

TC 015.648/2011-7

Apenso: TC 010.717/2001-0

Natureza: Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Prudentópolis/PR

Recorrentes: Gilvan Pizzano Agibert (CPF 340.476.549-49); Júlio Alberto Durski (CPF 130.844.459-15); Julio César Makuch (CPF 024.787.419-11); GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda. (CNPJ 78.303.252/0001-87)

Advogado: Luciano Elias Reis – OAB/PR 38.577 (procurações: peças 21, 23 e 93, com substabelecimentos às peças 140 e 159)

Interessado em sustentação oral: Luciano Elias Reis – OAB/PR 38.577 (cf. peça 187, p. 29)

Sumário: Tomada de Contas Especial. Irregularidade das contas. Débito. Multa. Recursos de reconsideração. Conhecimento. Ausência de cerceamento de defesa. Ausência de comprovação da entrega dos medicamentos. Negativa de provimento.

1. Trata-se de recursos de reconsideração interposto por Gilvan Pizzano Agibert, prefeito municipal, Júlio Alberto Durski e Julio César Makuch, ex-secretários municipais de saúde (peça 187), e GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda. (peça 169) contra o Acórdão 5161/2014-2ª Câmara (peça 131) – confirmado pelo Acórdão 1890/2015-2ª Câmara – embargos de declaração (peça 174).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e §§ 2º e 3º; 19; 23, inciso III; 26; 28, inciso II; e 57 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 214, inciso III, 215 a 217 do Regimento Interno, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas e julgar irregulares as contas de Gilvan Pizzano Agibert, prefeito municipal, Júlio Cesar Makuch e Júlio Alberto Durski, ex-secretários municipais de Saúde, e das empresas Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda. e GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda.;

9.2. condenar os responsáveis ao recolhimento ao Fundo Nacional de Saúde dos valores a seguir indicados, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora desde as datas especificadas até a do pagamento, abatendo-se, no primeiro caso, os valores já ressarcidos:

9.2.1. responsáveis solidários: Gilvan Pizzano Agibert, Júlio Alberto Durski, Júlio Cesar Makuch e Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda.:

DÉBITO/CRÉDITO	VALOR (R\$)	DATA
DÉBITO	13.525,00	17/12/2010
CRÉDITO	4.575,50	09/08/2013

9.2.2. responsáveis solidários: Gilvan Pizzano Agibert, Júlio Alberto Durski e GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda.:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DO DÉBITO
----------------------	----------------

161.926,36	28/12/2010
------------	------------

9.3. aplicar aos responsáveis as seguintes multas, a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, com atualização monetária, calculada da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo estipulado:

Responsável	Valor (R\$)
Gilvan Pizzano Agibert	20.000,00
Júlio Alberto Durski	20.000,00
Júlio Cesar Makuch	1.500,00
Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda.	1.500,00
GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda.	18.500,00

9.4. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas;

9.5. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. autorizar o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.7. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias a contar do recebimento das notificações e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência dos encargos legais sobre o valor de cada parcela;

9.8. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.9. indeferir o pedido de parcelamento efetuado pelo Município de Prudentópolis/PR, por não ser o ente público responsável pelo débito apurado no processo;

9.10. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram:

9.10.1. ao Ministério da Saúde e ao município de Prudentópolis/PR;

9.10.2. ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado do Paraná, para as medidas cabíveis, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, e, em especial, ao chefe da Procuradoria da República no município de Guarapuava, em complemento às informações prestadas pelo ofício 38/2012-TCU/SECEX-PR (peça 73);

9.10.3. à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, juntamente com cópias das notas fiscais, e cientificá-la, com vistas ao cumprimento do artigo 16 da Portaria Anvisa 802/1998, de que as empresas Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda. (CNPJ 07.127.606/0001-31) e GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda. (CNPJ 78.303.252/0001-87), efetuaram vendas de medicamentos ao município de Prudentópolis/PR, na execução de convênios com recursos federais, sem informar nas notas fiscais o número do lote dos medicamentos fornecidos, em descumprimento ao artigo 13, inciso X, da mencionada portaria.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO

2. Em cumprimento ao disposto no Acórdão 1358/2011-Plenário (peça 7) – prolatado no âmbito do TC 010.717/2011-0 (apenso), acolhendo-se representação formulada por Unidade Técnica deste Tribunal –, foi instaurada a presente tomada de contas especial, que integra um conjunto mais amplo de fiscalização envolvendo gastos na área da saúde em diversos municípios paranaenses.

2.1. Conforme levantamento realizado pela Unidade Técnica, nesse contexto inserem-se também os seguintes processos:

Município	Processo	Tipo	Acórdão
Vitorino	014.419/2011-4	Tomada de Contas Especial	178/2012 - TCU - 1ª Câmara
Imbituva	014.425/2011-4	Tomada de Contas Especial	7608/2012 - TCU - 1ª



			Câmara
	008.983/2011-9	Representação	3466/2012 - TCU - Plenário
	005.311/2013-6	Tomada de Contas Especial	Não julgado
Nova Laranjeiras	014.422/2011-5	Tomada de Contas Especial	1504/2012 - TCU - 1ª Câmara
Nova Prata do Iguaçu	014.421/2011-9	Tomada de Contas Especial	1864/2012 - TCU - 1ª Câmara
Prudentópolis	010.717/2011-0	Representação	1358/2011 - TCU - Plenário
	015.648/2011-7	Tomada de Contas Especial	Não julgado
Cruzeiro do Iguaçu	026.208/2011-3	Representação	2600/2012 - TCU - Plenário
	044.445/2012-1	Tomada de Contas Especial	2162/2013 - TCU - Plenário
Capanema	009.642/2013-7	Representação	Não julgado
Santa Izabel do Oeste	010.146/2013-0	Representação	Não julgado
Cerro Azul	031.453/2013-9	Representação	Não julgado
Braganey	032.244/2013-4	Representação	Não julgado
Nova Esperança do Sudoeste	003.458/2014-8	Representação	Não julgado
Salto do Lontra	004.536/2014-2	Representação	Não julgado

2.2. Esta TCE apura irregularidades relativas à execução dos convênios 709494/2009 e 712276/2009, no valor de R\$ 125.000,00 e R\$ 100.000,00, respectivamente, celebrados entre o município de Prudentópolis/PR e o Ministério da Saúde, recursos destinados à aquisição de medicamentos da assistência farmacêutica básica para o referido município.

2.3. Foram inicialmente realizadas então as seguintes citações:

a) condutas atribuíveis aos Srs. Gilvan Pizzano Agibert e Júlio Alberto Durski:

a.1) pagamento antecipado de medicamentos, configurado pela aceitação dos termos de fiel depositário assinados pelas empresas fornecedoras;

a.2) aceitação de notas fiscais sem a identificação do número do lote e do prazo de validade dos medicamentos, emitidas, portanto, em desacordo com a exigência contida no art. 13, inciso X, da Portaria-Anvisa n. 802/1998;

a.3) pagamento da totalidade dos medicamentos adquiridos, sem que as mercadorias tenham sido entregues;

b) condutas imputáveis às empresas Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda. e GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda.:

b.1) não identificação dos lotes de medicamentos nas notas fiscais emitidas, contrariando a exigência contida no art. 13, inciso X, da Portaria-Anvisa n. 802/1998; e

b.2) recebimento de recursos públicos sem a correspondente entrega da totalidade dos medicamentos adquiridos à conta dos recursos dos Convênios 709494/2009 e 712276/2009.

2.4. Posteriormente, Júlio César Makuch, então Secretário de Saúde, foi chamado a responder solidariamente pelo dano ao erário. Embora a Unidade Técnica tenha entendido não existir nexo entre o ato praticado por ele e o débito do presente processo, o MP/TCU divergiu, entendendo que o ato do responsável de atestar o recebimento de uma mercadoria não entregue constituiria afronta ao regular processamento da fase da liquidação da despesa (art. 63 da Lei nº 4.320/64) e teria contribuído de forma decisiva para a ocorrência do dano.

2.5. Assim, Júlio César Makuch foi citado pelo ato de “ter liquidado irregularmente as notas fiscais n. 5834, 5836, 5837 e 5838, emitidas em 29/6/2011, uma vez ter sido constatada a ausência de entrega das respectivas mercadorias, em afronta ao artigo 63 da Lei n. 4.320/64” (peça 80).

2.6. As alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis foram insuficientes para justificar ou afastar as irregularidades, redundando na prolação do acórdão recorrido.

2.7. Contra tal decisão, Gilvan Pizzano Agibert, Júlio Alberto Durski e Júlio Cesar Makuch opuseram embargos de declaração, os quais foram rejeitados por meio do Acórdão 1890/2015-2ª Câmara (peça 175).

ADMISSIBILIDADE

3. Nos exames preliminares de admissibilidade às peças 177 e 207 – acolhidos pelo Relator *ad quem* em despacho às peças 180 e 209 – concluiu-se pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2.1, 9.3, 9.4 e 9.5 do acórdão recorrido.

MÉRITO

4. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

a) se houve cerceamento da defesa da empresa GTC, por não lhe ter sido concedido dilação probatória (item 5);

b) se a nova fiscalização realizada e a juntada de novos documentos trouxe prejuízo à empresa recorrente (item 6);

c) se o alegado desconhecimento da exigência de que o número dos lotes dos medicamentos constassem das notas fiscais emitidas ou o alegado fato de tal exigência não constar no edital ou no contrato celebrado com o município constituem razões idôneas que justifiquem a irregularidade (item 7);

d) se a responsabilidade solidária deve alcançar o município de Prudentópolis-PR (item 8);

e) se a exigência de que o número dos lotes dos medicamentos constassem das notas fiscais emitidas somente poderia ser feita após a notificação da decisão recorrida (item 9);

f) se resta comprovada a efetiva entrega dos medicamentos (item 10);

g) se há razão para se reduzir o valor da multa imposta à empresa recorrente (item 11);

h) se o pagamento antecipado dos medicamentos se justifica pela iminência do término de vigência do convênio (item 12);

i) se procede a alegação de que houve posterior entrega de medicamentos e emissão de novas notas fiscais (item 13);

j) se procede a alegação de que os medicamentos não foram encontrados em razão de ter sido visitado apenas um ponto de distribuição (item 14);

k) se procede a alegação de boa-fé dos gestores responsáveis (item 15);

l) se a ausência de dolo impediria a responsabilização nesta TCE (item 16);

m) se procede a alegação de ausência de individualização das condutas dos responsáveis (item 17);

n) se este Tribunal desconsiderou os elementos probatórios apresentados pelos recorrentes (item 18);

5. Preliminar – cerceamento de defesa

5.1. A empresa GTC alega cerceamento de defesa, aduzindo que:

a) a recorrente tinha interesse em produzir provas para fins de demonstração dos fatos alegados e sua veracidade; (peça 170, p. 4)

b) trata-se da exceção da verdade, por meio da qual a empresa poderia provar a verdade do que alegou, provar a verdade do que constou na defesa da tomada de contas; (peça 170, p. 4)

c) mas o processo foi julgado antecipadamente, sem possibilitar à ora recorrente o direito à produção das provas que o caso requer; (peça 170, p. 4)

d) não esta sendo respeitado o direito a ampla defesa e o devido processo legal; (peça 170, p. 4)

e) é necessário e imprescindível para o presente caso a instrução probatória e a prova testemunhal, bem como juntada de novos documentos, devendo-se declarar a nulidade do acórdão, para possibilitar às partes a produção das provas requeridas; (peça 170, p. 5)

f) a dilação probatória é imprescindível, uma vez que somente com esta se poderá provar o que é alegado. (peça 170, p. 5)

g) A respeito deste Acórdão, temos ainda a observar que o único documento utilizado para instruí-lo foi o relatório de vistoria dos Auditores do TCU, que é genérico, sem qualquer riqueza de dados que possa sustenta-lo, bem como não foi dado o direito do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88) antes de ser proferido para os municípios e empresas ali citadas. (peça 170, p. 15)

Análise

5.2. Essencialmente, a recorrente alega que houve cerceamento de defesa, na medida em que pretendia produzir provas, inclusive testemunhal, tendo sido inobservados a ampla defesa e o devido processo legal.

5.3. Ocorre que a dilação probatória pretendida pela recorrente não encontra amparo nos normativos que regem os processos que tramitam no âmbito deste Tribunal. De fato, o artigo 162 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) estabelece que “as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros”.

5.4. Ademais, a recorrente foi devidamente citada e exerceu efetivamente seu direito de defesa, apresentando alegações de defesa, as quais, no entanto, não lograram elidir ou justificar as irregularidades.

5.5. Assim, deve-se rejeitar a preliminar.

6. Preliminar – juntada de novos documentos após a apresentação da defesa

6.1. A empresa GTC alega que foram juntados novos documentos e realizada nova fiscalização após a apresentação da manifestação da recorrente, sendo que em momento algum a mesma fora intimada para se manifestar sobre tais documentos, alegações e fiscalização. (peça 170, p. 5)

Análise

6.2. A recorrente apresentou as alegações de defesa à peça 52. Posteriormente, tendo a Relatora *a qua* acolhido alegação da Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda., determinou inspeção, “com vistas a verificar se, de fato, os medicamentos constantes dos termos de fiel depositário firmados entre o município e as empresas foram realmente entregues após a fiscalização do TCU” (peça 133, p. 5).

6.3. Contudo, “não foram encontrados pela equipe de auditoria indícios de que os produtos listados nas novas notas fiscais emitidas pela empresa Distribuidora de Medicamentos São Marcos (notas fiscais n. 5834, 5836, 5837 e 5838) teriam sido entregues na referida data” (*ibidem*), dando-se seguimento ao processo.

6.4. Assim, considerando que “nenhum ato será declarado nulo se do vício não resultar prejuízo para a parte, para o erário, para a apuração dos fatos pelo Tribunal ou para a deliberação adotada” (artigo 171 do Regimento Interno/TCU) e tendo em vista que a nova inspeção não prejudicou a situação jurídica da empresa recorrente, devendo-se rejeitar as alegações.

7. Identificação dos lotes nas notas fiscais – exigência não contida no edital ou no contrato

7.1. A empresa GTC alega que desconhecia a exigência de que o número dos lotes dos medicamentos constassem das notas fiscais emitidas e que tal exigência não constava no edital ou no contrato celebrado com o município. Nesse sentido, aduz que:

a) a recorrente desconhecia a necessidade de inclusão da identificação dos lotes junto as notas fiscais; (peça 170, p. 7)

b) a exigência do artigo 13, X, da Portaria n. 802/1998 não era do conhecimento da recorrente e não constava qualquer indicação no edital de licitação e contrato, sendo que a penalidade pelo descumprimento desta norma não é a rescisão do contrato ou devolução dos valores; (peça 170, p. 9)

c) a fiscalização e punição pelo descumprimento do artigo 13, inciso X, da referida portaria cabe à ANVISA, sendo que a mesma já tomou as devidas providências; (peça 170, p. 10)

d) é totalmente descabida a presente condenação, pelo fato de não constar o número de lotes junto às notas fiscais, o que em momento algum do certame licitatório, do seu edital, contrato, cumprimento do mesmo com a entrega dos medicamentos, foram solicitados; (peça 170, p. 11)

e) no convênio entre o Município e o Ministério da Saúde não constam em momento algum que notas fiscais deveriam conter o número do lote dos medicamentos; (peça 170, p. 13)

f) o contrato se deu somente entre o município e o Ministério da Saúde, sendo que a recorrente somente cumpriu o que fora solicitado, no edital da licitação, no contrato celebrado com relação à licitação, e quando da entrega dos mesmos; (peça 170, p. 13)

g) a punição pela falta cometida por esta empresa é a prevista no art. 16 da Portaria-Anvisa n. 802/1998; (peça 170, p. 15)

h) a recorrente já está respondendo administrativamente à ANVISA; (peça 170, p. 15-16)

i) a acusação de que a não colocação dos lotes nas notas fiscais prejudica a comprovação da efetiva entrega dos medicamentos aos municípios é gravíssima, pois põe em cheque a idoneidade do fornecedor, das pessoas que receberam os medicamentos, do conselho municipal de saúde que acompanha as execuções do orçamento da saúde, enfim de todas as pessoas envolvidas no processo, um pequeno erro formal que não foi cumprido por não ser exigido no momento certo. (peça 170, p. 18)

Análise

7.2. A responsabilização das empresas fornecedoras de medicamentos fundamenta-se no artigo 13, inciso X, da Portaria-Anvisa n. 802/1998, a qual dispõe que “as empresas autorizadas como distribuidoras tem o dever de somente efetuar as transações comerciais através de nota fiscal que conterá obrigatoriamente o número dos lotes dos produtos farmacêuticos”. A observância a esse normativa independe de qualquer previsão adicional no edital do certame ou no contrato dele decorrente.

7.3. Além disso, o fato de, tal como aduzido pela recorrente, o descumprimento do normativo já estar sendo punido pela Anvisa não tem qualquer repercussão nas constatações feitas por este Tribunal. Até porque seu artigo 16 é expresso no sentido de que o descumprimento àquela norma não excluiria “demais penalidades previstas na legislação vigente”.

7.4. Ademais, ao contrário do alegado pela recorrente, a não colocação do número dos lotes nas notas fiscais não constitui “pequeno erro formal”, pois, além de ser uma exigência passível de

penalidades administrativas, no caso vertente constituiu óbice à comprovação da efetiva entrega dos medicamentos pelas empresas ao município.

7.5. Conforme consignado no voto condutor do Acórdão 1864/2012-1ª Câmara, a propósito de alegação similar:

18. Não é plausível que uma empresa distribuidora de medicamentos desconheça os termos da Portaria da Anvisa n. 802, editada em 1998, que instituiu o Sistema de Controle e Fiscalização em toda a cadeia dos produtos farmacêuticos, essa abrangendo as etapas de produção, distribuição, transporte e dispensação, sendo que as empresas responsáveis por cada uma dessas etapas são solidariamente responsáveis pela qualidade e segurança dos produtos farmacêuticos objetos de suas atividades específicas, nos termos dos arts. 1º e 2º do referido ato normativo.

19. O inciso X do art. 13 da mencionada portaria é claro ao dispor que as empresas autorizadas como distribuidoras tem o dever de “somente efetuar as transações comerciais através de nota fiscal que conterá obrigatoriamente o número dos lotes dos produtos farmacêuticos”. E mais, o trabalho de fiscalização a cargo da Secex/PR identificou que, nos diversos municípios paranaenses fiscalizados, à exceção das empresas Medix Brasil, Sobieski & Sobieski e GTC, não foi constatado nenhuma outra empresa que tenha deixado de identificar na nota fiscal o número do lote e o prazo de validade dos medicamentos. (g.n.)

7.6. Por fim, ressalte-se que a ocorrência relativa à não identificação dos lotes de medicamentos nas notas fiscais emitidas, embora pudesse constituir, por si só, mera irregularidade formal, insere-se no já referido contexto fático-probatório mais amplo que levou este Tribunal a concluir que não houve a efetiva entrega de medicamentos e portanto desvio de recursos públicos. Assim, não sendo as alegações acima capazes de elidir ou justificar a irregularidade, devem ser rejeitadas.

8. Responsabilidade solidária do município

8.1. O recorrente alega responsabilidade solidária do município, a qual, segundo a Portaria-Anvisa n. 802/1998, deveria ter armazenado as informações relativas aos lotes dos medicamentos fornecidos. Nesse sentido, aduz que:

a) o artigo 2º da Portaria-Anvisa n. 802/1998 determina que são solidários a indústria, distribuição, transporte e dispensação, que no caso seria o município; (peça 170, p. 12)

b) em seu artigo 3º, determina que as mesmas ficam obrigadas a informar, em cada unidade produzida para a venda final, o número do lote e prazo de validade; (peça 170, p. 12)

c) nos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º, as mesmas devem garantir a permanência das informações de cada produto, conforme determinada no caput do artigo 3º, ou seja, informações de lotes e prazo de validade, e os estabelecimentos não poderão aceitar a entrada dos produtos com especificações diferentes das determinadas no artigo 3º; (peça 170, p. 12)

d) assim, o município deveria ter armazenado as informações com relação ao lote dos produtos, porém o município calou-se, pois provavelmente não cumpriu com a determinação da lei, e não manteve as informações exigidas; (peça 170, p. 12-13)

e) se o município tivesse cumprido sua obrigação de manter a referida informação, seria possível emitir as devidas cartas de correção das notas fiscais, de modo que tal correção não se deu por culpa exclusiva do município. (peça 170, p. 13)

Análise

8.2. A recorrente, dos artigos 2º e 3º da Portaria-Anvisa n. 802/1998, deduz que “o município deveria ter armazenado as informações com relação ao lote dos produtos”. No entanto, não é disso que trata os referidos artigos.

8.3. O artigo 2º atribui responsabilidade solidária às empresas responsáveis pelas etapas de produção, distribuição, transporte e dispensação pela qualidade e segurança dos produtos

farmacêuticos. E o artigo 3º atribui às empresas produtoras a obrigação de informar, em cada unidade produzida, entre outras informações, número do lote e prazo de validade.

8.4. A natureza da irregularidade imputada à empresa recorrente tem natureza totalmente diversa. Está prevista no artigo 13, inciso X, do referido normativo, à identificação do número dos lotes nas notas fiscais, responsabilidade atribuída às “empresas autorizadas como distribuidoras”, e não a qualquer outro tipo de empresa e muito menos ao município recebedor dos produtos.

8.5. Portanto, não prospera a tentativa da recorrente de estender a responsabilidade solidária ao município, porquanto a alegada responsabilidade solidária não encontra amparo nos dispositivos invocados pela recorrente.

8.6. Assim, a alegação deve ser rejeitada.

9. Exigência apenas a partir da notificação da decisão do TCU

9.1. A recorrente alega que a exigência de que o número dos lotes dos medicamentos constassem das notas fiscais emitidas somente poderia ser feita após a notificação da decisão deste Tribunal. Nesse sentido, aduz que:

a) segundo os incisos XXXIX e XL do artigo 5º da Constituição Federal, a medida de exigência dos lotes nas notas fiscais dos medicamentos para efeitos de pena somente poderia ser exigida a partir da notificação do Acórdão-TCU n. 1267/2011-Plenário, ou a partir da notificação da Orientação Técnica nº 001/2011/MS/SE/FNS/CGAPC de 19/08/2011;

b) sendo que fatos anteriores a estas datas estão regidos pela norma do artigo 16 da Portaria-ANVISA n 802/1998; (peça 170, p. 17)

c) as notas fiscais aqui relacionadas são de data anterior ao acórdão e à Orientação Técnica, não sendo passíveis da exigência pretendida; (peça 170, p. 17)

d) após a notificação do Acórdão n. 1.267/2011, foram tomadas as devidas providências, adequando o sistema de emissão das notas fiscais e somente realizou-se transações comerciais conforme exige o diploma legal; (peça 170, p. 17)

e) as novas regras podem ser feitas, mas somente deverão ser exigidas a partir daquele momento e não poderá jamais retroagir ao tempo, como se busca no caso em tela. (peça 170, p. 18)

Análise

9.2. A Recorrente alega que o registro do número dos lotes nas notas fiscais somente poderia ser exigido a partir da notificação do Acórdão-TCU n. 1267/2011 ou da Orientação Técnica nº 001/2011/MS/SE/FNS/CGAPC, de 19/08/2011; e que os fatos anteriores estariam abrangidos pelo artigo 16 da Portaria-Anvisa n. 802/1998.

9.3. Ocorre que o mencionado acórdão e a orientação técnica não instituíram a obrigatoriedade de registro do número dos lotes nas notas fiscais emitidas, mas apenas reforçaram a necessidade de se alertar a estados e municípios sobre essa exigência, que já constava no artigo 13, inciso X, na Portaria-Anvisa n. 802/1998.

9.4. Tais considerações já seriam suficientes para rejeitar a alegação. No entanto, deve-se acrescentar o que consignado no voto condutor do Acórdão 1864/2012-1ª Câmara (TC 014.421/2011-9 – município de Nova Prata do Iguaçu/PR):

19. O inciso X do art. 13 da mencionada portaria é claro ao dispor que as empresas autorizadas como distribuidoras tem o dever de “somente efetuar as transações comerciais através de nota fiscal que conterá obrigatoriamente o número dos lotes dos produtos farmacêuticos”. E mais, o trabalho de fiscalização a cargo da Secex/PR identificou que, nos diversos municípios paranaenses fiscalizados, à exceção das empresas Medix Brasil, Sobieski & Sobieski e GTC, não foi constatado nenhuma outra empresa que tenha deixado de identificar na nota fiscal o número do lote e o prazo de validade dos medicamentos. (g.n.)

9.5. Tal constatação denota que o descumprimento da norma não era disseminado, mas restrito precisamente às empresas envolvidas no esquema para desviar recursos públicos destinados à compra de medicamentos por municípios paranaenses, reforçando ainda mais o juízo pela improcedência das alegações.

10. Efetiva entrega dos medicamentos

10.1. A GTC alega efetiva entrega dos medicamentos, aduzindo para tanto que:

a) a comprovação da entrega dos produtos se deu junto ao Município, que fez a conferência dos produtos, confrontando com as notas fiscais os medicamentos, quantidade e validade, sendo que somente após o recebimento e conferência dos medicamentos foram assinados os canhotos das notas fiscais, lembrando que medicamentos são produtos perecíveis; (peça 170, p. 7)

b) todos os medicamentos foram entregues, conferidos e pagos, e todas as exigências à época foram cumpridas pela recorrente; (peça 170, p. 18)

c) com relação ao convênio, o mesmo foi cumprido integralmente com a participação da licitação e assinatura do contrato. (peça 170, p. 18)

d) foram então entregues os medicamentos na sua totalidade ao Município, onde se comprova pelos comprovantes de entregas que correspondem às notas fiscais; (peça 170, p. 18-19)

e) a assinatura no canhoto da nota fiscal confirma que o produto constante no documento fiscal de fato foi entregue; (peça 170, p. 19)

f) os documentos juntados como as cópias das receitas médicas, que ficaram retidas nos postos de saúde, as fotos dos medicamentos e as declarações são provas suficientes para comprovar; (peça 170, p. 19)

g) a guarda e armazenamento dos medicamentos caberia única e exclusivamente ao município após a efetivação da entrega; (peça 170, p. 19)

h) somente pode existir uma condenação como esta onde se comprove e se demonstre o efetivo prejuízo ao erário público e a participação do recorrente, pois que sem prejuízo, sem qualquer dever de reembolso ou aplicação de multa, da mesma forma que sem qualquer participação da recorrente caso este tenha ocorrido, pois a empresa fornecedora não teve vantagem alguma. (peça 170, p. 23)

Análise

10.2. Ao contrário do alegado pela recorrente, não há comprovação de que os medicamentos tenham sido entregues, constituindo esse precisamente o fundamento da condenação.

10.3. No tocante às assinaturas nos canhotos das notas fiscais, traz-se à colação o que consignado no relatório que acompanha a decisão recorrida (peça 133, p. 8):

50. No que concerne à apresentação dos canhotos das notas fiscais, em processo semelhante, o Ministro Ubiratan Aguiar consignou em seu voto (Acórdão 1600/2011-TCU-Plenário [TC 008.983/2011-9, município de Imbituva/PR]) o seguinte entendimento.

15. Nesse sentido, registro que não há como aceitar o argumento do prefeito e da Secretária Municipal de Saúde no sentido de que há controle natural das entradas e saídas dos medicamentos. O que, na verdade, foi possível constatar é a ausência de registros de entrada, saída e controle de estoques de medicamentos. A verificação física dos estoques não revelou a existência de sinais que pudessem conduzir à conclusão de que os medicamentos foram entregues, a exemplo da identificação da empresa distribuidora nas caixas ou nas embalagens dos medicamentos (como constatado nos estoques dos outros municípios visitados). Com efeito, o atesto de recebimento da Secretária Municipal de Saúde nas notas fiscais não é capaz de, por si só, comprovar o efetivo recebimento dos medicamentos, tendo em vista a ausência de quaisquer outros indícios de que os produtos tenham sido entregues. (g.n.)

51. A Ministra Ana Arraes, no voto condutor do Acórdão 7608/2012-TCU-Primeira Câmara [TC 014.425/2011-4, município de Imbituva/PR], também se posicionou nesse sentido:

34. Quanto ao fato de haver o atesto da secretária de saúde, note-se que se discute nestes autos a não entrega de produtos, com a conivência dos gestores municipais. O atesto contido nas notas fiscais é de autoria de uma das gestoras envolvidas nas fraudes ora discutidas. Esses gestores afirmaram que é evidente que houve a conferência dos produtos, efetuada por outros servidores e estagiários, mas não apresentaram um documento relativo a essa conferência, como é comum constatar-se em processos de outros municípios.

35. Não foram apresentados, de igual modo, documentos adicionais relativos aos estoques e distribuição desses medicamentos, nem a verificação física da existência desses nos estoques do município, por parte da equipe de auditoria. Mesmo que esses medicamentos estivessem nos postos, teve-se a oportunidade de se demonstrar tal fato levando-se a equipe de auditoria aos locais ora afirmados, o que não foi feito na hora devida. As enfermeiras e servidores da farmácia não souberam informar sobre esse recebimento, o que é estranho, considerando a quantidade adquirida.

36. Em casos da espécie, o atesto de recebimento do produto só adquire validade probante quando acompanhado de outros elementos que possam afirmar sua entrega, como controle de entrada e saída do produto em estoque/almoxarifado, lista de distribuição, atesto de conferência/recebimento de servidores do município, ou outro documento que pudesse corroborar o atesto efetuado.

52. Assim, mantém-se o entendimento apresentado nas instruções precedentes (peça 57, p. 2 e peça 95, p. 3) quanto a manutenção da irregularidade.

10.4. Além disso, tem-se que não está sendo imputado à recorrente a responsabilidade pela guarda e armazenamento dos medicamentos, mas tão somente pela ausência de registro dos lotes nas notas fiscais por ela emitidas, exigência normativa a que estava obrigada e cujo inobservância inviabilizou a efetiva fiscalização quanto ao fornecimento de medicamentos ao município.

10.5. A exigência contida no artigo 13, inciso X, da Portaria-Anvisa n. 802/1998 tem como intuito claro permitir a rastreabilidade quanto aos fabricantes e distribuidores dos produtos farmacêuticos. A inobservância dessa exigência, por parte da empresa recorrente, inviabilizou o rastreamento dos produtos supostamente fornecidos por ela. Caberia a ela, então, por quaisquer outros meios, comprovar a devida entrega dos medicamentos, o que não logrou alcançar.

10.6. Assim, ante a não comprovação da entrega dos medicamentos ao município de Prudentópolis/PR, tem-se por configurado o dano ao erário, devendo-se rejeitar as alegações.

11. Alto valor da multa

11.1. A recorrente requer que, caso mantida a condenação, seja reduzido o valor da multa imposta à recorrente, tendo em vista ter sido aplicado em valores altos, devendo a mesma ser diminuída.

Análise

11.2. O artigo 57 da Lei 8.443/1992 autoriza este Tribunal, quando o responsável for julgado em débito, a aplicar multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário.

11.3. O débito imputado à empresa recorrente, atualizado até a data da prolação do acórdão recorrido, orçava a R\$ 202.375,56. Assim, verifica-se que a multa de R\$ 18.500,00 representou 9,14% do valor atualizado do débito, estando portanto dentro da margem legalmente autorizada.

11.4. Além disso, considerando que nesse passo processual, em sede recursal, a recorrente não apresentou elementos capazes de modificar o juízo anterior de condenação, não há qualquer para se modificar o valor da multa imposta às recorrentes.

12. Pagamento antecipado – iminência do término de vigência do convênio

12.1. Os recorrentes Gilvan Pizzano Agibert, Júlio Alberto Durski e Julio César Makuch alegam que o pagamento antecipado se justifica pela iminência do término da vigência do convênio. Nesse sentido, aduz que:

a) os recursos efetivamente foram pagos de forma antecipada, devido à proximidade do fim do convênio e ao receio de perder os recursos disponibilizados ao município; (peça 187, p. 4-5)

b) assim, termos de depositário fiel foram assinados pelas distribuidoras, que se comprometeram a entregar os medicamentos em momento futuro; (peça 187, p. 5)

c) os medicamentos foram pagos antecipadamente, com a emissão das respectivas notas fiscais e a assinatura dos termos de fiel depositário por parte das empresas vencedoras da licitação; (peça 187, p. 6)

d) como estava próximo o término da vigência do convênio, os gestores municipais requereram ao Ministério da Saúde a prorrogação do acordo; (peça 187, p. 6)

e) não houve resposta tempestiva do órgão ministerial quanto ao requerimento de prorrogação do acordo pelos gestores, os quais determinaram o pagamento da totalidade dos medicamentos, apesar de apenas uma parte ter sido entregue naquele momento. (peça 187, p. 6)

Análise

12.2. No tocante à suposta necessidade de se realizar pagamento antecipado dos medicamentos, as alegações dos recorrentes meramente confirmam a irregularidade.

12.3. Ademais, trata-se de alegação já rejeitada, conforme consta no relatório que acompanha a decisão recorrida (peça 133, p. 7-8):

45. Não pode prosperar a alegação e que não havia outra escolha aos gestores municipais que não fosse o pagamento antecipado às empresas.

46. Pelo contrário, a única opção possível aos gestores seria a não realização de pagamentos antecipados e a consequente devolução dos recursos não utilizados, dentro do prazo de vigência do convênio, conforme determinam os normativos legais relacionados à matéria e às próprias cláusulas estabelecidas nos termos de convênio firmados.

47. A Lei 4.320/1964, em seus arts. 62 e 63, veda expressamente o pagamento antecipado, ou seja, aquele realizado antes da liquidação da despesa.

48. A Portaria Interministerial 127/2008, vigente à época, que estabelecia normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, assim dispunha em seu art. 57:

Art. 57. Os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas nas aplicações financeiras realizadas, não utilizadas no objeto pactuado, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo estabelecido para a apresentação da prestação de contas.

Parágrafo único. A devolução prevista no *caput* será realizada observando-se a proporcionalidade dos recursos transferidos e os da contrapartida previstos na celebração independentemente da época em que foram aportados pelas partes.

49. Os termos de convênios firmados entre com o município de Prudentópolis, por sua vez, previam como obrigação do conveniente, dentre outras (peça 1, p. 22 e peça 2, p. 18):

2.14 Restituir ao CONCEDENTE o saldo apurado, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira auferidos no período, depois de aplicada a proporcionalidade inicialmente ajustada, no caso de não utilização da totalidade dos recursos pactuados para serem alocados pelo CONCEDENTE e pelo CONVENIENTE, esse último a título de contrapartida, a ocorrer no prazo improrrogável de até 30 (trinta) dias após o término da vigência, bem como na ocorrência de conclusão antecipada, rescisão ou extinção deste Convênio; (grifo meu)

12.4. Acrescente-se que não é possível, pelos elementos dos autos, comprovar as alegações dos recorrentes.

12.5. Por fim, ressalte-se que o expediente utilizado pelos recorrentes (pagamento antecipado e emissão de notas fiscais anteriormente à entrega dos medicamentos), ainda que passível de comprovação nos autos, teria como efeito deletério inviabilizar a atividade de controle externo, razão pela qual mereceria máxima reprimenda.

12.6. Ante o exposto, deve-se rejeitar as alegações.

13. Entrega posterior dos medicamentos – emissão de novas notas fiscais

13.1. Os recorrentes alegam que houve entrega dos medicamentos posteriormente à primeira vistoria. Nesse sentido, aduzem que:

a) posteriormente, na data de 29/06/2011, quando da entrega final dos medicamentos aconteceu, foi sanada a irregularidade relativa às notas fiscais sem o número dos lotes dos medicamentos fornecidos, com a empresa Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda. reemitindo as notas fiscais entregues no momento do pagamento; (peça 187, p. 8-9)

b) estas novas notas emitidas sob os números 5834, 5836, 5837 e 5838, são idênticas às anteriores (4107, 4108, 4109 e 4110), diferenciando-se apenas por conterem o lote e o prazo de validade, pois agora era possível especificá-los; (peça 187, p. 9)

c) não foram realizados novos pagamentos, pois os medicamentos já haviam sido pagos e não o seriam em duplicidade; (peça 187, p. 9)

d) a nota fiscal n. 1244, objeto do termo de depositário fiel firmado entre a municipalidade e a GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda., também foi reemitida sem gerar tributos na data de 29/06/2011 sob o n. 1541; (peça 187, p. 9)

e) nesta nova nota constam os números de lotes e os prazos de vencimento dos produtos, regularizando a situação da nota anterior. (peça 187, p. 9)

Análise

13.2. Os recorrentes meramente repetem argumentos já apresentados em suas alegações de defesa, no sentido de ter havido a entrega dos medicamentos posteriormente à primeira vistoria.

13.3. Assim, tendo a empresa São Marcos alegado a entrega dos medicamentos em junho de 2011 e a emissão de novas notas fiscais, a Relatora a qua determinou a realização de inspeção para verificar a entrega de medicamentos em 29/6/2011, quando novamente “não foram encontrados pela equipe de auditoria indícios de que os produtos listados nas novas notas fiscais emitidas pela empresa Distribuidora de Medicamentos São Marcos (notas fiscais n. 5834, 5836, 5837 e 5838) teriam sido entregues na referida data” (peça 133, p. 5).

13.4. Portanto, observa-se que a alegação de entrega posterior dos medicamentos já foi rejeitada uma vez e não há elementos que permitam o acolhimento nesta oportunidade.

14. Visita a apenas um posto de distribuição

14.1. Os recorrentes alegam que foi visitado apenas um ponto de distribuição, razão pela qual os medicamentos não foram encontrados. Nesse sentido, aduz que:

a) em ambas as auditorias, não foram encontrados os medicamentos no depósito da municipalidade que visitaram; (peça 187, p. 12)

b) em ambas as visitas apenas o posto central de distribuição do município foi visitado, sendo assim, é bastante natural que apenas uma pequena parcela dos medicamentos adquiridos tenha sido encontrada; (peça 187, p. 13)

c) não apenas os medicamentos estavam distribuídos entre os vinte postos existentes na época, como boa parcela deles já havia sido entregue à população, como comprovariam as receitas médicas juntadas aos autos; (peça 187, p. 13)

d) assim, parece razoável que a totalidade dos medicamentos não estivesse à disposição dos auditores no momento da visita; (peça 187, p. 13)

e) além disso, a segunda auditoria ocorreu dez meses após a segunda entrega de medicamentos; (peça 187, p. 13)

f) portanto não há nenhuma estranheza no fato de que boa parte dos medicamentos já não estava mais nos estoques do município. (peça 187, p. 13)

Análise

14.2. Novamente, trata-se de alegações aduzidas nas alegações de defesa, e assim rejeitadas no relatório que acompanha a decisão recorrida (peça 133, p. 10-11):

78. Não pode prosperar a alegação de que os produtos adquiridos não foram encontrados por falha da equipe de fiscalização.

(...)

80. No caso específico de Prudentópolis, a equipe foi encaminhada à profissional farmacêutica municipal, que apresentou à equipe de fiscalização as precárias instalações físicas da farmácia e de seu estoque e relatou que não existia nenhum procedimento manual ou informatizado para o controle das entradas e saídas de medicamentos.

81. Questionada sobre recebimento de grandes quantidades de medicamentos no mês de dezembro de 2010, conforme destacado nas notas fiscais das empresas GTC e São Marcos, que totalizavam R\$ 175.451,36, relatou que desconhecia o recebimento de quantidades expressivas de medicamentos.

82. Registre-se que os poucos medicamentos fornecidos pela empresa Comercial Cirúrgica Rioclarense, mediante as notas fiscais n. 118547 e 119836 (peça 1, p. 88-89 e peça 2, p. 79-80), que representavam apenas R\$ 8.777,80, foram prontamente identificados nos estoques e farmácia municipal.

83. Todavia, nenhuma amostra dos medicamentos fornecidos pela empresa GTC, mediante as notas fiscais n. 1235, 1235, 1237, 1238, 1243 e 1244 (peça 1, p. 80-87 e peça 2, p. 74-77), que representavam R\$ 161.926,36, ou da empresa São Marcos, notas fiscais n. 4107, 4108, 4109 e 4110 (peça 1, p. 91-94 e peça 2, p. 67-71), que representavam R\$ 13.525,00, foram encontrados.

84. Na tentativa de encontrar os medicamentos, a farmacêutica encaminhou ainda a equipe a uma segunda unidade de saúde, porém novamente não foram encontrados os medicamentos supostamente fornecidos pelas empresas GTC e São Marcos.

85. Ora, a equipe foi apresentada ao gabinete do prefeito, aos responsáveis pela formalização dos processos e aos profissionais da área de saúde do município e, naquele momento, ninguém possuía a informação de que os medicamentos estavam distribuídos nos outros 20 postos existentes.

86. Com relação à alegação de que boa parcela dos medicamentos já havia sido entregue à população, ressalta-se, novamente, que ainda havia nos estoques municipais quantidades consideráveis dos medicamentos adquiridos da empresa Comercial Cirúrgica Rioclarense, porém não foi encontrado nenhuma amostra dos medicamentos fornecidos pelas empresas GTC e São Marcos, não obstante o elevando número de medicamentos fornecidos por estas duas empresas.

87. No que concerne à segunda fiscalização realizada no município, tal fato só ocorreu em razão do pagamento antecipado realizado pelo município e, não obstante o tempo decorrido entre a suposta entrega e a verificação deste Tribunal, novamente 'a equipe não identificou qualquer indício dos respectivos medicamentos, seja em estoque, seja por meio da dispensação' (peça 70, p. 3).

88. Ademais, a negativa de localização dos produtos adquiridos não representou, no presente processo, uma irregularidade em si, mas somente um dos indícios que formaram a convicção de que medicamentos adquiridos não foram efetivamente entregues (peça 4, p. 3). Não mais havendo medicamentos no estoque, outras maneiras poderiam ser utilizadas para comprovar a regular aplicação dos recursos.

14.3. Portanto, a alegação de que os medicamentos não foram encontrados em razão de ter sido visitado apenas um ponto de distribuição não encontra suporte nos elementos dos autos, devendo ser rejeitada.

15. Boa-fé

15.1. Os recorrentes alegam boa-fé, aduzindo que:

a) não existe nenhuma prova cabal de que os medicamentos não foram entregues e, assim, deve haver a reforma no entendimento objurgado; (peça 187, p. 16)

b) os indícios presentes nos autos foram interpretados de maneira a desfavorecer os recorrentes, chegando-se até mesmo a se presumir a má fé, conforme manifestação da Unidade Técnica; (peça 187, p. 16)

c) a boa-fé é implícita; (peça 187, p. 16)

d) o que precisa de demonstração explícita em contrário é a suposta má fé, prova que não existe nos autos em questão; (peça 187, p. 16)

e) não se comprovou má fé dos recorrentes, presumindo-se, portanto, a ausência de dolo; (peça 187, p. 16)

Análise

15.2. A averiguação da boa-fé dos responsável se faz necessária para efeito da aplicação do disposto no artigo 12, § 2º, da Lei 8.443/1992, segundo o qual, reconhecida a boa-fé, “a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas”. Complementando este dispositivo, o artigo 202, § 3º, do Regimento Interno/TCU, estabelece que, nessa hipótese, será então concedido novo e improrrogável prazo para recolhimento da importância devida. Já o § 6º estabelece que, “não reconhecida a boa-fé do responsável ou havendo outras irregularidades, o Tribunal proferirá, desde logo, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas”.

15.3. Assim, não havendo nos autos qualquer elemento que indique a boa-fé do ora recorrente, o Tribunal proferiu desde logo a decisão de mérito, não havendo, quanto a isso, qualquer violação ao devido processo legal.

15.4. Desse modo, deve-se rejeitar as alegações.

16. Ausência de dolo

16.1. Os recorrentes alegam ausência de dolo e má-fé que justifique a imputação de improbidade administrativa. Nesse sentido, aduz que:

a) a ocorrência de irregularidade formal é diferente de irregularidade material exercida com má-fé; (peça 187, p. 19)

b) se não houve comportamento voluntário para a caracterização de infração, não há que se falar em sanção; (peça 187, p. 19)

c) não existe comportamento ilícito sem querer, e muito menos sanção; (peça 187, p. 19)

d) não se trata de má fé dos responsáveis; (peça 187, p. 19)

e) não houve prejuízo ao erário, de modo que quaisquer sanções atinentes à devolução de valores ensejaria o enriquecimento ilícito do estado; (peça 187, p. 20)

f) não houve intenção de cometer o ilícito, tratando-se, quando muito, de mera irregularidade administrativa; (peça 187, p. 20)

g) não há que se falar em ato ímprobo, pois não há dolo dos gestores; (peça 187, p. 20)

h) improbidade administrativa é uma conduta dolosa que só pode ser imputada aos gestores quando houver prova de má fé e do dolo específico de produzir dano ao erário; (peça 187, p. 20)

i) no pagamento antecipado não há má fé que justifique a imputação de improbidade administrativa; (peça 187, p. 20-21)

j) no sentido de que há a necessidade de dolo e efetivo dano, é unânime a jurisprudência do STJ (Resp 909.446, j. 6/4/2010) e do TRE-4ª Região; (peça 187, p. 21-22)

k) não se verifica motivo plausível para a condenação dos gestores à restituição dos valores, uma vez que não houve dano ao erário ou má fé na atuação. (peça 187, p. 24)

Análise

16.2. A ação de improbidade administrativa regida pela Lei 8.429/1992 não se confunde com a tomada de contas especial, que se constitui como processo administrativo com rito próprio,

disciplinado pela Lei 8.443/1992 e por normativos expedidos por este Tribunal no exercício da sua competência constitucional (em especial, Regimento Interno/TCU e Instrução Normativa-TCU n. 71/2012), aplicando-se apenas subsidiariamente as normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei 8.443/1992, nos termos do artigo 298 do Regimento Interno/TCU.

16.3. Assim, não se está a imputar aos recorrentes qualquer ato de improbidade, mas apenas a irregularidade relativa a pagamentos realizados sem o correspondente recebimento dos produtos. Uma vez que a todo aquele que gere recursos públicos compete comprovar sua boa e regular utilização – nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal e artigo 93 do Decreto-Lei n. 200/1967 –, e tendo em vista que os recorrentes não lograram justificar a irregularidade, deve-se imputar a eles o débito correspondente.

16.4. Quanto à alegada ausência de dolo, tem-se que “a condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa ou de locupletamento, bastando para tanto a constatação de conduta culposa (*stricto sensu*) dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário” (Acórdão 2367/2015-Plenário).

16.5. Ante o exposto, deve-se rejeitar as alegações.

17. Ausência de individualização das condutas

17.1. Os recorrentes alegam que não houve individualização das condutas dos responsáveis, especialmente de Julio César Makuch. Nesse sentido, aduzem que:

a) inexistente a individualização das condutas de cada qual dos envolvidos, ora recorrentes, para analisar o cabimento de eventual sanção e, conseqüentemente, a sua proporcionalidade; (peça 187, p. 24)

b) ainda que se possa tencionar culpabilidade a Gilvan Pizzano Agibert e Julio Alberto Durski, é flagrante a inexistência de concorrência ou indução na infração originária da ocorrência por parte de Julio César Makuch, uma vez que não participou e sequer concorreu com a infração originária analisada no caso vertente; (peça 187, p. 24-25)

c) como corolário, muito menos pode sofrer qualquer apenamento, eis que apenas participou de uma consequência dos atos infratores; (peça 187, p. 25)

d) assim, não pode ser imputada sanção pela infração originária; (peça 187, p. 25)

e) pela leitura do voto condutor da decisão, fica claro que Júlio Makuch não participou dos supostos atos irregulares apontados pelo TCU; (peça 187, p. 25)

f) as notas fiscais foram assinados pelo então secretário de saúde; (peça 187, p. 26)

g) a condenação solidária de Julio Makuch destoa dos acontecimentos, visto que não praticou ou concorreu com qualquer infração; (peça 187, p. 26)

Análise

17.2. No tocante à responsabilização de Júlio César Makuch, o relator *a quo* registrou (peça 132, p. 2):

8. Nesse contexto, ainda que Júlio Cesar Makuch não tenha participado dos atos que deram ensejo aos pagamentos irregulares em dezembro/2010, de responsabilidade de Gilvan Pizzano Agibert e Júlio Alberto Durski, sua atitude em firmar os canhotos das notas fiscais emitidas posteriormente para tentar provar a entrega dos medicamentos pagos antecipadamente, sem que isso tenha comprovadamente ocorrido, concorreu para consumação do prejuízo ao erário, além de configurar infração às disposições legais.

17.3. Com efeito, observa-se que a responsabilidade solidária atribuída a Júlio César Makuch restringiu-se aos valores correspondentes às notas fiscais cujos canhotos ele assinou no intuito de comprovar a entrega de medicamentos em relação aos quais não havia comprovação de que foram efetivamente entregues. Desse modo, sua responsabilidade restringiu-se a uma pequena do débito total apurado, redundando numa multa de valor bem inferior à cominada aos outros responsáveis.

17.4. Assim, ao contrário do alegado, não houve qualquer desproporcionalidade na responsabilidade atribuída a Júlio César Makuch, devendo as alegações ser rejeitadas.

18. Desconsideração dos elementos probatórios apresentados

18.1. Os recorrentes alegam que foram desconsiderados os elementos probatórios apresentados pelos responsáveis. Nesse sentido, aduzem que:

a) houve a desconsideração até da ata notarial; (peça 187, p. 26)

b) a ata notarial é um documento subscrito por um agente que possui fé pública, o que *per si* determina a presunção de sua legitimidade e veracidade; (peça 187, p. 26)

c) por conseguinte, para desconstituí-la seria necessário que se afastasse a veracidade das informações lá esposadas ou a legitimidade do subscritor; (peça 187, p. 27)

d) no presente caso, não houve qualquer comprovação ou alegação dos próprios analistas técnicos, auditores e do Relator *a quo* contra as provas produzidas pelos interessados, razão pela qual não pode ser simplesmente desconsiderado, sob pena de a decisão conflitar frontalmente com as provas dos autos; (peça 187, p. 27)

e) no voto condutor da decisão, as fotos e as declarações foram simplesmente desconsideradas e consideradas sem valor; (peça 187, p. 27)

f) como elementos de prova tem-se, além das declarações e fotos, a manifestação do Conselho Municipal de Saúde, ata notarial, cópia de receitas, registros de entradas e saídas, etc. (peça 187, p. 27-28)

g) assim, há contradição entre a decisão e as provas dos autos, em ofensa ao princípio da verdade real; (peça 187, p. 28)

Análise

18.2. Sobre esse ponto, registrou-se no voto condutor da decisão recorrida: (peça 132, p. 2-3):

14. Relativamente às cópias de receitas que teriam ficado retidas nos postos de saúde (peças 51, p. 19/29, e peça 99, p. 76/92), não servem elas para provar o fornecimento dos medicamentos, porquanto representam uma pequena amostra e não contêm qualquer recibo dos beneficiários.

15. Da mesma forma, as fotos (peça 51, p. 31/32) e declarações (peça 99, p. 94 e 97/101) apresentadas não são provas suficientes da entrega. A jurisprudência deste Tribunal é firme em reconhecer a ausência de valor probante de fotos e declarações para comprovar a execução de contrato/convênio, quando desacompanhadas de outros meios capazes de demonstrar o nexo causal entre o objeto e os recursos empregados.

16. No caso específico, a credibilidade desses elementos resta prejudicada ante as situações descritas pela unidade técnica, em especial de que as datas de parte das fotos são anteriores à da suposta entrega dos medicamentos, em 29/6/2011 (peça 70), e de que laboratórios fabricantes não confirmaram a venda, à empresa GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda., da quantidade de medicamentos e de determinados lotes informados em notas fiscais e na declaração registrada em ata notarial (peças 121/2).

(...)

18. Além disso, como o município não possuía sistema informatizado de controle de estoque de medicamentos, foi solicitada pela equipe de auditoria a disponibilização dos controles manuais e as receitas médicas retidas dos pacientes. Entretanto, foi apurado que esse controle manual dos estoques também não existia, assim como não havia guarda das cópias das receitas médicas que eventualmente poderiam comprovar a dispensação dos remédios.

18.3. Assim, verifica-se que todos os elementos probatórios mencionados pelos recorrentes foram rejeitados, seja por sua própria fragilidade, seja por terem sido infirmados por outros elementos dos autos. Desse modo, deve-se rejeitar as alegações.

CONCLUSÃO

19. Da análise, conclui-se que:

a) a dilação probatória pretendida pela recorrente não encontra amparo nos normativos que regem os processos que tramitam no âmbito deste Tribunal, além do quê a recorrente foi devidamente citada e apresentou alegações de defesa, as quais, no entanto, não lograram elidir ou justificar as irregularidades a ela atribuídas (item 5);

b) embora tenha sido realizada inspeção posteriormente à entrega das alegações de defesa da empresa recorrente, os elementos então colhidos não prejudicaram a situação jurídica da recorrente, não havendo que se falar em nulidade (item 6);

c) a exigência de que o número dos lotes dos medicamentos constassem das notas fiscais emitidas é prevista desde 1998 e independe de qualquer previsão adicional no edital do certame ou no contrato dele decorrente (item 7);

d) a alegada responsabilidade solidária do município de Prudentópolis/PR não encontra amparo nos dispositivos invocados (item 8);

e) a exigência de que o número dos lotes dos medicamentos constassem das notas fiscais emitidas já constava no artigo 13, inciso X, na Portaria-Anvisa n. 802/1998, de observância obrigatória pelas empresas distribuidoras de medicamentos, além do quê se verificou que, “à exceção das empresas Medix Brasil, Sobieski & Sobieski e GTC, não foi constatado nenhuma outra empresa que tenha deixado de identificar na nota fiscal o número do lote e o prazo de validade dos medicamentos” (item 9);

f) ao contrário do alegado, não houve comprovação nos autos da efetiva entrega dos medicamentos (item 10);

h) como a recorrente não apresentou elementos capazes de modificar o juízo anterior de condenação, não há qualquer para se modificar o valor da multa imposta às recorrente (item 11);

i) a iminência do término da vigência do convênio não constitui justificativa idônea para o alegado pagamento antecipado dos medicamentos (item 12);

j) em nova fiscalização realizada, verificou-se ser improcedente a alegação de posterior entrega dos medicamentos e emissão de novas notas fiscais (item 13);

k) a alegação de que os medicamentos não foram encontrados em razão de ter sido visitado apenas um ponto de distribuição não encontra suporte nos elementos dos autos (item 14);

l) a análise da boa-fé dos recorrentes não constituiu elemento agravante da situação jurídica deles, mas apenas elemento autorizador para o julgamento das contas sem concessão de prazo adicional para a quitação do débito (item 15);

m) a condenação em débito independe da ocorrência de conduta dolosa, bastando a conduta culposa dos responsáveis pela irregularidade que ocasionou o dano ao erário (item 16);

o) a responsabilidade solidária atribuída a Júlio César Makuch restringiu-se aos valores correspondentes às notas fiscais cujos canhotos ele assinou no intuito de comprovar a entrega de medicamentos em relação aos quais não havia comprovação de que foram efetivamente entregues, não havendo que se falar em ausência de individualização de condutas (item 17);

p) todos os elementos probatórios mencionados pelos recorrentes foram rejeitados, seja por sua própria fragilidade, seja por terem sido infirmados por outros elementos dos autos, não havendo que se falar em desconsideração dos elementos probatórios (item 18).

19.1. Assim, propõe-se **negar provimento** ao recurso.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

20. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) dar ciência da decisão aos recorrentes e demais interessados.



TCU/Secretaria de Recursos, em 18/1/2016.

(assinado eletronicamente)

Emerson Cabral de Brito
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 5084-9