

TC 016.826/2009-5

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), Prodiet Farmacêutica Ltda (81.887.838/0001-40), Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda (03.553.585/0001-65), 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); Luiz Fernando Pereira (OAB-PR 22.076); Fernanda Vernalha Guimarães (OAB-PR 20.738); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB-DF 24.089); Marcio Pacheco Magalhães (OAB-GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB-GO 25.000); Sueli Pereira de Souza (OAB-GO 25.750)

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 314/2005, 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 24, p. 36-46), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 314/2005, do que resultou proposta de imputação de débito correlacionado ao pagamento de valores indevidamente faturados, envolvendo as empresas fornecedoras (Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda, Prodiet Farmacêutica Ltda e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda) e os servidores responsáveis pelos pagamentos no âmbito da SES/GO.

3. Promovido o devido contraditório, a instrução técnica subsequente (peça 33, p. 33-48) cuidou de analisar as alegações de defesa apresentadas para concluir por sua improcedência e, ato seguinte, propor a condenação dos responsáveis, segundo três imputações solidárias de débito, envolvendo as empresas Hospfar, Milênio e Prodiet, bem como os srs. Cairo Alberto de Freitas (secretário estadual de saúde), Benevides Mamede Júnior (secretário-substituto) e Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro). Consignou-se, na instrução, a exclusão da responsabilidade relativa ao sr. Adriano Kennen de Barros, por não ter participação nos atos caracterizadores do débito, quais sejam, nos atos de pagamento das parcelas indevidas (peça 33, p. 37).

4. Em pronunciamento que lhe compete, o Ministério Público junto ao TCU, após exame de todas as informações até então reunidas, acolheu a proposta oriunda da unidade técnica, considerando a fundamentação jurídica constante do art. 16, III, alíneas “b” e “c” da Lei 8.443/1992 (peça 33, p. 50-52). 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 34, p. 6).

5. Diante dos elementos adicionais de defesa, viabilizou-se novo exame técnico, no qual se mantiveram as mesmas imputações de débito, segundo três grupamentos de responsáveis, conforme discriminados em instrução anterior (peça 34, p. 7-26). Em seu segundo pronunciamento formal sobre a tomada de contas especial, o MP/TCU manifestou concordância à proposta da unidade técnica (peça 34, p. 28).

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 com relação às faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO (peça 34, p. 29). O referido despacho foi juntado aos autos (peça 40) 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 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 –, 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 314/2005 (peça 2, p. 23) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 15, p. 22-23, 26 e 28), indicar que o item relativo ao medicamento “atovarstatina” foi adquirido com preço superior à referência (preço médio entre preço de fábrica e preço ao consumidor), a aquisição só foi homologada porque houve a averiguação de sua compatibilidade ao parâmetro de preço ao consumidor (peça 2, p. 4 e peça 15, p. 3), o que era permitido por norma expedida no âmbito da SES/GO (Portaria 21/2006 – peça 44). 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.

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. 23) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinado item (peça 2, 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 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 às irregulares condutas 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 34, p. 29 e peça 40) 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 314/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 41). 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 da dupla incidência do tributo, 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 4, p. 8). Há nos autos prova de que as empresas

Hospfar e Milênio não só tinham conhecimento da disposição, como também afirmavam tê-la cumprido (peça 7, p. 20 e peça 5, p. 38). 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 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

17. A responsabilização do sr. Benevides Mamede Júnior nas proposições de imputação de débito se deve ao fato de ter homologado o procedimento licitatório, conforme dispõe o relatório do tomador de contas (peça 15, p. 20-21 e peça 24, p. 14). Ocorre que a exclusão da responsabilidade do sr. Fernando Passos Cupertino de Barros (peça 24, p. 38) e do sr. Adriano Kennen de Barros (peça 33, p. 37) decorreu justamente do entendimento de que o débito se materializa a partir do pagamento. Portanto, não há fundamentação jurídica para se prosseguir na responsabilização do sr. Benevides Mamede Júnior.

18. Outro detalhe passível retificação diz respeito à imputação de débito que alcança a empresa Milênio, em solidariedade com os servidores responsáveis pelo pagamento das notas fiscais. Consoante disposto na instrução inicial (peça 24, p. 43), o cálculo da referida dívida baseou-se em planilha produzida pelo tomador de contas (peça 24, p. 3-4), cujo teor assinala que o quantitativo pago à empresa – com referência a todas as notas fiscais listadas – alcança o montante de R\$ 280.697,32, sendo que R\$ 96.357,90 com financiamento federal, ou seja, 34,33% (o relatório assinala o índice de 32,82%). 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.

19. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento das notas fiscais contou com diferenciados percentuais de financiamento federal, bem como o fato de que muitas notas fiscais, com expressivos valores, não ensejaram pagamento indevido. Tal constatação 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 51343, 50374, 50373, 53152 e 55237), 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\$ 11.456,24.

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 314/2005 (peça 43).

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 (peça 43, p. 19), 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 das propostas das empresas que eventualmente declarassem contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, não só porque duas empresas, sobre o tema, apresentaram declarações contraditórias, como também porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido expressamente arguida pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

26. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estariam em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido obterem uma nova formulação de proposta de mérito, se não houvesse necessidade de se renovar a citação da empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda e dos servidores que lhe são solidários. De fato, verificou-se que a citação promovida quantifica o montante de sua dívida em R\$ 5.838,66, enquanto a metodologia de cálculo assinalada nesta instrução aponta para a dívida de R\$ 11.456,24.

27. Isso posto, na forma do art. 12, II da Lei 8.443/1992, propõe-se seja providenciada a citação solidária da empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda e dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, da forma abaixo exposta:

Ato impugnado: pagamento indevido à empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda, decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 314/2005, 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;

Débito:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
51343	535,50	1/9/2006
50374	28,56	1/9/2006
50373	1.135,26	1/9/2006
53152	535,50	26/6/2006
55237	1.097,27	18/9/2006
62143	1.570,80	18/9/2006
62147	946,05	18/9/2006
62567	267,75	18/9/2006
65835	234,45	18/9/2006
65961	2.356,20	18/9/2006



68245	535,50	18/9/2006
70333	2.213,40	18/9/2006

Goiânia, 8 de maio de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9