



TC 004.562/2010-0

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), Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda (03.553.585/0001-65), 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) e 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); Fabrício David de Souza Gouveia (OAB-GO 22.784); Sueli Pereira de Souza (OAB-GO 25.759); Fernanda Marques Lombardi (OAB-GO 21.640-E)

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 175/2005, 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 e de outras violações à norma legal. Conforme expõe o conteúdo da instrução técnica inicial (peça 19 – p. 35-40), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 175/2005, do que resultou dois tipos de proposta de imputação de débito, em que o primeiro diz respeito à adjudicação, à homologação e ao pagamento de medicamentos com preços superiores aos que então balizavam o mercado e o segundo correlacionado ao pagamento de valores indevidamente faturados.

3. A questão do superfaturamento diz respeito ao ato irregular de se ter adquirido medicamentos sem acurar-se ao parâmetro de preços definidos em estimativa prévia (peça 2, p. 46). A irregularidade alcança o momento da licitação e o momento posterior do pagamento, em atenção ao conteúdo normativo disposto no art. 11, XI do anexo ao Decreto nº 3.555/2000 e do art. 67, § 1º da Lei nº 8.666/1993. Foi proposta uma primeira citação sobre o tema por intermédio da instrução inicial (peça 19, p. 35-40). Considerando a existência de despacho adotado pelo relator desses autos em outro processo, o qual repercutia no presente, conforme justificativa constante em instrução anterior (peça 42), a irregularidade pertinente ao tema do superfaturamento foi objeto de uma nova proposta citatória, cujas consequências serão objeto do exame abaixo.

4. Quanto ao pagamento de valores indevidamente faturados, as citações alcançaram, no primeiro momento, a solidariedade da empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos (ofício 279/2010: peça 20, p. 36; resposta: peça 22, p. 12-26) com os srs. Cairo Alberto de Freitas (ofício 271/2010: peça 20, p. 15; resposta: peça 26, p. 40-50 e peça 27, p. 1-16), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 274/2010: peça 20, p. 23; resposta: peça 26, p. 40-50 e peça 27, p. 1-16), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 268/2010: peça 20, p. 7; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 278/2010: peça 20, p. 34; resposta: peça 22, p. 1-11).

5. Também houve a citação solidária dos mesmos responsáveis com a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Todavia, por conta de equívoco na definição de um dos valores imputados como débito, reconhecido no âmbito desta unidade técnica, procedeu-se instrução retificadora (peça 31, p. 3-4), razão pela qual foi procedida nova citação dos responsáveis: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda (ofício 418/2011: peça 31, p. 10-12; resposta: peça 32, p. 5-50 e peça 33, p. 1-48); Cairo Alberto de Freitas (ofício 415/2011: peça 31, p. 22-24; resposta: peça 34, p. 14-46), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 416/2011: peça 31, p. 19-21; resposta: peça 34, p. 14-46), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 414/2011: peça 31, p. 16-18; resposta: peça 31, p. 40-51 e peça 32, p. 1-4) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 417/2011: peça 31, p. 13-15; resposta: peça 31, p. 25-29).

6. Como fundamento às citações por valores indevidamente faturados tem-se que o instrumento convocatório do aludido pregão expressamente determinava, por meio do item 5.3, que os preços propostos deveriam contemplar a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, mas que, por ocasião da emissão das notas fiscais, a licitante vencedora deveria excluir do seu valor a parcela referente a este último, em razão da existência de isenção tributária (Convênio ICMS 87/02, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825/2003 – peça 4 – p. 33). Portanto, o fato das empresas citadas, por ocasião da emissão das notas fiscais (peça 18, p. 38 e 41), fazerem incidir sobre os preços cotados o acréscimo correspondente à alíquota do imposto, para promover em seguida sua dedução, configurou indício de débito (peça 18, p. 19-21). O débito apurado pela comissão de tomada de contas especial com relação à empresa Medcommerce Comércio de Produtos Hospitalares Ltda (peça 18, p. 43) não envolveu a participação de recursos federais.

7. Foi ainda reconhecido o cometimento de irregularidades não ensejadoras de débito (ausência da prévia formalização do instrumento contratual e inobservância da fonte orçamentária prevista em edital licitatório), razão por que foram convocados em audiência os seguintes responsáveis: Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 283/2010: peça 20, p. 41; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2), Cairo Alberto de Freitas (ofício 284/2010: peça 20, p. 43; resposta: peça 27, p. 17-32), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 286/2010: peça 20, p. 47; resposta: peça 27, p. 17-32) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 285/2010: peça 20, p. 45; resposta: peça 22, p. 1-11).

8. Portanto, todos os temas aventados no curso da instrução desses autos encontram agora a oportunidade de merecer a devida análise de mérito.

EXAME TÉCNICO

a) Superfaturamento de medicamentos

9. A última proposta de citação sobre o tema (peça 42, p. 6-7) remete a dois grupamentos de responsabilidade. Quanto ao grupamento que envolve a empresa Hospfar e os responsáveis solidários, as citações foram realizadas por meio dos ofícios Secex/GO 290/2012 ao 295/2012 (peças 45-50), tendo havido respostas, exceto quanto ao sr. Adriano Kennen de Barros (peças 49, 56, 57, 66 e 67). No que se refere ao grupamento da empresa Milênio, somente expediu-se ofício citatório com relação a esta (peça 51), não se convocando os responsáveis que lhe solidarizam. Tal

circunstância poderia ensejar nesta oportunidade proposta de renovação do procedimento de citação.

10. Todavia, depois de exame mais acurado dos presentes autos, motivado, principalmente, pela orientação emanada pelo Relator, no sentido de que as instruções de todas as tomadas de contas especiais decorrentes da determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário se balizassem por critérios de avaliação uniformes, há de se reconhecer a existência nos presentes autos de evidências capazes de afastar a irregularidade tratada neste tópico.

11. A irregularidade foi identificada a partir da constatação de que o resultado final do Pregão 175/2005 (peça 18, p. 9-18), proclamado em 14/7/2005, não observou a estimativa de preços previamente produzida (peça 2, p. 46). Conforme relatado em instrução, a estimativa vincula o acolhimento da proposta, a menos que houvesse formal justificativa; como tal exigência não foi cumprida em ata, considerou-se configurada a irregularidade. Ocorre que há evidências de que este cuidado foi observado no curso do respectivo processo administrativo que tramitou na SES/GO, de modo que, embora a licitação já houvesse sido homologada, a aquisição só seguiu o seu curso depois que foi atestada a compatibilidade dos preços ofertados ao mercado.

12. Por meio do Despacho 1948/2005 – GJ/SES de 6/9/2005, foi solicitado parecer técnico sobre os preços adjudicados (peça 12, p. 1), do que resultou sua comparação com as seguintes referências: preço fábrica, banco de dados do Ministério da Saúde e preço máximo ao consumidor (peça 12, p. 2-5). Observa-se que os preços adjudicados não superam esta última referência. Em seguida, houve um pronunciamento consubstanciado no Despacho 1217 CPL/SUPEX/SES, em que se analisam as dificuldades de se obter uma referência justa de mercado, uma vez que o próprio parecer reconhece que a estimativa prévia que balizou a licitação continha preços ultrapassados; por isso conclui que os preços teriam observado o critério da razoabilidade (peça 12, p. 24-25). As empresas fornecedoras foram então chamadas a justificarem seus preços, bem como foram buscadas referências adotadas por outras instituições públicas (peça 12, p. 29-47). Com base no referido lastro informativo e ainda tendo anuência da Assessoria Jurídica da SES/GO para que deliberasse sobre o assunto, o então secretário reconheceu a compatibilidade ao mercado e autorizou a emissão das notas de empenho (peça 13, p. 6-8).

13. 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. 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).

14. 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. Ainda que a utilização em tempo atual do parâmetro ditado pelos preços máximos ao consumidor seja questionável, pode-se constatar, neste caso, que a apuração promovida pela SES/GO cumpre com a obrigação de justificativa de preços, exigida pelo decreto regulamentador do pregão.

b) Cobrança indevida de tributo

15. Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos (ofício 279/2010: peça 20, p. 36; resposta: peça 22, p. 12-26) em solidariedade com os srs. Cairo Alberto de Freitas (ofício 271/2010: peça 20, p. 15; resposta: peça 26, p. 40-50 e peça 27, p. 1-16), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 274/2010: peça 20, p. 23; resposta: peça 26, p. 40-50 e peça 27, p. 1-16), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 268/2010: peça 20, p. 7; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 278/2010: peça 20, p. 34; resposta: peça 22, p. 1-11);

- Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda (ofício 280/2010: peça 20, p. 38-40; ofício 418/2011: peça 31, p. 10-12; respostas: peça 23, p. 2-50; peça 24; peça 25; peça 28; peça 29, p. 1-31; peça 32, p. 5-50 e peça 33, p. 1-48) em solidariedade com Cairo Alberto de Freitas (ofício 415/2011: peça 31, p. 22-24; resposta: peça 34, p. 14-46), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 416/2011: peça 31, p. 19-21; resposta: peça 34, p. 14-46), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 414/2011: peça 31, p. 16-18; resposta: peça 31, p. 40-51 e peça 32, p. 1-4) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 417/2011: peça 31, p. 13-15; resposta: peça 31, p. 25-29).

16. O instrumento convocatório do aludido pregão expressamente determinava, por meio do item 5.3, que os preços propostos deveriam contemplar a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, mas que, por ocasião da emissão das notas fiscais, a licitante vencedora deveria excluir do seu valor a parcela referente a este último, em razão da existência de isenção tributária (Convênio ICMS 87/02, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825/2003). Portanto, o fato das empresas fornecedoras, por ocasião da emissão das notas fiscais, fazerem incidir sobre os preços cotados o acréscimo de 17%, correspondente à alíquota do imposto, para promover em seguida sua dedução, o que levou ao pagamento de notas fiscais sem a necessária desoneração, configura indício de débito.

b.1) Alegações de defesa da empresa Milênio e respectiva análise

17. A empresa declara, inicialmente, que os dispositivos legais apontados em ofício citatório, os quais teriam sido violados, não têm correlação com a irregularidade ali nominada. De fato, conforme assinalado em instrução inicial (peça 19, p. 38-39), os arts. 48, II e 67, § 1º da Lei 8.666/1993 e art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000 têm correlação com a irregularidade relativa ao superfaturamento de medicamentos, sendo que a irregularidade em foco diz respeito especificamente à violação do item 5.3 do edital, conforme está consignado na descrição do ato impugnado. Portanto, desconsideram-se os referidos dispositivos legais, levando-se em conta que sua alusão não prejudicou o exercício do direito de defesa.

18. Quanto aos argumentos apresentados pela empresa especificamente relacionados ao tema, tem-se a constatar que todos eles centram-se na interpretação de que o referido dispositivo do edital é inaplicável, considerando o fato de que se trata de medicamento desonerado da incidência do ICMS, conforme deliberação do Confaz, o que tornava sem sentido obrigar a empresa a apresentar uma proposta em que sua incidência estivesse contemplada para depois ter que subtraí-lo quando da emissão da fatura. Além disso, a empresa considera que declaração apresentada por ocasião do certame licitatório, na qual afirma que sua oferta de preço não contempla a incidência do tributo, a eximiria da obrigação de descontar o valor do tributo quando da emissão da fatura.

19. Considera-se improcedente o argumento, porquanto se trata de uma injustificável violação a preceito editalício a que expressamente se vinculam todos os atos licitatórios. A empresa estava obrigada a deduzir a alíquota de ICMS do valor cotado na ocasião em que emitisse a fatura. 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 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.

b.2) Alegações de defesa da empresa Hospfar e respectiva análise

20. Em suas manifestações iniciais, a empresa requer providências concernentes à extinção do processo ou à sua devolução para a secretaria estadual de saúde, tendo em vista, respectivamente, a consideração de que foi promovida a retenção do imposto de ICMS ou de que há necessidade de produzir provas suplementares no âmbito daquela pasta. Entende-se que os elementos constantes dos autos já permitem apreciação de mérito e a questão da retenção do imposto será tratada no curso deste exame.

21. Logo no início da peça principal de defesa, autuada em seguida aos requerimentos iniciais, a defendente procura descaracterizar a tipicidade do ato impugnado, conforme consta em ofício citatório, porquanto o teor de norma regulamentar (Convênio Confaz nº 87/2002) teria obrigado a empresa licitante a adotar um procedimento diverso do que estipulava o item 5.3 do edital. Tal como foi arguído pela empresa Milênio, a Hospfar também faz referência à inaplicabilidade dos dispositivos mencionados em ofício citatório.

22. O argumento que se expõe na sequência das alegações explora justamente este suposto conflito entre a exigência editalícia e a regulamentação do ICMS, no sentido de que ao licitante pesava a obrigação, não de cumprir aquela disposição, mas a norma regulamentar, o que os levou a apresentarem sua proposta de preços sem a incidência do ICMS. Declarações constantes dos autos, as quais acompanharam a documentação licitatória pertinente à empresa Hospfar, comprovariam, segundo a defesa, que os preços cotados já estariam desonerados do ICMS. Dessa feita, atribui a exigência editalícia ao equivocado entendimento jurídico de quem elaborou o edital e diante da evidência de que o valor pago pelas notas fiscais não contemplava qualquer parcela de ICMS, não haveria outra conclusão a alcançar, senão a de que faltam pressupostos elementares para imputação de débito.

23. Também a defesa discorre sobre um eventual conflito de interpretação quanto ao texto normativo do Convênio ICMS nº 87/2002, uma vez que haveria necessidade de que as notas fiscais expressamente discriminassem o valor correspondente ao imposto isento. Desse modo, segundo a defesa, a SES/GO entendeu que os preços cotados na licitação deveriam contemplar a incidência do imposto para que fosse deduzido na nota fiscal, enquanto a Secretaria da Fazenda manifestou o entendimento de que aos licitantes poderia ser permitida a cotação de preços com a desoneração do referido imposto. Nesse mesmo sentido, parecer de lavra da procuradoria do Estado também confirmaria o entendimento exposto pelo defendente.

24. Alega ainda que a licitante não poderia ser prejudicada por irregularidades restritas ao âmbito obrigacional da administração pública. Se as propostas contrariavam expressamente disposição editalícia, conforme atestavam as declarações apresentadas pelos licitantes, impunha-se a ação prescrita no art. 48, I da Lei nº 8.666/1993. Do mesmo modo, caberia à administração pública, caso entendesse a desconformidade dos documentos de despesa com as cláusulas do pregão, o questionamento do seu teor antes de realizar os pagamentos.

25. Faz menção à existência de legislação tributária que lhes propiciaria o direito de reduzir a base de cálculo para incidência do ICMS, de modo que, em prevalecendo o entendimento de que foi indevida a oneração do imposto, conforme apontada em nota fiscal, a devolução há de ser realizada considerando a alíquota de 10% e não de 17%, o que tornaria menor o valor da dívida. Também argumenta que a participação do TCU na apuração da dívida não é propriamente legítima, porquanto os recursos federais não foram suficientes para a aquisição dos medicamentos promovidos em nível estadual, de modo que não haveria de se cogitar prejuízo à União.

26. A par de requererem o acolhimento de suas alegações, no especial sentido de que a cobrança da dívida, da forma imputada, favoreceria o enriquecimento ilícito da administração pública, argumenta que as ações adotadas pela empresa sempre foram informadas pela boa-fé. Por fim, faz juntar dois pareceres jurídicos, cujos teores versam sobre o assunto tratado nestes autos. As conclusões alcançadas pelos pareceristas confirmam as teses demonstradas nas alegações de defesa.

27. Deter-se-á, inicialmente, na questão das retenções do pagamento do ICMS, supostamente promovidas pela SES/GO, cujas implicações conduziriam à extinção do débito, vez que os valores retidos superariam os valores cobrados. A alegação não procede, pois as retenções, mesmo que tivessem sido promovidas, não alteram o fato de que as notas fiscais relacionadas ao débito tiveram seus valores pagos, não tendo havido retenção alguma a seu respeito. Portanto, se os valores correspondentes ao ICMS ali embutidos são indevidos, consuma-se a obrigação de que sejam restituídos. Além disso, resposta da SES/GO à diligência promovida por esta unidade técnica dá notícia de que não há retenção (peça 41, p. 2).

28. A respeito da interveniência de órgão de controle federal na cobrança da dívida, tendo em vista a suposta co-participação do orçamento estadual na aquisição dos medicamentos, tem-se a dizer que o tema está devidamente esclarecido na instrução inicial, levando-se em conta que o débito foi calculado com base na proporcionalidade de participação dos recursos federais.

29. Sobre o amplo conjunto dos demais argumentos de defesa, especialmente aqueles relacionados à efetiva exigibilidade da disposição inscrita em edital, tem-se a considerar que o busilis é de simples solução e diz respeito à adequada compreensão da finalidade jurídica que a legislação empresta ao edital licitatório. A disciplina da modalidade pregão é dada pela Lei nº 10.520/2002, cujo teor relega unicamente ao edital a competência para estabelecer as normas que regerão o procedimento, incluindo a prerrogativa exclusiva de determinar os critérios de aceitação das propostas (arts. 4º, III e 3º, I). A hermenêutica de tais dispositivos, conforme preceitua o art. 9º da mencionada lei, tem correlação com o estatuto geral das licitações e contratos, entre cujos princípios basilares consta o dever de estrita vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º da Lei nº 8.666/1993). Portanto, a rigidez interpretativa que se impõe às cláusulas editalícias não cumpre apenas uma mera formalidade jurídica, mas se trata de um princípio fundamental da licitação pública.

30. O edital sob comento é inequívoco sobre a exigência de que as propostas incluíssem a incidência de todos os tributos, particularmente o ICMS. E o faz com um grau de minudência que talvez não fosse absolutamente necessário, mas que se mostrou oportuno para explicar aos interessados de que se aplicavam ao fornecimento do produto licitado as disposições contidas no Convênio ICMS nº 87/2002 Confaz, cujo teor estabelece que o valor correspondente ao ICMS, ainda que isento, deveria ser destacado no ato de emissão do documento fiscal.

31. Ora, diante dessa particularidade tributária, não há absolutamente nada de controverso na iniciativa da SES/GO de incluir a referida disposição editalícia. Se o valor correspondente ao imposto deveria aparecer na nota fiscal, ainda que não cobrado, é muito mais simples, coerente e de mais fácil controle que a cotação do produto já se fizesse com a inclusão do mesmo, para que, quando da sua entrega, fosse simplesmente deduzido da nota fiscal. Não há contradição alguma entre a referida norma tributária e o item do edital, nem conflito de posicionamentos técnicos entre órgãos distintos da administração estadual que pudesse inviabilizar a legitimidade da exigência, como a empresa procura defender.

32. Resta saber sobre a repercussão da declaração da empresa licitante, segundo a qual admitia expressamente que não estavam cumprindo a referida exigência editalícia em sua proposta de preço. O argumento que se aplica aqui é o mesmo utilizado na apreciação da empresa Milênio, acima exposto. Importa afirmar que a adjudicação e a homologação do aludido pregão significaram

a prevalência de sua própria disciplina, já que as mencionadas declarações de modo algum têm aptidão jurídica para revogar a lei interna da licitação.

33. Sendo assim, não há respaldo para se acolher a pretensão da defendente de se ver contemplada por uma alíquota de imposto reduzida, o que importaria numa menor imputação de débito. Não somente porque se trata de um tema próprio ao foro especificamente tributário, mas também porque, sob o ponto de vista formal, tal informação deveria constar de sua própria proposta de preço.

b.3) Alegações de defesa dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e respectiva análise

34. A argumentação conjuntamente apresentada por ambos os responsáveis procura destacar, inicialmente, que suas ações enquanto dirigentes da pasta – o sr. Cairo, enquanto secretário estadual e o sr. Antônio Durval, enquanto superintendente financeiro – foram caracterizadas pela adoção de providências visando a apuração da irregularidade. Nada obstante, defendem que as declarações apresentadas pelas licitantes, no sentido de que os preços cotados já se encontravam desonerados, respaldaria o pagamento realizado às empresas. Também consideram que a interrupção do pagamento resultaria na grave situação de desabastecimento de medicamentos, o que tornaria justificável seus atos. Por esse motivo, assinalam que o atributo da boa-fé, presente nos atos administrativos por ele praticados, os eximiria de qualquer responsabilidade.

35. De qualquer sorte, consideram que a tomada de contas especial teria seu objeto comprometido desde o início, já que as retenções promovidas pela SES/GO alterariam a dívida. Por fim, consideram que as empresas fornecedoras deveriam ser as únicas responsabilizadas por terem sido, de fato, as beneficiárias da irregularidade.

36. A respeito do conteúdo das alegações de defesa, aplicam-se a ele o exame pertinente à defesa das empresas envolvidas, acima subscrito. Isso porque lhes era igualmente exigível a fiel observância do preceito editalício em foco, de modo que as faturas jamais poderiam ser pagas em valores superiores aos que eram previstos em edital. Ou seja, o faturamento deveria observar o valor proposto em licitação, desonerado do correspondente ICMS. Na medida em que contribuíram decisivamente para a configuração da irregularidade, suas condutas tornaram-se imputáveis. Resta esclarecer, todavia, que a irregularidade se materializa quando do pagamento das faturas, do que resulta que o vínculo obrigacional somente alcança as faturas pagas no período em que ocuparam os respectivos cargos. Conforme dispõem os atos de nomeação e de exoneração dos dirigentes (peça 68), o período de gestão referente ao sr. Cairo Alberto de Freitas está compreendido entre as datas de 30/6/2006 e 31/7/2008, e o referente ao sr. Antônio Durval de Oliveira Borges está compreendido entre as datas de 1/8/2006 e 22/7/2008. Como foram citados para responder, solidariamente, pelo valor total do débito, deve-se nesta oportunidade responsabilizá-los apenas quanto às faturas pagas durante o seu período de gestão.

b.4) Alegações de defesa do sr. Fernando Passos Cupertino de Barros e respectiva análise

37. Quanto à irregularidade tratada neste tópico, o responsável faz alusão, principalmente, ao fato de que seu ato de homologação ao procedimento licitatório não caracteriza qualquer irregularidade. Isso porque entende que as propostas, por estarem desoneradas de ICMS, conforme declaração dos licitantes, estariam regulares. Também alega que não assinou os atos de pagamento dos medicamentos, e sim seu sucessor; por isso não pode ser questionado por eles. Apesar do argumento, considera que a urgência no fornecimento dos medicamentos justificaria os atos de aquisição. Sendo assim, considera inexistente nos autos qualquer ato que tipifique conduta culposa, do que decorreria a ausência de pressupostos para configurar sua responsabilidade.

38. A argumentação é inconsistente porque insiste em relevar a exigibilidade contida em edital. Como visto, era indubitosa a obrigação de que o faturamento se desse com base nos preços

propostos, subtraindo-se destes a parcela correspondente ao tributo de ICMS. Não tendo sido observada tal exigência, o ex-secretário estadual da saúde deve responder pelos pagamentos realizados durante seu período de gestão. Ao contrário do que afirma, os pagamentos que se incluem no referido período (entre 27/7/1999 e 30/6/2006 – peça 68) estavam sob sua responsabilidade. Como foi citado para responder, solidariamente, pelo valor total do débito, deve-se nesta oportunidade responsabilizá-lo quanto às faturas pagas durante o seu período de gestão.

b.5) Alegações de defesa do sr. Luiz Antonio Aires da Silva e respectiva análise

39. No que concerne ao tema, a defesa do responsável alega, de início, que se houve irregularidade esta se vincularia ao procedimento licitatório, por ter admitido que fossem cotados preços desonerados de ICMS. Nada obstante, alega também que havia grande controvérsia quanto à exigência de que a proposta apresentasse preços desonerados, o que tornaria justificável o procedimento. Também argumenta que o ordenador da despesa era o secretário de saúde, de modo que, enquanto superintendente financeiro, não pode ser responsabilizado. Por fim, além do fato de somente poder ser responsabilizado pelos pagamentos realizados durante seu período de gestão, faz alusão sobre a existência de um processo amigável de compensação com as empresas fornecedoras no âmbito da SES/GO, o que prejudicaria o curso da presente tomada de contas especial.

40. Entende-se, a respeito, não existir razão para se vislumbrar na licitação a causa para a irregularidade aqui analisada, uma vez que ela somente se materializa quando do pagamento. Como exposto nesta instrução, não se consideram juridicamente hábeis os supostos efeitos das mencionadas declarações dos licitantes, como que uma declaração unilateral, contida no conjunto de documentos licitatórios, pudesse revogar uma explícita exigência do edital. Competia ao gestor somente autorizar o pagamento – atribuição que lhe pesava enquanto superintendente financeiro – depois de comprovado que o valor líquido a ser faturado correspondia ao valor da ordem de fornecimento, deduzida a alíquota do ICMS. De qualquer sorte, a dívida imputada ao responsável deve somente alcançar as faturas pagas durante o seu período de gestão (entre 13/10/2003 e 24/7/2006 – peça 68).

c) Execução irregular de despesas

41. Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 283/2010: peça 20, p. 41; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2); Cairo Alberto de Freitas (ofício 284/2010: peça 20, p. 43; resposta: peça 27, p. 17-32), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 286/2010: peça 20, p. 47; resposta: peça 27, p. 17-32) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 285/2010: peça 20, p. 45; resposta: peça 22, p. 1-11).

42. O tema diz respeito às circunstâncias relacionadas ao processamento das despesas relativas ao pregão, as quais prescindiram da prévia formalização do instrumento contratual e também não se ativeram à dotação orçamentária prevista em edital (fonte estadual: “00”), por conta do aproveitamento de recursos federais (fonte “23”). Esta última irregularidade tem repercussão com a frustração do caráter competitivo do certame licitatório, já que o financiamento federal poderia atrair maior número de interessados.

c.1) Razões de justificativa e respectiva análise

43. Os argumentos produzidos pelos responsáveis remontam, de maneira geral, às circunstâncias emergenciais de fornecimento de medicamentos, o que levou à subscrição de notas de empenho e a pagamentos, cujos teores fazem referência a um contrato que não existia e ao aproveitamento de recursos federais (peça 13, p. 6-8 e peça 15, p. 8-9). Tem-se a destacar, diante das evidências que apresentam, que todos esses atos não foram adotados imotivadamente, tanto porque havia gestões originárias do ministério público estadual, que defendia os interesses da população necessitada, quanto porque as decisões tomadas no âmbito da SES/GO se mostraram amparadas por rotinas de consulta junto a gerências especializadas e à procuradoria

estadual. Consta, nesses despachos, a possibilidade de que a nota de empenho substituisse o instrumento contratual, enquanto não outorgado pela procuradoria, bem como a do aproveitamento da fonte orçamentária federal, em face da insuficiência de recursos estaduais.

44. Considera-se que as justificativas apresentadas atenuam a gravidade das imputações. Opina-se, desse modo, pelo acolhimento das razões de justificativa, sem prejuízo do órgão ser alertado sobre o caráter irregular de tais ocorrências.

d) Laudo pericial

45. 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 175/2005 (peça 69).

46. 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, para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

47. 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, porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido objeto de recurso ou expressamente arguida pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

48. 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 formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica toma como indicativo de débito apenas as despesas concernentes ao pagamento indevido de tributo, conforme citações propostas nas duas instruções iniciais (peça 19, p. 35-40 e peça 31, p. 3-4), levando-se em conta a pertinência dos atos de pagamento das respectivas faturas com os períodos de gestão dos responsáveis.

49. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha 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, Luiz Antonio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda, 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 175/2005, 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;

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

NF	Valor (R\$)	Data
086472	42.430,80	29/03/2006
085718	952,50	29/03/2006
092075	4.102,78	29/03/2006
092989	625,22	29/03/2006
097523	3.721,06	11/05/2006

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
100236	3.061,88	31/07/2006
101450	796,82	31/07/2006
101183	521,02	31/07/2006
103092	197,31	31/07/2006

c.3) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
106062	2.449,98	28/08/2006
106097	416,81	28/08/2006
089463	206.727,41	16/04/2007

c.4) solidariedade entre Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda;

NF	Valor (R\$)	Data
034193	1.359,96	17/04/2006

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e às empresas Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda e 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;

e) alertar a Secretaria da Saúde do Estado de Goiás que o processamento das despesas relativas à aquisição medicamentos por intermédio de recursos federais, sem o devido instrumento contratual ou sem fazer constar a origem federal dos recursos em edital licitatório constitui infração legal (arts.



3º e 54 da Lei nº 8.666/1993) – tais irregularidades foram identificadas nas despesas relativas ao Pregão SES/GO 175/2005;

f) autorizar a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, II da Lei 8.443/1992;

g) 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, 6 de junho de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9