

**TC 008.959/2009-7**

**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:** Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB-GO 11.703); Marcus Vinicius L. L. de Freitas (OAB-GO 14.282), 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 130/2006, 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 32, p. 37-45), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 130/2006, do que resultou proposta de imputação de débito correlacionado ao pagamento de valores indevidamente faturados, envolvendo duas 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 40, p. 42-53) cuidou de analisar as alegações de defesa apresentadas para concluir por sua improcedência e, ato seguinte, propor a irregularidade das contas e condenação dos responsáveis, segundo duas imputações de débito em que a primeira diz respeito à solidariedade entre a empresa Medcommerce, Cairo Alberto de Freitas (secretário estadual de saúde) e Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro), e a segunda diz respeito à solidariedade entre a empresa Hospfar e as mesmas pessoas físicas. Procedeu-se, ainda, a exclusão da responsabilidade relativa a Adriano Kennen de Barros (pregoeiro). Entendeu a unidade técnica que o referido servidor não teve participação nos atos caracterizadores do débito, quais sejam, nos atos de pagamento das parcelas indevidas (peça 40, p. 50).

4. Em pronunciamento que lhe compete, o Ministério Público junto ao TCU, após exame de todas as informações até então reunidas, anui à proposta da unidade técnica, fazendo consignar que na sua fundamentação jurídica, além da alínea “c”, do art. 16, III da Lei 8.443/1992, também deve incluir a alínea “b”. Propõe também seja notificada a Procuradoria da República no Estado de Goiás (peça 40, p. 42-53). Considerando, todavia, a autuação de elementos adicionais de defesa em favor da empresa a Hospfar, de ordem do Ministro-Substituto Augusto Sherman, sua Chefe de Gabinete determinou a restituição dos autos à unidade técnica para fosse promovida nova instrução (peça 42, p. 73).

5. Diante de novos elementos de defesa, viabilizou-se outro exame técnico, no qual se manteve a proposta anteriormente encaminhada (peça 42, p. 75-90). Em seu segundo pronunciamento formal sobre o mérito da tomada de contas especial, o MP/TCU também ratifica sua proposta anterior (peça 42, p. 91).

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 nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO (peça 42, p. 92). O referido despacho foi juntado aos autos (peça 45) 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 (peça 42, p. 92), 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.

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 130/2006 (peça 2, p. 47) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 12, p. 57-61), indicarem que os itens 1, 7 e 8 têm preços superiores à referência, a aquisição só foi homologada porque houve a averiguação de sua compatibilidade a parâmetros estabelecidos por normativo expedido no âmbito da SES/GO (Portaria 21/2006 – peça 49). A referida portaria repete disciplina anterior, dada pela Portaria SES/GO 178/2005 (peça 2, p. 36), segundo a qual a estimativa de preços seria dada pela média encontrada pelo preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizar outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado. Nesse mister, houve negociação visando a redução do preço relativo ao item 01, considerando ser o mais oneroso, do que resultou na redução de seu valor de R\$ 3.167,34 para R\$ 3.016,51 (peça 12, p. 31-51). De qualquer forma este e os demais preços são compatíveis à referência de preço ao consumidor, constante dos autos (peça 2, p. 32) e dessa formal justificativa resultou a adjudicação.

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. 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 2, p. 47) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinados itens (peça 2, p. 32) dá sustentabilidade à justificação de que trata o pelo art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000. 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.

### **Cobrança indevida de tributo**

13. 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.

14. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 42, p. 92 e peça 45) 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 130/2006. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 46, 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 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.

15. 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 5, p. 20). Há nos autos prova de que as empresas não só tinham conhecimento da disposição, como também afirmavam tê-la cumprido (peça 7, p. 15 e peça 10, p. 3). 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. 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.

16. 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 12, p. 35).

17. 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 dispares 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.

18. Não prejudica a imputação de débito, da forma exposta nos presentes autos, o fato assinalado no relatório do tomador de contas (peça 31, p. 48 e peça 32, p. 1), segundo o qual os valores indevidamente pagos às empresas incluíram não somente o valor especificamente correspondente à bitributação do ICMS, como também outros valores indevidamente incluídos na fatura. O tomador de contas faz essa observação, considerando que a obrigação da empresa fornecedora era o de utilizar nas suas faturas os preços dos medicamentos assinalados nas ordens de fornecimento para só então deduzir, no próprio documento fiscal, a alíquota de 17 %. Ocorre que as empresas fornecedoras faturaram os preços dos medicamentos em valor ainda superior à parcela correspondente à inclusão indevida do tributo, segundo a alíquota normal, o que levou o tomador de contas a fazer a aludida distinção. De qualquer modo, tal constatação não modifica o entendimento de que houve faturamento indevido, e se o fornecedor o fez em percentual superior à alíquota pertinente ao ICMS, isso ainda reforça o entendimento que a majoração promovida é completamente arbitrária e passível de ressarcimento.

#### **Alteração da imputação de débito**

19. A imputação de débito que alcança a empresa Medcommerce, em solidariedade com os servidores responsáveis, consoante disposto nas instruções anteriores, foi elaborado com base em planilha e observações produzidas pelo tomador de contas (peça 31, p. 51-52 e peça 32, p. 1). Ali é dito que o somatório do valor indevidamente pago – com referência a todas as notas fiscais listadas – alcança o montante de R\$ 771.611,77, sendo que R\$ 610.653,55 teriam a cobertura de recursos federais, ou seja, 79,14%. 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.

20. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta que o pagamento das notas fiscais contou com diferenciados percentuais de financiamento federal, o que conduz à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração da nova planilha de débito, abaixo exposta, demonstra que somente cinco notas fiscais requereram a apuração da proporcionalidade de participação da fonte federal “23” (NF’s 50434, 50620, 50927, 50925 e 50404), 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, soma o valor de R\$ 543.861,49.

21. A retificação do quadro de imputação de débito que envolve a Medcommerce, abaixo, também contou com a redefinição de algumas datas de pagamento, considerando a ocasião em que efetivamente foi dispendido o recurso federal ou, se o foi em mais de uma ocasião para a mesma nota fiscal, a data correspondente à parcela mais significativa. As alterações acima mencionadas serão levadas em conta no encaminhamento a ser proposto nesta instrução.

### **CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

22. 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 da anterior pela redefinição, a menor, da dívida imposta à empresa Medcommerce em solidariedade com os servidores responsáveis, porquanto consideram-se igualmente rejeitadas as alegações de defesa já produzidas, em conformidade com as análises já realizadas por esta unidade técnica e pelo MP/TCU.

23. Por fim resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 47), cujo teor assinala a existência de laudos periciais sobre preços de medicamentos produzidos pela Polícia Federal. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 48), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 130/2006.

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 42, p. 65-90), 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 e 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 da ocorrência de pagamento indevido às referidas empresas, decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 130/2006, 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, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda;



| Nota Fiscal | Valor (R\$) | Data       |
|-------------|-------------|------------|
| 50434       | 30.768,40   | 23/11/2006 |
| 51501       | 57.012,04   | 4/4/2007   |
| 50620       | 10.256,13   | 23/11/2006 |
| 50927       | 13.027,23   | 5/12/2006  |
| 50925       | 476,46      | 5/12/2006  |
| 52634       | 28.506,02   | 23/4/2007  |
| 50404       | 10.256,13   | 23/11/2006 |
| 52531       | 3.084,71    | 23/4/2007  |
| 52423       | 28.506,02   | 23/4/2007  |
| 52322       | 28.506,02   | 23/4/2007  |
| 52073       | 24.705,23   | 23/4/2007  |
| 51920       | 19.004,03   | 27/12/2007 |
| 51650       | 10.557,79   | 4/4/2007   |
| 52448       | 3.829,29    | 23/4/2007  |
| 53200       | 6.325,64    | 4/4/2007   |
| 55430       | 63.346,71   | 9/4/2007   |
| 54718       | 21.115,57   | 23/4/2007  |
| 54175       | 7.390,44    | 23/4/2007  |
| 54325       | 756,40      | 23/4/2007  |
| 55538       | 38.008,03   | 18/3/2008  |
| 57045       | 3.049,25    | 21/11/2007 |
| 57124       | 2.978,34    | 21/11/2007 |
| 56793       | 42.232,14   | 21/11/2007 |
| 59657       | 45.820,78   | 18/3/2008  |
| 58616       | 12.669,34   | 18/3/2008  |
| 58763       | 31.673,35   | 18/3/2008  |

c.2) 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      |
|-------------|-------------|-----------|
| 117554      | 23.068,22   | 16/4/2007 |
| 117555      | 29.473,57   | 16/4/2007 |
| 17556       | 23.312,09   | 16/4/2007 |
| 114923      | 30.332,59   | 16/4/2007 |

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 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