



**TC 016.592/2010-7**

**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), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15) e Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00)

**Advogado/Procurador:** Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB-GO 11.703); Fabrício Mendonça de Faria (OAB-GO 22.805); Milena Gilberti (OAB-GO 21.795E)

**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 171/2005, 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. 69-72), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 171/2005, do que resultou proposta de imputação de débito correlacionado ao pagamento de valores indevidamente faturados, envolvendo a empresa fornecedora (Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.) e os servidores responsáveis pelos pagamentos no âmbito da SES/GO.

3. Promovido o devido contraditório, a instrução técnica subsequente (peça 20, p. 62-72) cuidou de analisar as alegações de defesa apresentadas para concluir por sua improcedência e, ato seguinte, propor a condenação solidária dos responsáveis: empresa Hospfar, bem como os Senhores Cairo Alberto de Freitas (secretário estadual de saúde) e Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro).

4. Em pronunciamento que lhe compete, o Ministério Público junto ao TCU, após exame de todas as informações até então reunidas, assentiu com a proposta da unidade técnica (peça 20, p. 75).

5. O despacho que se seguiu, de ordem do Ministro-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 20, p. 76). O referido despacho foi juntado aos autos (peça 24) 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

6. 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.

7. 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 171/2005 (peça 1, p. 41) e aqueles que foram adjudicados, conforme ata licitatória (peça 7, p. 55-72), indicar que alguns medicamentos foram adquiridos com preço superior à referência (itens 2, 4, 5, 6 e 8), a aquisição só foi confirmada porque houve a averiguação de sua compatibilidade ao parâmetro de preço máximo ao consumidor (peça 8, p. 46-50), 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.

8. 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.

9. 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).

10. 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 pelo 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**

11. 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 da empresa fornecedora, 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.

12. 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 25). 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 pela empresa fornecedora dos valores indevidamente faturados, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

13. 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 (peça 2, p. 32), 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.

14. 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**

15. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Hospfar baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 16, p. 39-40), na qual são discriminados os valores indevidamente pagos para cada nota fiscal. Com relação à nota fiscal 092991, o valor da dívida que se lhe refere não é a que consta na proposta consignada em instrução inicial (R\$ 42.637,60 – peça 16, p. 72) e repetida em instrução subsequente, e sim a que consta na própria planilha (R\$ 10.171,44). Portanto, deve-se promover a retificação.

#### **Elementos adicionais de defesa**

16. A empresa Hospfar defende, por meio de sua última manifestação (peça 23), a invalidade da exigência contida em edital, no sentido de que os preços ofertados já contemplassem a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS. Baseia-se em decisório recentemente proferido no âmbito desta Corte (Acórdão 140/2012 – P, inserido na Relação 2/2012 – P; TC – 009.625/2011-9), segundo o qual é reconhecida a inconstitucionalidade de semelhante exigência, do que culminou recomendação ao Conselho Nacional de Política Fazendária para que alterasse

disposição contida no Convênio ICMS 87/2002, de forma a prever que as propostas dos licitantes contemplem preço isento de ICMS. Segundo argumenta a empresa, semelhante recomendação atestaria a lisura de sua conduta promovida no pregão sob comento, no sentido de que a apresentação de preços desonerados de ICMS estaria juridicamente respaldada. Desse modo, restaria sem fundamento toda a imputação de débito.

17. Ainda que a exigência contida em edital desse cumprimento à aludida norma expedida pelo Confaz, tem-se a considerar que o entendimento desta Corte a respeito de sua constitucionalidade não visa desconstituir a legitimidade jurídica de editais licitatórios que antecedem sua existência. Entende-se que a força vinculante do edital é garantida pelo ordenamento jurídico vigente à época em que foi produzido, cujo conteúdo, em nenhum momento, foi formalmente contestado pela empresa licitante. Conforme apurado, o argumento de que a exigência editalícia era descabida só foi aventado depois de reconhecido que o faturamento dos medicamentos fraudava as regras licitatórias.

18. Deve-se reconhecer, outrossim, que o juízo de inconstitucionalidade contido no Acórdão 140/2012 – P não se limita à questão da incidência de ICMS nas propostas de preços relativas às licitações para aquisição de medicamentos, mas alcança também uma outra exigência reiteradamente aplicada pela SES/GO em seus editais e que ocasionou vantagens competitivas à empresa Hospfar : a carta de credenciamento. Conforme dispõe o item 1.7.1 do referido decisório, foi também recomendado ao Ministério da Saúde a revogação de semelhante exigência prevista na Portaria GM/MS 2.814/1998, em face de sua inconstitucionalidade. De fato, conforme se percebe no item 3.2 do edital sob análise, bem como na própria ata licitatória (peça 2, p. 29 e peça 7, p. 71 e 72), a empresa foi beneficiada por uma exigência considerada agora pelo TCU como inconstitucional, no sentido de ter conseguido invalidar as propostas daqueles concorrentes que não dispusessem da carta de credenciamento. A prevalecer o argumento da empresa Hospfar, dever-se-ia igualmente declarar nulas todas as licitações em que a exigência da carta de credenciamento constitui-se em critério decisivo para invalidar propostas de concorrentes que continham preços mais vantajosos.

19. Assim a pretensão deduzida pela empresa Hospfar, trata-se, obviamente, de repercussão que não possui amparo jurídico.

### **Laudo pericial**

20. 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 171/2005 (peça 26).

21. 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. Nada obstante, faz-se nesta oportunidade apenas uma ressalva a uma parte do teor da perícia, para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

22. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição da proposta da empresa que eventualmente declarasse contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter

sido objeto de recurso ou expressamente arguida pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

## **CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

23. 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 só se diferencia da anterior por conta da alteração, a menor, do valor de débito.

24. 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 20, p. 62-72), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) julgar irregulares as contas dos Senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, “b” e “c” da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos à aludida empresa, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 171/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores adjudicados em licitação e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

b) condenar os Senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento da dívida que se lhes refere ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas 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;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
085390	11.743,26	19/6/2007
092064	26.204,03	19/6/2007
092991	10.171,44	19/6/2007
095062	6.782,74	19/6/2007
097531	6.823,34	19/6/2007

c) aplicar aos Senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como à empresa Hospfar Indústria e Comércio de 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;

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

e) 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, 6 de agosto de 2012.



(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9