TC 004.596/2010-2

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), representada legalmente pelo sr. Marcelo Reis Perilllo (350.262.315-15), 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) e Adriano Kennen de Barros (418.679.711-00)

Advogado/Procurador: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB-GO 11.703); Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805); Milena Gilberti (OAB-GO 21.795E); Marcio Pacheco Magalhães (OAB-GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB-GO 25.000); Sueli Pereira de Souza (OAB-GO 25.759)

Proposta: Citação

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial decorrente da má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 292/2005, constituída por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

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 e de outras violações à norma legal. Conforme expõe o conteúdo da instrução técnica inicial (peça 15 – p. 35-38), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 292/2005, do que resultaram duas propostas de imputação de débito, em que a primeira diz respeito à adjudicação, à homologação e ao pagamento de medicamentos com preços superiores aos que então balizavam o mercado e a segunda correlacionada ao pagamento de valores indevidamente faturados.

3. Quanto ao tema do superfaturamento de medicamentos, foram citados os seguintes responsáveis: Fernando Passos Cupertino de Barros (secretário estadual de saúde, quem homologou a licitação), Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (secretário estadual de saúde e superintendente financeiro, quem autorizaram os pagamentos) e Adriano Kennen de Barros (pregoeiro, quem proclamou a adjudicação). A irregularidade que pesa sobre os mesmos envolve dois momentos. O primeiro diz respeito ao processamento da licitação consubstanciada no Pregão SES/GO 292/2005, cuja oficial proclamação do resultado careceu da obrigação de se aferir e justificar a compatibilidade dos preços ofertados pela única licitante habilitada e aqueles que se apresentavam na estimativa de custos produzida pouco antes de ser realizada a licitação, do que resultou a Ordem de Fornecimento 714/05 (peça 2 – p. 1 e peça 6 – p. 26-27). De acordo com a fundamentação exposta em instrução inicial, a qual remete ao art. 48, II da Lei nº 8.666/1993 e art. 11, XI do anexo ao Decreto nº 3.555/2000, pesava sobre as condutas dos srs. Adriano Kennen de Barros e Fernando Passos Cupertino de Barros a mencionada violação jurídica (peça 6 – p. 20-25).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 47903942.

4. O segundo momento alcança os atos que propiciaram o pagamento dos medicamentos de preço sobreelevado, pelos quais respondem os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em face, principalmente, da obrigação de aferirem na ocasião a regularidade de todo o procedimento, conforme preceitua o art. 67, § 1º da Lei nº 8.666/1993 (peça 10 – p. 16-26). As irregulares implicações de suas condutas ficaram ainda mais caracterizadas, quando a própria SES/GO reconhece a necessidade de repactuar os preços, por não terem se balizado pela média praticada pelo mercado (peça 12 – p. 5), o que não foi aceita pela empresa fornecedora (peça 12 – p. 31/32). Consoante justificativa constante na instrução inicial, não se evidenciaram elementos capazes de associar a irregularidade a algum tipo de fraude de que a empresa vencedora (Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda) tenha participado, o que permitiu concluir a ausência de condições para envolvê-la como responsável pelo débito, porquanto sua ação limitou-se à legítima cotação de preços.

5. Quanto ao pagamento de valores indevidamente faturados, foram citados os seguintes responsáveis: Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (secretário estadual de saúde e superintendente financeiro, quem autorizaram os pagamentos), bem como Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda e Marcelo Reis Perillo (empresa responsável pela cobrança do valor indevido). O instrumento convocatório do aludido pregão expressamente determinava, por meio do item 5.3, que os preços propostos deveriam contemplar a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, mas que, por ocasião da emissão das notas fiscais, a licitante vencedora deveria excluir do seu valor a parcela referente a este último, em razão da existência de isenção tributária (Convênio ICMS 87/02, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825/2003 – peça 3 – p. 32). Portanto, o fato da empresa fornecedora, por ocasião da emissão das notas fiscais, fazer incidir sobre os preços cotados o acréscimo de 17%, correspondente à alíquota do imposto, para promover em seguida sua dedução, o que levou ao pagamento de duas notas fiscais sem a necessária desoneração, configurou indício de débito.

6. Foram ainda chamados em audiência os srs. Fernando Passos Cupertino de Barros, Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges para apresentarem razões de justificativa às seguintes irregularidades identificadas na execução das despesas relativas ao aludido pregão: ausência da prévia formalização do instrumento contratual e inobservância da fonte orçamentária prevista em edital licitatório.

7. Promovido o devido contraditório, o exame de mérito consubstanciado na instrução seguinte não acolheu os argumentos de defesa apresentados pelos responsáveis, do que resultou proposta de julgamento irregular das contas com imputação de débito da forma constante nas citações, sem prejuízo da expedição de alerta à SES/GO (peça 25 – p. 22-30). O Ministério Público junto ao TCU, por sua vez, manifestou concordância à proposição técnica, com exceção da proposta de alerta. Considerou, ainda, que o fundamento de irregularidade das contas devesse contemplar em acréscimo à alínea "c" do art. 16, III da Lei 8.443/1992, também a alínea "d", por considerar incidente à espécie hipótese de desfalque ou desvio. Sugeriu, bem como, fosse aplicada aos responsáveis a multa prevista no art. 57 da referida lei (peça 25 – p. 32-34).

8. O Relator, por sua vez, dissentiu do encaminhamento proposto, tendo em vista ter reconhecido nos autos a existência de certas questões a serem esclarecidas antes da devida apreciação de mérito (peça 25 – p. 35-38). Entre as providências determinadas em despacho, consta a obtenção de informações junto à SES/GO, do que resultou o encaminhamento a esta Corte do Ofício 8.946/2011 – GAB/SES (peça 25 – p. 41/54). A análise que se segue tratará das providências estipuladas a esta unidade técnica.

EXAME TÉCNICO

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 47903942.

Superfaturamento

9. As providências constantes dos itens "a" a "c" do referido despacho ministerial dizem respeito ao tema do superfaturamento, o qual fundamentou uma das propostas técnicas de imputação de débito. Conforme acima reportado, a quantificação desse tipo de débito para os quatro medicamentos indicados amparou-se na diferença entre o preço estimado de cada medicamento (peça 2, p. 1) e o valor constante da Ordem de Fornecimento 714/05, os quais coincidem com os valores adjudicados em licitação (peça 6, p. 26). O produto entre tal diferença e a quantidade adquirida por cada nota fiscal, conforme discriminado em planilha produzida no âmbito da Superintendência de Administração e Finanças da SES/GO (peça 11, p. 43-46), determinou os débitos correspondentes aos documentos fiscais, cujos montantes foram apontados em quadro constante da instrução inicial. Como na data em que foi produzida a aludida planilha as notas fiscais ainda não tinham sido completamente pagas, considerou-se a planilha constante do relatório de TCE, também produzida no âmbito da SES/GO, para se obterem as datas em que se concluíram os pagamentos (peça 15, p. 17).

10. O exame de lavra do Relator destaca o fato de que os débitos concernentes ao superfaturamento de medicamentos poderiam ser considerados da forma como são apontados nas citações, se realmente o pagamento das notas fiscais tivesse se pautado pelos preços adjudicados. Ocorre que a própria planilha que consubstancia o relatório de TCE (peça 15, p. 17) demonstra que o pagamento das notas fiscais não observou os valores líquidos ali discriminados, mas fez incidir sobre tais valores um desconto compulsório de 17%, de modo que os valores unitários efetivamente pagos acabaram sendo menores do que aqueles que balizaram o cálculo da imputação de débito. Como exemplo, cita a nota fiscal 92250 que reporta a aquisição do medicamento rivastigmina 6,0 mg, cujo superfaturamento unitário foi calculado pela unidade técnica como de R$ 0,14, correspondente à diferença entre R$ 6,03 (valor adjudicado) e R$ 5,89 (valor estimado). Como pagamento da nota contemplou desconto de 17% sobre o valor líquido, consoante adverte o Relator, esse medicamento acabou sendo adquirido por R$ 5,0049, o que torna seu preço de pagamento menor do que o estimado e, portanto, sem o superfaturamento considerado. Por conta dessa constatação, que se aplica à maioria das notas fiscais indicadas, considera imprescindível a revisão de todo o cálculo do débito, levando-se em conta ainda, no caso da nota fiscal 92250, que o quantitativo adquirido foi de 3.360 unidades e não de 7.265 unidades, conforme apontado na citação.

11. De fato, houve equívoco na instrução técnica inicial, quando apontou que o quantitativo adquirido pela NF 92250 foi de 7.265 unidades, ao passo que a informação correta aponta para a aquisição de 3.360 unidades. Também factual é a constatação de que os preços pagos não correspondem exatamente aos valores adjudicados, o que implica na necessidade de revisão dos cálculos. Nada obstante, com relação à questão da efetiva existência de superfaturamento, há de se fazer algumas considerações adicionais, as quais conduzem a uma apreciação metodológica divergente da que foi alcançada pelo despacho ministerial.

12. Retornemos ao exemplo da NF 92250, considerando, para efeito de demonstração dos preços unitários praticados, a aproximação de duas casas decimais. Como dito, o valor estimado é de R$ 5,89 e a proposta adjudicada é de R$ 6,03. Tem-se que se levar em conta, de acordo com as regras editalícias vigentes, que esses preços já expressamente contemplam a alíquota de ICMS. O preço fábrica e o preço máximo ao consumidor são parâmetros elaborados no âmbito da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED/Anvisa), cuja tabela, no exercício de 2005, faz referência tão-somente a preços já onerados de ICMS. De acordo com as regras do edital, por se tratar de produto sujeito à isenção do tributo, o respectivo documento fiscal deveria deduzir a parcela tributária já constante do preço ofertado. Mas não foi isso que a empresa fornecedora praticou, porquanto fez incidir ao preço adjudicado – o qual, segundo o edital, já contemplava a incidência do tributo – nova alíquota do tributo, do que resultou o valor unitário faturado de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 47903942.

R$ 7,26, conforme assinala planilha elaborada no âmbito da Superintendência de Administração e Finanças da SES/GO (peça 11, p. 45). Portanto o valor líquido a que faz referência a planilha que acompanha o relatório de TCE e que foi transcrita em despacho diz respeito a um faturamento completamente equivocado. Por isso que houve o desconto compulsório imposto pela administração estadual quando do pagamento, cujo cálculo levou em conta que o preço unitário faturado deveria ter sido de R$ 6,03 e sobre ele deduzido a parcela de ICMS, do que resultou o valor unitário efetivamente pago de R$ 5,00. Tal procedimento foi estendido a todas as notas fiscais, exceto quanto às NF's 106.690 e 117.566, cujos pagamentos não cuidaram de avaliar a ocorrência de bitributação. As consequências da não dedução compulsória com relação a essas duas notas fiscais não perfazem o tema do superfaturamento por se relacionarem especificamente à cobrança indevida de ICMS.

13. O que importa destacar quanto à metodologia de cálculo adotada por esta unidade técnica para o tema superfaturamento é o equívoco da comparação entre preços que já contemplavam o ICMS, cuja diferença acabou apropriando valor correspondente a tributo isento. O cálculo correto enseja que tal comparação se faça com os preços já desonerados. Portanto, fazendo incidir a dedução de 17% sobre a estimativa de preços (peça 2, p. 1) e comparando-se os valores resultantes com os preços ofertados aos produtos, deduzida a alíquota, conforme discriminados em planilha (peça 11, p. 45), tem-se o seguinte valor superfaturado para cada item de medicamento: rivastigmina 1,5 mg – R$ 0,07 (R$ 3,76 - R$ 3,69); rivastigmina 3 mg – R$ 0,13 (R$ 4,32 - R$ 4,19); rivastigmina 6 mg – R$ 0,11 (R$ 5,00 - R$ 4,89); rivastigmina sol. oral 2mg/ml frasco 120 ml – R$ 20,77 (R$ 318,77 - R$ 298,00).

14. O quadro abaixo retifica aquele que consta da instrução inicial, resumindo a revisão de cálculo determinada pelo Relator.

	rivastigmina 1,5 mg (R$ 0,07 por un.)(1)	rivastigmina 3,0 mg (R$ 0,13 por un.)	rivastigmina 6,0 mg (R$ 0,11 por un.)	rivastigmina sol.oral (R$ 20,77 por un.)	débito correspondente ao superfaturamento (R$)	data de pagamento (2)
NF 92250			3.360		369,60	21/11/2007
NF 92963	1.820 un.				127,40	21/11/2007
NF 94168	6.160 un.				431,20	21/11/2007
NF 99073		8.008 un.			1.041,04	21/11/2007
NF 101000		9.716 un.			1.263,08	21/11/2007
NF 103096	10.360 un.				725,20	21/11/2007
NF 107334	8.624 un.	7.280 un.			1.550,08	21/11/2007
NF 106690		8.008 un.	7.728 un.	70 un.	1.114,90(3)	21/02/2007
NF 111441	8.288 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	3.925,18	21/11/2007
NF 115410	8.624 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	3.948,70	21/11/2007
NF117566	22.820 un.	16.828 un.	21.840 un.	200 un.	3.826,33(4)	21/02/2007
TOTAL					**18.323,01**	

(1) o valor associado a cada produto corresponde ao valor superfaturado por unidade
(2) as datas indicadas correspondem à ocasião em que foi concluído o pagamento da nota fiscal
(3) o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 33,33% de recursos federais
(4) o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 37% de recursos federais

15. A responsabilidade pelo débito, conforme especificado em despacho, alcança a solidariedade da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda com os

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 47903942.

responsáveis anteriormente especificados, cujas citações devem ser renovadas, considerando a alteração dos valores imputados.

Cobrança indevida de tributo

16. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema fazem menção, inicialmente, 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 292/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 25, p. 42).

17. 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. Como visto, há nos autos prova de que o licitante não só tinha conhecimento da disposição, como também afirmava tê-la cumprido.

18. Entende-se que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos dificilmente 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. De qualquer forma, existe um documento nos autos habilmente qualificado para cumprir a função de referência mercadológica a que o Relator faz menção. A estimativa de preços que compõe o conteúdo do Pregão SES/GO 292/2005 trata de uma referência de preços digna de crédito, porquanto, além de ter sido produzida à época dos fatos, está vinculada à finalidade de demonstrar o balizamento mercadológico de preços. O Anexo I do Decreto 3.555/2000, em seu art. 8º, inciso II, expressamente lhe confere essa finalidade, a ponto de exigir, no art. 11, inciso XI, a análise de conformidade dos preços ofertados antes de se prosseguir na licitação. Conforme tratado nesta instrução, a referida estimativa contempla preços já onerados pelo ICMS.

19. Como última informação para esclarecimento do tema, faz-se referência à oferta de preços apresentada pela única empresa que concorreu com a licitante vencedora, mas que, conforme reportado em instrução inicial, foi considerada inabilitada por não cumprir uma formalidade editalícia. Sua proposta contemplava, para todos os itens licitados, preços significativamente inferiores aos previstos na estimativa de preços, estando acompanhada de declaração expressa no sentido de que já estavam tributariamente onerados (peça 5, p. 35-38).

20. Desse modo, reitera-se, quanto à referida imputação de débito, todo o conteúdo analítico e propositivo contido no item 3.2 da instrução anterior (peça 25, p. 24-28).

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

21. O cabal cumprimento do despacho ministerial requer apenas a realização de nova citação dos responsáveis apontados pelo superfaturamento dos medicamentos adquiridos mediante Pregão SES/GO 292/2005.

22. Isto posto, propõe-se:

- citação solidária dos srs. Fernando Passos Cupertino de Barros, Cairo Alberto de Freitas, Adriano Kennen de Barros, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda para apresentarem alegações de defesa ou recolherem ao Fundo Nacional de Saúde os valores imputados, devidamente atualizados.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 47903942.

- ato impugnado: superfaturamento nas despesas com medicamentos decorrentes do Pregão SES/GO nº 292/2005, considerando sua extrapolação à estimativa de preços que antecedeu à licitação (art. 48, II e art 67, § 1º da Lei nº 8.666/1993; art. 11, XI do anexo ao Decreto nº 3.555/2000)

- Débito:

	rivastigmina 1,5 mg (R$ 0,07 por un.)(1)	rivastigmina 3,0 mg (R$ 0,13 por un.)	rivastigmina 6,0 mg (R$ 0,11 por un.)	rivastigmina sol.oral (R$ 20,77 por un.)	débito correspondente ao superfaturamento (R$)	data de pagamento (2)
NF 92250			3.360		369,60	21/11/2007
NF 92963	1.820 un.				127,40	21/11/2007
NF 94168	6.160 un.				431,20	21/11/2007
NF 99073		8.008 un.			1.041,04	21/11/2007
NF 101000		9.716 un.			1.263,08	21/11/2007
NF 103096	10.360 un.				725,20	21/11/2007
NF 107334	8.624 un.	7.280 un.			1.550,08	21/11/2007
NF 106690		8.008 un.	7.728 un.	70 un.	1.114,90(3)	21/02/2007
NF 111441	8.288 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	3.925,18	21/11/2007
NF 115410	8.624 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	3.948,70	21/11/2007
NF117566	22.820 un.	16.828 un.	21.840 un.	200 un.	3.826,33(4)	21/02/2007
TOTAL					**18.323,01**	

(1) o valor associado a cada produto corresponde ao valor superfaturado por unidade
(2) as datas indicadas correspondem à ocasião em que foi concluído o pagamento da nota fiscal
(3) o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 33,33% de recursos federais
(4) o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 37% de recursos federais

Goiânia, 10 de fevereiro de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 47903942.