

Tomada de Contas Especial

Reexame

Protocolo: 932.626

Partes: Secretaria de Estado de Saúde – SES e a HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

Objeto: Tomada de Contas Especial resultante das irregularidades apontadas no Processo 862.742, decorrente de inspeção ordinária realizada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Valor histórico do débito: R\$ 4.780.170,12

Ano ref: 2009 a abril de 2011

1 - Qualificação do(s) responsável(is) e quantificação do(s) débito(s):

Da empresa:

Nome: HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

CNPJ: 26.921.908/0001-21 (fl. 5.928, Volume 29).

Endereço: Rua 3, nº 975, Setor Morais, Goiânia/GO – CEP 74.620-385 (fl. 3.065, Vol. 15).

Sócios proprietários:

Nome: Brandão de Souza Resende

CPF: 218.983.831-20 (fl. 5.929, Volume 29).

Endereço: Rua J-17, Quadra 48, Lote 08/09, Setor Jaó, Goiânia/GO – CEP 74.673-320 (fl. 3.064, Volume 15).

Nome: Flávio Goulart de Alcântara

CPF: 246.782.361-04 (fl. 5.929, Volume 29)

Endereço: Rua T-37, Quadra 141, Lote 21/22, Edifício Residencial Tadeu Batista, apto 800, Setor Bueno, Goiânia/GO – CEP 74.230-020 (fl. 3.061, Volume 15)

Nome: Marcelo Reis Perillo

CPF: 350.262.351-15 (fl. 5.930, Volume 29)

Endereço: Rua dos Angicos, Quadra 6, Lote 2-A, Residencial Aldeia do Vale, Goiânia/GO – CEP 74.680-030 (fl. 3.062, Volume 15)

Nome: Moisés Alves de Oliveira Neto

CPF: 449.604.841-87 (fl. 5.930, Volume 29)

Endereço: Rua Babaçus, Quadra 25, Lote 12-A, Residencial Aldeia do Vale, Goiânia/GO – CEP 74.680-030 (fl. 3.063, Volume 15)

Procuradores da HOSPFAR:**Nome:** Heloísa Vilaça Dias**CPF:** 865.316.896-68 (fl. 5.931, Volume 29).**Endereço:** Rua Pedro Theodor Gomes nº 84, Bairro Maldonado, Belo Horizonte/MG – CEP 30.660-180 (fl. 4.667, Volume 23).**Nome:** Alexander Tristão Borges**CPF:** 954.801.106-91 (fl. 5.931, Volume 29).**Endereço:** Rua Dr. Sylvio Menicucci nº 240, apto 203, Bairro St. Manacás, Belo Horizonte/MG – CEP 30.840 480 (fl. 2.628, Volume 13).**Nome:** Mary Ana Ribeiro Leite**CPF:** 556.184.766-15 (fl. 5.932, Volume 29).**Endereço:** Rua Professor Euclides Ferreira nº 141, apto 101, Bairro Buritis, Belo Horizonte/MG – CEP 30.575-365 (3.051, Volume 15).**Nome:** Daniel Pinto de Souza**OBS.:** (Conforme consta do Relatório de Auditoria – fl. 5.933 e 5.934 – exerceu a função de Pregoeiro da SES e posteriormente Procurador da HOSPFAR)**CPF:** 041.454.306-89 (fl. 5.933, Volume 29).**Endereço:** Rua Vinte e Cinco nº 60, Bairro Jd. São Judas Tadeu, Ribeirão das Neves/MG – CEP 33.800-000 (fl. 3.058, Volume 15).**Dos servidores da SES/MG responsabilizados:****Nome:** Jorge Luiz Vieira (Superintendente de Gestão – MASP 1.065.804-5)**CPF:** 259.740.506-06 (fl. 5.938, Volume 29).**Endereço:** Rua Maria Martins Guimarães 495, apto 401, Bairro Sagrada Família, Belo Horizonte/MG – CEP 31.035-100 (fl. 3.060, Volume 15)**Nome:** Belmiro Gustavo Ribeiro (Gerente/Diretor de Compras/Superintendente de Gestão – MASP 355.901-0).**CPF:** 274.633.976-53 (fl. 5.935, Volume 29).**Endereço:** Rua Noel Rosa nº 280, Bairro Vista Alegre, Jaboticatubas/MG – CEP 35.830-000 (fl. 2.639, Volume 13).**Nome:** Sandra Aparecida de Souza (Gerente/Diretora de Compras – MASP 1.176.301-8)**CPF:** 972.300.576-04 (fl. 5.937, Volume 29).**Endereço:** Rua Tenente Rosalvo Almeida nº 35, Bairro Jonas Veiga, Belo Horizonte/MG – CEP 30.285-490 (fl. 3.050, Volume 15).**Nome:** Raquel Russo Mota (Pregoeira – MASP 669.421-0)**CPF:** 039.566.216-89 (fl. 5.934, Volume 29).**Endereço:** Rua Guaicui nº 284, apto 202, Bairro Coração de Jesus, Belo Horizonte/MG – CEP 30.380-380 (fl. 4.691, Volume 23).

Nome: Rafael Elias Gonçalves (Pregoeiro – MASP 669.419-4)

CPF: 013.092.976-06 (fl. 5.934, Volume 29).

Endereço: Rua Ari Barroso nº 195, Bairro Londrina (São Benedito), Santa Luzia/MG – CEP 33.115-460 (fl. 3.059, Volume 15).

Nome: Daniel Pinto de Souza (Pregoeiro – MASP 1.087.568-0)

Obs.: (Conforme consta do Relatório de Auditoria – fl. 5.933 e 5.934 – exerceu a função de Pregoeiro da SES e posteriormente Procurador da HOSPFAR)

CPF: 041.454.306-89 (fl. 5.933, Volume 29).

Endereço: Rua Vinte e Cinco nº 60, Bairro Jd. São Judas Tadeu, Ribeirão das Neves/MG – CEP 33.800-000 (fl. 3.058, Volume 15).

Nome: Mônica Caetano Gonçalves (Pregoeira – MASP 668.581-2)

CPF: 455.995.306-63 (fl. 5.935, Volume 29).

Endereço: Rua Itajubá nº 1.945, apto 702, Bairro Sagrada Família, Belo Horizonte/MG – CEP 31.035-540 (fl. 4.639, Volume 23).

Valor do débito: valor histórico de R\$4.780.170,12, que de acordo com o Relatório de Tomada de Contas Especial 09/2014, fl. 4.725/4.726; e Relatório de Auditoria nº 1320.2623.14, f. 5.926/5.928, atualizado até junho/2014 pela Tabela de juros acumulados SELIC é de R\$6.825.900,30, e que em julho/2015 atingiu R\$7.745.349,07 (sete milhões, setecentos e quarenta e cinco mil, trezentos e quarenta e nove reais e sete centavos), f. 6.147/6.148.

1 - Introdução

Após emissão do Relatório Técnico datado de 25/02/2015, fl. 6.108 a 6.125, o então Relator Conselheiro José Alves Viana, fl. 6.128, e também o Conselheiro Wanderley Ávila, fl. 6.130, nos termos do art. 132, Resolução 12/2008 – Regimento Interno desta Casa, declararam sucessivamente suspeição para atuarem no presente feito, sendo, assim, os autos redistribuídos à Conselheira Adriene Andrade em 29/07/2015, fl. 6.132.

Ato contínuo, em 11/08/2015, a Conselheira Relatora, fl. 6.133, determinou a esta Coordenadoria a apresentação dos quadros constantes dos “Apêndices I e II – fl. 6.120 a 6.125 do Relatório Técnico supramencionado, com a inclusão do valor histórico do dano, a data base para atualizações, o valor atualizado e a indicação das folhas de apuração nos autos, relativas a cada interessado.

Dando sequência ao referido relatório e em cumprimento à determinação supra, em que pese os dados solicitados já constarem dos autos às fls. 4.747 a 4.750, atualizados até junho de 2014, esta unidade técnica retomou os apêndices referenciados, comparativamente aos levantamentos pormenorizados feitos pelo Tomador de Contas Especiais, onde estão indicados elementos da fase inicial do processo, bem como de sua execução, dano, responsáveis, entre outros, como segue:

- nº de Pregão / Processo / ano / ata dispensa;
- nota fiscal / data da ordem de pagamento;
- dano / taxa de juros Selic acumulados / dano atualizado;
- pregoeiro / procurador / homologação ou ratificação / diretor de compras / superintendente gestão;
- empresa / sócios.

Salienta-se que o valor histórico do dano ao erário, no montante de R\$4.780.170,12, foi individualizado por procedimento, ou seja, para cada um dos pregões realizados para efetivação da compra dos medicamentos, como demonstrado nos quadros apresentados pelo tomador de contas às f. 4.747 a 4.750 – vol. 23. Quando da realização da Tomada de Contas Especial, estes foram atualizados pela tabela de juros acumulados SELIC (www.receita.fazenda.gov.br/pagamentos/jrselic) até junho de 2014, alcançando a cifra de R\$6.825.900,30.

A partir desta atualização dos montantes por procedimentos, o tomador de contas identificou os responsáveis envolvidos em cada processo, desde a sua origem até o pagamento, e, desta forma, a responsabilidade pelos atos ensejadores do dano ao erário foi atribuída à empresa HOSPFAR, seus sócios proprietários e procuradores (enquanto proponentes e vendedores de medicamentos por preços superiores àqueles estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED), bem como aos servidores da Secretaria de Estado de Saúde – SES/MG, nos limites de suas competências de controle no nível de suas atividades, (enquanto pregoeiros, e/ou gerente de compras, e/ou autoridade homologadora).

Considerando-se a base de cálculo da Tomada de Contas Especial que teve como referência os preços de aquisição de medicamentos pagos acima daqueles tabelados pela CMED/ANVISA, em cada um dos procedimentos de compra na data da ordem de pagamento (valor histórico), como demonstrado nos quadros fl. 4.747 a 4.750 – vol. 23, a

Equipe Técnica apresentou no relatório os Apêndices I e II, fl. 6.120 a 6.125, indicando cada um dos responsáveis, o valor do dano apurado, o ato responsabilizador, as normas legais infringidas, bem como, as implicações do ato praticado e sanções passíveis de serem aplicadas.

Diante do dano imputado a cada responsável, conforme apuração feita pelo Tomador de Contas Especial da SES/MG demonstrada nas planilhas de fl. 4.747 a 4.750 – vol. 23, a referida Equipe Técnica desta Casa elaborou o “Apêndice III”, fl. 6.139 a 6.142 – vol. 29, contendo o valor do dano histórico para cada um dos pagamentos efetuados, de acordo com a nota fiscal e a data da respectiva ordem de pagamento, os quais foram agrupados por procedimento (Pregão / Dispensa).

Em atendimento à determinação da Conselheira Relatora, fl. 6.133, os valores atribuídos a cada um dos responsáveis foram atualizados partindo-se da apuração feita pelo Tomador de Contas Especial da SES/MG demonstrada nas planilhas de fl. 4.747 a 4.750 – vol. 23, pelo mesmo indexador utilizado na elaboração da TCE, qual seja, SELIC, de junho/2014 até julho/2015 – 13,47% conforme consta da “Tabela” fl. 6.147 e 6.148 – vol. 29, perfazendo um total de R\$ 7.745.349,07 (sete milhões, setecentos e quarenta e cinco mil, trezentos e quarenta e nove reais e sete centavos), como demonstrado no Relatório Técnico de f. 6.134 a 6.138v. e sintetizado nos “Apêndices IV e V”, fl. 6.143 a 6.146.

Como já citado no Relatório Técnico, fl. 6.108 a 6.125 – vol. 29, em razão da corresponsabilidade identificada, e de que a inscrição do valor do dano individualizado por responsável na conta “diversos responsáveis apurados” ultrapassaria o valor total do dano, fato que causaria uma distorção contábil, bem como, em razão de ter a empresa HOSPFAR se favorecido diretamente dos pagamentos efetuados pela SES/MG sem o desconto obrigatório, por ter o ingresso dos recursos do Tesouro Estadual se dado no caixa da pessoa jurídica, foi efetuado o registro na conta contábil de responsabilidade da empresa HOSPFAR no valor total do dano, seguida dos corresponsáveis identificados nos respectivos processos de contratação, calculado de acordo com os limites de suas competências e responsabilidades.

Dando continuidade aos feitos, em 21/9/2015, manifestou-se novamente a Conselheira Relatora à fl. 6.150 / 6.151, vol. 29, determinando a abertura de vista aos interessados para que apresentassem, no prazo de 60 dias, defesa acerca dos apontamentos constantes das análises técnicas à fl. 6.108 / 6.126, e 6.134 / 6.148, a saber: **(1)** de um lado, a empresa

Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., seus sócios proprietários e procuradores, pela venda de medicamentos com preços acima dos limites legalmente permitidos; (2) e de outro, os servidores da Secretaria de Estado de Saúde no contexto de suas responsabilidades, devendo serem encaminhados os autos à Unidade Técnica e, em seguida, ao Ministério Público junto ao Tribunal.

À fl. 7.019, vol. 34, foi anexada “Pesquisa no SGAP” e “Certidão de não manifestação” das Sras. Raquel Russo Mota e Mônica Caetano Gonçalves, embora regularmente citadas, e na sequência, os Termos de Juntada de 29/2/2016 (fl. 7.020) e de 9/3/2016 (fl. 7.025) em cumprimento ao despacho acostado à fl. 6.150 / 6.151v.

Em resposta à determinação desta Casa, os defendentes apresentaram as alegações que entenderam convenientes a respeito das ocorrências apontadas, resultantes da Tomada de Contas Especial e relatórios elaborados pela 3ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual – 3ª CFE/TCEMG, como segue:

Responsável		Protocolo		Folhas
Nome / CPF	Cargo	Nº	Data	
Secretaria de Estado de Saúde – SES				
Sandra Aparecida de Souza 972.300.576-04	Diretora Compras	1062410	18/12/2015	6.210 a 6.231
Rafael Elias Gonçalves 013.092.976-06	Pregoeiro	1115910	28/01/2016	6.246 a 6.247
Jorge Luiz Vieira 259.740.506-06	Superintendente Gestão	1147110	15/02/2016	6.251 a 6.268
Belmiro Gustavo Ribeiro 274.633.976-53	Diretor Compras / Superintendente Gestão			
Daniel Pinto de Souza ⁽¹⁾ 041.454.306-89	Pregoeiro	1146110	15/02/2016	6.338 a 6.363
Raquel Russo Mota 039.566.216-89	Pregoeiro	---	---	---
Mônica Caetano Gonçalves 455.995.306-63	Pregoeiro	---	---	---

Responsável		Protocolo		Folhas
Nome / CPF	Cargo	Nº	Data	
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. CNPJ 26.921.908/0001-21				
Alexander Tristão Borges 954.801.106-91	Procurador ⁽²⁾	0981910	26/11/2015	6.239 a 6.240
Heloísa Vilaça Dias 865.316.896-68	Procuradora ⁽²⁾	1145910	15/02/2016	6.274 a 6.295
Mary Ana Ribeiro Leite 556.184.766-15	Procuradora ⁽²⁾	1146010	15/02/2016	6.317 a 6.331
Daniel Pinto de Souza ⁽¹⁾ 041.454.306-89	Procurador ⁽²⁾	1146110	15/02/2016	6.338 a 6.363
Brandão de Souza Rezende 218.983.831-20	Sócio Proprietário	1146210	15/02/2016	6.374 a 6.467
Flávio Goulart de Alcântara Campos 246.782.361-04	Sócio Proprietário			
Marcelo Reis Perillo 350.262.351-15	Sócio Proprietário			
Moisés Alves de Oliveira Neto 449.604.841-87	Sócio Proprietário			

- (1) Consta à fl. 5.933 – vol. 29 (Relatório de Auditoria) que o servidor exerceu a função de pregoeiro na SES nos anos de 2008 e 2009, e posteriormente em 1/3/2010 foi admitido pela empresa HOSPFAR, atuando como seu representante. Assim, além de Procurador da Contratada atuou também como Pregoeiro na Secretaria, conforme Resoluções SES/MG nº 1554 de 7/8/2008 e nº 2031 de 21/9/2009, fl. 2.379/2.380 e fl. 2.383 a 2.386 respectivamente, Volume 12, tendo sido responsabilizado por ter conduzido o pregão indicado à fl. 6.146 sem observar as regras pertinentes à aquisição de medicamentos, conduzindo os lances, decidindo sobre a aceitabilidade da proposta relativamente ao edital, analisando a documentação do licitante ofertante do menor preço e decidindo sobre sua habilitação, sendo responsável por adjudicar o objeto ao licitante vencedor.
- (2) Procuradores da empresa HOSPFAR, legalmente constituídos, com poderes amplos, gerais para participar de Concorrência Pública, Tomada de Preços, Cartas Convite, Dispensa de Licitação, Pregão, Inexigibilidade, para atuar na cidade de BH, representando a outorgante, podendo buscar editais, apresentar propostas, solicitar revisão de resultados, assinar propostas, recursos e contratos, ofertar lances de preços e todos os demais atos inerentes à representação da Outorgante nos processos licitatórios, não podendo substabelecer.

Em 9/3/2016, por meio do Termo de Encaminhamento, f. 7.026, vol. 34, retornou o Processo a esta Coordenadoria para manifestação acerca da documentação juntada. Atendendo ao determinado, passamos à compilação e síntese das alegações apresentadas pelos responsáveis, relativas às ocorrências apontadas na TCE e nos relatórios desta Casa.

2 – Defesas apresentadas

2.1 - Pela Secretaria de Estado de Saúde – SES

Sandra Aparecida de Souza (f. 6.210 a 6.237 – vol. 30)

Inicialmente a manifestante declarou que sua conduta pautou-se de forma imparcial, no estrito cumprimento do dever legal, argumentando que quando da ocorrência dos fatos inexistia regulamento interno relativo à sua competência como “Gerente de Compras”, e portanto, não tinha como intervir no processo uma vez que o mesmo chegava à Unidade adjudicado e homologado, ficando assim configurada sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Quanto ao mérito, a mesma salientou que o processo instaurado teve como objeto apurar sua responsabilidade por infração praticada no exercício de sua atribuição ou com ela relacionada, ou seja, haver indicação dos pressupostos de autoria e materialidade bastante determinados.

Argumenta que o fato é que à servidora está sendo atribuída responsabilidade por aquisição de medicamentos com sobrepreço para o Estado pela não observância de normas regulamentares da CMED/ANVISA relativas ao Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, todavia inexistem provas de qualquer conduta dolosa, culposa ou omissiva neste sentido. O simples fato de ser servidora na Gerência de Compras não induz necessariamente à sua responsabilização. Citou, às f. 6.217 a 6.222, doutrina atinente a este tema, e argumentou não ser a pessoa responsável pelos atos decisórios nos processos de compras.

Trouxe na sequência a definição e legislação pertinentes à modalidade de licitação “Pregão Eletrônico”, onde é assinada uma ata de registro de preços (documento de compromisso para contratação futura) em que se registram os valores pactuados, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas. Dessa forma, não havia a possibilidade de exigência da incidência de percentual CMED em um ajuste preliminar.

No caso em tela, recaía sobre a Gerência Financeira, a responsabilidade de reter o percentual indicado pela CMED ao PMVG quando da aquisição de determinados medicamentos. A Gerência de Compras tem por finalidade padronizar, analisar, executar e controlar as atividades de aquisições conforme art. 54 do Decreto 45.038/09.

Ao final a Requerente dispôs que não consta no procedimento provas de que ela tenha praticado ou sequer concorrido para a prática da conduta ilícita (omissiva) que lhe é atribuída, muito menos de que tenha se beneficiado dela, pedindo com base no exposto, a sua absolvição e o afastamento de imposição de penalidade.

Rafael Elias Gonçalves (f. 6.246 a 6.247 – vol. 30)

Registrou que deixou de prestar serviços à Administração Pública do Estado de Minas Gerais / Secretaria de Estado de Saúde – SES, desde 04/07/2008.

Alegou ter sido convidado para ser Pregoeiro do Núcleo de Compras de Medicamentos Excepcionais e Emergenciais por uma questão da grande demanda de pregões, à época, com urgência a serem licitados e não havia servidores com cursos de capacitação como pregoeiro para exercer tais funções.

Apesar de possuir o referido curso pela Fundação João Pinheiro e já ter realizado na época pregões de materiais permanentes e de consumo, afirmou desconhecimento total quanto à legislação pertinente à área de aquisição de medicamentos e nunca recebeu treinamento específico, em especial, quanto à desoneração de ICMS e aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço – CAP.

Assevera que em todos os processos que atuava existia preocupação em observar a documentação apresentada pelas empresas, e em nenhum momento houve questionamento das chefias superiores ou mesmo da Assessoria Jurídica da SES/MG quanto à ocorrência de alguma irregularidade. Considerada a especificidade de tratar-se de medicamentos oriundos de mandado de segurança, e tendo como ordem superior de registrar os preços não era feita uma análise mais detalhada da proposta vencedora, comparando-se à proposta comercial com o valor de referência, ou seja, se o preço ofertado era inferior àquele estimado.

Ao final, negou ter contribuído para a ocorrência de dano ao erário, invocando a ética, a transparência e o respeito ao dinheiro público nas suas condutas.

Jorge Luiz Vieira e Belmiro Gustavo Ribeiro (f. 6.251 a 6.273 – vol. 30)

Os manifestantes apresentaram defesa conjunta por meio de procurador – “Martins & Pôssas Advogados”, encaminhada por Eduardo Pimont Pôssas – OAB/MG 99.149, e Rafael Martins Rocha – OAB/MG 99.056, juntando documentação complementar à f. 6.269 a 6.273.

Inicialmente, fez um breve relato sobre a imputação de responsabilidade aos servidores, bem como a respeito da atuação da CMED/ANVISA e suas tabelas.

Ressaltou que a aplicação do CAP e a obrigatoriedade do cumprimento dos preços definidos nas tabelas da CMED/ANVISA é das distribuidoras e das empresas produtoras de medicamentos, conforme disposto no art. 1º da Resolução nº 04/06. Assim, não haveria que se falar em responsabilização de nenhum servidor, já que tal norma não é a ele direcionada, mas sim às empresas e distribuidoras de medicamentos, cabendo à HOSPFAR ressarcir eventual dano apurado.

Na sequência, citando Acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU relativo à matéria, ponderou sobre as dificuldades de aplicação da tabela CMED sob o argumento de existência de falhas e padronização das informações na mesma, que prejudicam a consulta. Acrescentou que em algumas ocasiões o preço da CMED é até mesmo maior que os rotineiramente praticados pelo mercado, e com isso eventualmente é necessária a adoção do preço médio para aquisição de medicamentos, o que de fato ocorreu durante a gestão dos manifestantes, aquisições estas que foram realizadas sob a orientação do preço de mercado.

Por fim, foi argumentado que Jorge Luiz Vieira e Belmiro Gustavo Ribeiro nunca exerceram a função de pregoeiro e como ocupantes dos cargos de Superintendente de Gestão e Diretor de Compras/Superintendente, respectivamente, não tinham, no exercício de suas funções, a atribuição de analisar as propostas e de verificar se os preços ofertados estavam ou não em consonância com a Tabela CMED, e se atendiam ao Convênio ICMS 87/2001 do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ.

Nos termos do exposto requereram o arquivamento da presente tomada de contas, sob o argumento da falta de provas que demonstrassem a violação de deveres pelos defendentes.

Daniel Pinto de Souza (f. 6.338 a 6.371 – vol. 30)

O manifestante apresentou defesa por meio de procurador – “Gilberti e Advogados Associados”, encaminhada por Antônio Augusto Rosa Gilberti – OAB/GO 11.703, e Carla Valente Brandão – OAB/GO 13.267, juntando documentação complementar à f. 6.364 a 6.371. Foi alegada dificuldade de elaboração da defesa tendo em vista que as estimativas de preços, mapas comparativos, notas de empenho, ordens de pagamento e notas fiscais não foram apresentados em sua totalidade e alguns documentos foram apresentados de forma ilegível. Argumentou ainda, que os editais não foram analisados em suas especificidades.

Consta à fl. 5.933 – vol. 29 (Relatório de Auditoria) que o servidor exerceu a função de pregoeiro na SES nos anos de 2008 e 2009, e posteriormente em 1/3/2010 foi admitido pela empresa HOSPFAR, atuando como seu representante. Assim, além de Procurador da Contratada atuou também como Pregoeiro na Secretaria, conforme Resoluções SES/MG nº 1554 de 7/8/2008 e nº 2031 de 21/9/2009, fl. 2.379/2.380 e fl. 2.383 a 2.386 respectivamente, Volume 12, tendo sido responsabilizado por ter conduzido o pregão indicado à fl. 6.146 sem observar as regras pertinentes à aquisição de medicamentos, conduzindo os lances, decidindo sobre a aceitabilidade da proposta relativamente ao edital, analisando a documentação do licitante ofertante do menor preço e decidindo sobre sua habilitação, sendo responsável por adjudicar o objeto ao licitante vencedor.

Como servidor, foi invocada a sua ilegitimidade passiva, uma vez que na função de “Pregoeiro” não elaborava editais e tampouco recebeu qualquer orientação acerca da aplicabilidade do CAP, PMVG e desoneração do ICMS. Acrescentou que questionamentos acerca do tema surgiram após a sua saída do Órgão.

Na posição de empregado da empresa HOSPFAR foi alegado que o requerido não possuía autonomia para a conclusão de qualquer proposta de preço e contrato, sem a prévia determinação da Diretoria que representava. Ressaltou que não obteve qualquer vantagem indevida, enriquecimento ilícito, ou qualquer outro tipo ou forma de benefício contrário à legislação ou aos princípios que regem a Administração, o que desconfigura qualquer prática de ato ilegal pelo defendente.

Acrescentou que no caso presente observa-se a ausência de dolo e dano ao erário, uma vez que os cofres da SES/MG não sofreram qualquer prejuízo, mesmo porque as compras efetivadas foram realizadas a preço justo e de acordo com o praticado no mercado. Considerou que a tomada de contas foi superficial e genérica, pois a mesma indicou que houve irregularidades na aquisição de medicamentos, aplicando uma arbitrária penalidade de ressarcimento ao defendente, apenas pelo fato deste ter atuado como “Pregoeiro” na SES/MG em um único procedimento questionado e como empregado da empresa HOSPFAR em três outros procedimentos licitatórios.

Deu continuidade aos argumentos afirmando que no processo não houve demonstração de que os preços tivessem sido praticados acima daqueles estimados pela Administração ou

mesmo acima daqueles praticados no mercado. Ademais, dispôs que o requerido não infringiu as disposições indicadas no “Relatório de Auditoria”, f. 5.909 – vol. 29, seja como “Pregoeiro – SES/MG” ou “Procurador - HOSPFAR”, considerando que as normas legais regulamentadas pela CMED/ANVISA destinam-se apenas às empresas produtoras e distribuidoras de medicamentos, pessoas jurídicas de direito público ou privado, e não à pessoa física do servidor.

Discorreu sobre as limitações nas funções exercidas pelo requerente resumindo que competia ao “Pregoeiro” recusar a documentação ou tentar negociar a proposta apenas se fosse verificada qualquer irregularidade com relação aos documentos ou se os preços estivessem acima do estimado. A elaboração do ato convocatórios não era de sua competência e relativamente ao período que era empregado não elaborava propostas sendo sua obrigação somente entregar a documentação já pronta e participar da licitação.

Finalizou o tema afirmando que os produtos adquiridos pela SES/MG foram efetivamente entregues e a preços justos e de mercado, conforme os documentos apresentados no processo, não havendo que se falar em prejuízo ao erário.

Continuou a dissertação argumentando a respeito das atribuições inerentes às funções exercidas, à existência de boa-fé do defendente nos dois polos em que atuou, servidor / empregado da empresa, justificando a inexistência de ilegalidade em sua conduta, a falta de conhecimento da legislação regente, à época, referente à aplicação do CAP / PMVG / ICMS e capacitação para a aquisição específica de medicamentos, apontando que nem mesmo os órgãos internos da SES/MG (Assessoria Jurídica) conseguiam esclarecer os procedimentos que deveriam ser adotados, requerendo assim sua exclusão do polo passivo deste procedimento.

Raquel Russo Mota e Mônica Caetano Gonçalves

Embora regularmente citadas não apresentaram defesa como evidenciado na “Certidão de não Manifestação”, f. 7.019 – vol. 34.

2.2 - Pela Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

Alexander Tristão Borges (f. 6.239 a 6.240 – vol. 30)

Em decorrência de sua citação foi juntado aos autos a Certidão de Óbito de 13/4/2011, fl. 6.240 – vol. 30.

Heloisa Vilça Dias (f. 6.274 a 6.316 – vol. 30) e
Mary Ana Ribeiro Leite (f. 6.317 a 6.337 – vol. 30)

Registra-se que as titulares supracitadas, embora sob protocolos distintos, encaminharam defesa de idêntico teor, cada uma em relação aos respectivos procedimentos nos quais representaram a empresa HOSPFAR, cabendo, portanto, uma única análise por esta Unidade Técnica. Ressalta-se, ainda, que os argumentos trazidos em suas defesas possuem conteúdo similar àquele apresentado por Daniel Pinto de Souza enquanto procurador da mesma empresa, anteriormente analisado.

As requerentes apresentaram defesa por meio de Assessoria Jurídica “Gilberti e Advogados Associados”, encaminhada por Antônio Augusto Rosa Gilberti – OAB/GO 11.703, e Carla Valente Brandão – OAB/GO 13.267, que foi o mesmo escritório contratado por Daniel Souza.

Inicialmente a defesa trouxe aos autos o instituto da prescrição, alegando a inércia da Administração, e que todos os procedimentos nos quais as requeridas participaram ocorreram há mais de 5 (cinco) anos.

Ressaltou a existência de dificuldades quando da elaboração da defesa pelo fato de que as estimativas de preços, mapas comparativos de preços e documentos relativos à execução da despesa, entre outros, não vieram compor o processo. Chamou atenção para o fato de que a tomada de contas não analisou as especificidades de cada edital, para que fossem consideradas as distinções para as empresas sediadas no Estado de Minas Gerais em relação àquelas de outros Estados.

Sob a mesma alegação apresentada por Daniel Souza, na posição de empregadas da empresa HOSPFAR foi alegado que as requeridas não possuíam autonomia para a conclusão de qualquer proposta de preço e contrato, sem a prévia determinação da Diretoria que representava. Ressaltou que não obtiveram qualquer vantagem indevida, enriquecimento ilícito, ou qualquer outro tipo ou forma de benefício contrário à legislação ou aos princípios

que regem a Administração, o que desconfigura qualquer prática de ato ilegal pelas defendentes.

Prosseguiu no mesmo argumento acrescentando que no caso presente observa-se a ausência de dolo e dano ao erário, uma vez que os cofres da SES/MG não sofreram qualquer prejuízo, mesmo porque as compras efetivadas foram realizadas a preço justo e de acordo com o praticado no mercado. Considerou que a tomada de contas foi superficial e genérica, pois a mesma indicou que houve irregularidades na aquisição de medicamentos, aplicando uma arbitrária penalidade de ressarcimento às defendentes, apenas pelo fato destas terem atuado como empregadas da empresa HOSPFAR.

Deu continuidade aos argumentos já apresentados afirmando que no processo não houve demonstração de que os preços tivessem sido praticados acima daqueles estimados pela Administração ou mesmo acima daqueles praticados no mercado. Ademais, dispôs que as requeridas não infringiram as disposições indicadas no “Relatório de Auditoria”, f. 5.909 – vol. 29. Ambas não tinham o poder de planejar, executar, acompanhar ou controlar os atos pertinentes aos processos licitatórios dos quais participaram, sendo essas obrigações inerentes aos servidores públicos que atuavam nos procedimentos. Como representantes da empresa não tinham liberdade de fixação dos preços a serem propostos, os quais eram formados de acordo com o parâmetro estimado pela Administração e com os valores que eram autorizados pelos fabricantes.

Salientou que o arcabouço relativo ao CAP, PMVG e desoneração do ICMS eram matérias desconhecidas que geraram muitas dúvidas dentro da própria Administração Pública. Afirmou-se que os produtos adquiridos pela SES/MG foram efetivamente entregues e a preços justos e de mercado, conforme os documentos apresentados no processo, não havendo que se falar em prejuízo ao erário.

Na sequência trouxe argumentos relativos a cada um dos procedimentos em que as requerentes atuaram, argumentando que os preços praticados encontravam-se em conformidade com aqueles médios no mercado.

Finalizou sob o argumento de inocência das requeridas, uma vez que agiram em conformidade com a boa-fé, estando isentas de culpa ou dolo, requerendo assim a exclusão das mesmas do polo passivo deste procedimento, bem como o reconhecimento da prescrição

do direito de punir, tendo em vista o transcurso de mais de 5 (cinco) anos dos procedimentos questionados.

Hospfar Ltda. e seus sócios proprietários (f. 6.374 – vol. 31 a 7.012 – vol. 34)

Brandão de Souza Rezende
Flávio Goulart de Alcântara Campos
Marcelo Reis Perillo
Moisés Alves de Oliveira

A empresa e respectivos sócios proprietários apresentaram defesa única, por meio Assessoria Jurídica – “Gilberti e Advogados Associados”, encaminhada por Antônio Augusto Rosa Gilberti – OAB/GO 11.703, e Carla Valente Brandão – OAB/GO 13.267.

Inicialmente, fez um breve relato dos fatos discorrendo sobre a estrutura/atividades da empresa, bem como do objeto da presente Tomada de Contas Especial, frisando que suas condutas pautaram-se nos dispositivos legais aplicáveis nos editais licitatórios, não havendo que se falar em conduta lesiva aos cofres públicos, mas sim em falta de conhecimento da matéria por parte dos fornecedores de medicamentos à SES/MG, e também por parte dos gestores públicos.

Nesta linha, alegou-se que as apurações feitas pela Controladoria Geral da União, corroboradas pela Auditoria Setorial da SES/MG e pela Comissão de Tomada de Contas foram equivocadas, pois partiram de premissas inadequadas focando as investigações somente em relação à “Requerida”, quando a conduta praticada era comum às demais fornecedoras de medicamentos, ressaltando que foi determinado por este Tribunal a apuração relativa a todos os fornecedores e, ainda, não restou demonstrado que os preços da HOSPFAR não estavam de acordo com aqueles praticados pelo mercado, ou que não foram vantajosos para a Administração.

Em caráter preliminar, apontou a falta de condições de procedibilidade caracterizada pela juntada de documentos nos autos sem relação com o objeto da demanda, os quais dificultaram não só a apresentação da defesa mas também o próprio manuseio do processo, considerando a existência de 30 (trinta) volumes que somaram mais de 6.200 páginas, à época, a serem analisadas, bem como, a ausência de documentos considerados relevantes como estimativas de preços, mapas comparativos de preços e documentos de execução da despesa, entre outros. Pontuou que a Tomada de Contas não levou em consideração as particularidades de cada edital os quais não são idênticos, possuindo condições diversas que

não permitiam equipará-los. Foi sintetizado que o que se vê nos autos é um emaranhado de documentos referentes a inúmeros procedimentos administrativos, sem qualquer valor probante, e que se prestaram a avolumar o processo.

Prossegue, alegando que às f. 6.379 a 6.381 – vol. 31, foram relacionados diversos procedimentos administrativos internos da SES/MG de apuração de infração (Relatórios da Comissão de Apuração de Irregularidades – CAIF/SES), onde se promoveu a comunicação à CMED, quanto a supostas irregularidades cometidas pelos fornecedores e, solidariamente, laboratórios fabricantes, fato este que pode ser comprovado por meio da relação de empresas denunciadas à ANVISA (f. 6.016 e seguintes). Até a data da apresentação da defesa, a CMED órgão não havia se manifestado quanto às irregularidades que foram apontadas, razão pela qual, argumentou que não se justifica o processamento da presente tomada de contas, enquanto encontram-se pendentes os julgamentos administrativos e aqueles referentes à manifestação do órgão competente.

Diante do exposto, argumenta que devem ser chamados à *lide* para que possam responder ao processo os laboratórios fabricantes e demais fornecedores da SES/MG, devendo também serem intimados a apresentar a defesa sobre as irregularidades apontadas na tomada de contas, pois, suas práticas e preços são comuns, havendo comunhão de direitos e obrigações quanto à questão. A “Requerida” apontou que viu-se perseguida e injustiçada pela SES/MG em virtude de denúncias apócrifas articuladas por distribuidoras concorrentes, que segundo a mesma visam denegrir sua imagem com a exposição negativa na mídia.

Afirmou que não houve apropriação de imposto como margem de lucro para a empresa, como também não houve elevação artificial de preços, pois a sistemática adotada pela SES/MG promove sempre estudo para estipulação de preços estimados, de forma que os medicamentos sejam adquiridos em conformidade com os preços médios praticados pelo mercado. A mesma sempre praticou preços médios como referenciado acima em todo o território nacional, não podendo ser culpada das mazelas regulatórias e tributárias do País ou da Administração Pública.

Considerando o lapso temporal entre o conhecimento do fato e a pretensão de sancionamento, invocou o instituto da prescrição, pois a prática de supostos ilícitos administrativos está sujeita à aplicação da prescrição quinquenal como dispõe a doutrina, acrescentado que não foi explicitamente comprovada improbidade por parte da HOSPFAR, e

sim desconhecimento da matéria e falta de clareza nos textos e normas legais que vieram afetar os procedimentos das empresas e servidores.

Em dezembro de 2014 a Requerida protocolizou representação junto ao TCU, pleiteando providências junto à CMED para uma justa organização do setor atacadista hospitalar de medicamentos, pois tentou por inúmeras oportunidades sensibilizar a referida Câmara quanto à regulamentação do mercado brasileiro de distribuição por atacado de medicamentos, alertando que o mesmo estaria sendo negligenciado pela normatização do órgão desde a introdução da Resolução 04/2006, sem porém obter retorno. Destacou, ainda, que a matéria relativa à desoneração do ICMS prevista no Convênio 87/02 vem sendo reiteradamente modificado pelo CONFAZ, visando adequações ao mercado.

Na sequência, discorreu a respeito da formação do PMVG – Preço Máximo de Venda ao Governo, Resolução CMED 04/2006, indicando falhas na formulação da composição do preço final, bem como na utilização das tabelas indicando o PF (Preço Fábrica) composto por diferentes taxas de ICMS. A CMED inseriu fator de decréscimo de preço, o qual a indústria não repassou aos distribuidores, que como a “Requerida” vem sofrendo com injustas cobranças e acusações de superfaturamento. Os distribuidores são onerados de ICMS na entrada dos medicamentos em seu estabelecimento e são obrigados a desonerá-los na saída dos mesmos, quando destinados a vendas públicas, com consequente apenamento tributário dos fornecedores, que são obrigados a arcar duplamente com o ônus do imposto incidente sobre os fármacos, o que denota que os preços pretendidos pelo rigor da Lei são inexecutáveis e em descompasso com os preços de mercado da época.

Às f. 6.402 a 6.433 – vol. 31, trouxe aos autos discussões a respeito da utilização das tabelas CMED e da falta de uniformidade por parte dos entes governamentais no tratamento da isenção do ICMS, destacando mudanças no Convênio 87/02 – regente da matéria. Trouxe, ainda, manifestações do TCU no Acórdão 140/2012, argumentações quanto às incorreções nos cálculos da formação dos preços da tabela, o princípio da não cumulatividade de imposto, a omissão da CMED quanto ao Preço Fábrica – PF a ser utilizado, e enfim, a ausência de orientações consistentes relativas ao tema, bem como a inexistência de prejuízo, tendo em vista a compatibilidade entre os preços praticados no mercado e em outros órgãos.

Quanto à indicação de ocorrência de prejuízo ao erário pela “Requerida”, apontada no montante atualizado de R\$7.745.349,07, argumentou que os cálculos são incompatíveis com a realidade dos procedimentos apreciados, da prática adotada no mercado e da própria

legislação vigente, onde a empresa sagrou-se vencedora para diversos itens por ter ofertado os preços mais atrativos aos interesses da Administração. Às f. 6.433 a 6.450, apontou procedimentos licitatórios contendo itens exemplificativos, objetivando demonstrar que nenhum preço foi praticado acima do estimado e, se o foi, posteriormente ocorreu negociação, argumentando que para a análise deve-se trazer aos autos os processos licitatórios completos, incluindo os editais, atas, contratos, mapas estimativos e comparativos de preços de todos os procedimentos questionados para que seja possível a comprovação de que todas as aquisições foram efetuadas mediante criteriosa pesquisa de preços estimados e praticados no mercado.

Retomou os argumentos com foco na falta de padronização dos editais e controvérsia da matéria a respeito da incidência de ICMS para formação do PMVG (Preço Máximo de Venda ao Governo), que é uma discussão complexa sobre a qual os fornecedores e, tampouco os Administradores Públicos tinham o necessário conhecimento e controle sobre a situação. Trouxe aos autos doutrina de diversos autores que tratam a respeito da matéria, invocando também o princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação, o qual se aplica tanto aos licitantes, quanto à Administração Pública, indicando às f. 6.456 a 6.459, reprodução de cláusulas editalícias relativas ao tema.

Por fim, alegou o princípio da boa fé afirmando que houve impropriedade na conclusão da Tomada de Contas por inexistirem os elementos que permitam a sua tramitação, seja em razão da prescrição, inexistência de dano a ser reparado e por ausentes o prejuízo e a má fé alegados e requereu que sejam consideradas regulares as contas. Ainda, suscitou a necessidade da inclusão de todos os fornecedores de medicamentos à SES/MG, inclusive os laboratórios fabricantes, responsáveis solidários em casos de supostas irregularidades de preços cometidas pelas distribuidoras conforme normas da ANVISA, bem como a produção de prova pericial por meio de perícia técnica farmacêutico-contábil a fim de apurar a legalidade das imputações financeiras que são feitas à Requerida.

Foi anexada à defesa, documentos complementares de f. 6.469 – vol. 31 a 7.012 – vol. 34, relacionados às f. 6.468.

3 – Análise das defesas apresentadas

Foi arguido pelas partes a aplicação do instituto da prescrição aos presentes autos. À vista de que as aquisições dos medicamentos ocorreram no período de 2009 a abril de 2011 e

em 01/07/2011, por meio da Portaria DCEE 023/2011, foi determinada a realização de inspeção no Órgão, e por meio da Resolução SES nº 3288, de 25/5/2012 foi efetivada a presente Tomada de Contas Especial a qual protocolizada nesta Casa em 29/8/2014, este órgão técnico entende que a pretensão punitiva deste Tribunal relativa às irregularidades não geradoras de dano ao erário não está prescrita, nos termos do art. 110-C, inciso I e II, c/c art.110-E da Lei Complementar Estadual n. 102/98. Quanto às possivelmente geradoras, estas são imprescritíveis, por força do art. 37 § 5º da CR.

Observou-se que os manifestantes apresentaram argumentações semelhantes, indicando que as suas atuações pautaram-se sempre na boa fé e no desconhecimento da matéria relativa à legislação pertinente à regulação e formação dos preços de medicamentos para venda ao governo, caracterizado não só pela alta complexidade, bem como pelo aspecto tributário. Afirmou-se a adoção dos preços médios praticados no mercado nas aquisições/vendas realizadas, e ainda que estas ocorreram dentro das estimativas efetuadas pelas pesquisas que precederam os procedimentos licitatórios, adotadas como parâmetro.

Foi alegado que a premissa adotada pela equipe que elaborou o relatório para concluir sobre a ocorrência de aquisição antieconômica, considerou apenas a tabela CMED/ANVISA para referenciar o preço a ser adotado, sem qualquer consideração sobre preço de mercado, apontando também a existência de falhas nas tabelas elaboradas pelo órgão regulador. Foram feitas citações da doutrina, bem como do TCU, argumentando que é princípio geral da contratação pública “que o preço a ser pago pelo objeto seja justo e exequível” e “é aquele que está afinado com os demais preços praticados no mercado”.

Cumprе destacar que as alegações apresentadas pelas defesas pautaram-se no argumento de que as tabelas disponibilizadas pela CMED/ANVISA apresentam falhas e são utilizadas para nortear as compras de medicamentos, o que é equivocado.

Ressalta-se, que, no Brasil, o setor farmacêutico é regulado pelo governo federal, sendo competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA propor o estabelecimento de normas, monitorar a evolução dos preços de medicamentos, bem como regular, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, como disposto nos art. 7º e 8º da Lei Federal 9.782/99. Com referência à atuação no campo econômico da regulação do mercado de medicamentos, compete à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos, bem como para fixação de margens para sua comercialização a serem

observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica, conforme disposto no art. 2º do Decreto Federal 4.766/2003. Os valores praticados no mercado devem ser considerados sim, como **referenciais** para a busca do melhor preço, entretanto, têm como **limitador** aqueles regulamentados pelos órgãos de controle.

Assim, verifica-se claramente que a legislação é objetiva quando estabelece critérios para comercialização de medicamentos no país, dando competência à ANVISA/CMED para normatizar e regular o mercado de tais produtos, estabelecendo regras às quais estarão sujeitos os agentes envolvidos, **tanto o público quanto o particular**. Portanto, **as tabelas disponibilizadas pelos órgãos reguladores legais não são meramente norteadoras** como querem entender os defendentes, mas sim, **estabelecem preços máximos a serem adotados, criando desta forma a obrigação de seu cumprimento**, não existindo qualquer proibição no sentido de que sejam praticados descontos sobre os mesmos. Na busca do melhor preço cabe à Administração nortear pelos preços médios praticados no mercado, observando-se sempre o limite tabelado.

Quanto às alegações dos servidores da SES e também àquelas dos procuradores da empresa fornecedora de medicamentos HOSPFAR, de que no exercício de suas respectivas atividades apenas cumpriram suas obrigações, não sendo as pessoas responsáveis pelos atos decisórios nos processos de compras/vendas, tal argumento é inconsistente. Uma vez designado por qualquer das partes para desempenhar e exercer a função pública de pregoeiro, Superintendente/Diretor de Compras entre outras, bem como do particular como Representante Legal/Procurador, supõe-se que este esteja capacitado para tal e, portanto, torna-se responsável pelos atos por ele praticados, em cada etapa dos procedimentos em que participaram.

No que diz respeito às decisões do Tribunal de Contas da União – TCU trazidas aos autos pela defesa, no que se refere às falhas da tabela, o próprio órgão recomenda que nas compras governamentais devam ser considerados os preços de mercado abaixo do teto de preços, **não sendo lícito considerar preços de mercado acima do teto da Tabela CMED**. Apesar das críticas efetuadas à forma de apresentação da referida tabela, o TCU, em nenhum momento, invalidou-a, inclusive utilizando-a como referência para verificação da ocorrência de

superfaturamento na aquisição de medicamentos, conforme se extrai do Acórdão nº 1154/2013-Plenário.

O TCU por meio do acórdão 1437/2007, proferiu a seguinte recomendação em relação à aplicação da Tabela CMED:

“[...] determinar ao Ministério da Saúde que dê ampla divulgação junto aos órgãos e entidades federais que fazem aquisições de medicamentos para atendimento da população, bem como junto às secretarias estaduais e municipais de saúde, acerca do teor das Resoluções da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED nºs 2/2004 e 4/2006, bem como da Orientação Interpretativa nº 02/2006, da mesma Câmara, com vistas a alertar os gestores estaduais e municipais que, em caso de não observância das resoluções pelos fornecedores de medicamentos quando de compras efetuadas pelo setor público, deverá o gestor comunicar o fato à CMED e ao Ministério Público Federal e Estadual, sob pena de responsabilização por aquisição antieconômica e pela devolução dos recursos pagos acima do teto estabelecido pelos normativos da CMED, mediante instauração de tomada de contas especial; [...]”

Outra alegação apresentada pela defesa, sob o argumento de que o PMVG, conceitualmente, é o Preço Máximo de Venda ao Governo, e nestes termos não existe proibição de aquisição acima de tal valor por órgão estatal, mas apenas os distribuidores/revendedores estariam sujeitos a punições em caso de descumprimento, também é equivocada. A esse respeito, a Controladoria Geral da União – CGU já se manifestou por meio do Relatório de Demanda Externas – 00210.003314/2011-50, constante às fl. 677 (verso), dos autos 862.742 em tramitação nesta Casa, em situação análoga, indicando um prejuízo ao erário no montante de R\$ 28.038.046,01 (fl. 727 – verso), relativos a aquisições realizadas com recursos repassados pela União ao Estado de Minas Gerais no período de 2008 a 2012, conforme transcrito:

[...]

Cumprir destacar que, no caso de aquisição de medicamentos pelos órgãos e entidades da Administração Pública, **não há que se falar em aquisições praticadas por preços de mercado superiores ao PMVG**, para se afastar a ocorrência de superfaturamento e justificar os preços pagos pela Administração Pública aos fornecedores por serem estes os preços praticados pelo mercado. Vale dizer, os preços praticados pelo mercado devem ser, em regra, menores que o PMVG. (g.n.)

O setor farmacêutico, no Brasil, sofre regulação econômica estatal, em virtude da existência de falhas de mercado, tais como a formação de monopólios e oligopólios, bem como da ocorrência de assimetria de informações. Ademais, este mercado é caracterizado pela baixa elasticidade-preço da demanda decorrente da essencialidade dos medicamentos para a população e do reduzido poder decisório dos consumidores, tendo em vista que os medicamentos são adquiridos a partir de prescrições médicas.

Assim, o modelo de regulação brasileiro do setor farmacêutico, instituído pela Lei Federal nº 10.742/2003, **estabeleceu um teto de preços** que deve ser observado pelo mercado na venda de medicamentos, seja esta venda para o setor público ou para o setor privado. Se o mercado efetua vendas acima deste teto de preço, que no

Diretoria de Controle Externo do Estado
3ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado

caso dos órgãos e entidades da Administração Pública é representado pelo PMVG, comete um ato ilegal. Da mesma forma, **os gestores dos órgãos e entidades da Administração Pública que aceitam adquirir medicamentos e pagar um preço acima do PMVG também cometem um ato ilegal e antieconômico que causa dano ao erário.** Neste sentido, não é cabível que os gestores da SES/MG justifiquem as suas condutas, sob a alegação de que houve um descumprimento generalizado do PMVG pelos demais órgãos e entidades da Administração Pública e que o pretense preço praticado pelo mercado deve ser considerado como critério de conformidade das aquisições de medicamentos em detrimento do teto de preços consubstanciado pelo PMVG, instituído pelo marco regulatório. (g.n.)

Ademais, além de violação do princípio da legalidade, inscrito no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, a conduta deliberada dos gestores da SES/MG de adquirir medicamentos por preços acima do PMVG, no período de 2008 a 2011, violou também o princípio da motivação inscrito no *caput* do art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99 e no *caput* do art. 2º da Lei Estadual nº 14.184/02, tendo em vista que, nos autos dos processos analisados, não havia nenhuma justificativa pertinente para efetivação das aquisições por valores que extrapolaram o PMVG.

[...]

Considerando o argumento da empresa HOSPFAR de que as investigações foram focadas apenas em relação aos procedimentos por ela praticados, quando a conduta era comum aos demais fornecedores de medicamentos, ressalte-se que foi determinado por este Tribunal a apuração relativa a todos eles. Como informado pelo respectivo Tomador de Contas responsável pelo presente ato (documento f. 804 a 807 do Processo 862.742), ao ser questionado pelo cumprimento da determinação deste Tribunal, salientou que os trabalhos de apuração em relação aos demais fornecedores têm sido executados, bem como têm sido tomadas as medidas para que seja promovido o ressarcimento ao erário dos danos comprovadamente demonstrados. Acrescentou que considerada a quantidade de processos a serem analisados, que se avolumou na Secretaria, e as dificuldades para a execução da totalidade dos mesmos em função da ausência de pessoal, dentro do possível prosseguirão com a urgência que a disponibilidade de material e pessoal possibilitar, com subsequente comunicação/encaminhamento a esta Casa. Estabeleceu-se prioridade em relação à esta empresa, tendo em vista ter sido ela o objeto da denúncia que originou o Processo.

No que se refere à aplicação da alíquota de ICMS a ser adotada pelos fornecedores de medicamentos, sediados em Minas Gerais ou outro Estado, consta no Processo 862742 desta Casa, que a Controladoria Geral do Estado – CGE em 4/5/2011 encaminhou consulta à Secretaria de Estado de Fazenda – SEF/MG, por meio do ofício GAB/CGE 168/2011. A SEF/MG pronunciou-se por meio do OF.SEF.GAB.SEC 455/2011, em 22/6/2011, informando que foi repassado para a Subsecretaria da Receita processo administrativo para apuração dos fatos, tendo esta manifestado que constatou a existência de irregularidades nos procedimentos adotados pelo fornecedor sediado no Estado de Goiás, ficando evidenciada a

prática de majoração indevida do preço na licitação, bem como a descaracterização da isenção prevista no Convênio ICMS/87/02.

4 - Conclusão

Considerando todos os documentos e argumentações apresentados pelos defendentes – servidores públicos e agentes privados – verifica-se uma ampla discussão a respeito da legislação e formação dos preços de medicamentos a serem praticados no país para venda ao governo, de forma a corrigir distorções e falhas pontuais porventura existentes na formação dos preços constantes das tabelas elaboradas pelo Órgão regulador. Estes estudos poderão provocar o aperfeiçoamento e o entendimento entre os diversos setores envolvidos, em nível nacional. Ressalta-se que tal discussão deve ser levada a termo junto aos Órgãos Reguladores competentes, uma vez que as atribuições desta Casa se restringem, dentre outras, ao controle externo/fiscalização quanto ao cumprimento das legislações pertinentes, e obediência aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da CF/88.

A lei de licitações, quando indica que se deve observar os preços médios praticados no mercado como referência para aquisições efetuadas por órgãos públicos, estabelece aí um parâmetro visando exatamente a livre concorrência entre os fornecedores e a melhor oferta para a Administração Pública. Entretanto, no sentido de coibir os abusos, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde, a CMED/ANVISA regulamentou o mercado de venda de medicamentos estipulando como LIMITADOR o PMVG, ou seja, PREÇO MÁXIMO DE VENDA AO GOVERNO, não estabelecendo qualquer proibição no sentido de coibir a livre concorrência e a prática de preços **inferiores àqueles tabelados**. Nesse sentido, na busca da melhor proposta para a Administração, tem-se adotado o PREGÃO como modalidade de licitação para as aquisições de medicamentos, onde as empresas distribuidoras podem oferecer percentuais de descontos sobre os preços regulamentados. Caso não fosse assim, para se efetuar tais aquisições bastaria um contrato de adesão aos preços tabelados ao invés de se proceder uma licitação.

Assim, tem-se que quando da contratação e aquisição dos medicamentos objeto dos presentes autos, já encontravam-se em pleno vigor as tabelas da CMED/ANVISA citadas, onde com vistas a regular o mercado estipula preços máximos de comercialização, e esta legislação não faculta nem ao fornecedor e nem ao órgão público comercializar medicamentos por valores que extrapolem tais limites.

Após análise dos autos verificou-se que não foi identificado nenhum documento ou argumento que possa alterar o entendimento inicial, onde em todo o trabalho desta Tomada de Contas foi utilizado como parâmetro exatamente o PMVG constante das tabelas CMED/ANVISA.

Diante de todo o exposto esta equipe ratifica as informações constantes do “Relatório Técnico – fl. 6.108 a 6.125 – volume 29, que opinou pela IRREGULARIDADE das contas. O Órgão Técnico alinhou-se com as conclusões do Tomador de Contas e da Auditoria Setorial, os quais consideraram que por atitude desidiosa e negligente dos servidores da SES supramencionados, a empresa HOSPFAR, na pessoa de seus **sócios proprietários**, causou dano ao erário no montante de R\$ 6.825.900,30 (seis milhões oitocentos e vinte cinco mil, novecentos reais e trinta centavos), atualizado até junho/2014. Em cumprimento ao despacho da Conselheira Relatora, fl. 6.133 – volume 29, o valor do dano foi atualizado até julho/2015 pelo mesmo indexador (SELIC), apurando-se assim o montante de R\$ 7.745.349,07 (Sete milhões, setecentos e quarenta e cinco mil, trezentos e quarenta e nove reais e sete centavos), Relatório Técnico f. 6.134 a 6.148 – volume 29.

Quanto à responsabilização dos procuradores, empregados da empresa HOSPFAR, a legislação civil afirma que sempre que houver a prática de ato por outra pessoa, em virtude de conexão de mando, ordem, outorga autorização ou comissão, responderá o mandante pelos atos praticados. Isto porque é a empresa que possui como característica o direito ou poder de direção, fiscalização e controle em relação a seus empregados, no exercício de uma função determinada por àquele, que será executada por estes, sendo o resultado proveitoso revertido em favor de quem exerce a condição de superior hierárquico. Assim, sempre que o ato, praticado pelo empregado, obedecendo e visando atingir a ordem emanada, desde que dentro das finalidades e funções que lhe são atribuídas, haverá responsabilidade do empregador.

No ordenamento jurídico pátrio encontramos as hipóteses de responsabilização de terceiros por fatos alheios a sua vontade no artigo 932, III, do código civil, em que é apresentado rol taxativo de situações em que o terceiro será responsável:

“Art. 932 – São também responsáveis pela reparação civil:

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

O artigo 1178 do código determinou a responsabilidade do proponente com relação aos atos praticados pelo preposto de modo genérico. Portanto, os atos culposos (aqueles realizados pelo preposto sem intenção de prejudicar terceiros ou o empresário) serão de responsabilidade do empregador perante terceiros.

Como é do conhecimento geral, todos os riscos da atividade empresarial correm por conta do empregador. A ele pertencem os ônus e os bônus e, por essa razão, o empregador deve ressarcir, de forma mais ampla, a vítima, seja o empregado, seja um terceiro, atingido pelo empregado à sua disposição.

Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.

Tem-se, ainda, como jurisprudência, decisão relativa ao Processo n. “Apelação Cível 20110110032421APC, relativo à ação movida contra preposto da empresa contratada, onde foi negado provimento pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ACÓRDÃO 507.525, de 25/05/2011.

Acordam os Senhores Desembargadores da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, HUMBERTO ADJUTO ULHÔA - Relator, JOÃO MARIOSI - Revisor, MARIO-ZAM BELMIRO - Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER. NEGAR PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Mensurado o dano e identificados os respectivos responsáveis, indicados nos Apêndices IV e V – fl. 6.143 a 6.146 – volume 29 , excluindo-se os “Procuradores”, empregados da HOSPFAR – Alexander Tristão Borges, Heloísa Vilaça Dias, Mary Ana Ribeiro Leite e Daniel Pinto de Souza, este último apenas quanto aos atos praticados enquanto empregado da referida empresa, tem-se que além do ressarcimento aos cofres públicos no montante do prejuízo apurado, cabe ainda a aplicação de multa por este Tribunal nos termos dos artigos 83 - inciso I, 84, 85 - inciso II e 86 da Lei Complementar 102/2008, bem como a possibilidade de aplicação de sanção à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 83 – inciso III, da mesma Lei. Assim, rerepresentamos os quadros de responsabilidades/valores “Apêndices A, f. 7.040 a 7.041” e “B, f. 7.042 a 7.047”

Esta equipe, com o objetivo de subsidiar a análise do presente feito, ressalta a existência nesta Casa de outros processos com objeto semelhante, ou seja, aquisição de medicamentos por preços superiores àqueles tabelados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED / ANVISA, onde, mediante apuração por este Tribunal, foi obtido resultado positivo com a devolução aos cofres públicos, pelos fornecedores, dos valores pagos a maior indevidamente. Trata-se do Processo de Representação número 923.943, que tem como partes o Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais – IPSM e a Secretaria de Estado de Saúde – SES/MG, em tramitação nesta Corte, onde os dirigentes do órgão adquirente, reconhecendo a falha, argumentaram



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diretoria de Controle Externo do Estado
3ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado



desconhecimento da legislação quando efetivaram as compras, e diante do fato notificaram as empresas fornecedoras para ressarcimento dos valores efetivamente pagos acima daqueles tabelados, o que ocorreu. Reforça-se assim, a concretização dos esforços que vem sendo realizados pelo TCEMG no cumprimento de suas competências constitucionais, bem como, o reconhecimento do particular à obrigação de sujeição às normas legais cabíveis quando das contratações com o Estado, e portanto, da sua corresponsabilidade.

À consideração superior,

DGCE/ DCEE/3ªCFE em 07 de junho de 2016.

Cláudia Maria de Oliveira Frade
TC 1579-0

Sergio Urbano Resende
TC 1885-3



PROTOCOLO: 932.626

NATUREZA: Tomada de Contas Especial referente a compra de medicamentos pela Secretaria de Estado de Saúde, junto à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda, no período de 2009 a abril de 2011.

DE ACORDO

3ª CFE, aos ____/____/2016.

Mara Regina Ferreira
Coordenador – TC– 2296-6

Aos _____ dias do mês de _____

de 2016, remeto este processo ao Ministério Público junto ao
Tribunal de Contas.