

TC 016.828/2009-0

Tipo de processo: Tomada de Contas Especial
Unidade jurisdicionada: Secretaria da Saúde do Estado de Goiás – SES/GO

Responsáveis: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda (26.921.908/0001-21), Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda (03.553.585/0001-65), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00), Fernando Passos Cupertino de Barros (195.630.601-30)

Advogado/Procurador: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB-GO 11.703); Fabrício Mendonça de Faria (OAB-GO 22.805); Milena Gilberti (OAB-GO 21.795E); Fabrício David de Souza Gouveia (OAB-GO 22.784); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB-DF 24.089); Marcio Pacheco Magalhães (OAB-GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB-GO 25.000); Sueli Pereira de Souza (OAB-GO 25.750)

Proposta: Mérito

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial decorrente da má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 293/2005, constituída por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário (peça 1, p. 20).

HISTÓRICO

2. A tomada de contas especial de que tratam estes autos apresenta indícios de irregularidade concernentes à prática de atos de gestão causadores de débito. Conforme expõe o conteúdo da instrução técnica inicial (peça 14, p. 14-23), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 293/2005, do que resultou proposta de imputação de débito correlacionado ao pagamento de valores indevidamente faturados, envolvendo as empresas fornecedoras (Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda) e os servidores responsáveis pelos pagamentos no âmbito da SES/GO.

3. Promovido o devido contraditório, a instrução técnica subsequente (peça 17, p. 86-97) cuidou de analisar as alegações de defesa apresentadas para concluir por sua improcedência e, ato seguinte, propor a condenação dos responsáveis, segundo três imputações solidárias de débito, envolvendo as empresas Hospfar e Milênio, bem como os srs. Cairo Alberto de Freitas (secretário estadual de saúde), Fernando Passos Cupertino de Barros (secretário estadual de saúde) e Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro). Consignou-se, na instrução, a exclusão da responsabilidade relativa ao sr. Adriano Kennen de Barros, por não ter participação nos atos caracterizadores do débito, quais sejam, nos atos de pagamento das parcelas indevidas (peça 17, p. 94).

4. Em pronunciamento que lhe compete, o Ministério Público junto ao TCU, após exame de todas as informações até então reunidas, acolheu a proposta oriunda da unidade técnica,

considerando a fundamentação jurídica constante do art. 16, III, alíneas “b” e “c” da Lei 8.443/1992 (peça 17, p. 99-101). Considerando, todavia, a autuação de elementos adicionais de defesa em favor da empresa Hospfar, de ordem do Ministro-Substituto Augusto Sherman, sua chefe de gabinete determinou a restituição dos autos à unidade técnica para que fosse promovida nova instrução (peça 17, p. 112).

5. Diante dos elementos adicionais de defesa, viabilizou-se novo exame técnico, no qual se mantiveram as mesmas imputações de débito, segundo três grupamentos de responsáveis, conforme discriminados em instrução anterior (peça 17, p. 121-135). Em seu segundo pronunciamento formal sobre a tomada de contas especial, o MP/TCU manifestou concordância à proposta da unidade técnica (peça 17, p. 138).

6. O despacho que se seguiu, também de ordem do Relator, faz referência a despacho prolatado no TC – 004.589/2010-6 em 4/4/2011, no sentido de que seu conteúdo balize um novo pronunciamento ao encargo desta unidade técnica, com o objetivo de que seja aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS com relação às faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO (peça 17, p. 139). O referido despacho foi juntado aos autos (peça 21) e as implicações do seu teor, na perspectiva de que não somente esta, mas as diversas tomadas de contas especiais que versem sobre o aludido tema tenham tratamento técnico similar, passam a ser objeto do exame que se segue.

EXAME TÉCNICO

Superfaturamento de medicamentos

7. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 – P, decorre a possibilidade de existir nos presentes autos outro tipo de imputação de débito além do que se relaciona ao pagamento de tributo indevidamente faturado. De fato, as instruções técnicas pertinentes aos TC’s 004.562/2010-0 e 004.596/2010-2 identificaram ocorrência de débito por conta de superfaturamento na aquisição dos medicamentos, tendo em vista que os valores unitários de alguns medicamentos adjudicados superaram as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI do anexo ao Decreto nº 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora – conforme inclusão expressamente determinada pelo Relator –, passaram a responder pelo débito.

8. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. A comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 293/2005 (peça 1, p. 88) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 7, p. 97-98), indica que não houve extrapolação ao parâmetro de preços. Mesmo o item 10, relativo ao medicamento “isotretinoína” que não consta da ordem de fornecimento expedida em favor da empresa Hospfar, teve seu valor de adjudicação dentro do parâmetro de preços (peça 7, p. 86).

Cobrança indevida de tributo

9. O débito tratado nos presentes autos não tem nada que ver com superfaturamento, no sentido tratado no tópico anterior, e diz respeito tão-somente às irregulares condutas das empresas fornecedoras, bem como a dos servidores responsáveis pelos pagamentos das faturas, os quais simplesmente desprezaram a força vinculante do edital e permitiram que os medicamentos fossem pagos de forma diversa da que havia sido previamente determinada.

10. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 17, p. 139 e peça 21) fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda por

conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos viabilizadas pelo Pregão 293/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 22). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCE's que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pelas empresas fornecedoras dos valores indevidamente faturados, o que as obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

11. Resta abordar sobre uma questão levantada no despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de bitributação, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do tributo (peça 2, p. 66-67). Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contemplou a incidência do tributo, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

12. Entende-se, portanto, que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. Entende-se que a estimativa de preços promovida dentro da licitação possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa a imputação de débito constante dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

Alteração da imputação de débito

13. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Milênio baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 13, p. 85-86), do que resultou, no âmbito desta unidade técnica, duas propostas de imputação solidária de débito (peça 17, p. 133-134). De acordo com as datas dos pagamentos das notas fiscais ali referidas, correlacionadas com os períodos de gestão dos responsáveis, apontados em instrução (peça 17, p. 121-122) a empresa se solidariza pela dívida ora com os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, ora com os srs. Fernando Passos Cupertino de Barros e Antônio Durval de Oliveira Borges. Com relação a este último grupo de solidariedade, foram identificadas apenas quatro notas fiscais com pagamentos indevidos, cujas datas são: 10/3/2006 e 4/5/2006. Ocorre que essas ocasiões antecedem o período de gestão relacionado ao sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, iniciada em 1/8/2006, o que implica na impossibilidade jurídica de ser responsabilizado em conjunto com o sr. Fernando Passos Cupertino de Barros. Com relação ao outro grupo de solidariedade, envolvendo a empresa Milênio e o sr. Cairo Alberto de Freitas, há parcelas que não alcançam o período de gestão do sr. Antônio Durval de Oliveira Borges.

14. Pela mesma razão, o referido responsável também não deve responder pela dívida relacionada à empresa Hospfar.

15. Outro aspecto passível retificação na imputação de débito que alcança a empresa Milênio diz respeito aos valores da dívida. Consoante disposto na instrução inicial (peça 14, p. 20-23), o cálculo da referida dívida baseou-se em planilha produzida pelo tomador de contas (peça 13,

p. 85-86), cujo teor assinala que o quantitativo pago à empresa – com referência a todas as notas fiscais listadas – alcança o montante de R\$ 2.620.880,89, sendo que R\$ 1.863.270,70 com financiamento federal, ou seja, 71,09%. Dessa feita, o cálculo de débito realizado por esta unidade técnica fez incidir o referido percentual sobre o valor indevidamente pago correspondente a cada nota fiscal para alcançar os quantitativos a serem devolvidos; cada qual correspondente a uma específica nota fiscal.

16. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento de muitas notas fiscais com recursos federais não ensejou valores indevidos. Tal constatação conduz à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração das novas planilhas de débito com relação à empresa Milênio, abaixo expostas, levam em conta que somente sete notas fiscais requereram a apuração da proporcionalidade de participação da fonte federal “23” (NF’s 53046, 40769, 41203, 44516, 42668, 47719 e 49352), considerando que as demais foram pagas em sua integralidade com recursos federais. De tal retificação metodológica resultou a constatação de que o débito apurado, no caso da empresa Milênio, soma o valor de R\$ 147.875,39 e não de R\$ 196.684,09, conforme consignado em instrução técnica.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

17. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a merecer uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica somente se diferencia das anteriores pela exclusão da responsabilidade do sr. Antônio Durval de Oliveira Borges com relação às parcelas de dívidas cujas datas são anteriores ao seu período de gestão. Isso implicou na reelaboração dos grupos de solidariedade. Também houve a redefinição, a menor, dos quantitativos de dívida relacionados à empresa Milênio.

18. Enfim, os temas que dizem respeito ao mérito das contas já foram analisados na amplitude necessária. A redefinição da imputação de débito, em termos quantitativos – a menor – e de grupos de solidariedade, não prejudicam o encaminhamento de mérito.

19. Por fim resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 23), cujo teor assinala a existência de laudos periciais sobre preços de medicamentos produzidos pela Polícia Federal. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 24), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 293/2005.

20. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 17, p. 121-135), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) excluir o sr. Adriano Kennen de Barros do rol de responsáveis;

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda, nos termos do art. 16, “b” e “c” da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresas, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 293/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

c) condenar os responsáveis ao recolhimento das dívidas que se lhes referem ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até a do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de

quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento do débito;

c.1) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda;

Valor (R\$)	Data
42.570,00	30/6/2006

c.2) solidariedade entre Fernando Passos Cupertino de Barros e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
40769	8.684,44	10/3/2006
41203	1.339,60	10/3/2006
44516	124,49	4/5/2006
42668	10.981,20	4/5/2006

c.3) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
53046	669,80	30/6/2006
47719	10.338,62	30/6/2006
49352	60,28	30/6/2006
57792	15.533,45	13/7/2006

c.4) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
62145	2.712,69	18/9/2006
62566	334,90	18/9/2006
62148	971,21	18/9/2006
70319	3.349,00	18/9/2006
65798	2.679,20	18/9/2006
65467	689,24	18/9/2006
64923	27.569,65	18/9/2006
66561	13.784,82	18/9/2006
65960	3.349,00	18/9/2006
72314	44.703,80	18/9/2006



d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Fernando Passos Cupertino de Barros e às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

e) autorizar a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, II da Lei 8.443/1992;

f) encaminhar cópia do relatório, voto e acórdão a serem proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, bem como ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás.

Goiânia, 15 de maio de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9