TC 004.596/2010-2

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), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00), 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); Sueli Pereira de Souza (OAB-GO 25.759); Fernanda Marques Lombardi (OAB-GO 21.640-E); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB-DF 24.089)

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 292/2005, constituída por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

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 15 – p. 35-38), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 292/2005, do que resultaram duas propostas de imputação de débito, em que a primeira diz respeito à adjudicação, à homologação e ao pagamento de medicamentos com preços superiores aos que então balizavam o mercado e a segunda correlacionada ao pagamento de valores indevidamente faturados.

3. Quanto ao tema do superfaturamento de medicamentos, foram citados os seguintes responsáveis: Fernando Passos Cupertino de Barros (secretário estadual de saúde, quem homologou a licitação), Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (secretário estadual de saúde e superintendente financeiro, quem autorizaram os pagamentos), bem como Adriano Kennen de Barros (pregoeiro, quem proclamou a adjudicação). A irregularidade que pesa sobre os mesmos envolve dois momentos. O primeiro diz respeito ao processamento da licitação consubstanciada no Pregão SES/GO 292/2005, cuja oficial proclamação do resultado careceu da obrigação de se aferir e justificar a compatibilidade dos preços ofertados e aqueles que se apresentavam na estimativa de custos produzida pouco antes de ser realizada a licitação, do que resultou a Ordem de Fornecimento 714/05 (peça 2 – p. 1 e peça 6 – p. 26-27). De acordo com a fundamentação exposta em instrução inicial, a qual remete ao art. 48, II da Lei nº 8.666/1993 e art. 11, XI do anexo ao Decreto nº 3.555/2000, pesava sobre as condutas dos srs. Adriano Kennen de Barros e Fernando Passos Cupertino de Barros a mencionada violação jurídica (peça 6 – p. 20-25).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49004764.

4. O segundo momento alcança os atos que propiciaram o pagamento dos medicamentos de preço sobreelevado, pelos quais respondem os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em face, principalmente, da obrigação de aferirem na ocasião a regularidade de todo o procedimento, conforme preceitua o art. 67, § 1º da Lei nº 8.666/1993 (peça 10 – p. 16-26). Consoante justificativa constante na instrução inicial, não se evidenciaram elementos capazes de associar a irregularidade a algum tipo de fraude de que a empresa vencedora (Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda) tenha participado, o que permitiu concluir a ausência de condições para envolvê-la como responsável pelo débito, porquanto sua ação limitou-se à cotação de preços.

5. Quanto ao pagamento de valores indevidamente faturados, foram citados os seguintes responsáveis: Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (secretário estadual de saúde e superintendente financeiro, quem autorizaram os pagamentos), bem como Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (empresa responsável pela cobrança do valor indevido). 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 3 – p. 32). Portanto, o fato da empresa fornecedora, por ocasião da emissão das notas fiscais, fazer 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 sem a necessária desoneração, configurou indício de débito.

6. Foram ainda chamados em audiência os senhores Fernando Passos Cupertino de Barros, Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges para apresentarem razões de justificativa às seguintes irregularidades identificadas na execução das despesas relativas ao aludido pregão: ausência da prévia formalização do instrumento contratual e inobservância da fonte orçamentária prevista em edital licitatório.

7. Promovido o devido contraditório, o exame de mérito consubstanciado na instrução seguinte não acolheu os argumentos de defesa apresentados pelos responsáveis, do que resultou proposta de julgamento irregular das contas com imputação de débito da forma constante nas citações, sem prejuízo da expedição de alerta à SES/GO (peça 25 – p. 22-30). O Ministério Público junto ao TCU, por sua vez, manifestou concordância à proposição técnica, com exceção da proposta de alerta. Considerou, ainda, que o fundamento de irregularidade das contas devesse contemplar em acréscimo à alínea "c" do art. 16, III da Lei 8.443/1992, também a alínea "d", por considerar incidente à espécie hipótese de desfalque ou desvio. Sugeriu, bem como, fosse aplicada aos responsáveis a multa prevista no art. 57 da referida lei (peça 25 – p. 32-34).

8. O Relator, por sua vez, dissentiu do encaminhamento proposto, tendo em vista ter reconhecido nos autos a existência de certas questões a serem esclarecidas antes da devida apreciação de mérito (peça 25 – p. 35-38). Cumpriu à instrução seguinte (peça 28), portanto, o esclarecimento das questões estipuladas em despacho, notadamente as que se referiam ao cálculo do débito proveniente do superfaturamento na aquisição de medicamentos, bem como as que se referiam ao tema da indevida inclusão de tributo de ICMS. Considerou-se na ocasião a necessidade de retificação do débito oriundo do superfaturamento, razão por que foi proposta uma nova citação dos responsáveis envolvidos. A respeito da cobrança indevida do tributo, o exame realizado reafirmou convicção sobre a prática da irregularidade, do que resultou a manutenção da proposta, sobre o tema, contida na instrução anterior (peça 25, p. 22-30).

9. A respeito da possibilidade de retenção de créditos relativos à empresa Hospfar, aventada em despacho, a última instrução faz referência às informações encaminhadas pela

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49004764.

secretaria estadual de saúde (Ofício 8.946/2011 – GAB/SES – peça 25, p. 41/54), cujo conteúdo nega a ocorrência de retenção.

EXAME TÉCNICO

Superfaturamento

10. A última proposta de citação sobre o tema (peça 28, p. 5-6) remete à solidariedade entre a empresa Hospfar e os servidores responsáveis. As citações foram realizadas por meio dos ofícios Secex/GO 122/2012 ao 126/2012 (peças 32-36), tendo havido respostas, exceto quanto ao sr. Adriano Kennen de Barrros (peças 46, 51, 57 e 60).

11. Todavia, depois de exame mais acurado dos presentes autos, motivado, principalmente, pela orientação emanada do 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 admitir a existência de evidências capazes de afastar a irregularidade tratada neste tópico.

12. A irregularidade foi identificada a partir da constatação de que o resultado final do Pregão 292/2005 (peça 6, p. 20-25), proclamado em 29/12/2005, não observou a estimativa de preços previamente produzida (peça 2, p. 1). 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.

13. Por meio do Despacho 892/2006 – GJ/SES de 18/4/2006, foi solicitado parecer técnico sobre os preços adjudicados (peça 7, p. 2), do que resultou sua comparação com as seguintes referências: preço fábrica e preço máximo ao consumidor (peça 7, p. 3). Os preços adjudicados não superam esta última referência. Em seguida, houve pronunciamento consubstanciado no Despacho 716/2006 GS/SAF/SES, no sentido da necessidade de se obter uma deliberação expressa sobre a utilização do padrão de preços máximos ao consumidor como critério de aceitação das propostas (peça 7, p. 14). Não se vislumbrou nos presentes autos a existência de tal pronunciamento formal. Nada obstante, o procedimento sob análise repete vários outros procedimentos de aquisição de medicamentos realizados no âmbito da SES/GO, nos quais o critério de preço máximo ao consumidor se tornou determinante para a aceitação das propostas.

14. 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).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49004764.

15. 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 mostra ter cumprido com a obrigação de justificativa de preços, exigida pelo decreto regulamentador do pregão.

Cobrança indevida de tributo

16. A responsabilidade perante o tema alcança as pessoas de Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, então dirigentes da secretaria estadual de saúde, bem como Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., empresa fornecedora dos medicamentos. Suas defesas foram analisadas em instrução anterior (peça 25, p. 24-28), tendo sido mantida proposta de imputação solidária de débito.

17. Nada obstante, a empresa Hospfar, por meio de suas mais últimas manifestações (peças 31, 57 e 60), renova defesa contrária à imputação de débito, valendo-se ora com argumentos ainda não aventados nos presentes autos, ora com argumentos já repisados. Com relação a estes, tem-se a dizer, primeiro, que a suposta retenção de créditos devidos à empresa é uma ocorrência negada pela própria secretaria estadual (peça 25, p. 41-54) e mesmo que existisse tratar-se-ia de ato indiferente ao curso destes autos. 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 pela empresa fornecedora do valor indevidamente faturado, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos. Conclusão análoga se aplica ao argumento de que a base de ICMS a ser considerada na operação seria de 10%, pois, conforme visto, além de tratar-se de tema afeito ao foro especificamente tributário, a cobrança alcança o índice efetivamente praticado pela empresa quando realizou o indevido faturamento do tributo, ou seja, 17%.

18. Quanto às implicações do despacho prolatado pelo Ministro-Relator em outros autos (TC – 004.589/2010-6), cujo conteúdo, segundo o defendente, alteraria o encaminhamento já proposto, 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 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 imposto. Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contemplou a incidência do tributo, 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.

19. 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49004764.

20. A empresa Hospfar ainda renova, por meio de sua última manifestação (peça 60), o argumento que procura deslegitimar a exigência contida em edital, no sentido de que seria juridicamente inadmissível a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, nas propostas de preços. Baseia-se, dessa vez, 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, no sentido de que a apresentação de preços desonerados de ICMS estaria juridicamente respaldada. Desse modo, restaria sem fundamento toda a imputação de débito.

21. Ainda que a exigência contida em edital efetivamente desse cumprimento à aludida norma expedida pelo Confaz, 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 pela empresa licitante. 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.

22. 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 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 5.1.9 do edital sob análise (peça 2, p. 13) e na própria ata licitatória, a empresa Hospfar foi beneficiada por uma exigência considerada agora pelo TCU como inconstitucional, no sentido de conseguir afastar a concorrência daquelas empresas que não dispusessem da carta de credenciamento (peça 6, p. 9-13 e 20-25). 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 afastar propostas de concorrentes que continham ou poderiam conter preços mais vantajosos.

23. Assim como a pretensão aqui deduzida, trata-se, obviamente, de repercussão que não possui amparo jurídico.

Laudo pericial

24. 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 292/2005 (peça 61).

25. 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49004764.

26. 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

27. Cumprido exame técnico ao encargo desta instância analítica, restou a constatação de que se mantém a imputação de débito relativa apenas ao faturamento indevido de tributo. Quanto às irregularidades objeto de audiência, consideraram-se satisfatórias as razões de justificativa apresentadas, sem prejuízo de que se proferisse alerta a respeito (peça 25, p. 28-29).

28. 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 senhor Adriano Kennen de Barros do rol de responsáveis;

b) julgar regulares com ressalvas as contas do senhor Fernando Passos Cupertino de Barros, nos termos do art. 16, II da Lei 8.443/1992;

c) julgar irregulares as contas dos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, “b” e “c” da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos à aludida empresa, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 292/2005, 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;

d) condenar solidariamente os senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento dos valores abaixo ao Fundo Nacional de Saúde, atualizados monetariamente e acrescidos 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;

Valor (R$)	Data
1.017,10	21/11/2007
163,80	21/11/2007
554,40	21/11/2007
1.281,28	21/11/2007
1.554,56	21/11/2007
932,40	21/11/2007
1.940,96	21/11/2007
1.370,16	21/2/2007
4.860,52	21/11/2007
4.890,76	21/11/2007
4.738,91	21/2/2007

e) aplicar aos senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e à empresa 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49004764.

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;

f) dar ciência à 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 292/2005;

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

h) 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, 27 de agosto de 2012.

(assinado eletronicamente)

Joaquim Rosa Neto

Aufc 2721-9

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49004764.