



TC 004.592/2010-7

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), Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (37.396.017/0001-10), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15) e Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00)

Advogado/Procurador: Marcus Vinicius L. L. de Freitas (OAB-GO 14.282); Suraya Mamede Sulaimem (OAB-GO 28.352); Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB-GO 11.703); Fabrício Mendonça de Faria (OAB-GO 22.805); Milena Gilberti (OAB-GO 21.795E); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB-DF 24.089)

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 201/2005, constituída por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário (peça 1, p. 21).

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 16, p. 40-44 e peça 17, p. 3-4), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 201/2005, 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 Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.) e os servidores responsáveis pelos pagamentos no âmbito da SES/GO.

3. Promovido o devido contraditório, a instrução técnica subsequente (peça 25, p. 1-12) cuidou de analisar as alegações de defesa apresentadas para concluir por sua improcedência e, ato seguinte, propor a condenação solidária dos responsáveis: empresas Hospfar e Medcommerce, bem como os srs. Cairo Alberto de Freitas (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.

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 25, p. 14-16). 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 27, p. 32).

5. Diante dos elementos adicionais de defesa, viabilizou-se novo exame técnico, no qual se manteve a mesma proposta de imputação de débito (peça 28, p. 3-17). Em seu segundo pronunciamento formal sobre a tomada de contas especial, o MP/TCU manifestou concordância à proposta da unidade técnica (peça 28, p. 57).

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 28, p. 58). O referido despacho foi juntado aos autos (peça 32) 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 –, passariam a responder pelo débito.

8. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. Apesar da comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 201/2005 (peça 1, p. 42) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 6, p. 32-33 e 38), indicar que alguns medicamentos foram adquiridos com preço superior à referência, a aquisição só foi confirmada porque houve a averiguação de sua compatibilidade ao parâmetro de preço máximo ao consumidor (peça 8, p. 17-40), o que era permitido por norma expedida no âmbito da SES/GO (Portaria 178/2005). A referida portaria estabelece que a estimativa de preços seria dada pela média encontrada entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizar outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado. Mesmo assim, houve renegociação ulterior junto às empresas fornecedoras, do que resultou em redução de preços para alguns medicamentos, permanecendo, para outros, patamares de custo superiores aos da estimativa (peça 9, p. 8).

9. Não nos parece adequado questionar-se sobre a correção da referida justificativa, porque isso levaria a uma investigação de difícil solução, no sentido de identificar qual seria a referência correta de preços para aquisição de medicamentos no setor público. Sob o ponto de vista jurídico, essa questão encontrou uma referência normativa certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1.146/2011 – P, indicou as referências praticadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa como parâmetro para o controle de preços.

10. Mesmo assim, o tema continua gerando muitas dificuldades. Segundo levantamento posteriormente realizado por esta Corte em vários estados da federação, sob a coordenação da 4ª Secex, entre cujos objetivos se encontrava a avaliação da tabela CMED enquanto instrumento hábil para aferição de preços, foram verificadas graves dificuldades na sua utilização como parâmetro nas aquisições de medicamentos processadas em âmbito público. Isso conduziu a uma deliberação certo modo contraditória ao decisório acima aludido, cujo teor parece indicar a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de cálculo para avaliação de preços, pautada por pesquisas de preços devidamente fundamentadas (Acórdão 140/2012 – P, inserido na Relação 2/2012 – P; TC – 009.625/2011-9).

11. Portanto, parece-nos de impossível solução a questão de se indicar uma específica referência de preços praticada pelo mercado, a qual possa balizar uma adequada apreciação sobre a conformidade dos preços praticados numa licitação de muitos anos atrás. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinados itens dá sustentabilidade à justificação de que trata o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.

Cobrança indevida de tributo

12. O débito tratado nos presentes autos não tem nada que ver com superfaturamento, no sentido tratado no tópico anterior, e diz respeito tão-somente à irregular conduta 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.

13. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema 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. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 33). 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.

14. Resta abordar sobre uma questão levantada em 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 dupla incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do imposto. 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.

15. 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

16. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Hospfar baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 16, p. 13-14). Consoante disposto na instrução inicial (peça 16, p. 44), o cálculo da referida dívida levou em conta a informação relativa ao quantitativo indevidamente pago à empresa – com referência a todas as notas fiscais listadas –, cujo montante alcança o valor de R\$ 120.018,95, sendo R\$ 83.713,22 com financiamento federal, ou seja, 69,75 %. 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.

17. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento de muitas notas fiscais não contemplou a participação de recursos federais. Tal constatação conduz à necessidade de se identificar para cada nota fiscal o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração da nova planilha de débito relacionada à empresa Hospfar, constante da proposta de encaminhamento, apurou a efetiva participação da fonte federal “23” em relação aos valores indevidamente pagos concernentes a cada documento fiscal. Somente em relação a uma nota fiscal (NF 111533), houve necessidade de se apurar a proporcionalidade da referida participação. De tal retificação metodológica resultou a constatação de que o débito apurado soma o valor de R\$ 39.798,59 e não de R\$ 83.713,22, conforme consignado em instrução técnica.

Laudo pericial

18. A Procuradoria da República em Goiás encaminhou a esta unidade técnica cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de se colherem esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 201/2005 (peça 28, p. 18-52).

19. Em termos gerais, o laudo confirma o entendimento exposto nesta instrução, no sentido de que é inequívoca a exigibilidade dos pagamentos com base nos preços adjudicados, devendo ser subtraída a parcela financeira correspondente ao tributo de ICMS.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

20. 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 redefinição, a menor, do valor da dívida relativa à empresa Hospfar.

21. 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 28, p. 3-17), 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 e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos 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 201/2005, 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 comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento do débito;

c.1) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
99729	4.159,30	21/11/2007
97519	582,60	21/11/2007
95053	10.398,24	21/11/2007
92070	8.384,58	21/11/2007
88075	12.538,79	16/4/2007
89456	2.512,91	21/11/2007
111533	1.222,17	16/4/2007

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
44702	18.433,14	18/9/2006
45151	19.457,21	18/9/2006
45344	107.526,68	18/9/2006

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos 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, 21 de junho de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9