



Processo TC 016.838/2009-6
Tomada de Contas Especial

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se de tomada de contas especial instaurada por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, contra os srs. Cairo Alberto de Freitas (ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, de 30.6.2006 a 31.3.2008) e Antônio Durval de Oliveira Borges (Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde – GO, de 1º.8.2006 a 22.7.2008), contra as sras. Maria Lúcia Canelosso (Superintendente Executiva/SES, de 2.6.2008 a 2.7.2008) e Sunária Aparecida Alves de Brito (Pregoeira, de 28.9.2004 a 5.11.2008) e contra as empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS.

O motivo da instauração deste procedimento foram irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, que consistiram em pagamentos irregulares feitos às empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche S.A., no âmbito dos Contratos 62/2007 e 63/2007 (peça 19, pp. 27/37 e peça 17. pp. 13/24), decorrentes do Pregão 259/2006, cujo objeto era o fornecimento de medicamentos para o Centro de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES.

Como parte dos pagamentos foi financiada com recursos federais, os autos foram encaminhados a esta Corte Federal de Contas, procedendo-se à citação das empresas e dos agentes públicos responsáveis (peça 27, p. 23, até peça 28, p. 11).

A empresa Roche S.A. e a sra. Maria Lúcia Canelosso não apresentaram alegações de defesa. .

Após apreciar as alegações apresentadas pelos demais responsáveis, a unidade técnica, naquele momento, sugeriu excluir a responsabilidade da sra. Maria Lúcia Canelosso e da ex-pregoeira, bem como que as presentes contas fossem julgadas irregulares, condenando-se os responsáveis ao pagamento de débito, e que lhes fosse aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (peça 31, pp. 12/19).

O Ministério Público, em sua primeira intervenção, discordou, em parte, das análises efetuadas pela unidade instrutiva, pois entendeu que as sras. Maria Lúcia Canelosso e Sunária Aparecida Alves de Brito deveriam responder pelo débito (peça 31, pp. 26/8).

A empresa Roche apresentou, intempestivamente, suas alegações de defesa (peça 31, pp. 29/45). A unidade instrutiva, depois de analisá-las, manteve seu posicionamento anterior (peça 31, pp. 46/56). O Ministério Público, igualmente, reiterou sua proposta (peça 31, p. 58).

Em seguida, Vossa Excelência fez referência ao despacho prolatado no TC – 004.589/2010-6, em 4.4.2011, no sentido de que seu conteúdo balizasse um novo pronunciamento da unidade técnica, com o objetivo de que fosse 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 35).

Eis o teor do referido despacho:

“Com fundamento no art. 11 da Lei 8.443/92, objetivando determinar a efetiva existência do débito apontado nos autos, solicito que essa Unidade Técnica:



a) analise os valores dos medicamentos sob análise nesses autos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar envolvendo mesmos produtos (item 58 da instrução);

b) compare os valores cobrados pela Hospfar, ou outras empresas, nas notas fiscais tidas por regulares com aqueles cobrados nas notas fiscais tidas por irregulares, incluindo na comparação os termos das respectivas propostas (itens 16 e 17 da instrução);

c) solicite informações à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás sobre os fundamentos da 'retenção de crédito' da empresa Hospfar - se pagamento indevido de ICMS nas transações de que se cuida (itens 36 e 37 da instrução) e sobre o destino dado, ou a ser dado, a tais valores - se restituídos à conta do SUS, se compensados em outras aquisições de medicamentos, etc.);

d) apresente nova instrução nos autos, retificando ou ratificando as conclusões anteriormente oferecidas”.

Em atendimento à solicitação, a unidade instrutora, em sua derradeira instrução, assim se manifestou (peça 39):

“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.

12. [...]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”.

Ainda sobre as determinações contidas no despacho de Vossa Excelência, oportuno informar que, a Secex/GO, nos autos do TC 001.922/2009-5, apresentou proposta semelhante, e que, naquele processo, incluiu a informação de que “sobre tal entendimento já se obteve a anuência do próprio Ministro-Relator, quando autorizou em despacho o prosseguimento das providências relativas à instrução do TC – 004.596/2010-2, em cujo teor já se continha apreciação técnica análoga.”

Assim, nesta TCE, a unidade técnica apresentou a seguinte proposta (peça 39, pp. 4/6):

“a) excluir as sras. Maria Lúcia Carnellosso 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.;

Vide tabela na proposta

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

Vide tabela na proposta

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”.

II

Inicialmente, cumpre destacar que, nas diversas TCEs instauradas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, foi verificado o mesmo esquema de superfaturamento nos preços dos medicamentos, no qual, as empresas cobraram da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, sendo que a legislação determinava que os preços deveriam ser desonerados desse imposto.

Essa determinação se deu, tão somente, no intuito de dar maior celeridade processual. Contudo, as irregularidades identificadas em cada processo não devem ser apreciadas de forma isolada, motivo pelo qual os exames que tratem de fatos em comum aos processos podem sempre ser aproveitados.

Considerando que o TC 001.922/2009-5 é uma dessas TCEs, a manifestação do Ministério



Público naqueles autos pode ser aplicada para o caso que ora se examina, pois, como visto, em todos os pregões para aquisição de medicamentos isentos de ICMS, ocorreu o mesmo procedimento:

“Ignora a unidade técnica que esse assunto foi detalhadamente discutido no parecer anterior do Ministério Público [...], em que se demonstrou que, comparando-se os preços cobrados pela empresa Hospfar com preços de referência obtidos da revista especializada Simpro, estes devidamente desonerados de ICMS, tal como previsto na legislação, verifica-se expressivo superfaturamento, superior a R\$ 1,5 milhão.

Então, não só não há elementos nos autos que demonstrem que o preço cobrado pela Hospfar estivesse abaixo do preço de mercado, como os há demonstrando exatamente o contrário! Ou seja, que a falta da desoneração prevista na legislação conduziu à ocorrência de superfaturamento”.

Ainda sobre a configuração do débito, o Ministério Público, naqueles autos, destacou que:

“A pretexto de cumprir essa condição, a Hospfar e a Prodiel, ao emitir suas notas fiscais, elevaram os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos preços contratados. Ora, como estes já continham o ICMS incluso, de acordo com as disposições editalícias e contratuais mencionadas, as empresas praticaram desoneração apenas aparente, pois, na verdade, mantiveram intocados os preços contratados”.

Considerando que o dano aqui tratado decorre dessa mesma irregularidade e que as empresas atuavam com o mesmo *modus operandi*, as considerações acima, para fins de afirmar que o débito está devidamente evidenciado nos presentes autos, podem ser agora utilizadas.

Ainda, levando-se em conta que não houve “retenção de crédito” (peça 30), o débito apurado ainda persiste.

III

Em relação às defesas apresentadas pelas contratadas, o Ministério Público, já se manifestou no sentido de que não foram capazes de elidir o débito, visto que as propostas não poderiam ter sido apresentadas desoneradas do ICMS.

No item 5.3.1, o edital do Pregão 259/2006 contém a seguinte observação (peça 2, p.79):

“**OBS: a empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame** deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/2003 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual 5.825 de 5.9.2003, que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal, deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Saúde não é contribuinte deste tributo.”

(Grifo e negrito no original).

Ainda, o edital deste certame determinava expressamente que (peça 2, p. 78):

“5.1.5. (...) No preço ofertado deverão estar incluídas todas as despesas que incidam ou venham a incidir, tais como fretes, impostos, taxas, encargos, enfim, todos os diretos e indiretos necessários ao cumprimento do objeto ora licitado, inclusive os decorrentes de



troca de produto dentro do prazo de garantia, se for o caso”.

A mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 2, p. 79).

“5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.”

A minuta de contrato, anexa ao edital, igualmente, trazia essa exigência (peça 2, p. 100):

“Cláusula Quarta – Do valor

(...)

4.4 – Nos preços acima estão incluídos todos os impostos, seguros, despesas, custos e encargos devidos em razão da execução deste contrato”.

No caso presente, é claro que o edital não previa a incidência de ICMS, mas simplesmente que o valor desse tributo fosse incluído nos preços licitados, para posteriormente, durante a execução contratual pela vencedora da licitação, ser destacado na Nota Fiscal e, aí sim, ser devidamente excluído do valor cobrado à SES/GO.

O edital é a lei maior de todo procedimento licitatório, razão pela qual os participantes, devem estrita obediência às condições estabelecidas, sob pena de violação dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da publicidade e da livre competitividade.

Sobre a obrigatoriedade observância aos princípios acima referidos, José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra, “Manual de Direito Administrativo” (16ª Edição, Lúmen Júris, p. 209) leciona que:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção via administrativa ou judicial”.

De fato, conforme preconiza o art. 41, *caput*, da Lei 8.666/1993:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

O edital torna-se, então, lei entre as partes, e, assim, seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto as concorrentes - sabedoras do inteiro teor do certame.

Desse modo, declarações de licitantes em desconformidade com o edital não possuem qualquer valor para o certame.

Assim, no caso em exame, o fato de as empresas terem apresentado propostas com declaração de que os preços estavam desonerados de ICMS não afastam o débito, visto que, conforme os termos do edital, ao qual estavam vinculadas, nos preços oferecidos deveriam estar somados todos os impostos, incluído o ICMS.

IV



Quanto às sras. Maria Lúcia Carnellosso e Sunária Aparecida Alves de Brito, o Ministério Público reitera seu posicionamento no sentido de que não sejam excluídas suas responsabilidades.

Em alguns processos autuados em atenção à determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, o Ministério Público tem acolhido a proposta de excluir a responsabilidade do pregoeiro porque não tinha como ele saber, ao conduzir a licitação, que a licitante vencedora estava a considerar os preços de sua proposta como desonerados de ICMS, em desconformidade com o edital, pois apresentavam declarações contraditórias.

Mas, no vertente, as contratadas ofertaram preços com declaração expressa de que estavam desonerados do imposto, dessarte, era possível à pregoeira e à sra. Maria Lúcia Carnellosso, responsável pela homologação do certame, terem ciência da irregularidade tratada nestes autos.

V

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 30, pp. 1/52), alegam basicamente que, tão logo tomaram conhecimento da irregularidade em questão, determinaram a realização de auditoria e a adoção de providências para a apuração e compensação dos valores pagos em excesso à Hospfar.

Embora o problema não tenha sido solucionado em sua gestão, destacam que deixaram saldo contratual mais que suficiente para arcar com o débito apurado. Finalmente, anexam cópias de atos da SES/GO que determinaram a retenção de valores nos processos que envolviam desoneração de ICMS, para compensação de valores pagos indevidamente.

Por conseguinte, nas alegações de defesa, não se encontram elementos suficientes para elidir o débito atribuído aos responsáveis.

Considerando, entretanto, que, desde a época de suas gestões até hoje, os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges têm envidado esforços para obter a compensação do dano apurado, o Ministério Público, em consonância com seu posicionamento no TC 001.922/2009-5 (uma vez que Vossa Excelência determinou que fosse aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO), e dissentindo, em parte, da proposta da unidade técnica, entende cabível o reconhecimento da boa-fé destes responsáveis. Por conseguinte, propõe, nos termos dos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 203, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, a rejeição de suas alegações de defesa e a fixação de novo e improrrogável prazo de quinze dias para recolhimento do débito.

Decorrido o novo prazo, as contas de todos os responsáveis estarão em condições de julgamento por esta Corte de Contas.

VI

Pelo exposto, o Ministério Público manifesta-se no sentido de que o Tribunal de Contas da União:

a) rejeite as alegações de defesa oferecidas pelos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, com fulcro nos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 202, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, fixando-lhes novo e improrrogável prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para que comprovem o recolhimento das importâncias abaixo especificadas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente, a partir das datas indicadas, até a data do seu efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

- em 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 |
| 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 |

- em 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 |

b) comunique aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges que a liquidação tempestiva dos débitos, atualizados monetariamente, saneará o processo e permitirá que as respectivas contas sejam julgadas regulares com ressalva, dando-lhes quitação, nos termos dos arts. 12, § 2º, da Lei 8.443/1992 e 202, § 4º, do Regimento Interno do TCU.

Brasília, em 18 de julho de 2012.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador