

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), Prodiel 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); Fabrício David de Souza Gouveia (OAB-GO 22.784)

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 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, Prodiel 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 Prodiel, 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 tivessem tratamento técnico similar, mereceram a devida análise na instrução técnica que se seguiu (peça 45).

7. Na ocasião, restou confirmada em nível técnico a prática da irregularidade, no sentido de que as empresas citadas, bem como os servidores da pasta estadual de saúde que autorizaram os pagamentos, são os responsáveis pela ocorrência de débito, decorrente de tributo de ICMS indevidamente faturado. Realizou-se, ainda, a análise de laudo pericial encaminhado a esta Corte pela Procuradoria da República de Goiás, cujo teor reforçaria o entendimento de que as presentes contas são irregulares. Consignou-se, por fim, a exclusão de responsabilidade relativa ao servidor Benevides Mamede Júnior por não ter tido participação nos atos de pagamento, além de se apontar equívoco na imputação de débito relativa à empresa Milênio, razão por que foi proposta, antes que houvesse proposição de mérito, a renovação de sua citação e a dos servidores que lhe são solidários.

EXAME TÉCNICO

Alegações de defesa

8. As alegações de defesa apresentadas pela empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda (peça 63) fazem menção, inicialmente, à existência de processo judicial em tramitação da Justiça Federal a respeito do mesmo tema, do que resultaria, segundo seu entendimento, na inviabilidade da presente tomada de contas especial por conta de uma dupla cobrança. Afasta, ainda, a possibilidade de que sua conduta – a de ter cotado e faturado os medicamentos em desacordo com o edital – possa merecer juízo de reprovação, tendo em vista a flagrante ilegalidade da disposição editalícia, considerando tanto o Convênio Confaz 87/2002, quanto deliberação adotada por esta Corte (Acórdão 140/2012 – P), cujo teor considerou inconstitucional a exigência de que as propostas de preços em licitações públicas para compra de medicamentos fossem oneradas de ICMS.

9. Os servidores públicos responsáveis pelos pagamentos tidos como indevidos procuram rebater, inicialmente, a instrução técnica que primeiro analisou suas alegações de defesa (peça 65). Consideram que o exame não levou em conta a boa-fé de suas condutas e acabou lhes impingindo proposta condenatória desproporcional: julgamento de irregularidade, aplicação de multa e

ressarcimento de dívida. Entendem que não haveria que se falar em ressarcimento ao Fundo Nacional de Saúde por parte dos mesmos, bastando apenas ao atual gestor do Fundo Estadual de Saúde promover a reparação. A respeito desse ressarcimento buscam demonstrar, em acréscimo, que a obrigação alcançaria somente a empresa beneficiada e não os gestores. Suas condutas, aliás, foram no sentido de apurar toda a irregularidade tão logo foi descoberta. Por fim, defendem ainda o argumento de que alegação das empresas, no sentido de que suas propostas já estariam desoneradas do tributo, não pode ser desconsiderada, porquanto caberia à administração pública, durante a ocasião licitatória, promover a devida desclassificação.

10. Embora a empresa Hospfar não tenha sido formalmente convocada para novamente se manifestar, consta nos autos iniciativa de exercício adicional de defesa (peça 62). Defende a invalidade da exigência contida em edital, no sentido de que os preços ofertados já contemplassem a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS. Baseia-se em decisório recentemente proferido no âmbito desta Corte (Acórdão 140/2012 – P, inserido na Relação 2/2012 – P; TC – 009.625/2011-9), segundo o qual é reconhecida a inconstitucionalidade de semelhante exigência, do que culminou recomendação ao Conselho Nacional de Política Fazendária para que alterasse disposição contida no Convênio ICMS 87/2002, de forma a prever que as propostas dos licitantes contemplem preço isento de ICMS. Segundo argumenta a empresa, semelhante recomendação atestaria a lisura de sua conduta promovida no pregão sob comento, no sentido de que a apresentação de preços desonerados de ICMS estaria juridicamente respaldada. Desse modo, restaria sem fundamento toda a imputação de débito.

Análise

11. A respeito da argumentação apresentada pelos ex-dirigentes da pasta estadual de saúde, tem-se a constatar que não inovam no quadro de responsabilidades já delineado nos autos. A exigência contida em edital não vinculava somente a conduta das empresas, também sua própria conduta, no sentido de que os pagamentos se fizessem segundo as normas lá contidas: a saber: abatendo-se a alíquota do tributo de ICMS dos preços adjudicados em licitação. Por terem dado causa à irregularidade, juntamente com as empresas, devem responder solidariamente. Não prospera, conforme aludido em instrução anterior, o argumento de que o edital é inválido – trata-se de instrumento jurídico que vincula todo o procedimento de aquisição. A necessidade de recompor o Fundo Nacional de Saúde decorre da utilização de recursos federais para a realização dos pagamentos indevidos.

12. No tocante aos argumentos apresentados pelas empresas, faz-se menção, inicialmente, ao não cabimento da tese levantada pela Milênio, segundo a qual a existência de processo no âmbito do judiciário sobre o tema inviabilizaria a persecução promovida por esta Corte de Contas. O princípio de independência de instâncias assegura a legitimidade deste procedimento.

13. Quanto ao edital, ainda que a exigência ali contida desse cumprimento à norma expedida pelo Confaz (Convênio Confaz 87/2002), tem-se a considerar que o entendimento desta Corte a respeito de sua constitucionalidade não visa desconstituir a legitimidade jurídica de editais licitatórios anteriores. Entende-se que a força vinculante do edital é garantida pelo ordenamento jurídico vigente à época em que foi produzido, cujo conteúdo, em nenhum momento, foi formalmente contestado pelas empresas licitantes. Conforme apurado, o argumento de que a exigência editalícia era descabida só foi aventado depois de reconhecido que o faturamento dos medicamentos fraudava as regras licitatórias.

14. Deve-se reconhecer, outrossim, que o juízo de inconstitucionalidade contido no Acórdão 140/2012 – P não se limita à questão da incidência de ICMS nas propostas de preços relativas às licitações para aquisição de medicamentos, mas alcança também uma outra exigência reiteradamente aplicada pela SES/GO em seus editais e que ocasionou vantagens competitivas especialmente à empresa Hospfar : a carta de credenciamento. Conforme dispõe o item 1.7.1 do referido decisório, foi também recomendado ao Ministério da Saúde a revogação de semelhante

exigência prevista na Portaria GM/MS 2.814/1998, em face de sua inconstitucionalidade. De fato, conforme se percebe no item 5.1.8 do edital sob análise, bem como na própria ata licitatória (peça 4, p. 7 e peça 15, p. 14), a empresa foi beneficiada por uma exigência considerada agora pelo TCU como inconstitucional, no sentido de ter conseguido invalidar as propostas daqueles concorrentes que não dispusessem da carta de credenciamento. A prevalecer o argumento da empresa Hospfar, dever-se-ia igualmente serem declaradas nulas todas as licitações em que a exigência da carta de credenciamento constituiu-se em critério decisivo para invalidar propostas de concorrentes que continham preços mais vantajosos. Assim como a pretensão deduzida, trata-se, obviamente, de repercussão que não possui amparo jurídico.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. 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 só se diferencia da última proposta de mérito por conta da exclusão de um dos responsáveis e da alteração do valor de débito com relação à empresa Milênio.

16. 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 34, p. 7-26), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) excluir os Senhores Adriano Kennen de Barros e Benevides Mamede Júnior do rol de responsáveis;

b) julgar irregulares as contas dos Senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Prodiel Farmacêutica 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 empresa, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 314/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores adjudicados em licitação 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 comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento do débito;

c.1) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
99074	15.552,62	28/11/2007
111106	14.374,52	28/11/2007
115604	3.442,93	28/11/2007
117546	48.527,04	28/11/2007
117540	8.596,56	28/11/2007



c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

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

c.3) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Prodiel Farmacêutica Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
285828	6.704,46	14/2/2007

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Prodiel Farmacêutica Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e 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) 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, 13 de agosto de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto



Aufc 2721-9