



TC 001.922/2009-5

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), Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00), Luiz Antonio Aires da Silva (118.366.601-20), 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); Marcio Pacheco Magalhães (OAB-GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB-GO 25.000)

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 223/2005, 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. Conforme expõe o conteúdo da instrução técnica inicial (peça 13, p. 3-9 e 23), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 223/2005, 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 16, p. 13-33) cuidou de analisar as alegações de defesa apresentadas para concluir por sua improcedência e, ato seguinte, propor a condenação dos responsáveis, segundo três imputações de débito em que a empresa Hospfar é solidária ora com Cairo Alberto de Freitas (secretário estadual de saúde) e Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro), ora com Luiz Antonio Aires da Silva (superintendente financeiro), ora com Fernando Passos Cupertino de Barros (secretário estadual de saúde) e Adriano Kennen de Barros (pregoeiro).

4. Em pronunciamento que lhe compete, o Ministério Público junto ao TCU, após exame de todas as informações até então reunidas, propõe rejeição das alegações de defesa apresentadas por Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, por lhes reconhecer boa-fé. Entendeu o *parquet* especializado que, vencido o prazo adicional de defesa, todos os responsáveis estariam em condições de julgamento por esta Corte de Contas (peça 16, p. 38-46). 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 16, p. 66).

5. Diante de novos elementos de defesa, viabilizou-se novo exame técnico, no qual se manteve de maneira geral as mesmas imputações de débito, segundo três agrupamentos de responsáveis, conforme discriminados em instrução anterior. Procedeu-se, tão-somente, a exclusão da responsabilidade relativa a Adriano Kennen de Barros. Entendeu a unidade técnica que o referido servidor não teve participação dos atos caracterizadores do débito, quais sejam, dos atos de pagamento das parcelas indevidas (peça 16, p. 67-84).

6. Em seu segundo pronunciamento formal sobre a tomada de contas especial, o MP/TCU anuiu à proposta da unidade técnica de exclusão da responsabilidade do sr. Adriano Kennen de Barros. Segundo entendimento exposto pelo *parquet* especializado, não se poderia esperar da conduta do pregoeiro a antevisão de que a empresa Hospfar deixaria de cumprir o edital licitatório, no sentido de não abater o tributo de ICMS quando da emissão das notas fiscais, considerando-se principalmente a existência de declarações contraditórias expedidas pela empresa Hospfar por ocasião do certame licitatório, ora afirmando que seus preços estavam desonerados do tributo, ora afirmando o contrário. Portanto, ao negar acolhimento aos novos elementos de defesa apresentados pela empresa, o MP/TCU reitera o encaminhamento que fizera em oportunidade anterior (peça 16, p. 85-89).

7. 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 nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO (peça 16, p. 90). O referido despacho foi juntado aos autos (peça 23) 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

8. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 – P, conforme dispõe despacho prolatado nos presentes autos (peça 16, p. 90), 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 não haviam observado 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.

9. 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 223/2005 (peça 1, p. 42) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 7, p. 65-67), indicarem que os itens 1, 2 e 6 vencidos pela empresa Hospfar têm preços superiores à referência, a aquisição só foi homologada porque houve uma formal justificativa produzida no âmbito da SES/GO, segundo a qual todos os preços ofertados estavam dentro de certos parâmetros de preços (peça 7, p. 41). Não nos parece adequado questionar 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 de

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. Entende-se que a ação de controle que compete a esta Corte na presente TCE, bem como nos processos análogos, deve se ater a critérios jurídicos sobre cuja exigibilidade não haja qualquer tergiversação.

12. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra (peça 1, p. 42) lastreou-se em aquisição anteriormente realizada e, segundo o critério exposto no art. 11, XI do anexo ao Decreto nº 3.555/2000, ela vincula o acolhimento das propostas de preços, salvo a existência de justificativas. A estimativa de preço, por definição legal, é o dado objetivo ao qual deve se fiar o controle de conformidade da licitação para declarar a compatibilidade ou não compatibilidade 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 a licitação.

13. Dessa constatação normativa inicial, tem-se que muitas dificuldades levantadas nestes autos podem ter sua solução alcançada por rigoroso raciocínio jurídico. 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. Se o edital é inequívoco ao positivar a exigibilidade de que as propostas de preços contemplem a incidência do tributo de ICMS, conforme item 5.3 (peça 1, p. 98), disso decorre que a estimativa de preço previamente elaborada e que, por injunção legal deve ter seu conteúdo comparado com o das propostas, também indique preços contemplando a incidência do tributo, salvo expressa menção em contrário. Não se pode alcançar qualquer comparação, utilizando-se de diferentes critérios.

14. A constatação de que a estimativa de preços pressupõe a inclusão do ICMS não resulta diretamente de uma eventual pesquisa nas inúmeras bases de dados então existentes, mas sim de uma expressa definição legal. No presente processo, tal definição encontra respaldo na própria justificativa de preços produzida ao tempo em que a administração reconheceu a existência de preços propostos superiores aos estimados (peça 7, p. 41), uma vez que seu teor demonstra que os preços estimados para a licitação adequavam-se às referências utilizadas na referida justificativa, as quais expressamente consignavam a incidência do ICMS.

15. Dessa forma, entende-se que os presentes autos configuram uma situação distinta da assinalada nos autos acima aludidos, porquanto nestes há intervenção formal da administração pública no sentido de reafirmar a compatibilidade ao mercado, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como parâmetro de referência às compras promovidas no âmbito da administração pública. Por isso que a proposta de imputação de débito, naqueles outros autos, havia se restringido, inicialmente, aos servidores que geriram a

licitação, pois foi seu descuido com a forma legal que gerou a adjudicação em limite superior ao permitido.

Cobrança indevida de tributo

16. 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.

17. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 23) 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 223/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 24, p. 1-2). 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 devidos, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

18. 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, consoante afirma o MP/TCU em seu parecer (peça 16, p. 86 – item III). E mesmo que não houvesse a contradição, 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.

19. Interessante notar a esse respeito que foi exatamente em nome de uma simples formalidade editalícia, para cujo conteúdo esta Corte em dias atuais pronunciou-se contrariamente (Acórdão 140/2012 – P, inserido na Relação 2/2012 – P; TC – 009.625/2011-9), que a empresa Hospfar conseguiu fazer prevalecer sua oferta sobre a proposta apresentada por sua concorrente, cujo valor contemplava preços inferiores (peça 6, p. 63).

20. 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. Conforme acima defendido, a estimativa de preços 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 as imputações de débitos constantes dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

Alteração da imputação de débito

21. Percebe-se, pela instrução inicial (peça 13, p. 3-9), que o débito imputado à responsabilidade dos srs. Fernando Passos Cupertino de Barros e Adriano Kennen de Barros, em solidariedade da empresa Hospfar, é quantificado no valor total do débito apurado, conforme discrimina planilha elaborada no âmbito da SES/GO (peça 12, p. 92/93). O fundamento da

imputação decorreria de suas participações no procedimento licitatório. Ocorre que a exclusão da responsabilidade do sr. Adriano Kennen de Barros, conforme última proposta de mérito (peça 16, p. 67-84), acima comentada, decorreu justamente do entendimento de que o débito se materializa a partir do pagamento. Pelas mesmas razões e considerando os períodos de permanência dos responsáveis nos seus cargos, assinalados em instrução inicial com base nos respectivos atos de nomeação e exoneração (peça 12, p. 68-73), não poderia o sr. Fernando Passos Cupertino de Barros responder pelo total do débito e sim apenas com relação às parcelas a que autorizou pagamento enquanto secretário estadual de saúde, as quais coincidem com as parcelas imputadas ao sr. Luiz Antônio Aires da Silva.

22. Outro detalhe passível retificação diz respeito à parcela de débito relativa ao item 23 do quadro de dívida discriminado aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em solidariedade com empresa Hospfar (peça 16, p. 79). Sua quantificação faz referência à nota fiscal 109848, discriminada em planilha (peça 12, p. 92-93), a qual, assim como as demais, seguiu a proporcionalidade da participação dos recursos federais (fonte 23). Da aplicação do índice de proporcionalidade (20 %) sobre o valor indevidamente pago para a nota fiscal (R\$ 114.799,99) resulta o débito de R\$ 22.960,00 e não de R\$ 19.640,00, conforme indicado. Dessa feita, as alterações acima mencionadas serão objeto de apreciação no encaminhamento a ser proposto.

Novos elementos de defesa

23. As peças 18, 19 e 20, embora tenham referência numérica posterior ao último despacho do Ministro-Relator (peça 16, p. 90), dizem respeito ao “anexo 2” do processo físico e tratam de assunto já analisado pela unidade técnica em última instrução e também pelo MP/TCU. A peça 22, por sua vez, refere-se a mais uma adição de novos elementos de defesa e requer, ao final, a juntada de documentos considerados influentes à instrução dos autos, bem como providências relacionadas à pesquisa e à comparação de preços.

24. Seguindo-se os tópicos elencados na renovada petição de defesa, tem-se a constatar que o tema da retenção de tributo, nas especificidades relacionadas a alíquotas ou a compensações, diz respeito propriamente à jurisdição tributária e nada altera o quadro fático de que, para a presente tomada de contas especial, basta o reconhecimento de que a empresa percebeu valores indevidamente faturados, porquanto resultantes de inclusão expressamente vedada em instrumento convocatório. Mesmo que não tivesse sido constatado, conforme apontou o MP/TCU, que a empresa mantinha na documentação licitatória declarações contraditórias sobre a incidência do ICMS em seus preços ofertados, não pode a vontade particular não manifesta pelo meios apropriados – porque se o fizesse teria sido impugnado o edital – querer sobrepor-se a uma norma de direito público, e isso somente depois que a irregularidade foi descoberta. Portanto, sobre o tema da retenção de tributo e a correlativa atuação da procuradoria jurídica do Estado de Goiás tem-se a dizer que, além de não tocarem a materialidade do débito, foram objeto de manifestação da SES/GO, cujo teor afirma não existir retenção (peça 24).

25. Sobre a questão do comparativo de preços, o exame acima realizado procura demonstrar que a pesquisa sobre uma suposta realidade objetiva de mercado, além da que é juridicamente definida pelo decreto regulamentador do pregão, não somente é inviável, como também não pode conduzir à elucidação de mérito. Sobre tal entendimento já se obteve a anuência do próprio Ministro-Relator, quando autorizou em despacho o prosseguimento das providências relativas à instrução do TC – 004.596/2010-2, em cujo teor já se continha apreciação técnica análoga.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

26. 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 uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica somente se diferencia das

anteriores pela redefinição dos grupos de solidariedade, porquanto consideram-se igualmente rejeitadas as alegações de defesa, em conformidade com as análises já realizadas por esta unidade técnica e pelo MP/TCU.

27. Com efeito, o fato do sr. Fernando Passos Cupertino de Barros passar a responder pela dívida a ele imputada, em solidariedade com a empresa Hospfar e o sr. Luiz Antonio Aires da Silva, se trata apenas de uma rearticulação formal dos níveis de solidariedade, em nada prejudicando o exercício do direito de defesa dos responsáveis. Os temas que dizem respeito ao mérito das contas já foram analisados na amplitude necessária. Em termos quantitativos, nada se altera em relação aos dois últimos responsáveis e com relação ao primeiro, a imputação da dívida diminuiu. Portanto, não se mostra exigível a renovação da citação. Com relação ao outro grupo de solidariedade, identificou-se que a correção do cálculo implicou em pequena alteração da dívida, para maior, o que poderia demandar a renovação do ato formal de citação. Entende-se, todavia, que a diferença quantitativa é insignificante, em face do valor total da dívida apurada, e sequer cobriria os custos de administrativos e operacionais de fazer o processo retornar a sua fase inicial. Dessa feita, para que se preservem os direitos individuais dos responsáveis, entende-se que a formulação de mérito possa manter o valor anterior.

28. Por fim resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 25), cujo teor assinala a existência de laudos periciais sobre preços de medicamentos produzidos pela Polícia Federal. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 26), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 223/2005.

29. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos auto ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 16, p. 67-84), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

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

a) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e 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 pagamento indevido à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda, decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 223/2005, 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;

b) 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;

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

Valor (R\$)	Data
0,41	28/8/2006
11.042,93	28/8/2006
821,68	28/8/2006

14,28	28/8/2006
15.712,00	28/8/2006
121.676,42	26/9/2006
84.583,03	26/9/2006
14.682,56	27/9/2006
19.640,00	27/9/2006
15.773,38	27/9/2006
1.980,82	23/11/2006
22.126,25	27/12/2006

b.2) solidariedade entre Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda;

Valor (R\$)	Data
18.426,03	23/3/2006
25.089,10	23/3/2006
10.761,41	23/3/2006
46,92	23/3/2006
8.379,73	23/3/2006
8.752,31	4/5/2006
863,08	4/5/2006
1.320,06	4/5/2006
326,40	2/6/2006
31.105,60	2/6/2006
674,80	2/6/2006
30.404,82	12/6/2006

c) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e 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 Procuradora 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, 20 de abril de 2012.



(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9