

TC 016.833/2009-0

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); 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 117/2006, constituída por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário (peça 1, p. 20).

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 40, p. 18-22), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 117/2006, 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: Cairo Alberto de Freitas (secretário estadual de saúde) e Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro).

3. Promovido o devido contraditório, a instrução técnica subsequente (peça 48, p. 15-20 e peça 49, p. 1-5) 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 ao recolhimento da dívida. 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, os atos de pagamento de parcelas indevidas.

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 (peça 49, p. 7-11). 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 fosse promovida nova instrução (peça 49, p. 12).

5. Diante de novos elementos de defesa, viabilizou-se outro exame técnico, no qual se manteve a proposta anteriormente encaminhada (peças 49, p. 13-14 e 50, p. 1-12). Em seu segundo pronunciamento formal sobre o mérito da tomada de contas especial, o MP/TCU também ratifica sua proposta anterior (peça 50, p. 13-14).

6. O despacho que se seguiu, também de ordem do relator, faz referência a outro 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 50, p. 15). O referido despacho foi juntado aos autos (peça 59) 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 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 117/2006 (peça 5, p. 9) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 22, p. 1-4), indicar que o item relativo ao medicamento “ziprasidona” foi adquirido com preço superior 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 61). A referida portaria estabelece que 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 relativa ao mencionado item de medicamento, do que resultou na redução de seu valor de R\$ 7,70 para R\$ 7,04 (peça 21, p. 19). De qualquer forma esse valor é compatível com a referência de preço ao consumidor, constante dos autos (peça 3, p. 4), 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 5, p. 9) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinado item (peça 3, p. 4) 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 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.

14. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 50, p. 15 e peça 59) 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 117/2006. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 60, 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 indevidamente faturados, o que a 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 6, p. 49). Há nos autos prova de que a empresa não só tinha conhecimento da disposição, como também afirmava tê-la cumprido (peça 15, p. 14). E mesmo que não houvesse tal declaração, 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. 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 a imputação de débito constante dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

Laudo pericial

17. 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 colher esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 117/2006 (peça 63).

18. 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 (peça 63, p. 20-21), para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

19. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição das propostas das empresas que eventualmente declarassem contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, não só porque as empresas, sobre o tema, apresentaram declarações contraditórias, como também porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido expressamente arguída pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

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 uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica ratifica as anteriores, em conformidade com as análises já realizadas por esta unidade técnica e pelo MP/TCU.

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 49, p. 13-14 e peça 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 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 referida empresa, decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 117/2006, 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, solidariamente, os srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda ao recolhimento da dívida ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizada monetariamente e acrescida dos 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;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
131601	11.453,38	21/11/2007
137201	21.542,40	9/8/2007
127464	11.561,09	21/11/2007

d) aplicar aos srs. 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 que comprovem perante o Tribunal (art. 214, 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, 30 de abril de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9