TC 016.838/2009-6

Tipo de processo: Tomada de Contas Especial

Unidade jurisdicionada: Secretaria da Saúde do Estado de Goiás – SES/GO

Responsáveis: Cellofarm Ltda (02.433.631/0001-20), Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. (33.009.945/0001-23), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00)

Advogado/Procurador: Marco Antonio Fernando Cruz (OAB-SP 134.324); Adriana Ferreira Freire (OAB-SP 209.452); Luciano Hoffmann (OAB-SP 221.864); Juliane Correa Frandsen (OAB-SP 287.999); Marco Drummond Malvar (OAB-DF 26.942), Giselle Machado Bruzada D'Alencar (OAB-DF 31.972); Luciana Tavares Portilho (OAB-RJ 100.452); Eurípedes Barsanulfo Lima (OAB-GO 22.619); Vicente Coelho Araújo (OAB-DF 13.134); Gustavo de Oliveira Machado (OAB-GO 21.857)

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 259/2006, constituída por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário (peça 1, p. 19).

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 27, p. 25-33), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 259/2006, do que resultou proposta de imputação de débito correlacionado ao pagamento de valores indevidamente faturados, envolvendo as empresas fornecedoras (Cellofarm Ltda e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.) e os servidores responsáveis pelos pagamentos no âmbito da SES/GO.

3. Promovido o devido contraditório, a instrução técnica subsequente (peça 31, p. 12-19) cuidou de analisar as alegações de defesa apresentadas para concluir por sua improcedência e, ato seguinte, propor a condenação dos responsáveis, segundo duas imputações solidárias de débito, envolvendo as empresas Cellofarm e Roche, bem como os srs. Cairo Alberto de Freitas (secretário estadual de saúde) e Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro). Consignou-se, na instrução, a exclusão da responsabilidade relativa às sras. Maria Lúcia Carnelosso e Sunária Aparecida Alves de Brito, por não ter participação nos atos caracterizadores do débito, quais sejam, nos atos de pagamento das parcelas indevidas.

4. Em pronunciamento que lhe compete, o Ministério Público junto ao TCU, após exame de todas as informações até então reunidas, acolheu em parte a proposta oriunda da unidade técnica, por considerar que as servidoras acima aludidas devessem também ser responsabilizadas (peça 31, p. 26-28). Considerando, todavia, a autuação de elementos adicionais de defesa em favor da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48452547.

empresa Roche, foi determinada a restituição dos autos à unidade técnica para que fosse promovida nova instrução (peça 31, p. 45).

5. Diante dos elementos adicionais de defesa, viabilizou-se novo exame técnico, no qual se mantiveram as mesmas imputações de débito, conforme discriminadas em instrução anterior (peça 31, p. 46-53). Em seu segundo pronunciamento formal sobre a tomada de contas especial, o MP/TCU reiterou o conteúdo de sua manifestação anterior (peça 31, p. 58).

6. O despacho que se seguiu, 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 31, p. 59). O referido despacho foi juntado aos autos (peça 35) 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. A comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 259/2006 (peça 1, p. 27) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 14, p. 24-25), indica que não houve extrapolação ao parâmetro de preços.

Cobrança indevida de tributo

9. 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.

10. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 31, p. 59 e peça 35) fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos das empresas fornecedoras por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos viabilizadas pelo Pregão 259/2006. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 36). 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48452547.

11. 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 repetida incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços já contemplassem a inclusão do tributo (peça 2, p. 79). Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contempla tal incidência, não se reconhece à vontade particular capacidade derrogatória 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.

12. 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. Entende-se que 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.

13. Quanto aos níveis de responsabilidade decorrente do ilícito, tem-se que, na mesma linha das instruções técnicas sobre o tema, que a irregularidade se materializa quando do pagamento, pois nessa ocasião que se exigia dos servidores responsáveis o cumprimento da obrigação de se vincularem ao parâmetro de preços definidos na proposta licitatória. Portanto, eximem-se de responsabilidade as sras. Maria Lúcia Carnelosso e Sunária Aparecida Alves de Brito.

Alteração da imputação de débito

14. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Cellofarm baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 26, p. 45-48), do que resultou, no âmbito desta unidade técnica, a proposta de imputação de débito envolvendo a empresa e os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (peça 31, p. 52-53). O referido relatório do tomador de contas assinala que o quantitativo pago à empresa – com referência a todas as notas fiscais listadas – alcança o montante de R$ 783.888,64, sendo que R$ 450.701,44 com financiamento federal, ou seja, 57,5 %. Dessa feita, o cálculo de débito realizado por esta unidade técnica fez incidir o referido percentual (na verdade, aplicou o percentual de 57,45 %) sobre o valor indevidamente pago correspondente a cada nota fiscal que envolveu recurso federal para alcançar os quantitativos a serem devolvidos; cada qual correspondente a uma específica nota fiscal.

15. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento de muitas notas fiscais com recursos federais não ensejou valores indevidos. 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 com relação à empresa Cellofarm, abaixo exposta, leva em conta que oito notas fiscais requereram a apuração da proporcionalidade de participação da fonte federal "23" (NF's 35522, 33214, 33215, 33371, 33372, 34280, 34281, 34283 e 36264), 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 da empresa

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48452547.

Cellofarm, soma o valor de R$ 61.494,44 e não de R$ 59.459,15, conforme consignado em instrução técnica.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

16. 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 merecer uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica somente se diferencia das anteriores pela redefinição da dívida relacionada à empresa Cellofarm.

17. De fato, identificou-se que a correção do cálculo implicou em pequena alteração da dívida, para maior (R$ 2.035,29), o que poderia demandar a renovação do ato formal de citação. Entende-se, todavia, que a diferença sequer cobriria os custos de administrativos e operacionais de fazer o processo retornar a sua fase inicial. Em nome, portanto, do princípio da economicidade, ao qual se vinculam os atos da administração pública e para que não se violem os direitos individuais dos responsáveis, entende-se que a formulação de mérito possa manter o valor anterior. Sugere-se, desse modo, que da dívida relacionada à nota fiscal 36264, cujo valor, pelo novo cálculo, seria de R$ 2.927,81, subtraia-se a diferença apurada. O valor resultante seria de R$ 892,52.

18. Resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 37), cujo teor assinala a existência de laudos periciais da Polícia Federal sobre licitações realizadas pela Secretaria de Saúde de Goiás. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 38), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 259/2006.

19. Enfim, os temas que dizem respeito ao mérito das contas já foram analisados na amplitude necessária. A redefinição da imputação de débito, conforme procurou-se justificar, não prejudica o encaminhamento de mérito.

20. 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 31, p. 46-53), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) excluir as sras. Maria Lúcia Carnelosso e Sunária Aparecida Alves de Brito do rol de responsáveis;

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como das empresas Cellofarm Ltda e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., nos termos do art. 16, "b" e "c" da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresas, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 259/2006, 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 Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
37339	608,94	19/6/2007

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48452547.

37341	608,94	19/6/2007
44506	608,94	16/8/2007
44505	608,94	16/8/2007
48703	608,94	16/8/2007
48704	608,94	16/8/2007
51850	608,94	1/11/2007
62008	608,94	27/12/2007
62009	608,94	27/12/2007

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Cellofarm Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
30166	135,13	21/11/2007
30167	975,94	21/11/2007
30168	3.903,74	21/11/2007
30169	33,78	21/11/2007
30838	3.659,76	21/11/2007
30839	14.639,04	21/11/2007
31263	506,74	21/11/2007
31260	506,00	21/11/2007
31261	126,50	21/11/2007
31262	126,68	21/11/2007
30431	3.659,76	21/11/2007
31708	126,68	21/11/2007
31709	506,74	21/11/2007
31575	3.659,76	21/11/2007
31576	14.641,04	21/11/2007
32522	2.927,81	24/8/2007
33214	731,95	1/11/2007
33215	2.927,81	1/11/2007
33371	25,34	1/11/2007
33372	101,35	1/11/2007
34280	731,95	1/11/2007
34281	25,34	1/11/2007
34283	101,35	1/11/2007
35310	3.659,76	1/11/2007
35309	126,68	1/11/2007
36264	892,52	27/11/2007

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48452547.

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e às empresas Cellofarm Ltda e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. 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 Procuradoria 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, 21 de maio de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 48452547.