos, quando pediu atenção para o setor de distribuição de medicamentos alertando que o mesmo estava sendo negligenciado pela normatização da CMED, solicitando fosse promovido estudo para fixação de margem especial às distribuidoras de medicamentos hospitalares.(Doc.1)

Desde então alerta que as compras destinadas ao fornecimento da Administração Pública são oneradas de ICMS quando da saída dos medicamentos das indústrias farmacêuticas, e que este imposto creditado na compra não pode ser abatido quando do fornecimento dos medicamentos à Administração Pública, ou seja, ficaram os distribuidores com o ônus de pagar o imposto e não poder abatê-lo o crédito da entrada na vendas públicas.

Ocorre assim "As conhecidas figuras da *bitributação* (sentido gramatical: *duas tributações*) e do "*bis in idem*" (*literalmente traduzindo: "duas vezes sobre a mesma coisa"*) decorrem da maneira como são definidas, pelo texto constitucional, e exercidas, as competências tributárias: enquanto a *bitributação* ocorre quando *duas ou mais pessoas jurídicas de direito público* (União e Estados, Estados e Municípios, etc.) exigem *idêntico* tributo (de mesmo fato gerador), o "*bis in idem*" ocorre quando *a mesma pessoa jurídica de direito público* (União, por exemplo) exige *duas ou mais arrecadações sobre o mesmo fato*"¹.

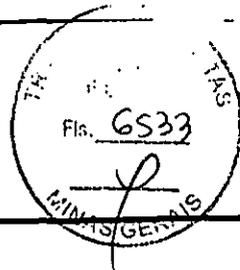
www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO VOLKWEISS, Rogério Joaquim, Diretor Tributário Nacional, 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53. Est.: 10.232.108-6

| | | | | | | |
|---|---|---|---|--|--|--|
| Brasília - DF CNPJ: 26.921.908/0002-02 Fone: (61) 3403-3500 | Recife - PE CNPJ: 26.921.908/0003-93 Fone: (81) 2123-3500 | Cuiabá - MT CNPJ: 26.921.908/0004-74 Fone: (65) 3316-3500 | Belo Horizonte - MG CNPJ: 26.921.908/0005-55 Fone: (31) 2129-3500 | Belém - PA CNPJ: 26.921.908/0006-36 Fone: (91) 3073-3500 | São Paulo - SP CNPJ: 26.921.908/0007-17 Fone: (11) 2185-3500 | Florianópolis - SC CNPJ: 26.921.908/0008-06 Fone: (48) 3403-3500 |
|---|---|---|---|--|--|--|



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.



Qualidade em medicamentos

Inobstante haver desde então (2007) a promessa de ser incluído o tema na pauta de reunião da Câmara de Regulação de Medicamentos e convidar os interessados a participar de discussão sobre o tema, o que até hoje não se deu.

A omissão quanto a regulamentação isonômica do mercado de medicamentos, mediante mecanismos que não sacrifiquem uns em benefício de outros, fere o objetivo previsto pelo artigo 6º, da Lei nº 10.742/03, quais sejam:

“V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;”

VIII - **propor a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos;**

IX - **opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos;**

X - **assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária;**” (grifamos)

Neste sentido alertou a requerente à esta Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos através do Ofício HSPGYN nº 501/2008, de 30 de outubro de 2008, quanto às dificuldades de concessão conjunta do Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) com o desconto do ICMS, considerando a inviabilidade financeira da operação para as distribuidoras, já que além de adquirirem os medicamentos com 7% de imposto, teriam ainda que ofertá-los com 41,92% (17% ICMS + 24,92% CAP) de desconto.

O poder de regulamentar concedido à CMED pela Lei nº 10.742/03, deve contemplar a todos que prestem ações e serviços para a promoção da saúde, tendo em vista **ser direito de todos e dever do Estado**, que deve ser garantido mediante políticas inclusórias e não exclusórias, nos termos previstos pela Constituição Federal.

Injusto e por isso inaceitável que o poder regulamentar exclua, ou ignore, elo fundamental de fornecimento de medicamentos para o Sistema Único de Saúde, pois são os distribuidores que irrigam de medicamentos o Sistema Único de Saúde, comparecendo perante todos os pequenos municípios e Secretarias de Estado de Saúde, onde de fato, os fabricantes não têm estrutura e interesse de participar das licitações.

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, n.º 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 - CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

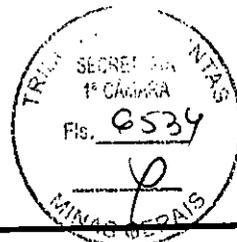
Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Florianópolis - SC
CNPJ: 26.921.908/0008-06
Fone: (48) 3403-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.



Qualidade em medicamentos

O poder regulamentatório não pode ignorar a rede de distribuição hospitalar, não lhe concedendo atenção, respeito ou consideração e sobretudo inviabilizar o exercício da atividade econômica, sendo imperativa a proposição da adoção de legislação que isente de ICMS a aquisição de medicamentos pelos distribuidores e que o cálculo da venda respeite a respectiva alíquota que seria devida caso não houvesse a isenção.

O fato é que a Resolução CMED nº 04/2006 obrigou os fornecedores a concederem um desconto mínimo obrigatório, denominado **COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇO - CAP**, a ser aplicado sobre o preço fábrica de determinados os produtos, sempre que os vendam ao governo, criando assim o **PREÇO MÁXIMO DE VENDA AO GOVERNO - PMVG**.

senão veja-se:

RESOLUÇÃO CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006

Art. 1º As distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos 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 (...)

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

§3º O CAP será aplicado sobre o PF.

Art. 2º O CAP será aplicado ao preço dos produtos nos seguintes casos:

(...)

§ 1º A Secretaria-Executiva editará, em até 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Resolução, **comunicado com a relação de produtos cujos preços serão submetidos ao CAP**, conforme decisão do Comitê Técnico-Executivo.

(...)

Art. 3º O PMVG será calculado a partir da seguinte fórmula:

PMVG = PF * (1 - CAP), onde:

PMVG = PREÇO Máximo de Venda ao Governo

PF = Preço Fábrica

CAP = Coeficiente de Adequação de Preço

...

Art. 5º A partir da publicação do PMVG dos medicamentos pela Secretaria-Executiva, as vendas destinadas a entes da administração pública direta e

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insq. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Florianópolis - SC
CNPJ: 26.921.908/0008-06
Fone: (48) 3403-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios
deverão observar o disposto nesta Resolução.

Veja-se a cristalinidade da definição legal do PMVG:

PMVG = PF - CAP.

Ocorre que o Comunicado nº 7 de 11/06/07, que deveria servir apenas para **informar a relação de produtos cujos preços seriam submetidos ao CAP**, inovou a fórmula supra dispondo que a aplicação do CAP **dar-se-ia** sobre o Preço de Fábrica **deduzido dos impostos**, situação repetida pelos Comunicados nº 15, de 28 de setembro de 2007 (D.O.U. 31/12/2007), Comunicado nº 12, de 20 de outubro de 2008 (D.O.U. 22/10/2008) e Comunicado nº 10, de 30 de Novembro de 2009 (D.O.U. 1º/12/2009).

Ao assim fazerem os Comunicados, que são hierarquicamente inferiores à Resolução nº 4 que lhes deu origem, inovaram-na, modificando-a, transformando-se assim em "*decretos autônomos*" que definitivamente não tem guarida em nosso ordenamento jurídico em razão do princípio da legalidade.

Apenas o decreto regulamentar, que não extrapole a norma que regulamenta e que sirva apenas para pormenorizá-la é que tem valor jurídico. Disso decorre que os decretos regulamentares servem apenas para "fiel execução das leis", como insiste o art. 84, IV, do Texto Constitucional.

Isso significa que nenhum ato de hierarquia inferior à lei tem a virtualidade de impor aos particulares, **de modo originário**, obrigação de fazer ou deixar de fazer, porém é isto que os Comunicados 7, 15 e 12 fizeram.

A história da imposição do PMVG que nasce como "um simples" desconto de 24,92% sobre o Preço Fábrica, mas que posteriormente é exigido 41,92% diferentemente da norma criou a obrigação, que passou na prática a ser: **PMVG = PF - ICMS - CAP.**

Como se não bastasse isso passar como coisa normal, não atraindo o interesse regulamentar da CMED, seria ainda de se questionar:

1.- Como exigir que as distribuidoras arquem com o custo do ICMS na aquisição dos medicamentos e ainda tenham que fornecê-los sem esta carga tributária, arcando duplamente com o custo do imposto, uma na entrada onde é creditado, e outra na saída onde não pode debitá-lo na saída, devendo entregar os produtos desonerados.(bitributação)

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975. Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Moraes - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2123-3500

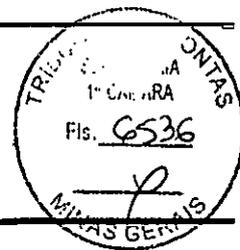
Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Florianópolis - SC
CNPJ: 26.921.908/0008-06
Fone: (48) 3403-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.



Qualidade em medicamentos

2.- O desconto da desoneração do ICMS seria correspondente ao imposto que seria devido se houvesse sua tributação e não incorreta e linearmente de 17%, como calculado pela própria CMED-ANVISA.

Ora, se cada Estado federativo possui seu benefício fiscal específico, onde por exemplo o Distrito Federal cobra na prática 3% (três por cento), ou em Goiás, onde o Regulamento do Código Tributário Estadual reduz a base de cálculo para 10% (Artigo 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97-RCTE) como se admitir a aplicação de desconto de 17% nas vendas governamentais se este não seria o imposto realmente devido se isenção não abarcasse os produtos?

Ignora esta Câmara de Regulação de Medicamentos que os fornecedores possuem direito de verem incidir o percentual de ICMS indicado pelas legislações tributárias estaduais, pois, o percentual da desoneração deve equivaler ao percentual que incidiria sobre os produtos se imposto incidisse.

Neste sentido, a legislação aplicável, o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (RCTE) Decreto nº 4.852/97, em seu Art. 8º, Inciso VIII, § 2º, Anexo IX, **reduziu a base de cálculo para 10%**, fazendo-o assim :

“A Base de Cálculo do ICMS é reduzida de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao percentual de 10% (dez por cento), na saída interna realizada por contribuinte industrial ou comerciante atacadista que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, ficando mantido o crédito.”

Assim, não há que se obrigar a praticar desconto superior a este percentual sob pena de afronta à Lei.

E mais, em 23/04/2010 o Convênio 87/02 foi modificado pelo Convênio ICMS nº 57/10, passando a exigir que os preços cotados sejam apresentados onerados e desonerados, assim:

“§ 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. (Acrescido o § 6º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 57/10)”

Ora, novamente reitera a Lei que o contribuinte abata do preço constante da proposta o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal, daí a ilegalidade quanto a exigência de descontos incompatíveis com os percentuais de tributação www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lds. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 - CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF

CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE

CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT

CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG

CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA

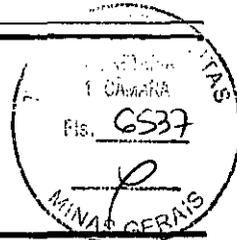
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP

CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Florianópolis - SC

CNPJ: 26.921.908/0008-06
Fone: (48) 3463-3500



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos

A omissão desta Câmara em não adotar qualquer medida pleiteada, tem efeitos catastróficos sobre os fornecimentos realizados pelos fornecedores das secretarias de saúde, verificáveis por inúmeras ações civis públicas que vem enfrentando a empresa Manifestante, motivadas pelo denunciamento irresponsável de concorrente, corroborado pela falta de visão dos Autores das ações.

Assim, solicitamos que esta Câmara assuma suas obrigações manifestando formalmente sobre a autonomia e competência que têm esta Câmara para legislar sobre as alíquotas de ICMS nos Estados Federativos, e se julgar ter esta competência deve então deliberar sobre o percentual da alíquota a ser aplicado.

Requer que o poder de regulamentar concedido à CMED pela Lei nº 10.742/03, contemple a atividade de distribuição que presta relevante serviço para a promoção da saúde e que por isso deve ser garantido mediante a viabilização do exercício da atividade econômica, sendo imperativa a proposição da adoção de legislação que isente de ICMS a aquisição de medicamentos pelos distribuidores e que o cálculo da venda respeite a respectiva alíquota que seria devida caso não houvesse a isenção.

Termos em que, pede deferimento.

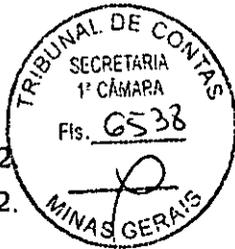
Brasília (DF), 29 de agosto de 2011.

Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO • Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Moraes - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 • CNPJ: 26.921908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

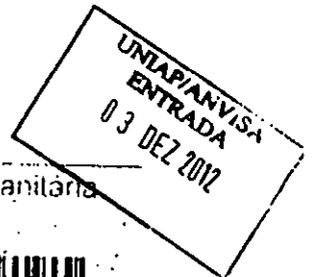
| | | | | | | |
|--|--|--|--|---|---|---|
| Brasília - DF CNPJ: 26.921.908/0002-02 Fone: (61) 3403-3500 | Recife - PE CNPJ: 26.921.908/0003-93 Fone: (81) 2123-3500 | Cuiabá - MT CNPJ: 26.921.908/0004-74 Fone: (65) 3316-3500 | Belo Horizonte - MG CNPJ: 26.921.908/0005-55 Fone: (31) 2129-3500 | Belém - PA CNPJ: 26.921.908/0006-36 Fone: (91) 3073-3500 | São Paulo - SP CNPJ: 26.921.908/0007-17 Fone: (11) 2185-3500 | Florianópolis - SC CNPJ: 26.921.908/0008-06 Fone: (48) 3403-3500 |
|--|--|--|--|---|---|---|



Brasília (DF), 30 de novembro de 2012
Ofício nº 112/2012.

ILMO. SR.
DIRCEU BRÁS APARECIDO BARBANO
DIRETOR-PRESIDENTE
AGÊNCIA NACIONAL DE MEDICAMENTOS - ANVISA
GOVERNO FEDERAL
BRASÍLIA - DF

Agência Nacional de Vigilância Sanitária



Atte de
Sr:



Prezado Senhor:

ANVISA2012104521PA

HOSPFAR INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº CNPJ : 26.921.908/0002-02, I.E : 07.419.386/002-75, sediada à S.I.A. Trecho 03 Lote 1700/17101 Guarã - Brasília - DF - CEP : 71.200-030, Telefone: 061-3403-3500, Fax : 061-3403-3500, onde recebe as comunicações de estilo, vem à digna presença de V.Exa. para com o devido respeito e acatamento apresentar CONSULTA FORMAL nos seguintes termos:

Na qualidade de distribuidora de medicamentos a Consulente busca seguir rigorosamente as normas expedidas pela Agencia Nacional de Vigilância Sanitária e Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos.

Assim, buscando orientar sua atuação a Consulente necessita de orientação que lhe assegure segurança jurídica, inerente e essencial ao Estado Democrático de Direito, como um dos princípios basilares que lhe dão sustentação, dando funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, e, expressando-se na forma da irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido, entre outros.

É sabido que a dinâmica do direito busca acompanhar o desenvolvimento social, cabendo ao legislador aperfeiçoar as normas de forma a acompanhar este desenvolvimento, tendo-se criado a CMED objetivando a regulação econômica do mercado de medicamentos, devendo definir suas diretrizes, procedimentos, estabelecer critérios para fixação de

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975. Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62)3269-3500 - CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Ins. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF
CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE
CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT
CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG
CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA
CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Florianópolis - SC
CNPJ: 26.921.908/0008-06
Fone: (48) 3205-3500



preços de medicamentos e de margens de comercialização de medicamentos a serem observados.

Desta forma necessita que esta Câmara de Regulação esclareça sobre a utilização dos preços da LISTA DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS expedida por esta CMED/ANVISA.

Secretaria Executiva - CMED
 LISTA DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS - PREÇOS FÁBRICA E PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR
 Atualizado em 20/4/2011

| REGIÃO | Medicamento - Apresentação | ICMS 0% | | ICMS 12% | | ICMS 17% | | ICMS 18% | | ICMS 19% | |
|--------------|---|---------|-------|----------|-------|----------|-------|----------|-------|----------|-------|
| | | PF | PMG | PF | PMG | PF | PMG | PF | PMG | PF | PMG |
| Laboratório: | ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA | | | | | | | | | | |
| | SAROPROFENOL 50MG - 30 MG COMETIPRILAS 15 | 11,08 | 12,27 | 12,26 | 13,44 | 14,62 | 15,80 | 16,98 | 18,16 | 19,34 | 20,52 |
| | SAROPROFENOL 50MG - 30 MG COMETIPRILAS 15 | 12,26 | 13,44 | 14,62 | 15,80 | 16,98 | 18,16 | 19,34 | 20,52 | 21,70 | 22,88 |
| | SAROPROFENOL 50MG - 30 MG COMETIPRILAS 15 | 13,44 | 14,62 | 15,80 | 16,98 | 18,16 | 19,34 | 20,52 | 21,70 | 22,88 | 24,06 |
| | SAROPROFENOL 50MG - 30 MG COMETIPRILAS 15 | 14,62 | 15,80 | 16,98 | 18,16 | 19,34 | 20,52 | 21,70 | 22,88 | 24,06 | 25,24 |

Observa-se que da tabela de preços que para cada medicamento existem 04 (quatro) Preços Fábrica (PF):

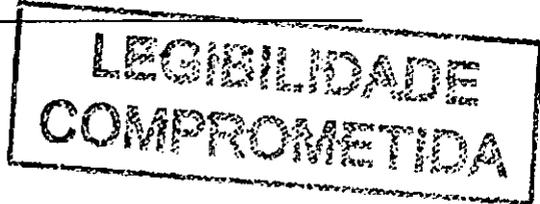
- Preço Fábrica 12% - utilizado para o Estado do Paraná.
- Preço Fábrica 17% utilizado para todos os demais estados;
- Preço Fábrica 18% que pode ser utilizado em Minas Gerais e São Paulo, e
- Preço Fábrica 19% utilizado para vendas ao estado do Rio de Janeiro.

E de onde se extrai essa afirmação? Da própria tabela de preços que assim soluciona a questão:

Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED
 Secretaria Executiva
 LISTA DE PREÇOS DE MEDICAMENTOS - PREÇOS FÁBRICA E PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR
 Atualizado em 23/07/2012

A lista de Preços de Medicamentos contempla o Preço Fábrica ou Preço Fabricante que é o preço praticado pelas empresas produtoras ou importadoras do produto e pelas empresas distribuidoras.

Preço Fábrica - PF é o tipo de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento. Desta maneira, o PF varia e vai o preço máximo permitido para vendas de medicamentos destinados a farmácias, drogarias, além das destinadas a entes da Administração Pública.





de Produtos Hospitalares Ltda.



Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos



Destacamos os dizeres constantes do rodapé de todas as folhas da Tabela de Preços de medicamentos vigente no país, as observações de numero 1 e 2:

(1) PF - Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. PNC - Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias (Orientação Interpretativa nº 02, 13/11/2006 - CMED).
(2) Alíquotas de ICMS: 19% - RJ; 18% - SP e MG; 17% - Demais Estados; e ICMS 12% - PR e MS (somente para medicamentos genéricos).
(*) Medicamentos em embalagens hospitalares e de uso restrito a hospitais e clínicas não podem ser comercializados pelo Preço Máximo ao Consumidor. Resolução no. 03 de 4/5/2009.

A questão que se busca esclarecer é quanto ao uso do Preço Fábrica 12%, 17%, 18% e 19% da lista de preços em questão.

Sabe a Consulente que o PREÇO FÁBRICA é o preço que deve praticado pelas empresas produtoras, importadoras e distribuidoras de medicamentos no país, sendo que, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, desde 2003, expede resoluções dispondo sobre o Preço Fabricante (PF) e sua fixação de preços.

Desde 2006, a CMED orienta o mercado sobre o uso do Preço Fábrica fazendo-o através da Orientação Interpretativa nº 2 que dispõe:

Nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o Distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o preço fabricante.

Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz; (...)

Em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do Preço Fabricante, uma vez que o Preço Máximo ao Consumidor é o preço máximo permitido na venda de um medicamento no varejo, podendo ser praticado somente pelas farmácias e drogarias.

A Resolução nº 03/2009, traz a definição legal de preço fábrica, fazendo-o assim:

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975, Qd. 0 - Ls. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 - CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF

CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE

CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT

CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG

CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA

CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP

CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Florianópolis - SC

CNPJ: 26.921.908/0008-06
Fone: (48) 3205-3500



DOC. Nº 04



de Produtos Hospitalares Ltda.

Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.

Qualidade em medicamentos



"Art. 1º Preço Fabricante - PF é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz."

Compreendam Srs. Administradores que todo arcabouço jurídico regulatório existente refere-se apenas ao Preço Fábrica(*), e não Preço Fábrica 12%, Preço Fábrica 17%, Preço Fábrica 18% ou Preço Fábrica 19%, inclusive a Resolução CMED nº 4 quando da definição do Preço Máximo de Venda ao Governo, em sua fórmula do cálculo, traz apenas "Preço Fábrica*", inclusive para criação do PMVG - Preço Máximo de Venda ao Governo, dispondo:

"Art. 1º - As distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos 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 antes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

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

§ 3º O CAP será aplicado sobre o PF.

Art. 3º O PMVG será calculado a partir da seguinte fórmula:

PMVG = PF * (1 - CAP), onde:

PMVG = PREÇO Máximo de Venda ao Governo

PF = Preço Fábrica

CAP = Coeficiente de Adequação de Preço"

Observa a consulente o detalhe da fórmula:

$$\text{PMVG} = \text{PF} * (1 - \text{CAP})$$

O sinal asterisco (*) está substituindo as alíquotas que devem acompanhar o preço de fábrica. Por exemplo: Para o Estado de São Paulo e Minas Gerais a fórmula é: **PMVG = PF18% (1 - CAP)**. Já para o Estado do Rio de Janeiro a fórmula seria **PMVG = PF19% (1 - CAP)**. Para o Estado do Paraná **PMVG = PF12% (1 - CAP)**. E para os demais estados **PMVG = PF17% (1 - CAP)**.

O que é inadmissível é verificar a Consulente a existência de entendimentos conflituosos a todo este arcabouço normativo supra exposto,

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975. Qd. 0 - Lis. 05/07 e 08 - Setor Morais - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 - CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF

CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE

CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT

CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belô Horizonte - MG

CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA

CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP

CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Florianópolis - SC

CNPJ: 26.921.908/0008-06
Fone: (48) 3205-3500



e que dizem que apenas por estar situada no estado de Goiás seria obrigada a Consulente a apenas praticar o preço fábrica 17%, pois este entendimento funda-se nas disposições do Artigo 155, II da CF/88 e na Lei Kandir e que se aplicam exclusivamente ao ICMS, não sendo afeita à regulação de preços da Tabela de Preços CMED.

Este entendimento levaria a Consulente a mudar-se para o Estado do Paraná a fim de que praticasse o menor preço do mercado (PF12%) ganhando em competitividade, ou mesmo que querendo praticar preços maiores mudasse para o Estado do Rio, pois estando lá sediada estivesse autorizada a vender com Preço Fábrica 19% (PF19%).

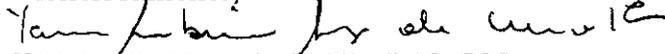
Veja que esta situação pode criar erros em licitações, como por exemplo: Uma empresa situada no Rio de Janeiro não conseguiria vender para Minas, pois seria obrigada a praticar o PF19% mesmo nas vendas para outros estados, ou seja, não conseguiria vencer nenhuma licitação. Pelo mesmo raciocínio, as empresas situadas no Paraná venceriam sempre todas as licitações no país à fora tendo em vista que poderiam praticar apenas PF12%.

Entende a Consulente que está existindo uma confusão com a legislação tributária e a regulação de preços que é da competência única e exclusiva desta Câmara Reguladora.

Assim, visando orientar sua conduta e diante dos conflitos de interpretação existentes, é a presente para consultar formalmente sobre a possibilidade de uma empresa sediada no Estado de Goiás, onde se pratica o PF17%, ofertar preços em outros Estados com o percentual de ICMS daquelas localidades, por exemplo: no Estado de Minas Gerais poderia ofertar PF18%? No Estado do Paraná poderia ofertar PF12%?

Aguardamos a resposta que poderá ser enviada para nosso endereço comercial na Rua 03, nº 975, Setor Moraes, Goiânia/Go, CEP: 74620-380 aos cuidados do Sr. Marcelo Reis Perillo ou através de seu e-mail: marcelo@hospfar.com.br.

Atenciosamente,


HOSPFA IND. E COM. DE PROD. HOSP. LTDA.

www.hospfar.com.br

Matriz: Goiânia - GO - Rua 03, nº 975. Qd. 0 - Lts. 05/07 e 08 - Setor Moraes - CEP: 74620-385 - Fone: (62) 3269-3500 - CNPJ: 26.921.908/0001-21 - Insc. Est.: 10.232.108-6

Brasília - DF

CNPJ: 26.921.908/0002-02
Fone: (61) 3403-3500

Recife - PE

CNPJ: 26.921.908/0003-93
Fone: (81) 2123-3500

Cuiabá - MT

CNPJ: 26.921.908/0004-74
Fone: (65) 3316-3500

Belo Horizonte - MG

CNPJ: 26.921.908/0005-55
Fone: (31) 2129-3500

Belém - PA

CNPJ: 26.921.908/0006-36
Fone: (91) 3073-3500

São Paulo - SP

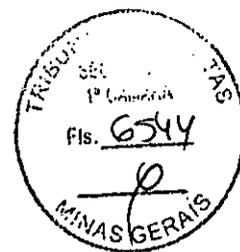
CNPJ: 26.921.908/0007-17
Fone: (11) 2185-3500

Florianópolis - SC

CNPJ: 26.921.908/0008-06
Fone: (48) 3203-3500



Doc.06 – Documento solicitando
participação de Reunião no CONFAZ



Ministério da Fazenda
Conselho Nacional de Política Fazendária
Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 6, Bloco "O", Ed. Órgãos Centrais - 9º andar -
70070-917 - Brasília - DF
(61) 3412-5903 confaz.df@fazenda.gov.br

Ofício nº 47/2013/CONFAZ/MF-DF

Brasília, 15 de fevereiro de 2013.

A Sua Senhoria o Senhor

Marcelo Reis Perillo

Diretor da HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda

Rua 03, nº 975, Qd. O, Lts 05/07 e 08 - Setor Morais

74620-385 - Goiânia - GO

Assunto: GT26-Benefícios Fiscais - Convite para participar de reunião - HOSPFAR

Prezado Senhor,

1. Convidamos representante (s) dessa empresa para, no dia 18.02.13, às 14 horas, nesta Secretaria-Executiva, participar da reunião do Grupo de Trabalho da COTEPE/ICMS - Benefícios Fiscais, na qual serão tratados assuntos referentes a "Aplicação do CV-87/02 nos procedimentos licitatórios no âmbito da SEFAZ/GO".

2. Pedimos a fineza de, com a brevidade possível, confirmar a participação na referida reunião.

Atenciosamente,

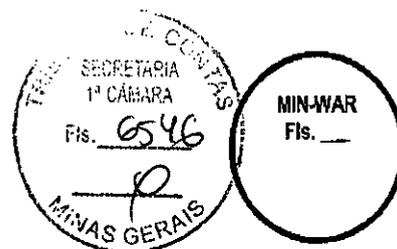
Manuel dos Anjos Marques Teixeira

Secretário-Executivo do CONFAZ

Documento elaborado no COMPROTDOCWEB.



Doc.07 – Acórdão 140/2012 do Tribunal
de Contas da União



ACÓRDÃO Nº 140/2012 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão ordinária de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 143, incisos III e V, alínea "a", c/c o art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU, em arquivar o presente processo, sem prejuízo de fazer as seguintes determinações e recomendações, de acordo com o parecer da 4ª SECEX:

1. Processo TC-009.625/2011-9 (RELATÓRIO DE LEVANTAMENTOS)

1.1. Interessados: Ministério Público do Estado de Mato Grosso (00.000.000/0001-23); Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Goiás (01.409.598/0001-30)

1.2. Órgão/Entidade: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Estado da Saúde de Goiás; Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná; Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal; Secretaria de Estado de Saúde Em Mato Grosso

1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.4. Unidade Técnica: 4ª Secretaria de Controle Externo (SECEX-4).

1.5. Advogado(s) constituído(s) nos autos: não há.

1.6. Determinar:

1.6.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, com fundamento na Cláusula Primeira do Convênio - Confaz 87/2002, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, oriente os gestores federais, estaduais e municipais acerca da aplicação da isenção do ICMS nas aquisições de medicamentos por meio de cartilhas, palestras, manuais ou outros instrumentos que propiciem uma repercussão ampla, alertando aos entes que as propostas dos licitantes devem contemplar a isenção do tributo;

1.6.2. à Secretaria-Geral de Controle Externo que divulgue o teor desta decisão às Secretarias de Controle Externo estaduais para subsidiar a programação de auditorias de conformidade a serem realizadas com o objetivo de: (i) estabelecer metodologia de cálculo de valor de referência para os medicamentos selecionados, com base em pesquisa de preços devidamente fundamentada; (ii) apurar sobrepreços na aquisição dos medicamentos pelos entes federativos; (iii) verificar a regularidade das aquisições de medicamentos; (iv) avaliar a qualidade e confiabilidade dos controles internos empreendidos do recebimento dos produtos até a sua distribuição; (v) verificar as condições de armazenagem dos fármacos; (vi) verificar a alimentação do Banco de Preços em Saúde pelos entes federados;

1.7. Recomendar:

1.7.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que revogue o § 3º do art. 5º da Portaria - GM/MS 2.814/1998, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna;

1.7.2. ao Conselho Nacional de Política Fazendária, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que altere o § 6º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição entre eles considere este valor.

Dados da Sessão:

Ata nº 3/2012 - Plenário



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Excerto da Relação 2/2012 - TCU - Plenário
Relator - Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES



Data: 1/2/2012 - Ordinária
Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES
Presidente: Ministro BENJAMIN ZYMLER
Representante do Ministério Público: Procurador-Geral LUCAS ROCHA FURTADO

TCU, em 1 de fevereiro de 2012.

Documento eletrônico gerado automaticamente pelo Sistema SAGAS



RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO DE CONFORMIDADE NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS

TC: 009.625/2011-9

Fiscalização: 439/2011

Relator: Walton Alencar Rodrigues

DA FISCALIZAÇÃO

Instrumento: Levantamento

Ato Originário: Acórdão 555/2011-TCU-Plenário (TC 004.683/2011-0).

Ato de designação: Portaria de Fiscalização 4ª Secex 734/2011.

Composição da Equipe: Rafael Encinas – 7676-7 – (Coordenador)

Alexandre Giroux Cavalcanti – 7592-2

Joaquim Rosa Neto – 2721-9

Maria do Carmo de Moraes Sampaio – 624-6

Marina de Barros Ferraz Mendes – 8135-3

DO ÓRGÃO/ENTIDADE FISCALIZADO

Órgão/entidade fiscalizado: Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, Secretaria de Estado de Saúde em Mato Grosso, Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná, Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás, Hospital Universitário Júlio Müller/MT, Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia/GO, Secretaria Municipal de Saúde de Itumbiara/GO, Secretaria Municipal de Saúde de Cascavel/PR, Secretaria Municipal de Saúde de Cruzeiro do Iguaçu/PR, Secretaria Municipal de Saúde de Cuiabá/MT, Secretaria Municipal de Saúde de Várzea Grande/MT e Consórcio Paraná Saúde.

Vinculação: Ministério da Saúde

Vinculação TCU: 4ª Secex, Secex/GO, Secex/MT, Secex/PR.

PROCESSOS CONEXOS

- TC 010.110/2004-9
- TC 017.168/2007-5
- TC 017.576/2005-2
- TC 021.151/2010-5
- TC 029.043/2010-7
- TC 004.412/2011-7



Resumo

1. A aquisição de medicamentos pelos três níveis de governo tem apresentado uma série de irregularidades e impropriedades, que resultam em desperdícios e desvios de recursos públicos que deveriam beneficiar a sociedade. As fiscalizações realizadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) têm se deparado com algumas questões que geram interpretações divergentes pelos diversos atores, necessitando de um aprofundamento maior, daí a necessidade deste Levantamento.
2. Um primeiro tema que demandava um estudo maior era a definição de critérios para apuração de sobrepreço. O preço-fábrica estabelecido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) se mostrava a solução mais óbvia, uma vez que representa o preço máximo que os laboratórios podem praticar; porém, tal critério tem resultado em preços superdimensionados, sendo necessária uma auditoria operacional com o objetivo de avaliar algumas inconsistências identificadas na regulação exercida pelo órgão, assim como melhorias na divulgação da Tabela CMED devido à falta de padronização e dificuldades no acesso ao documento pelo site da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).
3. A isenção do ICMS conferida para medicamentos enumerados no Convênio Confaz 87/2002 era outro tema que vinha sendo tratado de forma divergente. O normativo dispõe que a proposta dos licitantes deve apresentar o preço com o valor do tributo, o que se mostra inconstitucional, pois fere a isonomia entre os concorrentes. Além disso, a maioria dos gestores fiscalizados desconhece a existência da isenção, resultando em desvio de finalidade dos recursos, que deveriam ser destinados para a compra dos medicamentos, mas são arrecadados ao tesouro dos governos estaduais.
4. Quanto à exigência, nas licitações, de credenciamento dos distribuidores junto ao laboratório detentor do registro do medicamento, há decisão deste Tribunal (Acórdão 1.350/2010-TCU-1ª Câmara) acerca da inconstitucionalidade desta solicitação nos editais, uma vez que limita a competitividade por meio de nova exigência técnica não prevista pela Lei 8.666/1993. Porém, os governos estaduais e municipais continuam contemplando a condição nos certames. A atuação do Ministério da Saúde (MS) restringiu-se a deixar de fazer a exigência, e o dispositivo inconstitucional continua em vigor.
5. Foram analisadas ainda as irregularidades e impropriedades mais relevantes a serem observadas em futuras fiscalizações do Tribunal, tais como: precariedade na pesquisa de preços, sobrepreço nas aquisições, péssimas condições de armazenagem, esquemas de desvio de recursos recebidos via emenda parlamentar, dispensa de licitação indevida, entre outros. Mostra-se necessário que o TCU realize auditorias de conformidade nas aquisições de medicamentos com recursos federais pelos entes estaduais e municipais e que realize ações frequentes de controle com o objetivo de aperfeiçoar a aquisição de medicamentos pelas três esferas de gestão.
6. A partir desses temas foram definidos dois objetivos: a) verificar se a definição do preço-fábrica pela CMED proporciona ao Poder Público um instrumento efetivo de parametrização de preços; b) verificar se as aquisições de medicamentos pelos entes federados são regulares quanto às exigências da Lei 8.666/1993, se os preços praticados são inferiores ao preço-fábrica estabelecido e se está sendo praticada a isenção do ICMS.
7. Participaram do Levantamento quatro Secretarias de Controle Externo do TCU (Secex), em função da experiência de cada a respeito dos temas abordados: 4ª Secex e as Secex nos estados de Goiás, Mato Grosso e Paraná. Assim, pode-se ter uma visão mais abrangente da aquisição de medicamentos, já que cada uma realizou testes pilotos no respectivo governo estadual, em dois municípios e em um hospital federal.
8. Somente em 2010 foram executados mais de R\$ 5,7 bilhões no Programa “Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos”, dos quais 57% foram transferidos para estados e municípios.



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
4ª Secretaria de Controle Externo – 3ª Diretoria Técnica
Relatório de Levantamento de Conformidade na Aquisição de Medicamentos



Além disso, parte dos recusos da Média e Alta Complexidades também foram gastos com medicamentos, uma vez que estes integram o custo dos tratamentos no SUS. Somados os recursos estaduais e municipais gastos na assistência farmacêutica, observa-se a relevância do tema tanto em termos orçamentários quanto na influência sobre a qualidade de vida das pessoas.



Sumário

| | |
|---|----|
| LISTA DE SIGLAS | V |
| LISTA DE TABELAS | VI |
| LISTA DE GRÁFICOS | VI |
| 1. INTRODUÇÃO | 1 |
| 1.1. ANTECEDENTES..... | 1 |
| 1.2. OBJETIVO E ESCOPO | 2 |
| 1.3. METODOLOGIA..... | 3 |
| 2. VISÃO GERAL..... | 4 |
| 3. REGULAÇÃO ECONÔMICA E TABELA CMED COMO PARÂMETRO DE PREÇO PARA AS AQUISIÇÕES PÚBLICAS..... | 7 |
| 3.1. REGULAÇÃO E DEFINIÇÃO DO PREÇO-FÁBRICA | 8 |
| 3.2. ESTRUTURA DA CMED | 11 |
| 3.3. PREÇOS REGISTRADOS NA TABELA CMED..... | 14 |
| 3.4. RESTRIÇÕES NO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES | 20 |
| 3.5. ENCAMINHAMENTO | 22 |
| 4. ISENÇÃO DO ICMS NAS AQUISIÇÕES DE MEDICAMENTOS | 23 |
| 4.1. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 6º DA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO - CONFAZ 87/2002 | 23 |
| 4.2. TRATAMENTO DA ISENÇÃO DO ICMS | 24 |
| 4.3. ENCAMINHAMENTO | 26 |
| 5. EXIGÊNCIA DE CREDENCIAMENTO DOS DISTRIBUIDORES..... | 27 |
| 5.1. ENCAMINHAMENTO | 29 |
| 6. RESULTADOS DO TESTE PILOTO | 29 |
| 6.1. SOBREPREÇO EM RELAÇÃO À TABELA CMED | 29 |
| 6.2. PESQUISA DE PREÇOS INADEQUADA | 30 |
| 6.3. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS RECEBIDOS VIA EMENDAS PARLAMENTARES | 32 |
| 6.4. BANCO DE PREÇOS EM SAÚDE | 33 |
| 6.5. NÃO CELEBRAÇÃO DE CONTRATO..... | 36 |
| 6.6. FALHAS NA ARMAZENAGEM DOS MEDICAMENTOS..... | 37 |
| 6.7. ENCAMINHAMENTO | 38 |
| 7. CONCLUSÃO..... | 38 |
| 8. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO | 39 |
| REFERÊNCIAS..... | 41 |



LISTA DE SIGLAS

| | |
|--------|--|
| AdPlan | Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimento |
| Anvisa | Agência Nacional de Vigilância Sanitária |
| ATC | Anatomical Therapeutic Chemical |
| Cade | Conselho Administrativo de Defesa Econômica |
| CAF | Central de Abastecimento Farmacêutica |
| CAP | Coefficiente de Adequação de Preços |
| CF/88 | Constituição Federal de 1988 |
| CGU | Controladoria Geral da União |
| CMED | Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos |
| Confaz | Conselho Nacional de Política Fazendária |
| FOC | Fiscalização de Orientação Centralizada |
| ICMS | Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação |
| INPC | Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo |
| MS | Ministério da Saúde |
| NuReM | Núcleo de Assessoramento Econômico em Regulação da Anvisa |
| OMS | Organização Mundial de Saúde |
| PNM | Política Nacional de Medicamentos |
| PPA | Plano Plurianual |
| Seco | Secretaria de Controle Externo do TCU |
| SES | Secretaria Estadual de Saúde |
| Sinapi | Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil |
| SMS | Secretaria Municipal de Saúde |
| SPP | Sistema de Registro de Preços |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| SUS | Sistema Único de Saúde |
| TAS | Termo de Ajuste Sanitário |
| TCDF | Tribunal de Contas do Distrito Federal |
| TCU | Tribunal de Contas da União |
| TRF | Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios |



LISTA DE TABELAS

| | | |
|-----------|---|----|
| TABELA 1. | CONCENTRAÇÃO DA ALIMENTAÇÃO DO BPS POR ÓRGÃO GOVERNAMENTAL..... | 35 |
|-----------|---|----|

LISTA DE GRÁFICOS

| | | |
|-------------|--|----|
| GRÁFICO 1. | CAPTOPRIL 25MG - PREÇOS X TABELA CMED | 14 |
| GRÁFICO 2. | ÁCIDO ACETILSALICÍLICO 100MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED | 15 |
| GRÁFICO 3. | METMORFINA 850MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED | 16 |
| GRÁFICO 4. | SINVASTATINA 20MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED..... | 16 |
| GRÁFICO 5. | VERAPAMIL 80MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED | 16 |
| GRÁFICO 6. | GUBENCLAMIDA 5MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED | 17 |
| GRÁFICO 7. | ADALIMUMABE 40MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED | 17 |
| GRÁFICO 8. | ETANERCEPTE 25MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED..... | 18 |
| GRÁFICO 9. | INFLIXIMABE 10MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED..... | 18 |
| GRÁFICO 10. | ATORVASTATINA 10MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED | 19 |
| GRÁFICO 11. | FUMARATO DE QUETIAPINA 100MG - PREÇOS PRATICADOS X TABELA CMED | 19 |



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

4ª Secretaria de Controle Externo – 3ª Diretoria Técnica

Relatório de Levantamento de Conformidade na Aquisição de Medicamentos



1. INTRODUÇÃO

9. Trata o presente relatório de Levantamento de Conformidade realizado nas aquisições de medicamentos com recursos federais promovidas pelos governos federal, estaduais e municipais com vistas a propor parâmetros para as futuras fiscalizações a serem realizadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

1.1. Antecedentes

10. Tal levantamento é originário do Acórdão 555/2011-TCU-Plenário e foi proposto tendo em vista as dificuldades encontradas nas fiscalizações realizadas por esta Corte de Contas nas aquisições de medicamentos, devido à falta de critérios precisos para identificação de sobrepreço nas compras realizadas pelos três níveis da federação.

11. O tema já havia sido discutido nos seguintes processos: TC 010.110/2004-9, TC 017.168/2007-5 e TC 029.043/2010-7. O Acórdão 1.146/2011-TCU-Plenário, prolatado no âmbito deste último processo, recomendou o estabelecimento do preço-fábrica como parâmetro de controle de preços de medicamentos adquiridos com recursos do Sistema Único de Saúde (SUS). O preço-fábrica corresponde a um preço máximo que os laboratórios podem praticar no país nas vendas no atacado e é definido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Para um rol de medicamentos definido pela Câmara ainda deve ser aplicado o Coeficiente de Adequação de Preços (CAP), que corresponde a um desconto obrigatório a ser concedido nas aquisições públicas.

12. O referido Acórdão determinou ainda à Secretaria-Geral de Controle Externo que, no prazo de um ano, avaliasse a necessidade de aprimoramento da sistemática proposta. Tendo em vista que este levantamento estava em curso e tinha como objetivo o estabelecimento de padrões para apuração de sobrepreço, foram empreendidas análises para verificar a adequabilidade do preço-fábrica como critério de parametrização de preços.

13. Somava-se a isso a falta de uniformidade, pelos entes governamentais, no tratamento da isenção do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). A isenção foi conferida pelo Convênio 87/2002 do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) para as aquisições públicas dos medicamentos enumerados no Anexo Único do referido convênio. Todavia, em virtude da redação ambígua existente na norma, ocorreram diversas interpretações quanto ao modo de aplicação da isenção nas propostas dos licitantes, resultando em prejuízos à concorrência nas licitações. Este problema foi objeto de Representação do Ministério Público Federal – Procuradoria da República em Goiás (TC 021.151/2010-5). Além disso, alguns entes federativos, seja por desconhecimento da isenção ou como forma de aumentar a arrecadação, não aplicam a isenção do imposto, fazendo com que os recursos que deveriam ser aplicados na saúde sejam transferidos para o caixa geral do ente federativo.

14. Ainda foi abordada a exigência de apresentação de declaração de credenciamento do distribuidor dos medicamentos junto ao laboratório detentor do registro nas aquisições realizadas pelos órgãos e entidades públicas, conforme determina o §3º do art. 5º da Portaria - GM/MS 2.814/1998. Tal exigência havia sido considerada inconstitucional pelo TCU, no Acórdão 1.350/2010-TCU-1ª Câmara, que determinou ao Ministério da Saúde (MS) que se abstinhasse de exigir tal documento. Dessa forma, foi realizado neste levantamento o monitoramento desta determinação, buscando identificar que ações foram empreendidas pelo MS no sentido de atender à determinação e se os entes estaduais e municipais continuam fazendo tal exigência.



15. Deve-se destacar também o trabalho realizado pela Secretaria de Controle Externo no Paraná (Secex/PR). A unidade identificou emendas parlamentares destinando recursos a municípios para a aquisição de medicamentos na assistência farmacêutica básica em valores bastante superiores aos transferidos regularmente. No âmbito do TC 004.412/2011-7, a unidade realizou auditoria de conformidade em cinco municípios do estado, cujas constatações sinalizaram para a existência de esquemas de corrupção e desvio de verbas públicas. Os medicamentos eram adquiridos em quantidades muito superiores à demanda do município, com claros indícios de que não haviam sido entregues. A fiscalização se mostra importante, já que há inúmeros outros municípios de outros estados que também recebem recursos de emendas parlamentares em quantidade muito superior ao transferido regularmente.

1.2. Objetivo e Escopo

16. A aquisição de medicamentos por entes governamentais é uma atividade sujeita a inúmeras irregularidades. Este trabalho não teve como objetivo avaliá-la como um todo, identificando as principais áreas de risco, como é feito normalmente nas fiscalizações do tipo levantamento. Havia questões que suscitavam dúvidas tanto dos órgãos públicos quanto do TCU e que precisavam ser esclarecidos de forma a proporcionar uma base mais sólida para futuras fiscalizações.

17. Por conseguinte, o escopo da auditoria se restringiu aos temas abordados na seção anterior: Tabela CMED como critério para apuração de sobrepreço, forma de aplicação da isenção do ICMS, exigência de credenciamento do fornecedor junto aos laboratórios. Além disso, buscaram-se verificar, por meio de fiscalizações do tipo “teste piloto”, quais questões deveriam ser analisadas em futuras auditorias.

18. Os temas abordados neste levantamento foram então divididos em dois grupos: relacionados à atuação da CMED como ente regulador; e relacionados à atuação dos entes governamentais nas aquisições de medicamentos, a partir dos quais foram estabelecidos dois objetivos gerais:

- a) Verificar se a definição do preço-fábrica pela CMED proporciona ao Poder Público um instrumento efetivo de parametrização de preços
- b) Verificar se as aquisições de medicamentos pelos entes federados são regulares quanto às exigências da Lei 8.666/1993, se os preços praticados são inferiores ao preço-fábrica estabelecido e se está sendo praticada a isenção do ICMS.

19. No primeiro objetivo foi avaliado se a Tabela CMED poderia ser utilizada como parâmetro para apuração de sobrepreço nas aquisições públicas. Sendo assim, foi analisado se os preços registrados no documento mostram-se coerentes com o que é praticado nas licitações públicas; se as condições institucionais da CMED garantem uma atuação efetiva do órgão na definição de preços-fábrica; e se as informações relevantes acerca do preço-fábrica e do CAP estão disponíveis e com fácil acesso.

20. No segundo objetivo geral, buscou-se avaliar como os entes fiscalizados no teste piloto vinham tratando alguns temas relacionados à aquisição de medicamentos e que questões deveriam constar das futuras auditorias do TCU. Foi verificado se os editais de licitação exigem o credenciamento do fornecedor junto ao detentor do registro do medicamento ou se a Administração aceitou carta de exclusividade; como os órgãos públicos têm aplicado a isenção do ICMS; se os recursos originados de emenda parlamentar foram efetivamente aplicados na aquisição de medicamentos; e quais as irregularidades que mereceriam tratamento mais detalhado futuras auditorias de conformidade nas aquisições de medicamentos, tais como: fundamentação do ato de dispensa de licitação, participação de empresas que pertençam a pessoas com interesses comuns, divisão do objeto em lotes, entre outros.



1.3. Metodologia

21. O Levantamento foi realizado com a participação de quatro secretarias do TCU: a 4ª Secex em Brasília e as Secex nos estados de Goiás, Mato Grosso e Paraná. O objetivo foi agregar o conhecimento que cada uma das unidades tinha a respeito dos temas tratados: a 4ª Secex é responsável pelas fiscalizações no Ministério da Saúde; Goiás vinha desenvolvendo trabalhos acerca da isenção do ICMS; Mato Grosso iniciara a discussão dos critérios para definição de sobrepreço; e o Paraná havia realizado a fiscalização nos recursos repassados via emenda parlamentar.

22. O planejamento do Levantamento consistiu na realização de análise documental e entrevistas com a CMED, a partir dos quais foram elaboradas duas matrizes de planejamento, uma a ser aplicada na fiscalização do órgão e outra na fiscalização das aquisições de medicamentos pelos órgãos federais, estaduais e municipais.

23. Durante a execução, cada Secex estadual fiscalizou quatro gestões diferentes: a secretaria estadual de saúde (SES), secretaria municipal de saúde (SMS) de dois municípios e um hospital federal. A equipe da 4ª Secex ficou responsável pela fiscalização na CMED e no governo do Distrito Federal. Os municípios foram escolhidos por cada Secex com base em informações anteriores acerca de problemas na aquisição de medicamentos. Os órgãos públicos fiscalizados foram:

- a) Estado de Goiás: SES/GO, SMS de Goiânia, SMS de Itumbiara e Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás;
- b) Estado de Mato Grosso: SES/MT, SMS de Cuiabá, SMS de Várzea Grande e Hospital Universitário Júlio Müller;
- c) Estado do Paraná: SES/PR, SMS de Cascavel, SMS de Cruzeiro do Iguaçu, Consórcio Paraná Saúde e Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná.

24. Foram selecionados quinze medicamentos cujas aquisições seriam analisadas, seleção esta que buscou abranger medicamentos de seis grupos diferentes: (i) mais adquiridos pelos entes governamentais; (ii) de alto custo com compras mais frequentes; (iii) sujeitos a monopólio; (iv) maior discrepância entre o preço praticado no mercado e o preço-fábrica; (v) menor discrepância entre o preço praticado no mercado e o preço-fábrica; (vi) sujeitos ao CAP com compras mais frequentes. A ideia foi selecionar situações bastante diversas para ter uma visão mais ampla da realidade. A CMED contribuiu para a seleção sugerindo alguns medicamentos.

25. Os quinze princípios ativos selecionados foram: Adalimumabe, Amoxicilina, Atorvastatina, Captopril, Cetriaxona, Etanercepte, Fumarato de Quetiapina, Glibenclâmida, Infliximabe, Metformina, Micofenolato de Sódio, Nifedipino, Olanzapina, Sinvastatina e Verapamil.

26. Durante a execução do teste piloto foram analisadas as aquisições realizadas entre janeiro de 2010 e maio de 2011, por meio da análise documental e entrevistas com os gestores responsáveis. Também foram feitas visitas às Centrais de Abastecimento Farmacêutico (CAF) com o objetivo de verificar se as aquisições estavam sendo entregues e se as condições de armazenagem eram adequadas. Na execução da fiscalização junto à CMED foi feito um levantamento dos preços praticados por diversos entes em bases de dados como o Banco de Preços em Saúde (BPS), o portal "www.comprasnet.gov.br", portais de compras estaduais e municipais e nos Diários Oficiais dos governos estaduais. O objetivo foi identificar se os preços registrados na Tabela CMED estavam coerentes com os praticados nas compras públicas.



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

4ª Secretaria de Controle Externo – 3ª Diretoria Técnica

Relatório de Levantamento de Conformidade na Aquisição de Medicamentos



27. Os trabalhos foram realizados em conformidade com as Normas de Auditoria do TCU (Portaria - TCU 280/2010) e com observância aos Padrões de Levantamento (Portaria - Segecex/TCU 15/2011). Nenhuma restrição foi imposta aos exames.

28. Este relatório está organizado em oito capítulos. Além desta introdução, o Capítulo 2 traz a visão geral acerca da aquisição de medicamentos pelos três níveis da federação; no Capítulo 3 é analisada a Tabela CMED como parâmetro de preços; o Capítulo 4 descreve como os entes governamentais têm aplicado a isenção do ICMS; o Capítulo 5 aborda a exigência do credenciamento do distribuidor junto ao laboratório; o Capítulo 6 faz a consolidação dos achados das fiscalizações realizadas no teste piloto e propõe parâmetros para as futuras fiscalizações do TCU; o Capítulo 7 traz a conclusão do trabalho; e o Capítulo 8 a proposta de encaminhamento.

2. VISÃO GERAL

29. De acordo com a Resolução 338/2004, do Conselho Nacional de Saúde, que aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica:

A Assistência Farmacêutica trata de um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.

30. A Política Nacional de Medicamentos (PNM), disposta na Portaria - GM/MS 3.916/1998, prevê a reorientação da assistência farmacêutica, cujo modelo não se restringiria apenas à aquisição e à distribuição de medicamentos: “as ações incluídas nesse campo da assistência terão por objetivo implementar, no âmbito das três esferas do SUS, todas as atividades relacionadas à promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais”.

31. Entre os princípios estabelecidos na PNM destaca-se o da descentralização da gestão: “para o Ministério da Saúde, a premissa básica será a descentralização da aquisição e distribuição de medicamentos essenciais”. Assim, ao longo da década de 2000 a assistência farmacêutica passou por um amplo processo de descentralização, transferindo aos municípios a responsabilidade pela aquisição e distribuição dos medicamentos do nível básico.

32. Juntamente com a descentralização, a Política prevê a “cooperação técnica e financeira intergestores. Essa cooperação envolve a aquisição direta e a transferência de recursos, bem como a orientação e o assessoramento aos processos de aquisição”. Ao gestor federal, a PNM estabeleceu que ele “participa do processo de aquisição dos produtos mediante o repasse Fundo a Fundo de recursos financeiros e a cooperação técnica”.

33. As transferências de recursos da União para estados e municípios na saúde se dão principalmente na modalidade fundo a fundo, que se caracteriza pelo repasse regular de recursos de um fundo da esfera federal diretamente para fundos estaduais e municipais, dispensando a celebração de convênios.

34. A Portaria - GM/MS 204/2007 regulamentou as transferências nessa modalidade, dispondo que elas seriam realizadas mediante seis blocos de financiamento. Cada bloco é formado por componentes, que se subdividem em repasses.

35. O Bloco da Assistência Farmacêutica se divide em três componentes: Básico, Especializado e Estratégico. Os medicamentos do componente básico são de responsabilidade, principalmente, dos



municípios, a quem cabe a aquisição e dispensação; os do componente especializado, cuja denominação antes era componente excepcional, são de responsabilidade dos governos estaduais; os do componente estratégico são adquiridos centralizadamente pelo MS que os distribui a estados e municípios.

36. Em virtude da importância do custo dos medicamentos para os orçamentos das três esferas, a PNM enfatizou a necessidade de as aquisições de medicamentos serem efetivadas “em conformidade com a realidade epidemiológica, visando assegurar o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo, priorizando os medicamentos essenciais e os de denominação genérica”. Por isso, foi estabelecido outro papel importante do governo federal:

O gestor federal, especialmente, em articulação com a área econômica, deverá identificar medidas com vistas ao acompanhamento das variações e índices de custo dos medicamentos, com ênfase naqueles considerados de uso contínuo. Ainda com relação à articulação, a atuação conjunta com o Ministério da Justiça buscará coibir eventuais abusos econômicos na área de medicamentos.

37. Torna-se imprescindível, então, uma regulação efetiva do setor farmacêutico. A Constituição Federal de 1988 (CF88) dispõe em seu art. 170, parágrafo único, que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Portanto, somente por meio de lei pode haver limitação ao desenvolvimento de atividade econômica pela iniciativa privada. A comercialização de medicamentos é uma das atividades que sofreu tal limitação, conforme dispõe a Lei 5.991/1973:

Art. 21 - O comércio, a dispensação, a representação ou distribuição e a importação ou exportação de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos será exercido somente por empresas e estabelecimentos licenciados pelo órgão sanitário competente dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, em conformidade com a legislação supletiva a ser baixada pelos mesmos, respeitadas as disposições desta Lei.

38. Assim, é necessária autorização para o exercício da atividade de fabricação, comercialização e distribuição de medicamentos. Importante salientar que a atuação do Poder Público não se dá apenas no momento da autorização, mas também posteriormente, com a regulação de tal atividade. O conceito de autorização vem passando por reformulações, tanto no direito brasileiro quanto internacional. Estaria em crise a visão tradicional da autorização como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, para ganhar contornos mais complexos. Segundo García de Entera e Fernandez (2001, p.135 *apud* FARIAS, 2005, p.68), tal crise se intensificou a partir do momento que

a autorização foi transplantada ao complexo campo das atividades econômicas, nas quais desempenha um papel que não se reduz a um simples controle negativo do exercício de direitos, mas que se estende à própria regulação do mercado, com explícito propósito de orientar e conformar positivamente a atividade autorizada no sentido da realização de uns objetivos previamente programados ou, ao menos, implicitamente definidos nas normas aplicáveis.

39. Para garantir que a atividade seja exercida segundo os objetivos previamente programados, o Estado se utiliza da regulação. Philip Selznick (1985, p.363 *apud* BALDWIN & CAVE, 1999, p.2) conceitua regulação como “o controle contínuo e focado exercido por uma agência pública sobre atividades valorizadas pela sociedade”¹. Na teoria econômica, a regulação vem sendo caracterizada como a intervenção estatal com objetivo de corrigir falhas de mercado.

40. Marcos Juruena Villela Souto (2005, p.41) afirma que a regulação busca compatibilizar a eficiência econômica com a satisfação do consumidor, “protegendo-o contra os altos preços e baixa qualidade dos bens e serviços”. A partir disso, o autor diferencia três aspectos sob os quais a regulação deve ser analisada: a regulação de monopólios, minimizando as forças de mercado por



controle sobre os preços e a qualidade do serviço; regulação para a competição, com o objetivo de viabilizar a sua existência e continuidade; e regulação social, assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental.

41. O setor farmacêutico no Brasil, como um todo, não é considerado concentrado. Porém, quando a análise se centra em mercados específicos – princípios ativos e classes terapêuticas –, observa-se forte concentração na forma de monopólios e oligopólios (NISHIJIMA, 2003, p.22). A reduzida competição no setor se deve, principalmente, a elevadas barreiras à entrada de concorrentes e pela ausência de bens substitutos (TEIXEIRA, 2006, p.6). A principal barreira à entrada de novos concorrentes é a proteção por meio de patentes de produtos de referência ou inovadores, que, mesmo expiradas, ainda garantem ao laboratório forte poder de mercado, tendo em vista a lealdade de médicos e consumidores à marca. Segundo Teixeira, “a estratégia de competição no setor farmacêutico se dá, majoritariamente, por fatores extrapreços”.

42. A autora cita ainda outra característica que influencia o comportamento dos preços no setor farmacêutico: a baixa elasticidade-preço da demanda devido à essencialidade dos medicamentos e do reduzido poder decisório dos consumidores, restringido pela prescrição médica. A consequência é que “o preço do medicamento pouco influencia o consumo”. Devido a essas características, o preço dos medicamentos não teria uma relação estrita com seus custos, mas seriam “fortemente influenciados pelo grau de competição do mercado” (TEIXEIRA, 2006, p.8).

43. A regulação do mercado farmacêutico brasileiro sofreu uma grande alteração com a criação da CMED em 2003. Tal mudança acompanhava a instituição da política de medicamentos genéricos pelo governo federal e definiu critérios para o realinhamento dos preços dos medicamentos. O então Secretário-Executivo da CMED, Luiz Milton Velloso Costa justificava a regulação no setor da seguinte forma:

O mercado farmacêutico brasileiro apresenta características específicas, que chamamos de falhas de mercado, e por isso deve ser regulado. Entre essas características, podemos citar a essencialidade do produto, a significativa concentração de oferta em cada classe terapêutica, a presença do consumidor substituto, que é o médico, e a forte assimetria de informação. Tudo isso torna o grau de substituição de produto por parte do consumidor praticamente inexistente, facilitando a imposição do preço (BRASIL, 2004).

44. Uma das formas de regulação dos mercados de medicamentos é o licenciamento dos produtos, que, para Hutton et. al. (1994, *apud* Bloor et. al., 1996, p.33), constitui o “mais poderoso controle econômico na medida em que pode excluir produtos do mercado”². No Brasil, tal atribuição é da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a quem cabe conceder anuência prévia para o registro de patentes de medicamentos e processos farmacêuticos. A Agência deve

analisar tanto os componentes químicos dos fármacos (buscando garantir o direito de não adoecer pelo consumo de medicamentos) quanto a questão, mais ampla e mais complexa, do acesso da população aos medicamentos (buscando garantir o direito da população de consumir todos os medicamentos de que necessita para recuperar sua saúde) (DALLARI, 2010, p.68).

45. Outra forma importante de regulação da indústria farmacêutica é o controle dos preços dos medicamentos. No Brasil, a fixação de preços máximos a serem praticados é de responsabilidade da CMED. O art. 5º da Lei 10.742/2003 criou a CMED, que tem por objetivo a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor. Para tanto, uma de suas atribuições é editar anualmente tabelas contendo os preços registrados para diversos princípios ativos pelos fornecedores respectivos.



46. Essas informações devem subsidiar o gestor na pesquisa de preços e os preços representam o preço máximo que os laboratórios estão autorizados a praticar na comercialização de seus produtos, tanto nas negociações efetuadas com o setor público quanto com o setor privado. Isso significa que nenhum fabricante ou fornecedor de medicamento pode vender ou mesmo ofertar um princípio ativo por valor acima do constante na Tabela CMED.

47. Além da definição do preço-fábrica, a CMED estabeleceu na Resolução 4/2006 a obrigatoriedade de as empresas distribuidoras e produtoras de medicamentos em aplicar o Coeficiente de Adequação de Preços nas vendas de um grupo de medicamentos destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A lista com os medicamentos sujeitos ao desconto obrigatório é definida mediante comunicado da Secretaria-Executiva da CMED, contendo atualmente 219 apresentações (Comunicado - CMED 5/2011). Já nas aquisições realizadas a partir de demandas judiciais, o CAP é aplicado para qualquer medicamento.

3. REGULAÇÃO ECONÔMICA E TABELA CMED COMO PARÂMETRO DE PREÇO PARA AS AQUISIÇÕES PÚBLICAS

48. O Acórdão 1.146/2011-TCU-Plenário sugeriu à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização Orçamento do Congresso Nacional a inclusão, nas próximas Leis de Diretrizes Orçamentárias, de dispositivos que contemplem:

9.2.1. o estabelecimento, como parâmetro de controle de preços de medicamentos adquiridos com recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, das referências de preços adotadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa, obtidas pela aplicação do coeficiente de adequação de preço – CAP sobre o preço-fábrica dos medicamentos previsto na Resolução CMED 2/2004;

9.2.2. o estabelecimento do preço-fábrica como teto das demais aquisições públicas de medicamentos;

9.2.3. a possibilidade de instauração de tomada de contas especial, para responsabilização do gestor e quantificação do dano ao erário, nas hipóteses em que as aquisições não estiverem dentro dos limites acima sugeridos e em que não constem do correspondente processo licitatório justificativas dos preços praticados;

49. Foi recomendado ainda ao Ministério da Saúde que estabelecesse, em normativos, orientação aos gestores do SUS acerca da utilização dos parâmetros adotados pela CMED para fixação de preços máximos nas aquisições de medicamentos.

50. Tendo em vista que este levantamento teve como objetivo definir parâmetro para apuração de sobrepreço nas aquisições de medicamentos, decidiu-se por avaliar se os preços-fábrica estabelecidos pela CMED seriam um parâmetro adequado. Dessa forma, foi estabelecido como um dos objetivos do levantamento “verificar se a definição do preço-fábrica pela CMED proporciona ao Poder Público um instrumento efetivo de parametrização de preços”.

51. Buscou-se avaliar se os preços-fábrica são coerentes com o que é praticado no mercado, se as informações relevantes acerca do preço-fábrica e do CAP estão disponíveis e com fácil acesso e se as condições institucionais da CMED garantem uma atuação efetiva do órgão na definição de preços-fábrica.

52. Foi identificado que há graves distorções dos preços registrados na Tabela CMED em relação ao que é praticado nas aquisições públicas, principalmente daqueles medicamentos para os quais há vários laboratórios com preços registrados e em que se observa relativa concorrência. Isso



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

4ª Secretaria de Controle Externo – 3ª Diretoria Técnica
Relatório de Levantamento de Conformidade na Aquisição de Medicamentos



se deve à elevada variação entre os preços registrados, em que o preço teto de alguns laboratórios supera em mais de 10.000% o de outros.

53. Já nas aquisições de fármacos caracterizados por maior concentração de mercado, os preços praticados ficam próximos ao preço-fábrica, sendo mais comum a identificação de compras por preços acima da Tabela CMED. Devido à existência de preços distorcidos nos medicamentos com concorrência, resta a dúvida de que os preços-fábrica desses medicamentos caracterizados por monopólio ou oligopólio também não estariam com sobrepreço.

54. Devido às inconsistências presentes nos preços registrados na Tabela CMED, torna-se necessário um estudo mais aprofundado acerca da atuação do órgão na regulação econômica do mercado farmacêutico. Este levantamento não teve como objetivo realizar uma avaliação definitiva acerca do tema, mas procurou apontar algumas falhas na regulação que possibilitariam as distorções identificadas nos preços.

55. Foram verificados ainda problemas na disponibilização das informações referentes aos preços-fábrica e ao CAP. A consulta por parte dos gestores públicos e da sociedade é extremamente complexa e a falta de padronização na alimentação dos dados gera perda de informações relevantes.

56. A seguir estão demonstradas as inconsistências identificadas na atuação regulatória da CMED, o sobrepreço nos preços registrados dos medicamentos selecionados como amostra, os problemas na disponibilização das informações e a estrutura da CMED para exercer as competências fixadas na lei.

3.1. Regulação e definição do preço-fábrica

57. A Lei 10.742/2003 traz o marco regulatório do controle de preços do mercado de medicamentos no Brasil. A norma estabelece que devam ocorrer reajustes anuais, por um modelo de teto de preços calculado com base em um índice, em um fator de produtividade e em um fator de ajuste de preços relativos intrassector e entre setores (art. 4º, §1º). No modelo de teto de preços, chamado de “*price cap*”, o regulador determina o maior preço possível a ser praticado pela indústria e, periodicamente, determina a fórmula de reajuste dos preços (SAINTIVE & CHACUR, 2006).

58. Foi delegada à CMED a competência para propor critérios de composição desses fatores, bem como o grau de desagregação de tais fatores, seja por produto, por mercado relevante ou por grupos de mercados relevantes (art. 4º, §5º). Cabe analisar alguns aspectos da regulação empreendida pela CMED, de forma a verificar se a definição de preços-fábrica minimiza os efeitos das falhas de mercado no setor farmacêutico e se a Tabela CMED é um parâmetro adequado para apuração de sobrepreço nas aquisições públicas de medicamentos.

59. O reajuste percentual dos preços (Vpp) é determinado pela fórmula: $Vpp = IPCA - X + Y + Z$, onde o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) traz a variação acumulada do índice desde o último aumento até o mês anterior ao reajuste corrente; “X” é um fator de produtividade do setor; “Y” é um fator de ajuste de preços relativos e “Z” é um fator de concorrência.

60. Segundo a Resolução - CMED 1/2011, art. 3º, o fator de produtividade (X) é um “mecanismo que permite repassar aos consumidores, por meio dos preços dos medicamentos, projeções de ganhos de produtividade das empresas produtoras de medicamentos”. O fator é obtido a partir da estimativa de ganhos prospectivos da indústria farmacêutica, sendo incluído na fórmula para repasse aos consumidores. Ele é fixado anualmente pela CMED para o mercado farmacêutico como um todo, ou seja, não há desagregação de acordo com classe terapêutica ou princípio ativo. Para 2011, foi fixado em 2,47%.



61. O fator de ajuste de preços relativos entre setores (Y) é expresso em percentual e calculado com base na variação dos custos dos insumos, visa ajustar os preços relativos entre o setor farmacêutico e os demais setores da economia, com base nas variações dos custos não gerenciáveis dos mesmos.

62. O fator de ajuste de preços relativos intrasetor (Z) visa a promover a concorrência nos diversos mercados de medicamentos, ajustando preços relativos entre os mercados com menor concorrência e os mais competitivos. Dividem-se os medicamentos em três grupos, de acordo com a participação dos medicamentos genéricos no faturamento das diversas classes terapêuticas. Segundo Nishijima (2003), “as classes terapêuticas se constituem num agrupamento de medicamentos de acordo com sua atuação anatômica, sua indicação, seu uso terapêutico, sua composição, seu modo de ação, etc., não sendo, todavia, um critério de classificação único e rigidamente fechado”. Quanto maior a participação dos genéricos, maior será a variação de preços da classe:

- a) Nível 1: classes terapêuticas com participação de genéricos em faturamento igual ou superior a 20%, onde o fator Z assume o valor de 2,47%, correspondendo a um repasse total da produtividade;
- b) Nível 2: classes terapêuticas com participação de genéricos em faturamento igual ou superior a 15% e abaixo de 20%, onde o fator Z assume o valor de 1,24%, correspondendo a um repasse parcial da produtividade;
- c) Nível 3: classes terapêuticas com participação de genéricos em faturamento abaixo de 15%, assumindo o fator Z valor 0,0%, pois não tem havido repasse da produtividade nestas classes.

63. Observa-se que a definição do ajuste de preços para determinada classe terapêutica leva em consideração apenas a participação dos medicamentos genéricos, sem desagregação que leve em consideração as peculiaridades de cada classe terapêutica ou princípio ativo, ou ainda as diferenças de preços-teto para medicamentos de mesmo princípio ativo. A lei dispõe que cabe à CMED estabelecer “o grau de desagregação de tais fatores, seja por produto, por mercado relevante ou por grupos de mercados relevantes”, e o órgão optou por uma desagregação em termos de classes terapêuticas. Porém, esta decisão, de acordo com diversos autores pesquisados, como será visto em seguida, não se mostra a mais adequada, uma vez que as classes terapêuticas não representam o mercado relevante no setor farmacêutico.

64. Segundo Paula A. Forgioni (1998, p. 200), o “mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”. Ainda segundo a autora, a intercambialidade dos produtos, na visão do consumidor, faz com que os produtos constituam um mesmo mercado relevante. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), no Ato de Concentração 36/1995, dispôs que:

A definição do mercado relevante na dimensão do produto deve ser feita em duas fases: inicialmente os medicamentos devem ser agrupados segundo as classes terapêuticas para, em seguida, passar-se à análise do modo de atuação e do perfil farmacológico dos remédios assim agrupados, com o objetivo final de constatar a possibilidade de substituição entre produtos.

65. Analisando a jurisprudência do Cade acerca do assunto, César Mattos (2003) identifica que as classes terapêuticas foram utilizadas primeiramente para uma aproximação na delimitação do mercado relevante, e não o mercado relevante em si. Como exemplo, é citado o Ato de Concentração 34/1995, em que seis classes terapêuticas foram consideradas como abrangendo quinze mercados relevantes. Segundo o autor, a partir das análises do Cade, uma das possíveis conclusões é de que “as possibilidades de substituição e o mercado relevante não poderiam ser confundidos apenas com a divisão em classe e/ou subclasses terapêuticas”.



66. Sílvio Cesar Machado dos Santos (2001, p.55) afirma que a análise da concentração do mercado farmacêutico pode ocorrer em, pelo menos, quatro níveis: mercado farmacêutico como um todo; classes terapêuticas; subclasses terapêuticas; medicamentos similares ou genéricos. Para o autor:

Considerando-se as especificidades dessa segmentação e as considerações iniciais que apontam a existência de vários níveis ou submercados, verifica-se que tal análise não deve ocorrer no primeiro nível. Aprofundando a abordagem acerca dessa questão, o que se percebe é que, com base nos pressupostos de mercado, essa análise não deve se efetivar nem mesmo no nível de classes terapêuticas – do tipo contraceptivos orais ou antibióticos, por exemplo. De maneira diferente, tanto mais específico deverá ser o nível da análise quanto maior for a especificidade da ação farmacológica e terapêutica dos medicamentos e, conseqüentemente, das informações disponibilizadas e repassadas aos médicos, demais prescritores e à população em geral.

67. Santos defende que a análise acerca da concentração no mercado de medicamentos não deve ser feita nem mesmo no nível de classes terapêuticas, “devido ao limitado grau de substituição entre os medicamentos”, citando o exemplo da classe das vitaminas, em que “a vitamina A não substitui a vitamina C que não substitui a vitamina B”. A partir disso, autor propõe que:

quando se consideram os prescritores como atores principais na definição do consumo, o mercado de medicamentos que se apresenta como o mais relevante para uma análise da concentração é aquele segmentado ao nível das subclasses terapêuticas. Quando se consideram os pacientes, o nível adequado deve ser o dos genéricos e/ou similares.

68. Os medicamentos genéricos são introduzidos após a expiração da patente que protegia o medicamento inovador, criando um equilíbrio entre a necessidade de incentivar os investimentos em pesquisa e desenvolvimento, de um lado, e a promoção da concorrência, de outro. A Lei 6.360/1976 (alterada pela Lei 9.787/1999) traz a definição de medicamento genérico em seu art. 3º:

XXI – Medicamento Genérico – medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB [Denominação Comum Brasileira] ou, na sua ausência, pela DCI [Denominação Comum Internacional];

69. Dessa forma, o medicamento genérico pode ser considerado um substituto perfeito do medicamento da linha ética (medicamento sujeito à prescrição médica e com nome comercial), pois apresenta as mesmas características de eficácia, segurança e qualidade, estando sujeito a testes de bioequivalência e biodisponibilidade.

70. A partir do momento que a CMED utiliza as classes terapêuticas ao avaliar a concorrência para fins de reajuste, pode estar desconsiderando mercados relevantes dentro das classes em que não haveria o mesmo grau de competição que na classe como um todo. É utilizado pelo órgão o sistema de classificação Anatomical Therapeutic Chemical (ATC), desenvolvido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em seu terceiro nível (ATC-3). Dos medicamentos selecionados como amostra, por exemplo, a atorvastatina é enquadrada na Classe “C10A – Preparações Reguladoras do Colesterol e do Triglicérido”. Nesta classe também esta enquadrada a Sinvastatina, apesar de a concentração de mercado no primeiro medicamento ser muito maior do que neste. Na Tabela CMED de 2011, existem 31 laboratórios com preços registrados para a Sinvastatina, enquanto a Atorvastatina possui oito laboratórios, sendo que existiam apenas três até 2010. A Classe C10A foi classificada no Nível 1, ou seja, aquele em que haveria mais concorrência.

71. Outro ponto que pode ser questionado em relação aos critérios de reajuste é o baixo percentual de participação dos medicamentos genéricos considerado para fins de classificação nos níveis de cálculo do fator Z. O nível 1, em que há o repasse total da produtividade, abrange as



classes terapêuticas em que a participação dos genéricos é igual ou superior a 20%. Este nível abrange as classes em que há maior concorrência. Porém, podem ser enquadrados nesse nível classes em que determinado laboratório possui posição dominante. Segundo o art. 20 a Lei 8.884/1994:

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia (grifo nosso).

72. No caso de a participação dos medicamentos genéricos ser de 20% em determinada classe, seria possível a um laboratório controlar 80% do mercado relevante, ou seja, quatro vezes mais do que é considerado para identificação de posição dominante. Depreende-se que a CMED poderia estar considerando como concorrenciais mercados caracterizados por um forte poder de mercado.

73. Outra inconsistência identificada é a não alteração do preço-fábrica, exceto por meio dos reajustes anuais. Em entrevista com a equipe de auditoria, a Secretaria-Executiva da CMED afirmou que apenas promovem acréscimos anuais lineares e que está sendo realizado um estudo pela Advocacia Geral da União com o objetivo de analisar se isso é possível ou se não representaria um “direito adquirido” das empresas produtoras os registros já efetuados inicialmente na tabela.

74. Assim, no modelo de “*price cap*” adotado, uma vez fixado o preço teto, ele não seria mais revisto, exceto por meio dos reajustes anuais, mesmo sendo identificadas claras distorções em alguns dos preços-fábrica, como demonstrado na próxima seção. Os representantes da CMED alegaram que estas distorções tiveram origem no momento em que o órgão foi criado. Para os medicamentos que já eram comercializados anteriormente, a definição do preço-fábrica incorporou as distorções praticadas à época.

3.2. Estrutura da CMED

75. A CMED foi criada pela Lei 10.742/2003, que estabeleceu como seus objetivos “a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor”.

76. A norma também estabeleceu as competências do órgão, delegando a definição de sua composição para ato do Poder Executivo:

Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;

II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

III - definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;

IV - decidir pela exclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos da incidência de critérios de estabelecimento ou ajuste de preços, bem como decidir pela eventual reinclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos à incidência de critérios de determinação ou ajuste de preços, nos termos desta Lei;



V - estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

VI - coordenar ações dos órgãos componentes da CMED voltadas à implementação dos objetivos previstos no art. 5º;

VII - sugerir a adoção, pelos órgãos competentes, de diretrizes e procedimentos voltados à implementação da política de acesso a medicamentos;

VIII - propor a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos;

IX - opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos;

X - assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária;

XI - sugerir a celebração de acordos e convênios internacionais relativos ao setor de medicamentos;

XII - monitorar, para os fins desta Lei, o mercado de medicamentos, podendo, para tanto, requisitar informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados que julgar necessários ao exercício desta competência, em poder de pessoas de direito público ou privado;

XIII - zelar pela proteção dos interesses do consumidor de medicamentos;

XIV - decidir sobre a aplicação de penalidades previstas nesta Lei e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, sem prejuízo das competências dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;

XV - elaborar seu regimento interno.

77. O Decreto 4.766/2003 regulamentou a Lei 10.742/2003, estabelecendo a composição da CMED. O Conselho de Ministros é o órgão de deliberação superior e final, sendo formado pelo Ministro da Saúde – que exerce a presidência –, da Justiça, da Fazenda, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e Chefe da Casa Civil da Presidência da República. São competências do Conselho: aprovar critérios para reajustes de preços de medicamentos; decidir pela inclusão ou exclusão de produtos no regime de que trata o inciso IV do art. 2º; aprovar o regimento interno da CMED; e aprovar os preços dos medicamentos que forem objeto de alteração da carga tributária.

78. Além do Conselho de Ministro, a CMED é composta por um Comitê Técnico-Executivo e por uma Secretaria-Executiva. O Comitê é formado por secretários dos ministérios que compõem o Conselho de Ministros. Entre suas competências, podem ser destacadas as seguintes:

- a) sugerir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;
- b) propor critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;
- c) propor critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora;
- d) aprovar os preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, podendo delegar, total ou parcialmente, esta competência à Secretaria-Executiva;



- e) sugerir a exclusão ou a reinclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos da incidência de critérios de estabelecimento ou ajuste de preços, nos termos da Lei 10.742/2003;
- f) propor critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;
- g) requisitar informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados que julgar necessários, em poder de pessoas de direito público ou privado, com vistas a monitorar, para os fins da Lei 10.742/2003, o mercado de medicamentos;
- h) decidir, em instância final, os recursos interpostos contra as decisões da Secretaria-Executiva;
- i) propor a adoção de diretrizes complementares para implementação da política de regulação do setor de medicamentos.

79. A Secretaria-Executiva é exercida pela Anvisa e a ela compete: prestar assistência direta ao Conselho de Ministros; preparar as reuniões do Conselho e do Comitê Técnico-Executivo; acompanhar a implementação das deliberações e diretrizes fixadas pelo Conselho e pelo Comitê; coordenar grupos técnicos intragovernamentais, realizar e promover estudos e preparar propostas sobre matérias de competência da CMED, para serem submetidas ao Conselho e ao Comitê; realizar as investigações preliminares, instaurar e julgar os processos administrativos para apuração das infrações à Lei 10.742/2003; prestar apoio técnico, jurídico e administrativo à CMED; entre outras.

80. Ainda segundo o Decreto 4.766/2003:

Art. 9º O apoio administrativo e os meios necessários à execução dos trabalhos da CMED, do Comitê Técnico-Executivo e da Secretaria-Executiva serão providos pelo Ministério da Saúde.

81. Portanto, a CMED não possui estrutura própria para execução de suas competências. Apesar de o Decreto estabelecer que cabe ao Ministério da Saúde prover os meios necessários ao órgão regulador, atualmente praticamente todas as atividades cotidianas do órgão são executadas pelo Núcleo de Assessoramento Econômico em Regulação (Nurem), da Anvisa, núcleo este que possui competências próprias. Portanto, as atividades da CMED estão sempre sujeitas à disponibilização de infraestrutura e recursos humanos de outros órgãos e entidades governamentais.

82. Analisando comparativamente diversos órgãos reguladores no Brasil, Antonio Gelis Filho (2006) aponta a CMED como a instituição menos autônoma e menos transparente entre as 15 entidades reguladoras analisadas. O autor utilizou como critérios de pontuação, entre outros, a constituição como pessoa jurídica distinta da pessoa jurídica que a instituiu, se possui contrato de gestão, fonte própria de recursos e mandato fixo dos dirigentes, se a decisão é colegiada, se há previsão de consultas públicas e a existência de ouvidoria. A CMED satisfaz apenas o critério da decisão colegiada. Gelis Filho afirma que:

a presença de uma instituição como a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) merece estudos mais aprofundados. Em completa "contramão" histórica, a instituição, reguladora de um mercado extremamente importante, parece tratar a regulação dessa atividade como "política de Estado" no sentido mais estrito da expressão. O efeito em longo prazo desse desenho normativo merece ser acompanhado, quando não comparado com outras instituições. Também a relação da CMED com a Anvisa poderá ser objeto de estudos futuros.

83. Assim, mostra-se necessário empreender estudos mais aprofundados a respeito dos efeitos da falta de uma estrutura própria e da relação da CMED com os outros órgãos e entidades sobre o exercício de suas atribuições.



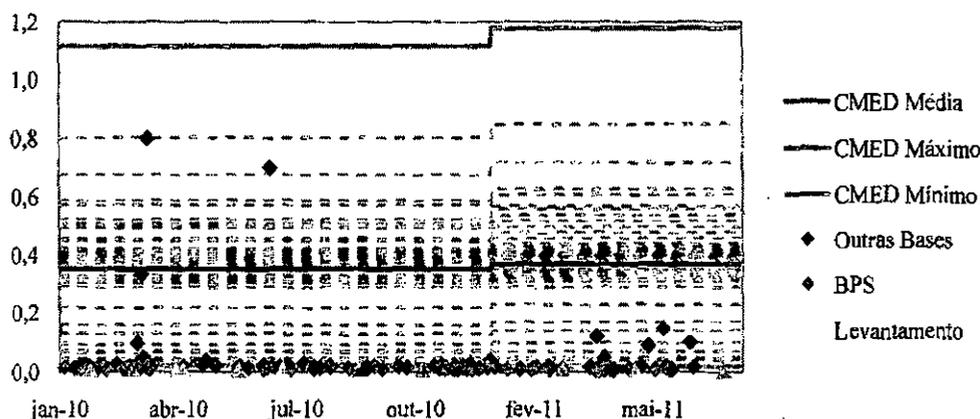
3.3. Preços registrados na Tabela CMED

84. O preço-fábrica é estabelecido por apresentação, que constitui a informação acerca da concentração, forma farmacêutica e a embalagem do medicamento. Os diferentes laboratórios que produzem medicamentos de determinado princípio ativo possuem tetos de preços diferentes, cuja variação em alguns casos chega a mais de 10.000%. Isso dificulta a utilização da Tabela CMED como parâmetro de apuração de sobrepreço nas aquisições por órgãos governamentais, pois os preços de alguns laboratórios encontram-se claramente distorcidos em relação ao que é praticado no mercado.

85. Por exemplo, o princípio ativo Captopril 25mg possui o menor preço do comprimido por R\$ 0,0115, enquanto o maior preço chega a R\$ 1,1869, ou seja, uma variação de mais de 10.221%. O reajuste anualmente concedido pela CMED para ambos os preços é o mesmo, não existindo nenhum mecanismo que diminua esta diferença, aproximando os maiores preços registrados daqueles praticados no mercado.

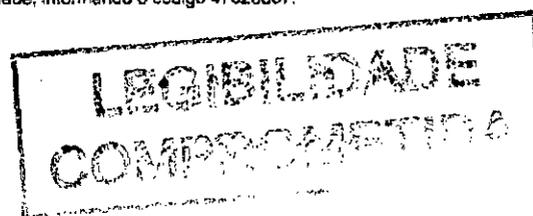
86. Foi observado que, nos princípios ativos em que há uma relativa competição, com um número maior de laboratórios com preços registrados, há graves distorções entre o preço-fábrica de algumas apresentações e o preço praticado para vendas a órgãos públicos. O Gráfico 1 apresenta a comparação entre os preços praticados em compras governamentais e os preços-fábrica registrados na Tabela CMED para o princípio ativo Captopril 25mg.

Gráfico 1. Captopril 25mg - Preços X Tabela CMED



87. As linhas tracejadas representam os menores preços-fábrica de cada laboratório com preço registrado. A linha amarela representa o menor preço-fábrica registrado dentre todos os fabricantes; a linha verde representa o maior deles; e a linha roxa representa a média dos preços registrados. Os triângulos amarelos representam os preços identificados em fiscalizações realizadas durante o presente levantamento, os losangos azuis os preços registrados no BPC e os losangos vermelhos os preços identificados em outras bases de dados, como o portal “www.comprasnet.gov.br”, os portais de compras e os diários oficiais de governos estaduais.

88. Foram identificadas 127 compras governamentais de Captopril 25mg, das quais: doze no levantamento, 83 no BPS e 32 nas demais bases de dados. A média dos preços praticados foi de R\$ 0,0336. O menor preço praticado foi de R\$ 0,0090 na compra de 50.000 comprimidos pela SMS de Nova Santa Rosa/PR; o maior preço foi R\$ 0,8000, na compra de 150 comprimidos pela Santa





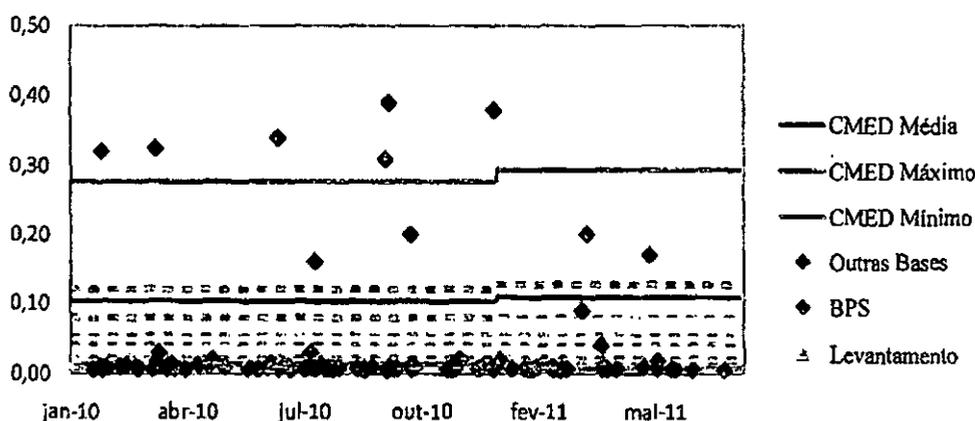
Casa de Misericórdia de Palmital/SP. Das 127 aquisições, 122 (96%) delas tiveram preços até R\$ 0,10; 119 (94%) até R\$ 0,05; e 106 (83%) até R\$ 0,02. Dos 57 laboratórios com preços registrados na Tabela CMED, onze possuem preço até R\$ 0,10; seis até R\$ 0,05; e dois até R\$ 0,02.

89. Caso a Tabela CMED seja utilizada para definição de sobrepreço, uma das questões que podem surgir é: com qual dos preços registrados a aquisição deve ser comparada? A princípio, presume-se que seja com o preço da marca que está sendo adquirida. Porém, uma vez que a maior parte dos valores registrados está acima do preço de mercado, essa comparação torna-se inócua, pois, mesmo o laboratório praticando um preço acima do mercado, ele ainda assim estará dentro do preço-fábrica. Das 127 compras analisadas, foi possível identificar a marca que estava sendo adquirida em 37 delas. Em nenhuma o preço praticado foi superior ao registrado, inclusive uma compra por R\$ 0,3346, 896% maior do que a média de R\$ 0,036, pois o preço-fábrica da marca é de R\$ 0,3480. O preço das compras governamentais representou em média 11% do valor do preço-fábrica respectivo.

90. Uma possível solução seria utilizar outro preço-fábrica que não o da marca para apuração de sobrepreço. Poderia ser estabelecido que as compras governamentais não pudessem ultrapassar o percentil 5% dos preços registrados. Para o Captopril 25mg, o teto das compras governamentais seria de R\$ 0,04 em 2011, sob o qual estariam 117 (92%) das compras identificadas.

91. A mesma realidade do mercado de Captopril 25mg pode ser observada em outros princípios ativos com número significativo de laboratórios, situação em que se observa competição entre eles, como demonstrado nos gráficos abaixo:

Gráfico 2. Ácido Acetilsalicílico 100mg - Preços Praticados X Tabela CMED



LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA



Gráfico 3. Metmorfina 850mg - Preços Praticados X Tabela CMED

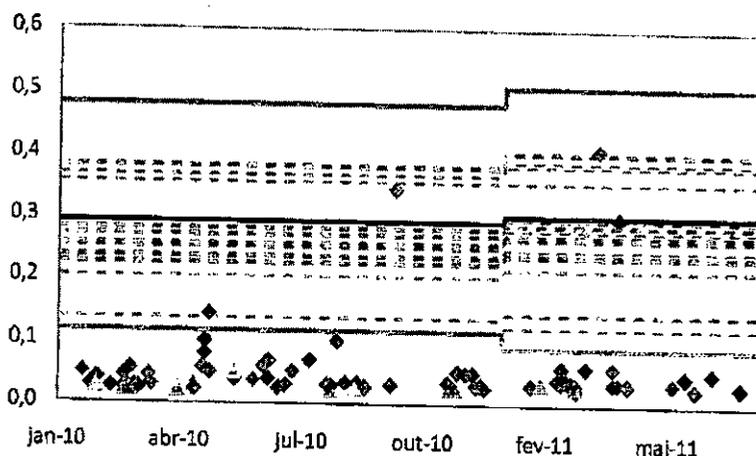


Gráfico 4. Sinvastatina 20mg - Preços Praticados X Tabela CMED

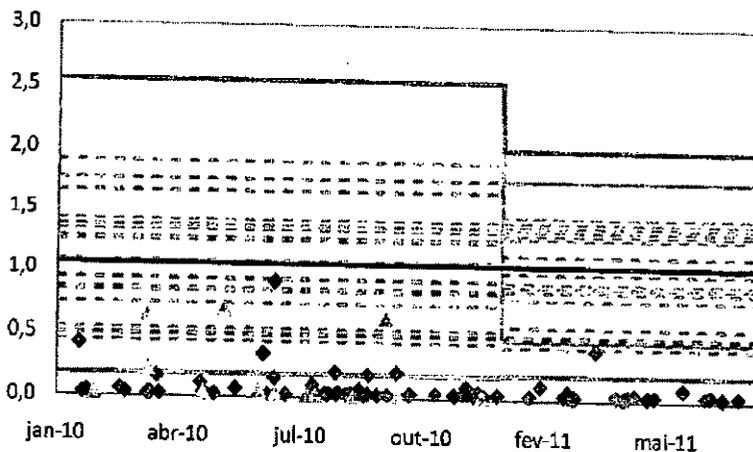
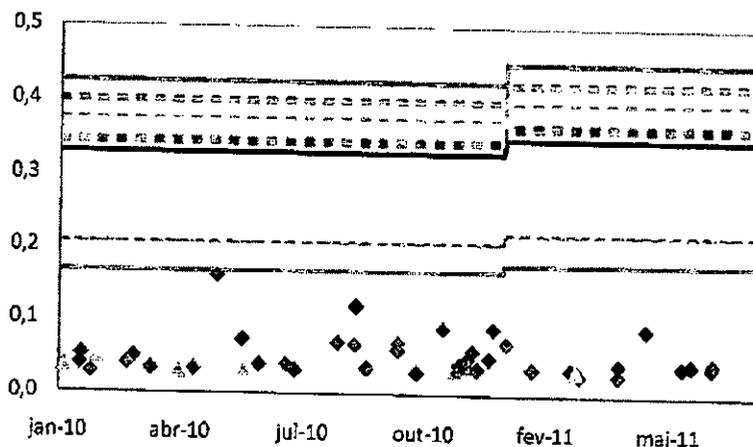


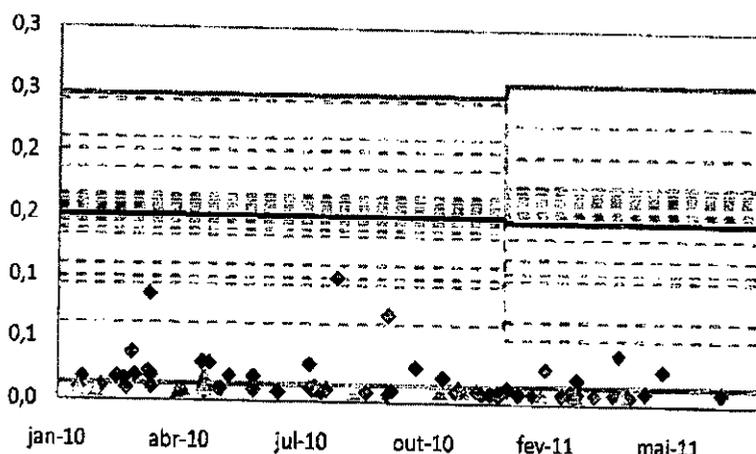
Gráfico 5. Verapamil 80mg - Preços Praticados X Tabela CMED



LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA



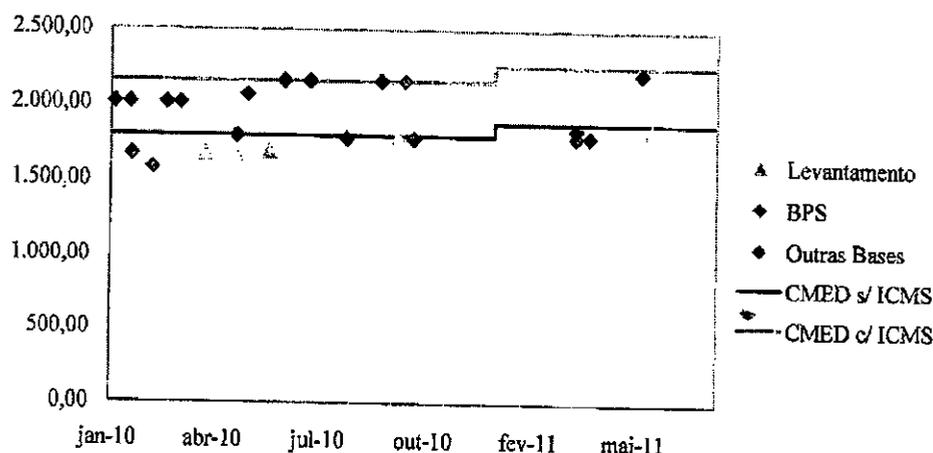
Gráfico 6. Glibenclamida 5mg - Preços Praticados X Tabela CMED



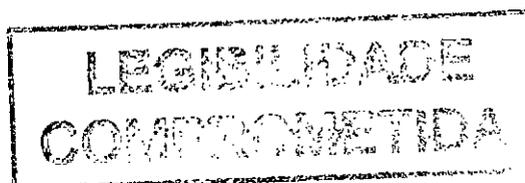
92. A partir desses dados, percebe-se que há preços registrados na Tabela CMED com evidente distorção quanto ao que é praticado nas compras governamentais, permitindo que determinados laboratórios pratiquem preços abusivos.

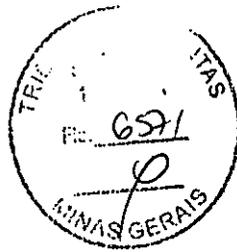
93. Já os princípios ativos que se caracterizam por situações monopólio ou oligopólio, observa-se que os preços praticados ficam próximos ao preço-fábrica. Esse é o caso do medicamento Adalimumabe 40mg, para o qual há um único laboratório com preço registrado. O Gráfico 7 traz a comparação dos valores praticados com os publicados na Tabela CMED:

Gráfico 7. Adalimumabe 40mg - Preços Praticados X Tabela CMED



94. Este medicamento possui isenção de ICMS nas vendas a entes governamentais. Em algumas das compras observadas não foi possível identificar se o preço praticado já estava isento do tributo ou se corresponderia ao valor total. Porém, como é analisado no Capítulo 4, que trata da aplicação da isenção do ICMS, a maioria dos entes registra o preço isento, já descontado do tributo. Porém, optou-se por demonstrar no gráfico tanto o preço-fábrica do medicamento isento (linha vermelha), quanto o preço total (linha laranja).





95. Verifica-se que os montantes negociados se encontram próximos ao preço-fábrica. Alguns dos valores acima da linha vermelha são preços isentos, como o representado pelo triângulo amarelo, identificado em compra realizada pela SES/DF. Dos três preços do BPS situados acima do preço-fábrica isento, um deles foi registrado pela SES/MG, que normalmente registra o preço isento. Outro valor se refere à SES/MA, que estabelece nos editais que a proposta deve contemplar o preço isento. Portanto, nestas situações estaria identificado o sobrepreço na aquisição.

96. Situações semelhantes podem ser observadas nos gráficos abaixo:

Gráfico 8. Etanercepte 25mg - Preços Praticados X Tabela CMED

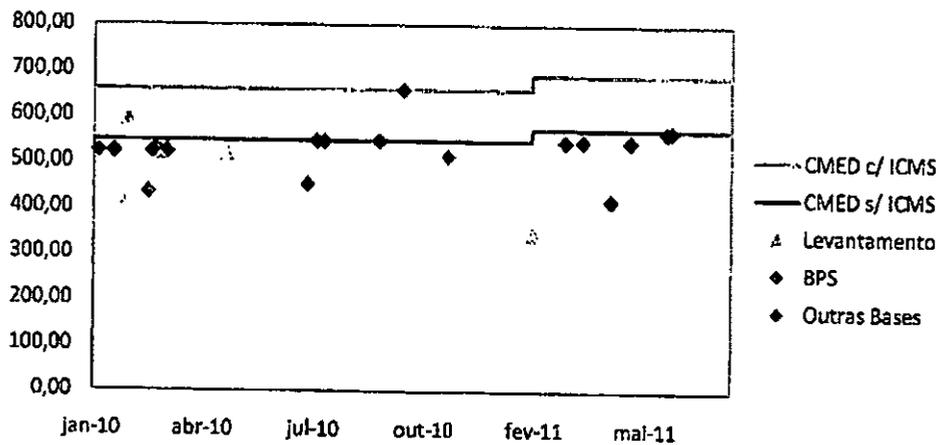
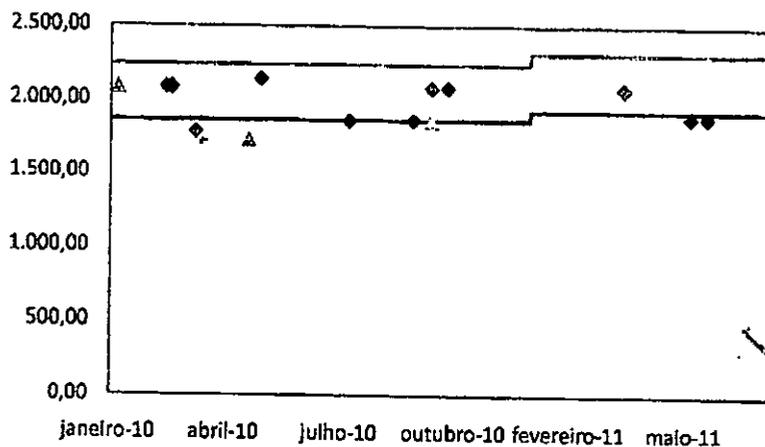


Gráfico 9. Infiximabe 10mg - Preços Praticados X Tabela CMED



REGIÃO DE
CONTABILIDADE



Gráfico 10. Atorvastatina 10mg - Preços Praticados X Tabela CMED

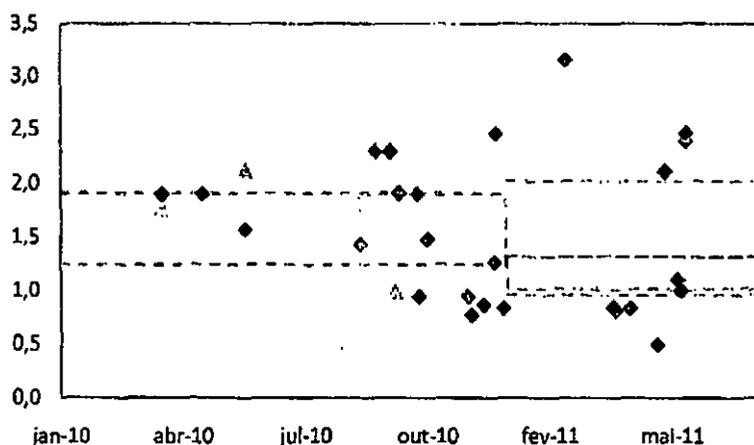
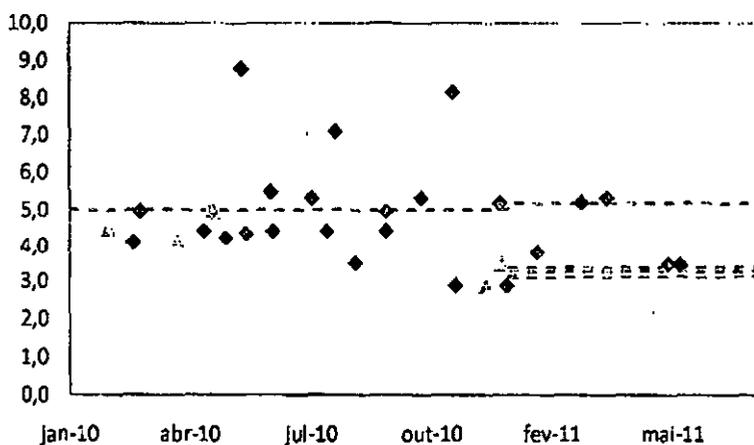


Gráfico 11. Fumarato de Quetiapina 100mg - Preços Praticados X Tabela CMED



97. No caso do Fumarato de Quetiapina 100mg, em 2010 havia apenas um laboratório com preço registrado; número que aumentou para cinco laboratórios em 2011. Percebe-se no Gráfico 11 que os valores que foram registrados em 2011 são inferiores ao preço de monopólio em 2010, havendo inclusive uma redução dos preços praticados em 2011: média de R\$ 4,7216 contra R\$ 3,9246.

98. Uma questão que se coloca é se os preços-fábricas dos medicamentos caracterizados como monopólio ou oligopólio são coerentes com o que seria praticado em uma economia com concorrência, ou se apresentam graves distorções, como verificado na maior parte das apresentações dos medicamentos em que há concorrência. Quando esta se mostra presente, os preços praticados ficam a níveis bastante inferiores ao preço-fábrica. Para os medicamentos em que não há concorrência, devido aos problemas identificados na regulação, é possível que estejam sendo praticados preços abusivos.

LEGIBILIDADE
COMPROMETIDA



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DE MINAS GERAIS



TERMO DE ENCERRAMENTO DE VOLUME

Em 18/02/2016 faço o encerramento do volume nº 31 do processo nº 932626, contendo 201 folhas, incluindo este Termo, sendo o último documento:
DOCUMENTO PROTOCOLADO SOB Nº 1146210/2016



SECRETARIA DA 1ª CÂMARA
DARLENE LUZ SOUZA