

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL N. 932626

- Procedência:** Secretaria de Estado de Saúde (SES)
- Partes:** Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.; Brandão de Sousa Rezende, Flávio Goulart de Alcântara Campos, Marcelo Reis Perillo, Moisés Alves de Oliveira Neto, sócios proprietários da Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda.;
- Heloisa Vilaça Dias, Alexander Tristão Borges, Mary Ana Ribeiro Leite, Daniel Pinto de Souza, procuradores da Hospfar;
- Jorge Luiz Vieira, Superintendente de Gestão da SES; Belmiro Gustavo Ribeiro, Gerente/Diretor de Compras/Superintendente de Gestão; Sandra Aparecida de Souza, Gerente/Diretora de Compras; Raquel Russo Mota, Pregoeira; Rafael Elias Gonçalves, Pregoeiro; Daniel Pinto de Souza, Pregoeiro; e Mônica Caetano Gonçalves, Pregoeira
- Procuradores:** Ana Cristina de Menezes Vieira, OAB/MG 147.228; Ancelmo César de Oliveira, OAB/MG 111.760; Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO 11.703; Bruno de Assis Martins, OAB/MG 100.246; Carla Valente Brandão, OAB/GO 13.267; Eduardo Pimont Possas, OAB/MG 99.149; Gilberti e Advogados Associados S/C, Gustavo Pinto Coelho Vimieiro, OAB/MG 99.550; Karla Cristina Ferreira Aleixo, OAB/MG 137.672; Marco Túlio Brasil da Costa Rocha, OAB/MG 124.157; Max Warner Santos Souza, OAB/MG 154.052; Paula Ferreira de Almeida Marzano, OAB/MG 103.188; Rafael Martins Rocha, OAB/MG 99.056; Antônio Henrique Jorge da Cunha, OAB/GO 27.773, Eduardo Taveira Pinheiro, OAB/GO 12.141; Osmar Alves de Medeiros Júnior, OAB/GO 28.786.
- MPTC:** Cristina Andrade Melo
- RELATOR:** CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

EMENTA

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SECRETARIA DE ESTADO. COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM OBSERVÂNCIA DE NORMAS DA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED). NÃO APLICAÇÃO DO COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS (CAP). NÃO DESONERAÇÃO DE ICMS ESTABELECIDA NO CONVÊNIO ICMS N. 87/2002 DO CONFAZ. PAGAMENTOS INDEVIDOS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DANO AO ERÁRIO. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. RESSARCIMENTO PELA EMPRESA FORNECEDORA E SÓCIOS PROPRIETÁRIOS. IMPUTAÇÃO DE MULTA.

1. Todos os envolvidos na relação de compra e venda de medicamentos sejam agentes públicos, representantes, distribuidores, farmácias, drogarias, etc. submetem-se ao império das normas emanadas pela CMED/ANVISA, conforme competências estabelecidas no art. 6º da Lei n. 10.742/2003.

2. A aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), percentual de desconto mínimo obrigatório, deve ser utilizado em todas as vendas de medicamentos realizadas ao Poder Público.

3. O Coeficiente de Adequação de Preço (CAP) opera como fator de ajuste de preços e ao ser aplicado sobre o Preço de Fábrica resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), como disposto no art. 1º da Resolução CMED n. 04/06.
4. As aquisições de fármacos e medicamentos especificados no Anexo Único do Convênio ICMS n. 87/2002, destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal, são isentas de tributação do ICMS, como normatizado na Cláusula Primeira, parágrafo único do citado Convênio.
5. Nas operações e prestações de bens e serviços destinado a consumidor final localizado em outro Estado e não contribuinte do ICMS, deve-se adotar a alíquota interna do estado de origem, conforme art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea 'b' da Constituição Federal.
6. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, como disposto no art. 41 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.
7. A empresa de direito privado que oferece propostas contendo preços acima do Preço Máximo de Venda para o Governo, em licitações para aquisições de fármacos e medicamentos para órgãos da Administração Pública, sujeita-se à responsabilização por dano ao erário, dispostas no art. 8º da Lei Federal n. 10.742/03.
8. Deve ser afastada a responsabilidade dos procuradores da empresa nos pregões, considerando que o empregador é o responsável pelos atos praticados por seus prepostos, como disposto nos arts. 932 c/c 1.178 do Código Civil Brasileiro.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

4ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 13/02/2019

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada em 09/06/2012 pela Comissão de Tomada de Contas Especial da SES, nos termos da Resolução SES n. 3.288, de 25/05/12 (fl. 8), alterada posteriormente pela Resolução SES n. 3.342, de 06/07/12 (fl. 13), em atendimento à determinação deste Tribunal nos autos do Processo 862.742, Inspeção Ordinária realizada em razão de denúncia anônima e cujo objetivo foi examinar todas as aquisições de medicamentos realizadas pela Secretaria de Estado de Saúde – SES no período de 2009 a abril de 2011, para apurar possíveis irregularidades nos preços praticados e eventual dano ao erário nos processos de compras.

A denúncia anônima, datada de 12/07/10 (fls. 51/113), noticiou irregularidades em procedimentos licitatórios realizados para aquisição de medicamentos, envolvendo a SES e a empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

Segundo o denunciante, ilícitos fiscais eram praticados por empresas fornecedoras de medicamentos, que embutiam o Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS no preço que já o contemplava, retirando-o posteriormente para fazer parecer que a venda era desonerada desse imposto, ou seja, o preço do medicamento era tributado em duplicidade e desonerado apenas uma vez. As empresas também estariam se valendo de artifício ilegal ao aplicar a alíquota do ICMS do Estado de destino das mercadorias, em vez da alíquota do local de seu estabelecimento.

O tomador de contas, no Relatório n. 09/2014 (fls. 4.697/4.746, vol. 23), apurou dano ao erário no valor de R\$ 6.825.900,30, atualizado até junho de 2014, decorrente de irregularidades nas aquisições de medicamentos, e apontou como responsáveis os servidores da SES indicados às fls. 4.740 a 4.743, por identificar nexo causal entre o dano e a conduta desses servidores nos processos de compras, bem como a empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e seus representantes legais, identificados às fls. 4.738 a 4.740, por enriquecimento ilícito.

A Auditoria Setorial, no Relatório n. 1320.2623.14, ratificou o relatório do Tomador de Contas quanto aos valores atualizados até o mês de junho de 2014, mas registrou divergência em relação à responsabilização do pregoeiro Rafael Elias Gonçalves pelos atos praticados no Pregão 27/07, uma vez que esse certame foi conduzido por outro pregoeiro.

Assim, considerando a existência de dano ao erário e a identificação dos responsáveis, concluiu pela inscrição do valor do dano individualizado por responsável na conta “diversos responsáveis apurados”. Entretanto, visto que a corresponsabilidade dos envolvidos levaria a uma distorção contábil, implicando um valor maior que o dano apurado, sugeriu que o dano fosse inscrito em nome da empresa HOSPFAR, Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (fls. 5.910/5.969, vol. 29).

Recebida nesta Corte, a documentação foi autuada como Tomada de Contas Especial e o processo distribuído em 18/09/14 (fl. 6.094, vol. 29).

Em exame inicial, a Unidade Técnica, considerando o princípio do contraditório e da ampla defesa, sugeriu a citação dos representantes legais da empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., bem como dos agentes da SES para apresentação de justificativas e/ou alegações que entendessem cabíveis acerca das ocorrências apontadas, ou para ressarcimento do valor do dano apurado, atualizado até a data do pagamento. Sugeriu, ainda, a citação da SES para que fossem ampliados os trabalhos na extensão inicialmente determinada por este Tribunal, abrangendo todos os fornecedores no período de janeiro de 2009 a abril de 2011 (fls. 6.108 a 6.126, vol. 29).

Após a emissão do Relatório Técnico, datado de 25/02/15, o então Relator, Conselheiro José Alves Viana (fl. 6.128), e, posteriormente, o Conselheiro Wanderley Ávila (fl. 6.130, vol. 29) declararam suspeição para atuarem no presente feito, nos termos do art. 132 da Resolução n. 12/08, razão pela qual em 29/07/15 os autos foram redistribuídos à Conselheira Adriene Andrade (fl. 6.132, vol. 29).

Em 11/08/15, a Relatora determinou à Unidade Técnica que incluísse nos quadros dos Apêndices I e II do Relatório acima mencionado (fls. 6.120/6.125, vol. 29), o 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 (fl. 6.133, vol. 29).

Em cumprimento à determinação, a Unidade Técnica, partindo da apuração feita pelo Tomador de Contas Especial da SES nas planilhas às fls. 4.747/4.750, vol. 23, atualizou os valores atribuídos a cada um dos responsáveis, apurando o montante de R\$ 7.745.349,07, e sugeriu a citação dos representantes legais da empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., bem como dos agentes da SES arrolados (fls. 6.134 a 6.146, vol. 29).

Devidamente citados, os interessados apresentaram defesa, com exceção das Sras. Raquel Russo Mota e Mônica Caetano Gonçalves, consoante Certidão de não manifestação emitida pela Primeira Câmara (fl. 7.019, vol. 34). Foi juntada a Certidão de Óbito do Sr. Alexander Tristão Borges, ficando prejudicada sua citação.

Em sede de reexame, a Unidade Técnica, às fls. 7.038/7.040, vol. 34, alinhou-se às conclusões do Tomador de Contas e da Auditoria Setorial, os quais consideraram que, por atitude desidiosa dos servidores da SES identificados às fls. 7.042/7.045, a empresa HOSPFAR, na pessoa de seus sócios proprietários, fls. 7.040/7.041, causaram dano ao erário no montante de R\$ 6.825.900,30, atualizado até junho de 2014, pela comercialização de medicamentos em desacordo com a legislação pertinente (arts. 1º, 2º e 4º da Lei n. 10.743/03 c/c o art. 41 da Lei n. 8.078/90 e o art. 1º e 5º da Resolução CMED n. 04/06 e Cláusula 1ª do Convênio ICMS n. 87/02, CONFAZ).

Excluiu de responsabilização 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.

Considerou, ainda, a Unidade Técnica que, além do ressarcimento aos cofres públicos do montante do prejuízo apurado, a ser imposto à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., caberia a aplicação de multa por este Tribunal, nos termos dos arts. 83, inciso I, 84, 85, inciso II, e 86 da Lei Complementar n. 102/08, bem como a possibilidade de aplicação de sanção, nos termos do art. 83, inciso III, da mesma Lei.

Seguiram os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal, que, visando à complementação da instrução do feito, requereu a intimação do Secretário de Estado da Saúde para apresentação de documentos (fl. 7.050, vol. 34).

Em resposta à intimação, a SES informou que instaurou o Processo Administrativo Punitivo n. 30/12 em desfavor da empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., que se encontrava aguardando análise da Assessoria Técnica relativa ao Preço Máximo de Venda ao Governo, PMVG, e apresentou denúncia contra a empresa na Câmara de Regulação de Mercado de Medicamentos, CMED, o que acarretou a abertura do Processo Administrativo n. 25351.019524/2014-42, que também se encontrava em fase de análise.

Informou, quanto ao estágio de processamento das sanções administrativas impostas aos servidores no âmbito da Controladoria Geral do Estado, que foi instaurado o Processo Administrativo Disciplinar n. 115/12, levado a julgamento em 15/11/12. Acrescentou que nesse julgamento foram imputadas penalidades aos servidores, mas que estes interpuseram recursos a que a Advocacia Geral do Estado deu provimento, absolvendo todos os recorrentes (fls. 7.070/7.143, vol. 34).

O Ministério Público junto ao Tribunal, em parecer às fls. 7.149/7.156v, vol. 34, opinou pela irregularidade das contas, com fundamento no art. 48, III, “c” e “d”, da Lei Complementar n. 102/08.

Em relação à empresa contratada, sócios e procuradores, opinou pela imposição de ressarcimento ao erário do dano apurado e pela aplicação das sanções previstas na Lei Complementar n. 102/2008; quanto aos servidores que agiram de modo culposos na condução dos processos de aquisição de medicamentos e ocasionaram infração às normas administrativas, opinou pela aplicação das sanções previstas na Lei Complementar n. 102/2008; e quanto à servidora Mônica Caetano Gonçalves, comprovado o seu falecimento (fls. 4.626/4.637), opinou pela extinção de sua punibilidade, nos termos do enunciado sumular TCEMG n. 121.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria em **01/08/2018**.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Concedo a palavra à servidora.

ADVOGADA SANDRA APARECIDA DE SOUZA:

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Presidente Mauri Torres, Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator Durval Ângelo, Excelentíssimo Senhor Conselheiro Adonias Monteiro, Excelentíssimo membro do MP e os demais presentes, recebam os meus cumprimentos.

Inicialmente, cabe destacar que a servidora Sandra Aparecida de Souza, durante 18 anos, vem exercendo atividades no setor público, sendo esta a primeira vez que tem seu nome envolvido num procedimento administrativo de apuração, o que, em certa medida, demonstra comprometimento com a Administração Pública e atendimento à legislação regente. Os indícios de irregularidades apontadas e atribuídos à servidora Sandra Aparecida de Souza, referem-se aos procedimentos de nºs 02 e 027 devido a uma suposta participação nesses processos. O MP opinou pela inabilitação do exercício de cargo de recrutamento amplo e função pública, bem como multa e ressarcimento no aporte de R\$771,27.

Isso, em consequência de uma gestão omissa no momento em que a servidora deixou de analisar e controlar a aquisição de medicamentos no âmbito da Secretaria de Saúde. Porém, esse entendimento não pode prosperar, pois – é bom que se diga – o pregão presencial no caso, o que foi realizado para aquisição de medicamentos, é um procedimento que tem uma inversão nas fases em que, no primeiro momento, é observado o preço proposto pelas empresas durante a sessão de licitação, e aquela que teve apresentação de menor preço é considerada empresa melhor classificada e somente dela é realizada a verificação dos documentos de habilitação.

Esse procedimento está descrito nos Decretos 44786 e 44787/2008, ambos do Estado de Minas Gerais. Em especial, no art. 9º, é descrito que cabe ao pregoeiro abrir a proposta de preço, conduzir o procedimento relativo aos lances, decidir a aceitabilidade das propostas de preço e encaminhar o processo devidamente finalizado à autoridade homologadora.

Caberia também a apresentação da Resolução 1566, de âmbito interno da Secretaria de Saúde, que diz: ao gerente de compras cabe a instrução na fase preliminar do procedimento licitatório, orientar o preenchimento do termo de referência, elaborar o edital e receber o processo devidamente homologado.

Aos que conhecem o procedimento de licitação, o ato de homologar é o ato que atesta e aprova todas as decisões tomadas no procedimento licitatório, ou seja, na fase externa, que se inicia com a publicação do edital e chamamento das empresas para participarem do certame.

Ocorre que a sessão inicial do pregão 02 ocorreu no dia 06/04/10, sendo o processo homologado no dia 04/05/10. O Processo 27 teve o seu início na data 13/05/10 e finalizado no dia 07/07/10, ou seja, a sessão em que teve a análise, a aceitabilidade das propostas foi anterior à nomeação da servidora Sandra Aparecida de Souza porque a sua nomeação só saiu no IOF no dia 21/05/10, ou seja, em torno de 16 e 17 dias, antes até da própria nomeação da servidora, a aprovação das propostas já havia sido feita pelo pregoeiro.

Então, como é possível atribuir uma conduta, um ato de um servidor a um processo ao qual ele não teve acesso? Ele sequer é responsável. Faltou, portanto, um certo olhar diferenciado para essa questão da data porque faltava o amparo legal e também o amparo temporal à servidora Sandra Aparecida de Souza para que, à frente da gerência de compras, agisse como pregoeira ou como mesmo autoridade competente para homologar o processo.

Ela não aceitou as propostas, ela não analisou as propostas, ela não conduziu o procedimento e ela também não homologou o processo, portanto, seria como, com toda licença, se cada um de nós aqui fôssemos responsáveis por procedimentos e processos iniciados – como dois aqui – e finalizados antes mesmo de nós assumirmos os nossos cargos.

Nesse ponto não é possível, não é razoável e nem é justo atribuir determinada execução de atos a servidor, sem o devido amparo legal e sem o amparo temporal, seja pela data de nomeação, seja mesmo pela data da realização e seleção das propostas mais bem classificadas.

Dito isso, é pedida, portanto, a absolvição da servidora e a consequente não aplicação das penalidades de multa, inabilitação para o exercício de cargo de recrutamento amplo, bem como o ressarcimento.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Devolvo a palavra ao Conselheiro Durval Ângelo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

II – FUNDAMENTAÇÃO

1- Preliminar de Mérito - Da prescrição do poder-dever sancionatório desta Corte

Tendo em vista que as aquisições de medicamentos ocorreram no período de janeiro de 2009 a abril de 2011, as partes arguíram a aplicação do instituto da prescrição aos presentes autos, nos termos do art. 110-E da Lei Complementar n. 102/08, que dispõe que prescreve em cinco anos o poder-dever sancionatório do Tribunal de Contas, considerando-se como termo inicial para contagem do prazo a data de ocorrência do fato.

Todavia, não transcorreram cinco anos entre a data de quitação da última ordem de pagamento, ocorrida em 28/04/11 (fl. 4.790, vol. 23), e a data da Portaria DCEE 023/11, de 01/07/11, que determinou a realização de Inspeção Ordinária pela Unidade Técnica, interrompendo a contagem do prazo. A contagem foi novamente interrompida em 29/08/14, quando foi protocolizada nesta Corte a presente Tomada de Contas Especial, segundo o disposto no art. 110-C, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/08, *in litteres*.

Art. 110-C – São causas interruptivas da prescrição:

I – despacho ou decisão que determinar a realização de inspeção cujo escopo abranja o ato passível de sanção a ser aplicada pelo Tribunal de Contas;

II – autuação de feito no Tribunal de Contas nos casos de prestação e tomada de contas;

Desde então o processo se encontra em instrução e análise pelos órgãos competentes, **não estando prescrito o poder dever sancionatório deste Tribunal**, como alegado pela defesa.

Ademais, as possíveis irregularidades apontadas como geradoras de prejuízo aos cofres públicos são imprescritíveis, por força do §5º do art. 37 da Constituição da República, que determina serem imprescritíveis as ações que visam ao ressarcimento do erário.

Isso posto, não acato a preliminar arguida.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Nos termos e limites da fundamentação do eminente Relator, também afasto a preliminar suscitada.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também vou acompanhar o voto do Relator, afastando a preliminar suscitada.

APROVADA A PRELIMINAR.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

2 - Do Mérito

A questão tratada nos autos refere-se a possível não aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços - CAP e a não desoneração do ICMS nos valores dos medicamentos adquiridos pela Secretaria de Estado da Saúde.

A denúncia anônima noticiou possíveis ilícitos fiscais praticados por empresas fornecedoras de medicamentos, entre as quais a empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., que estaria onerando os Estados ao embutir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS no preço que já o contemplaria, retirando-o posteriormente para fazer parecer que a venda era desonerada desse imposto. Dessa forma o preço do medicamento era tributado em duplicidade e desonerado apenas uma vez. Apontou, ainda, a denúncia que a empresa estaria se utilizando de artifício ilegal ao praticar preços com alíquota do ICMS do Estado de destino das mercadorias, em vez de aplicar a alíquota interna do local de seu estabelecimento.

A 2ª Promotoria de Justiça da Defesa da Saúde – PJDS do Ministério Público do Estado de Minas Gerais apontou, em decorrência do Procedimento Administrativo 164/07 (fls. 123/124), que *“os artifícios utilizados pelas empresas distribuidoras variam, tanto há inclusão de ICMS em duplicidade, quanto há utilização de alíquotas de ICMS do Estado de destino das mercadorias, ao invés da utilização da alíquota interna do local de seu estabelecimento”*.

Em relação à desoneração do ICMS, foi enviado expediente à Secretaria de Estado da Fazenda (fls. 5.114/5.120, vol. 25), que informou ter constatado, em verificação fiscal, *“a existência de irregularidades nos procedimentos adotados pelo fornecedor, ficando evidenciada a prática de majoração do preço da licitação, bem como a descaracterização da isenção prevista na cláusula primeira do Convênio ICMS n. 87/02, recepcionada pelo item 130 do Anexo I do RICMS/02”*.

No caso sob exame, com o intuito de agilizar os procedimentos de apuração, o Tomador de Contas ponderou que devido às limitações técnicas e temporais, não seria possível examinar neste processo os procedimentos de compras feitas em todos os fornecedores, motivo pelo qual se limitou à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21, cuja matriz se localiza no Estado de Goiás, não tendo sido identificado registro de fornecimento pelas filiais situadas em Brasília e Belo Horizonte.

Consta à fl. 5.927 dos autos, vol. 29, a informação de que foram analisados 165 procedimentos de compras, realizados por meio dos pregões n. 27/07, 13/08, 33/08, 37/08, 38/08, 42/08, 49/08, 52/08, 58/08, 13/09, 159/09, 28/09, 43/09, 48/09, 62/09, 63/09, 02/10, 26/10, e de dispensas relativas a compras diretas/cotações eletrônicas, que atingiram o

montante de R\$ 61.685.448,69, pagos à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

Diante do grande volume de processos de compras efetuadas na empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., o Tomador de Contas, para fins do cálculo do valor total do dano, realizou análise eletrônica, utilizando as informações inseridas no Banco de Dados do programa BO – Business Objects¹ referentes aos 165 processos de pagamentos ocorridos no período de janeiro de 2009 a abril de 2011, restringindo-se às compras realizadas pelas unidades executoras derivadas da Fonte de Recurso 10 (Tesouro do Estado), inclusive as constantes em Restos a Pagar.

Foram obtidos relatórios que informam o número do pregão, a finalidade da contratação, o número do empenho, o número da nota fiscal e a data de emissão, a data da ordem de pagamento, o nome do medicamento, o preço de fábrica com o ICMS, o número da lista da CEMED em que constava o medicamento, o percentual do ICMS, o preço de fábrica sem o ICMS, o percentual do CAP, o preço máximo de venda para o Governo, a diferença entre o valor unitário da despesa e o PMVG, a quantidade de medicamento adquirida, o valor total da despesa liquidada e, por fim, o valor do dano para aquela determinada aquisição, como se observa às fls. 4.753/4.803, vol. 23.

O Tomador de Contas, no relatório às fls. 4.747/4.750, vol. 23, individualizou os responsáveis e o valor do dano para cada um dos citados pregões, pormenorizando o número da Ata de Dispensa e da nota fiscal, a data da ordem de pagamento, o valor histórico do dano, o percentual da taxa de juros Selic acumulados, o valor atualizado do dano, o nome do pregoeiro, o nome do procurador da empresa HOSPFAR, a data da homologação ou ratificação do certame, o nome do diretor de compras, o nome do superintendente de gestão, a identificação da empresa e dos sócios.

Finalizados os levantamentos, atribuiu responsabilidade pelo dano ao erário à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., seus sócios proprietários e procuradores, enquanto proponentes e vendedores de medicamentos por preços superiores àqueles estabelecidos pela CMED, bem como aos servidores da Secretaria de Estado de Saúde, nos limites de suas competências de controle no nível de suas atividades, enquanto pregoeiro e/ou gerente de compras e/ou autoridade homologadora, no que tange ao planejamento, à execução, ao acompanhamento e ao controle dos atos pertinentes aos processos licitatórios sob a responsabilidade de cada um.

A Auditoria Setorial informou à fl. 5.928, vol. 29, o valor do dano apurado por exercício:

Referência/Exercício	Valor Histórico (R\$)	Valor atualizado (junho/2014)*
2009	2.225.423,72	3.266.312,24
2010	1.901.719,33	2.608.096,16
2011 (janeiro a abril)	68.592,51	88.877,88
Restos a pagar (01/2009 a 04/2011)	584.434,56	862.614,03
Total	4.780.170,12	6.825.900,30

*(www.receita.fazenda.gov.br/pagamentos/jrselic)

A Unidade Técnica, às fls. 6.120/6.125 e 6.143/6.146, especificou para cada responsável a função exercida à época dos fatos, o ato responsabilizador, a norma legal infringida e o valor histórico do possível dano atribuído, como detalhado no quadro a seguir:

Responsável Empresa	Função	Ato Responsabilizador	Norma Legal infringida	Valor Histórico do Dano (R\$)
HOSPFAR – Indústria	Empresa	Nos termos do §7º do art. 6º do	Agiu em desacordo ao disposto nos	4.780.170,12

¹ O Programa BO – Business Objects elabora relatórios para controle de gestão e informação da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais.

Responsável Empresa	Função	Ato Responsabilizador	Norma Legal infringida	Valor Histórico do Dano (R\$)
e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.		Decreto 44.431/2006, a empresa fornecedora é responsável por todas as transações realizadas em seu nome, assumindo como firmes e verdadeiras as propostas e lances efetuados por seus representantes.	arts. 1º, 2º e 4º da Lei n. 10.742/03, no art. 41 da Lei n. 8.078/90, arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio n. ICMS n. 87/02 do CONFAZ.	
Brandão de Sousa Resende	Sócio Proprietário			
Flávio Goulart de Alcântara Campos	Sócio Proprietário			
Marcelo Reis Perillo	Sócio Proprietário			
Moisés Alves de Oliveira	Sócio Proprietário			
Heloisa Vilaça Dias	Procurador	Atuou representando a empresa nos Pregões nºs 13, 52, 33, 37, 38, 42, 49/08.	Agiu em desacordo ao disposto nos arts. 1º, 2º e 4º da Lei n. 10.742/03, no art. 41 da Lei 8.078/90, arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e cláusula primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ	2.671.702,97
Alexander Tristão Borges	Procurador	Atuou representando a empresa Pregões nºs 58/08; 48, 43, 159 e 62/09	Agiu em desacordo ao disposto nos arts. 1º, 2º e 4º da Lei n. 10.742/03, no art. 41 da Lei 8.078/90, arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ	99.344,64
Mary Ana Ribeiro Leite	Procurador	Atuou representando a empresa nos Pregões nºs 13, 28 e 63/09.	Agiu em desacordo ao disposto nos arts. 1º, 2º e 4º da Lei n. 10.742/03, no art. 41 da Lei n. 8.078/90, arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ	1.790.329,48
Daniel Pinto de Souza	Procurador	Atuou representando a empresa nos Pregões nºs 02, 26 e 27/10.	Agiu em desacordo ao disposto nos arts. 1º, 2º e 4º da Lei n. 10.742/03, no art. 41 da Lei 8.078/90, arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ	218.173,75

Responsável SES	Função	Ato Responsabilizador	Norma Legal Infringida	Valor Histórico do Dano (R\$)
Jorge Luiz Vieira	Superintendente. Gestão SES	Homologou os resultados das licitações e aquisições diretas de medicamentos sem observar os dispositivos legais nos Pregões nºs 27/07; 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08; 13, 159, 28, 43, 48, 62 e 63/09	Agiu contrariamente ao disposto no art. 52, inc. VI do Decreto Estadual n. 45.038/09; no art. 6º, inc. I e II da Resolução n. 2249/10; nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ	4.561.442,07
Belmiro Gustavo Ribeiro	Gerente de Compras (25/04/07 a 09/02/10) Superintendente de Gestão (10/02/10 a 21/11/13)	Gerente: deixou de analisar e controlar as atividades de aquisições de medicamentos. Superintendente: Homologou os resultados das licitações e aquisições diretas de medicamentos sem observar os dispositivos legais nos Pregões nºs 27/07; 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08; 13, 159, 28, 43, 48, 62 e 63/09; 02, 26 e 27/10; e dispensas de licitação	Agiu contrariamente ao disposto no art. 52, inc. VI e art. 54, inc. I do Decreto Estadual n. 45.038/09; no art. 6º, inc. I e II da Resolução n. 2249/10; nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ	4.780.170,12
Sandra Aparecida de Souza	Gerente de Compras	Deixou de analisar e controlar as atividades de aquisições de medicamentos nos Pregões nºs 02 e 27/10	Agiu contrariamente ao disposto no art. 54, inc. I do Decreto Estadual n. 45.038/09; nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ	585,40
Raquel Russo Mota	Pregoeira	Conduzir os lances, decidir sobre a aceitabilidade da proposta, analisar a documentação e decidir sobre sua habilitação do licitante e adjudicar o objeto ao licitante vencedor sem observar o Preço	Agiu contrariamente ao disposto no art. 4º, inc. VII da Resolução SES n. 1566/08; no art. 8º, inc. II e IV da Lei 14.167/02; nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ.	4.277.203,3

Responsável SES	Função	Ato Responsabilizador	Norma Legal Infringida	Valor Histórico do Dano (R\$)
		Máximo de Venda ao Governo nos Pregões nºs 33, 37, 38, 42, 49 e 52/08; 13, 159, 43, 48, 62 e 63/09; 02, 26 e 27/10.		
Rafael Elias Gonçalves	Pregoeiro	Conduzir os lances, decidir sobre a aceitabilidade da proposta, analisar a documentação e decidir sobre sua habilitação do licitante e adjudicar o objeto ao licitante vencedor sem observar o PMVG no Pregão n. 013/08	Agiu contrariamente ao disposto no art. 4º, inc. VII da Resolução SES n. 1566/08; no art. 8º, inc. II e IV da Lei 14.167/02; nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ.	494.119,86
Daniel Pinto de Souza	Pregoeiro	Conduzir os lances, decidir sobre a aceitabilidade da proposta, analisar a documentação e decidir sobre sua habilitação do licitante e adjudicar o objeto ao licitante vencedor sem observar o PMVG no Pregão n. 58/08.	Agiu contrariamente ao disposto no art. 4º, inc. VII da Resolução SES n. 1566/08; no art. 8º, inc. II e IV da Lei 14.167/02; nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ.	570,60
Mônica Caetano Gonçalves	Pregoeira	Conduzir os lances, decidir sobre a aceitabilidade da proposta, analisar a documentação e decidir sobre sua habilitação do licitante e adjudicar o objeto ao licitante vencedor sem observar o PMVG no Pregão n. 28/09.	Agiu contrariamente ao disposto no art. 4º, inc. VII da Resolução SES n. 1566/08; no art. 8º, inc. II e IV da Lei 14.167/02; nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ.	7.722,00

Considerando a necessidade de complementação da instrução processual, o Ministério Público requereu a intimação da Secretaria de Estado de Saúde para que apresentasse informações sobre o estágio de processamento das Comissões Administrativas de Apuração das Infrações de Fornecedores – CAIFs, sobre as denúncias formuladas à ANVISA contra a empresa HOSPFAR, acerca dos mesmos fatos apurados nesta Tomada de Contas, e sobre o estágio de processamento das sanções administrativas impostas aos servidores, no âmbito da Controladoria-Geral do Estado, relativas aos mesmos fatos apurados, com indicação das providências adotadas e cópias de documentos pertinentes (fl. 7.050, vol. 34).

Em cumprimento à intimação, a Secretaria apresentou documentação complementar, juntada às fls. 7.057/7.065 e 7.070/7.143, vol. 34, informando que:

- a) não havia sido julgado o processo administrativo punitivo instaurado na Comissão de Apuração de Irregularidades Cometidas por Fornecedores em desfavor da HOSPFAR (fl. 7.059, vol. 34);
- b) não havia julgamento definitivo da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamento, CMED/ANVISA, sobre a denúncia formulada contra a empresa HOSPFAR (fls. 7.061 e 7.071, vol. 34);
- c) a decisão proferida no julgamento do recurso interposto pelos servidores contra as sanções administrativas disciplinares a eles impostas absolveu todos os envolvidos.

Terminada a instrução do processo, todos os responsáveis anteriormente enumerados foram citados, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa estabelecido no art. 5º, LV, da Constituição da República (fls. 6.171/6.206, vol. 30).

Apresentaram defesa os sócios proprietários da empresa HOSPFAR Ltda., Srs. Brandão de Sousa Rezende, Flávio Goulart de Alcântara Campos, Marcelo Reis Perillo e Moisés Alves de Oliveira Neto; seus procuradores, Srs. Alexander Tristão Borges, Heloisa Vilaça Dias, Mary Ana Ribeiro Leite e Daniel Pinto de Souza; e os servidores da SES Jorge Luiz Vieira, Belmiro Gustavo Ribeiro, Sandra Aparecida de Souza, Rafael Elias Gonçalves e Daniel Pinto de Souza.

As Sras. Raquel Russo Mota e Mônica Caetano Gonçalves não se manifestaram, consoante Certidão à fl. 7.019, vol. 34.

Registra-se que se encontram às fls. 4.637, vol. 23, e 6.240, vol. 30, respectivamente, as certidões de óbito da servidora Mônica Caetano Gonçalves, ocorrido em 19/05/14, e do Sr. Alexander Tristão Borges, ocorrido no dia 13/04/11.

A Unidade Técnica, às fls. 7.027/7.048, vol. 34, destacou que os responsáveis apresentaram defesas de teor semelhante, em que alegaram que sua autuação se pautou pela boa fé, que desconheciam a legislação pertinente à regulação e formatação dos preços de medicamentos para venda ao Governo, de alta complexidade; que foram adotados os preços médios praticados no mercado nas aquisições/vendas realizadas, as quais ocorreram segundo as estimativas efetuadas pelas pesquisas que precederam os procedimentos licitatórios; que a conclusão de que a aquisição foi antieconômica, assim como o cálculo do dano, não levou em consideração o preço de mercado, mas apenas a tabela CMED/ANVISA, que, segundo afirmaram, apresentam falhas.

A Unidade Técnica ponderou que a Lei de Licitações, ao dispor que a Administração Pública deve observar os preços médios praticados no mercado como referência para aquisições efetuadas, estabeleceu um parâmetro visando exatamente incrementar a livre concorrência para os possíveis fornecedores e a escolha da oferta mais vantajosa pela Administração. Por isso, tem-se adotado o pregão para as aquisições de medicamentos, pois tal modalidade de licitação possibilita que as empresas distribuidoras ofereçam preços inferiores aos regulamentados pelo CMED/ANVISA.

Quanto aos argumentos relativos às falhas na legislação e na formação dos preços de medicamentos praticados no país para venda ao Governo, entendeu a Unidade Técnica que se trata de questão a ser apresentada aos órgãos reguladores competentes.

Desse modo, ante as irregularidades constatadas, concluiu pela ocorrência de dano ao erário no valor histórico de R\$ 4.780.170,12, a ser ressarcido ao erário estadual pela empresa HOSPFAR, na pessoa de seus sócios proprietários, em razão da comercialização de medicamentos em desacordo com os arts. 1º, 2º e 4º da Lei n. 10.743/2003 c/c o art. 41 da Lei n. 8.078/90 e os arts. 1º e 5º da Resolução CMED n. 04/2006 e Cláusula 1ª do Convênio ICMS n. 87/02, bem como pelos servidores da SES identificados, por atitude desidiosa, na medida de suas responsabilidades.

Em parecer conclusivo, o Ministério Público junto ao Tribunal, às fls. 7.149/7.156, vol. 34, após fazer um resumo da legislação aplicável, ponderou que o ponto de partida para a apuração de sobrepreço nas aquisições dos medicamentos está na regulação do setor que fixou o Preço Máximo de Venda ao Governo para essas operações e destacou o art. 8º da Resolução CMED n. 04/2006.

Considerou que *“no bojo da tomada de contas não foi demonstrado, de modo direto, a existência de conluio entre servidores e a fornecedora para a aquisição por preço irregular. Ou seja, não houve comprovação de nexos causal entre as condutas irregulares dos servidores e a verificação de dano ao erário”* e que não se pode estabelecer verdadeira responsabilidade objetiva do servidor pelo dano sem que seja demonstrada a ocorrência de culpa.

Concluiu pela irregularidade dos procedimentos examinados, entendendo que à empresa beneficiada, sócios e procuradores, se determine: 1- ressarcimento do dano ao erário; 2- aplicação das sanções previstas na Lei n. 102/08, como declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público. Quanto aos servidores que teriam agido de modo culposos na condução dos processos de aquisição de medicamentos que ocasionaram infração às normas

administrativas, aplicação das sanções previstas na Lei n. 102/2008, tais como multa e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

2.1 Da regulação do mercado de medicamentos para a venda aos órgãos da Administração Pública direta e indireta

A saúde está associada à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos enunciados no art. 1º da Constituição da República, e é direito social previsto no art. 6º, nestes termos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Compete ao Estado garantir que todos tenham direito à saúde, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação.

Compete ao Poder Público regulamentar as ações na saúde pública, como dispõe o art. 197 da Constituição da República:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ensina Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades potestativas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal².

A intervenção do Estado na regulamentação dos preços de medicamentos, de responsabilidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, visa coibir, com fundamento na prevalência do interesse social, situações caracterizadoras de abuso do poder econômico.

No âmbito da legislação infraconstitucional, a questão da comercialização de medicamentos, que é, sem dúvida, um dos vetores do atendimento à saúde da população, está positivada na **Lei n. 10.742, de 06/10/03**, que define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão técnico necessário à regulação do setor farmacêutico, e altera a Lei n. 6.360, de 23/09/76.

Reproduzo alguns dispositivos da Lei n. 10.742/03:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de regulação do setor farmacêutico, com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Art. 2º Aplica-se o disposto nesta Lei às empresas produtoras de medicamentos, às farmácias e drogarias, aos representantes, às distribuidoras de medicamentos, e, de igual modo, a quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado, inclusive associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que, de alguma maneira, atuem no setor farmacêutico.

² Mores, Alexandre de. Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 208.

Art. 5º Fica criada a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, do Conselho de Governo, que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, voltados a promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor.

Parágrafo único. A composição da CMED será definida em ato do Poder Executivo.

Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

I- definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;

II- estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

III- definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;

[...] VII - sugerir a adoção, pelos órgãos competentes, de diretrizes e procedimentos voltados à implementação da política de acesso a medicamentos;

[...] XIII - zelar pela proteção dos interesses do consumidor de medicamentos;

Por sua vez, o Decreto Federal n. 4.766, de 26/06/03, regulamenta a criação, as competências e o funcionamento da CMED, reforçando competências conferidas pelo art. 6º da Lei n. 10.742/03.

Objetivando garantir o acesso universal e igualitário à saúde, dever do Estado instituído no art. 196 da Constituição da República, por meio de efetivação de políticas públicas que assegurem a toda a população, entre outros, *assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica* (art. 6º, I, 'd', da Lei n. 8.080/90), a CMED, órgão técnico a quem foi delegada a competência para regular a referida atividade comercial, fixou percentual de desconto obrigatório e linear nas vendas de determinados medicamentos ao Poder Público, chamado Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), previsto na **Resolução CMED n. 04**, de 18/12/06, cujo art. 1º dispõe:

Art. 1º- As distribuidoras, as empresas produtoras de medicamentos, os representantes, os postos de medicamentos, as unidades volantes, as farmácias e drogarias deverão aplicar o Coeficiente de Adequação de Preço - CAP ao preço dos produtos definidos no art. 2º desta Resolução, sempre que realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§1º O CAP, previsto na Resolução n. 02, de 5 de março de 2004, é um desconto mínimo obrigatório a ser aplicado sempre que forem realizadas vendas de medicamentos destinadas aos entes descritos no caput.

§2º A aplicação do CAP sobre o Preço Fábrica – PF resultará no Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG.

§3º O CAP será aplicado sobre o PF.

Como disposto, no art. 2º, o CAP será aplicado aos preços dos medicamentos nos seguintes casos:

Art. 2º O CAP será aplicado ao preço dos produtos nos seguintes casos:

I- Produtos que estejam ou venham a ser incluídos no componente de medicamentos de dispensação excepcional, conforme definido na Portaria nº 698, de 30 de março de 2006.

II- Produtos que estejam ou venham a ser incluídos no Programa Nacional de DST/AIDS.

II- Produtos que estejam ou venham a ser incluídos no Programa de Sangue e Hemoderivados.

IV- Medicamentos antineoplásicos ou medicamentos utilizados como adjuvantes no tratamento do câncer.

V- Produtos comprados por força de ação judicial, independente de constarem da relação de que trata o § 1º deste artigo.

VI- Produtos classificados nas categorias I, II e V, de acordo com o disposto na Resolução nº 2, de 5 de março de 2004, desde que constem da relação de que trata o § 1º deste artigo.

A ANVISA, por meio da **Orientação Interpretativa n. 02/06**, define que “Preço Fabricante” é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. E estabelece:

Em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do Preço Fabricante, uma vez que o Preço Máximo ao Consumidor é o preço máximo permitido na venda de um medicamento no varejo, podendo ser praticado somente pelas farmácias e drogarias.

Assim, o Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias; e o Preço Fábrica é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento, já incorrendo em todos os custos de comercialização, quando o laboratório realiza a comercialização diretamente ao setor varejista; ou concede um desconto em seu preço para que a empresa distribuidora possa cobrir seus custos advindos da distribuição do medicamento ao setor varejista e também pratique o Preço Fábrica.

Desse modo, no caso dos medicamentos excepcionais/especializados adquiridos pela SES aplica-se o CAP, cujo percentual é definido anualmente pela CMED, sobre o Preço Fábrica do medicamento, também divulgado pela Câmara por meio de listas anuais, resultando no **Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG**.

Resumindo, o CAP funciona como um fator de ajuste de preços, sendo obrigatório como desconto mínimo sobre o Preço Fábrica (PF), e estabelecendo, assim, o preço que o laboratório ou o distribuidor poderá fixar ao fornecer os medicamentos ao Poder Público.

O PMVG é calculado a partir da seguinte fórmula:

$PMVG = PF * (1 - CAP)$, onde:

PMVG = Preço Máximo de Venda ao Governo

PF = Preço Fábrica

CAP = Coeficiente de Adequação de Preço.

No que se refere à tributação dos medicamentos, cumpre mencionar que a Constituição Federal estabelece como garantia o princípio da não-cumulatividade aos créditos físicos do ICMS. Esse princípio permite o direito à dedução do imposto pago na operação anterior, garantindo ao contribuinte, de fato, o menor preço do produto e a liberdade na concorrência, pois desonera a produção econômica e desestimula a criação dos monopólios.

Os Preços Fábrica divulgados pela CMED já consideram desonerações de PIS/COFINS, de acordo com a Lei n. 10.147/00. Em relação ao ICMS, as desonerações desse imposto devem ser observadas nos convênios divulgados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária –

CONFAZ, responsável por promover a celebração de convênios para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Resumindo, existem duas situações para o cálculo do PMVG:

- a primeira ocorre quando o medicamento não tem isenção de tributos, caso em que o PMVG deve ser calculado aplicando-se o CAP sobre o Preço Fábrica, incluídos todos os impostos correspondentes;
- a segunda ocorre quando o medicamento tem isenção de tributos. Nesse caso, o PMVG deve ser calculado aplicando-se o CAP sobre o Preço Fábrica livre de impostos.

Quanto às sanções pelo descumprimento das normas instituídas pela CMED, o *caput* do art. 8º da Lei Federal n. 10.742/03 assim estabelece:

Art. 8º- O descumprimento de atos emanados pela CMED, no exercício de suas competências de regulação e monitoramento do mercado de medicamentos, bem como o descumprimento de norma prevista nesta Lei, sujeitam-se às sanções administrativas previstas no art. 56 da Lei n. 8.078, de 1990.

Do modo semelhante, a Resolução CMED n. 04/06, no art. 8º, estabelece que *o descumprimento do disposto nesta Resolução sujeitará o infrator às sanções previstas na Lei n. 10.742/03*, que remete às sanções previstas no art. 56, da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

À vista dos dispositivos legais e regulamentares transcritos, evidencia-se, de pronto, que todos os envolvidos na relação de compra e venda de medicamentos (agentes públicos, representantes, distribuidores, farmácias, drogarias, etc.) se submetem ao império das normas emanadas pela CMED/ANVISA.

O Conselho Nacional de Política Fazendária é constituído pelos Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal e presidido pelo Ministro da Fazenda ou pelo representante por ele indicado. Também fazem parte desse conselho os representantes das unidades federadas. A finalidade do órgão é promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal na concessão, revogação e regulamentação de benefícios fiscais referentes ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS)

A desoneração do ICMS está prevista no **Convênio Confaz n. 87/02**, firmado no âmbito do Confaz nos seguintes termos:

Cláusula primeira. Ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único deste convênio destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal.

Parágrafo único. A isenção prevista nesta cláusula fica condicionada a que:

- I- os fármacos e medicamentos estejam beneficiados com isenção ou alíquota zero dos Impostos de Importação ou sobre Produtos Industrializados;
- II- a parcela relativa à receita bruta decorrente das operações previstas nesta cláusula esteja desonerada das contribuições do PIS/PASEP e COFINS;
- III- o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.
- IV- não haja redução no montante de recursos destinados ao cofinanciamento dos Medicamentos Excepcionais constantes da Tabela do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde - SIA/SUS, repassados pelo Ministério da Saúde às unidades federadas e aos municípios.

Posteriormente, o **Convênio ICMS n. 126/02**, com efeitos a partir de 14/10/02, alterou a redação do *caput* da cláusula primeira, para que as isenções passassem a alcançar também as aquisições realizadas pela Administração Indireta Federal, Estadual e Municipal e suas fundações públicas.

Em seguida, com o **Convênio ICMS n. 45/03**, com efeitos a partir de 13/6/03, foi renumerado o parágrafo único para §1º e acrescidos os §§2º e 3º:

Cláusula primeira. Ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único deste convênio destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas.

[...]

§2º Não se exigirá o estorno do crédito fiscal previsto no art. 21 da Lei Complementar n. 87/96, de 13 de setembro de 1996, relativo à operação antecedente à saída do fármaco ou medicamento constantes do anexo único deste convênio, com destino às entidades públicas referidas nesta cláusula, realizadas diretamente pelo estabelecimento industrial ou importador.

§3º Ficam as unidades federadas autorizadas a não se exigir o estorno do crédito fiscal previsto no art. 21 da Lei Complementar nº 87/96, de 13 de setembro de 1996, nas demais operações de que trata este convênio.

Em 2010, pelo **Convênio ICMS n. 57/10**, com efeitos a partir de 23/04/10, foi revogado o inciso III do parágrafo §1º da Cláusula Primeira; alterada a redação do §5º da mesma cláusula e acrescentado o §6º, nestes termos:

§6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, nas propostas do processo licitatório e nos documentos fiscais.

3. Das defesas apresentadas

3.1 Alegações da defesa apresentada pela empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., por seus sócios proprietários, e respectiva análise (fls. 6.374, vol. 31, a 7.012, vol. 34)

Irregularidades apontadas:

- 1- ofertou preços de medicamentos acima do Valor Máximo de Venda para o Governo, contrariando o art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06;
- 2- deixou de desonerar o imposto ICMS nos preços ofertados para medicamentos excepcionais, agindo em desacordo com a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ;
- 3- forneceu medicamentos sujeitos a tabela de preços por órgãos oficiais sem respeitar os limites, em desacordo ao disposto no art. 41 da Lei n. 8.078/90 e por haver se beneficiado de tais recursos.

A empresa e os sócios proprietários, Brandão de Sousa Rezende, Flávio Goulart de Alcântara Campos, Marcelo Reis Perillo, Moisés Alves de Oliveira, apresentaram defesa única, por meio da Assessoria Jurídica Gilberti e Advogados Associados, encaminhada por Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO 11.703, e Carla Valente Brandão, OAB/GO 13.267.

A defesa fez um breve relato dos fatos, discorrendo sobre a estrutura e as atividades da empresa e o objeto desta Tomada de Contas Especial. Afirmou que os responsáveis pautaram os editais licitatórios nos dispositivos legais aplicáveis, não havendo que se falar em conduta

lesiva aos cofres públicos, mas, sim, em falta de conhecimento da matéria, tanto por parte dos fornecedores de medicamentos à SES/MG como dos gestores públicos.

Argumentou 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 HOSPFAR, quando a conduta era prática comum às demais fornecedoras de medicamentos da SES/MG, que deveriam ser chamadas à lide, como determinou este Tribunal.

Argumentou, ainda, que as interpretações são errôneas, as conclusões, incorretas e absurdamente equivocados seus cálculos, pois não houve apropriação de imposto como margem de lucro para a empresa, elevação artificial de preços, nem quaisquer aquisições acima do preço de mercado, pois a sistemática utilizada pela SES não permitia.

Sustentou que os tomadores de contas utilizaram redação não contemporânea aos fatos em seu relatório, e teceram ilações e tese sobre a legislação atual, o que, desde já, o impugnaria, pois fundamentaram seu entendimento no § 6º da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ 87/02 já com sua nova redação e não com a da época.

A defesa asseverou que não ficou comprovado que os preços praticados estavam em desacordo com os do mercado, ou que não foram vantajosos para a Administração, e alegou que o tomador de contas não levou em consideração as particularidades de cada edital, que possuem condições diversas e, assim, não podem ser equiparados. Comentou que os editais da SES/MG jamais exigiram desoneração de qualquer fornecedor de fora do Estado, mas apenas das empresas mineiras.

Objetivando demonstrar que os preços ofertados nos pregões estavam em conformidade com os praticados no mercado, apresentou comparações entre o valor adjudicado, o valor unitário da ANVISA e o valor da aquisição pela SES.

Apontou a ausência nos autos de documentos relevantes como estimativas de preços, mapas comparativos de preços e documentos de execução da despesa, e questionou a juntada de documentos de inúmeros procedimentos administrativos, sem qualquer valor probante e 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. Alegou que para a análise, os autos deviam conter todos os processos licitatórios completos, incluindo os editais, atas, contratos, mapas estimativos e comparativos de preços de todos os procedimentos questionados.

A defesa argumentou que é parte em vários procedimentos de apuração de infração da Comissão de Apuração de Irregularidades, CAIF/SES, os quais não foram julgados definitivamente pela SES/MG. E que a SES/MG encaminhou comunicações sobre as supostas irregularidades cometidas pelos fornecedores à ANVISA/CMED, que até a presente data não se manifestou, não se justificando o processo de Tomada de Contas Especial enquanto se encontrarem pendentes os julgamentos de competência da Câmara de Regulação de Medicamentos.

Argumentou que não houve apropriação de imposto como margem de lucro nem elevação artificial de preços, pois, pela sistemática adotada, a SES/MG sempre promove estudo para estipular preços estimados, de forma que os medicamentos sejam adquiridos em conformidade com os preços médios praticados pelo mercado, e que o fornecedor não pode ser responsabilizado pelas mazelas regulatórias e tributárias do país ou da Administração Pública.

Invocou o instituto da prescrição, considerando o lapso temporal entre o conhecimento do fato e a pretensão sancionatória, pois a prática de supostos ilícitos administrativos está sujeita à

aplicação da prescrição quinquenal, como dispõe a doutrina, acrescentando 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 a afetar os procedimentos das empresas e servidores.

Informou que protocolizou representação no TCU em dezembro de 2014, pleiteando providências para uma justa organização do setor atacadista hospitalar de medicamentos, que estaria sendo negligenciado pela normatização desde a introdução da Resolução CMED n. 04/2006, mas não obteve retorno. Destacou, ainda, que a matéria relativa à desoneração do ICMS prevista no Convênio n. 87/02 vem sendo reiteradamente modificado pelo CONFAZ, visando a adequações do mercado.

Discorreu a respeito da formação do Preço Máximo de Venda ao Governo, indicando falhas na formulação da composição do preço final, bem como na utilização das tabelas, indicando o Preço Fábrica composto por diferentes taxas de ICMS. A CMED inseriu fator de decréscimo de preço, que a indústria não repassou aos distribuidores, que, de forma semelhante, vem sofrendo com injustas cobranças e acusações de superfaturamento.

Procurando desfazer a tese de que embolsou como lucro o valor do desconto do ICMS, afirmou que ao adquirir os medicamentos que fornece ao setor público é obrigada a recolher tributos sobre todos os produtos, inclusive ICMS, pois tais produtos não são isentos, nem quando o fornecimento se destina ao setor público, fato que ofende o princípio da não cumulatividade, que é intrínseco ao ICMS.

Teceu considerações 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 n. 87/02, que rege a matéria.

Citou manifestações do TCU no Acórdão n. 140/2012 relativas a incorreções nos cálculos da formação dos preços da tabela, ao princípio da não cumulatividade de imposto e à omissão da CMED quanto ao Preço Fábrica a ser utilizado e, enfim, destacou 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 ao apontamento de prejuízo ao erário 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, ressaltando que a empresa sagrou-se vencedora para diversos itens por ter ofertado os preços mais atrativos aos interesses da Administração.

Apontou incorreções no cálculo quanto à desoneração do ICMS, cujo valor deveria corresponder ao imposto devido se houvesse a tributação, conforme se extrai do inciso III do parágrafo primeiro da Cláusula primeira do Convênio ICMS n. 87/02, pois, por óbvio, o fato gerador da obrigação é a saída dos fármacos do estabelecimento comercial, incidindo a alíquota do Estado federativo de origem, e não linearmente de 17%, como calculado pelos técnicos responsáveis pelos relatórios.

Fez referência ao art. 8º e ao art. 85-A, VIII, do Decreto n. 4.852/97, Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE, que reduziu a alíquota de cálculo do ICMS ao percentual de 10% nas operações que destinem bem e serviço a consumidor final não contribuinte do ICMS.

Retomou os argumentos de falta de padronização e de clareza dos editais e controvérsia da matéria relativa à incidência de ICMS para formação do PMVG (Preço Máximo de Venda ao Governo) e invocou o princípio da boa-fé, afirmando que houve impropriedade na conclusão

da Tomada de Contas, por inexistirem elementos que permitam sua tramitação, seja em razão da prescrição, inexistência de dano a ser reparado ou má-fé.

Por fim, requereu sejam consideradas regulares as contas e suscitou a necessidade da inclusão de todos os fornecedores de medicamentos à SES/MG, inclusive dos 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 lhe são feitas.

Foram anexados à defesa os documentos acostados às fls. 6.469, vol. 31, a 7.012, vol. 34, relacionados à fl. 6.468, vol. 31.

Análise

Inicialmente, quanto à alegação de que devem ser chamados a se manifestar neste processo de Tomada de Contas Especial os demais laboratórios fabricantes e fornecedores da SES, observa-se que as apurações feitas, tanto no âmbito da Secretaria de Saúde pela Auditoria Setorial como pela Controladoria Geral da União, não estão restritas à defendente, mas alcançam todas as demais empresas e que foram tomadas providências internas para a resolução das irregularidades constatadas, vol. 26.

Destaca-se que a empresa HOSPFAR - Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. foi a maior fornecedora de medicamentos à SES/MG nos exercícios em análise, como consta no relatório da Controladoria Geral da União, Regional Minas Gerais, (fls. 4.917/4.918, vol. 24), que em consulta ao Portal da Transparência de Minas Gerais identificou na Unidade Orçamentária - Fundo Estadual de Saúde, os valores das despesas realizadas informados no quadro abaixo, do qual se deduz a representatividade/percentual dos valores das Despesas Realizadas favorecendo a credora com relação ao Total das Despesas Realizadas.

Exercícios	Despesas Pagas à Hospfar (R\$)	Total das Despesas Realizadas pela SES (R\$)
2009	58.682.456,14	103.830.357,63
2010	54.219.585,64	92.198.328,83
jan. a abr./2011	14.141.960,03	56.097.630,57

Ademais, a apreciação das contas neste processo não esgota os recursos administrativos para o ressarcimento ao erário dos possíveis danos pelas demais empresas envolvidas.

O defendente sustentou que o caráter compulsório da isenção do ICMS era questionável; que se utilizou na análise legislação recente quando deveria ter sido aplicada a vigente à época; e que só recentemente ficou evidenciada de forma clara a obrigatoriedade de se considerar a desoneração do ICMS nas propostas a serem apresentadas nos procedimentos licitatórios e citou o Acórdão 140/12 - Plenário, do Tribunal de Contas da União.

Devido à importância do assunto, passa-se a analisar a obrigatoriedade da isenção do ICMS nos preços de medicamentos constantes do Anexo 1, a serem exigidos no momento da licitação, como determinado no Convênio ICMS n. 87/02, do CONFAZ.

Segundo o art. 150, § 6º, da Constituição Federal:

§6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

O citado art. 155 estabelece que “compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre”:

[...]

I- operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I- será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II- a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

III- poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Ainda, no item XII, que cabe à lei complementar:

[...]

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A Lei Complementar n. 24/75, que versa sobre os convênios para concessão de isenções do ICMS, assim dispõe:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

[...]

Art. 4º- Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.

Art. 5º- Até 10 (dez) dias depois de findo o prazo de ratificação dos convênios, promover-se-á, segundo o disposto em Regimento, a publicação relativa à ratificação ou à rejeição no Diário Oficial da União.

Art. 6º- Os convênios entrarão em vigor no trigésimo dia após a publicação a que se refere o art. 5º, salvo disposição em contrário

Considerando que a LC n. 24/75 é anterior à inauguração da ordem constitucional de 1988, a recepção de seus dispositivos fica condicionada à adequação ao texto constitucional. Assim, não obstante a exigência de decreto ratificador do Chefe do Poder Executivo de cada Unidade da Federação, a concessão do benefício fiscal não dispensa autorização das Casas Legislativas, conforme determina o art. 150, § 6º, da Constituição Federal.

O Estado de Minas Gerais atendeu a necessidade de participação da Casa Legislativa na matéria de concessão de isenções quando, no Decreto Estadual nº 43.080, de 13/12/02, no

art. 6º do Capítulo III - Das isenções, dispõe que “são isentas do imposto as operações e as prestações relacionadas no Anexo I”.

A isenção do ICMS nas operações com fármacos e medicamentos foi regulamentado no texto original do Decreto Estadual n. 43.080/02, no Anexo 1, no item 130, que estabelece:

130. Operação com os fármacos e medicamentos relacionados na Parte 15 deste Anexo e classificados segundo a NBM/SH (com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta federal, estadual ou municipal e a suas fundações.

130.1 A isenção prevista neste item fica condicionada a que:

a- os fármacos e medicamentos estejam beneficiados com isenção ou alíquota zero do Imposto sobre a Importação (II) o do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI);

b- a parcela relativa à receita bruta decorrente das operações previstas neste item esteja desonerada das contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS);

c- o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando-o expressamente no documento fiscal.

Dessa forma, já estavam previstas na ordem normativa tributária do Estado, desde 2002, as determinações contidas no Convênio ICMS n. 87/02 e suas alterações, referentes à isenção do ICMS nos medicamentos referenciados no Anexo 1.

Consultando o citado Acórdão n. 140/12 do TCU, observa-se que se recomendou ao Conselho Nacional de Política Fazendária a alteração da Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/2002, de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição entre eles considere este valor; e se determinou ao Ministério da Saúde que informasse os gestores federais, estaduais e municipais, por meio de cartilhas, palestras, manuais ou outros instrumentos de repercussão ampla, sobre a isenção do ICMS nas aquisições de medicamentos, alertando os entes que as propostas dos licitantes devem contemplar a isenção do tributo.

Desse modo, as recomendações e determinações não tiveram o condão de tornar exigível ou inexigível a desoneração do ICMS, apenas procuraram enfatizar sua exigibilidade, recomendando e determinando aos órgãos competentes que tornassem mais explícita essa exigência.

O procedimento das empresas fornecedoras, por ocasião da emissão das notas fiscais, de fazerem incidir sobre os preços cotados o acréscimo de 17%, correspondente à alíquota do imposto, para promover em seguida sua dedução, o que levou ao pagamento de notas fiscais sem a necessária desoneração, configura indício de débito.

Quanto ao conjunto de argumentos da defesa relativos à instrução dos autos, com foco na falta de padronização e clareza dos editais, destaco que a aquisição de fármacos e medicamentos constitui procedimento de compra como qualquer outro levado a efeito pela Administração Pública, no presente caso disciplinado pela Lei Federal n. 10.520/02, por se tratar de aquisição decorrente de pregão.

A aderência interpretativa às cláusulas do edital não cumpre apenas uma mera formalidade jurídica, mas se trata de um princípio fundamental da licitação pública, instituído pela Lei Federal n. 8.666/93.

Sobre os demais argumentos de defesa, especialmente aqueles relacionados à exigibilidade das disposições inscritas em edital, tem-se a considerar o que diz respeito à adequada compreensão da finalidade jurídica que a legislação empresta ao edital licitatório.

Constata-se nos editais dos pregões anexados aos autos, especificado no item 9 - Proposta de Preços, o seguinte:

9.3.1- Nos preços propostos deverão estar incluídos todos os tributos, encargos sociais, frete e quaisquer outros ônus que porventura possam recair sobre o fornecimento do objeto, os quais se darão a expensas da contratada.

No entanto, faz ressalva quanto às empresas estabelecidas no Estado:

9. 5- As licitantes estabelecidas no Estado de Minas Gerais, exceto a optante do Regime Simples Nacional, apresentará proposta comercial assinada, com os valores ofertados informando o preço normal de mercado dos produtos e os preços resultantes da dedução do ICMS.

Ainda que no item 9.5, o edital não faça referência a empresas estabelecidas em outros Estados, tal fato não as desobriga do cumprimento das disposições contidas no Convênio ICMS n. 87/2002 e suas alterações, nas cotações de preços para os medicamentos constantes no Anexo Único, sobre isenção de ICMS, em respeito ao princípio da legalidade, uma vez que todos os Estados foram signatários do Convênio.

Como interessado, caberia ao licitante cotar seus preços observando o disposto na legislação vigente, ou seja, adotar o Preço Máximo de Venda para o Governo (PMVG = PF – CAP) para os medicamentos e, especificamente para os constantes do Anexo Único, aplicar a isenção do ICM, que deveria ser destacado no ato de emissão do documento fiscal.

O art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/93 é claro ao normatizar que no julgamento das propostas deve ser observada a conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, como se segue:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...] IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

Sobre essa questão, o TCU se posicionou por meio do Acórdão n. 1.146/2011 – Plenário, quando indicou as referências praticadas pela CMED como parâmetro para o controle de preços:

9.2.1 o estabelecimento, como parâmetro de controle de preços de medicamentos adquiridos com recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, **das referências de preços adotadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa, obtidas pela aplicação do coeficiente de adequação de preço – CAP sobre o preço-fábrica dos medicamentos previsto na Resolução CMED 2/2004;**

9.2.2 o estabelecimento do preço-fábrica como teto das demais aquisições públicas de medicamentos;

9.2.3 a possibilidade de instauração de tomada de contas especial, para responsabilização do gestor e quantificação do dano ao erário, nas hipóteses em que as aquisições não estiverem dentro dos limites acima sugeridos e em que não constem do correspondente processo licitatório justificativas dos preços praticados;

9.3 recomendar ao Ministério da Saúde o estabelecimento de normativos que orientem os gestores do Sistema Único de Saúde-SUS acerca da utilização dos parâmetros adotados pela CMED para fixação de preços máximos nas aquisições de medicamentos, com alerta para sanções que poderão ser aplicadas por aquela Câmara no exercício de seu papel regulador;

A Anvisa esclarece que é recomendável que a obrigatoriedade da aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços conste dos editais de licitação para aquisição de medicamentos incluídos no rol de produtos sujeitos à tal aplicação mas que a ausência de menção não desobriga a empresa vencedora do certame de respeitar a legislação, nos seguintes termos:

[...] é recomendável que o edital de licitação mencione expressamente a obrigatoriedade de aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços – CAP, nos casos em que a regulamentação da CMED o exigir, ou seja, para a aquisição de medicamentos que estejam incluídos no rol de produtos em cujos preços serão aplicados o Coeficiente de Adequação de Preços – CAP e os que devam ser adquiridos por força de ação judicial.

Entretanto, **a ausência dessa ressalva, não desobriga a empresa vencedora do certame a respeitar a legislação**, sob pena de responder administrativamente, nos termos do art. 8º da Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003.³

A defesa argumenta que os valores praticados não estavam acima dos preços de mercado e que alguns preços estavam abaixo do PMVG divulgado pela ANVISA.

Compulsando os autos, verifica-se que não foram apuradas irregularidades formais nos procedimentos dos pregões ou mesmo das dispensas de licitação, nem se apontou que os preços ofertados estavam acima dos praticados no mercado, mas deve-se destacar que, legalmente, os preços a serem ofertados nos pregões devem ter como balizador máximo o PMVG divulgado pela CMED. Este é o preço máximo a ser praticado e pago pela Administração Pública para qualquer medicamento; portanto, não deve ser ultrapassado em momento algum na licitação.

Ao contrário do que alega a defesa, ao cotar seus preços com os de mercado, a empresa deixou explícito que não desonerou o ICMS, agindo em flagrante desacordo com a legislação e causando expressivo prejuízo ao erário mineiro.

Há de se ressaltar que a Resolução CMED n. 04/06 estabeleceu a obrigatoriedade de se aplicar o PMVG nas vendas destinadas à Administração

Art. 5º A partir da publicação do PMVG dos medicamentos pela Secretaria Executiva, as vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão observar o disposto nesta Resolução.

§1º Os contratos firmados anteriormente à edição desta Resolução continuarão a ser regidos pelas cláusulas neles estabelecidas.

§2º No caso de ordem judicial, as distribuidoras e as empresas produtoras de medicamentos deverão observar a metodologia descrita no artigo 3º, para que seja definido o PMVG.

Em sua defesa, a HOSPFAR alega que varia de Estado para Estado as alíquotas incidentes sobre os fármacos, não sendo adequado que se pressuponha a alíquota de 17% apenas para obter maior abatimento, o que denota pretensão de enriquecimento ilícito por parte da Administração, e faz referência ao Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás, que reduziu a alíquota do ICMS ao percentual de 10%, nas operações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS.

³ Portal.anvisa.gov.br/perguntas-e-respostas-preço-cap

Destaco que a Emenda Constitucional n. 87/2015, publicada no DOU de 17/04/15, introduziu uma significativa alteração no conceito e no cálculo do ICMS nas operações interestaduais realizadas com consumidor final não contribuinte do imposto, mas que as novas regras só passaram a valer no ano seguinte, ou seja, a partir de 01/01/2016, por se tratar de alteração na Constituição Federal.

Antes da EC n. 87/2015, prevalecia o disposto no art. 155, §2º, VII, b, da Constituição Federal, segundo o qual, no caso de o destinatário não ser contribuinte, o imposto (ICMS) caberia integralmente ao Estado de Origem da Operação, ou seja, à unidade de origem da mercadoria, não cabendo nada ao Estado destinatário.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I - impostos sobre:

[...]

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§2º O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

VII- em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Em outras palavras, o art. 155 da Constituição Federal estabelecia que operações e prestações que destinassem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-ia a alíquota interna do Estado de origem, quando o destinatário não fosse contribuinte. É o caso da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais, que é *consumidora* do medicamento e não contribuinte.

Segundo o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, Lei n. 8.098, de 11/09/90, **fornecedor** é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º), e **consumidor** é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, *caput*).

O art. 41 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor estabelece que deve ser responsabilizada a empresa que fornecer produtos sujeitos a tabela de preços sem respeitar os limites oficiais nos seguintes termos:

Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de, não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir, à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Não há cabimento no argumento apresentado pela empresa HOSPFAR de que pretende alterar o valor da alíquota aplicada nos cálculos elaborados pelos técnicos da Secretaria, de 17%, uma vez que, ao compulsar os autos, verifica-se em todas as notas fiscais emitidas pela empresa a informação da desoneração de 17% referente ao ICMS, valor da alíquota estabelecida pelo Regulamento do ICMS para o Estado de Goiás. A pretensão de que se

aplique regra diferente da que foi aplicada à época dos fatos e demonstrada em todos os documentos é desarrazoada.

O TCU já se manifestou sobre esse assunto no Acórdão n. 1989/2016 – Plenário, Tomada de Contas Especial da relatoria do Ministro Augusto Sherman, nos seguintes termos:

Precavendo-se contra a previsível derrocada de seus argumentos anteriores, a Hospfar tenta ao menos minimizar seu possível prejuízo, lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, é beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10%, garantida pela Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII. Assim, na eventualidade de ter de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado, pleiteia que esses valores não sejam calculados com base no percentual de 17%, como se fez na presente TCE, mas sim de 10%.

A indigência desse argumento é manifesta. Afinal, por que motivo alguma empresa, podendo vender seus produtos com abatimento de 17% de tributos, optaria por vendê-los abatendo apenas 7% - Isso, além de desarrazoado, é vedado por lei. A Lei 4.852/1997, na alínea 'b' do citado inc. VIII, estabelece que:

b) o benefício não se aplica à operação:

1. já contemplada com outra redução de base de cálculo ou concessão de crédito outorgado, sendo facultada a opção pelo benefício mais favorável;

(Redação dada pelo Decreto 5.067, de 25.6.1999, com vigência de 1º.5.1999 a 31.7.2008).

Assim, já estando totalmente isenta de ICMS, a empresa não pode pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%. A própria empresa, aliás, demonstra estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%.

Sob essa perspectiva, a transgressão dos preceitos normativos correlatos à regulação do mercado de medicamentos pela ANVISA via CMED, nomeadamente a aquisição de medicamentos por preços superiores aos preços máximos de venda admitidos, é suficiente para caracterizar o prejuízo ao erário e definir a responsabilização daqueles que voluntária ou involuntariamente concorreram para o dano.

Os contratos administrativos submetem-se ao princípio da legalidade, de maneira que os direitos e obrigações gerados pelo ajuste não podem se sobrepor à norma legal. Na esfera do direito privado, as relações são regidas pelo princípio da não contradição à lei, podendo o particular fazer tudo o que não lhe é vedado pelo ordenamento jurídico, diferentemente das relações estabelecidas pelo Poder Público, que devem estar, obrigatoriamente, subordinadas ao direito positivado e ao que é expressamente previsto na legislação.

Os comandos da Lei 8.666/93 se direcionam tanto ao agente público quanto ao privado, que renuncia em alguma medida ao ambiente de liberdade econômica que prevalece nos contratos privados.

Sobre a supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado na relação entre a Administração e o particular, assim se extrai da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato

unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.⁴

É pacífico o entendimento de que respondem solidariamente a pessoa jurídica de direito privado contratada pela Administração Pública e seus sócios, em caso de prejuízo causado ao erário, fruto dessa relação jurídica. Nesse mesmo sentido, dispõe o art. 6º, §7º, do Decreto 44.431/2006, que a empresa fornecedora é responsável por todas as transações realizadas em seu nome, assumindo como firmes e verdadeiras as propostas e lances efetuados por seus representantes.

Esse foi o entendimento expresso no Acórdão n. 2193/2017 do TCU, de Relatoria do Ministro Benjamim Zymler, nos seguintes termos:

O TCU pode julgar de forma direta, sem necessidade de desconsideração da personalidade jurídica, as contas de sócios de empresa que participaram ativamente de irregularidade da qual resultou prejuízo ao erário, uma vez que os arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal não faz distinção entre agentes públicos ou particulares para fins de recomposição de débito.

E conforme exposto no voto do Relator:

61. Acompanho a proposta do MP/TCU de imputar o débito apurado aos sócios da [empresa], Srs. [responsável 1] e [responsável 2]. Entendo plenamente presentes os pressupostos para aplicação da **disregard doctrine**. No entanto, enfatizo que a responsabilização desses agentes também pode se dar de forma direta, derivada da aplicação do texto constitucional, **em particular no disposto no art. 70, parágrafo único, e no o inciso II do art. 71, que não faz qualquer distinção entre agentes públicos ou particulares para fins de recomposição do débito, bastando que qualquer um deles tenha dado causa à irregularidade de que resulte prejuízo ao erário**. Assim, a jurisdição do TCU pode alcançar terceiros que hajam concorrido para o cometimento de dano aos cofres públicos, sejam agentes públicos ou privados, conforme se extrai de tais dispositivos da Lei Maior.

62. A interpretação dos arts. 70, parágrafo único, 71, incisos II, VIII, deixa evidente o poder-dever de o Tribunal de Contas da União julgar, não só as contas dos administradores, mas de qualquer pessoa física ou jurídica que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

63. Tenho adotado essa linha de posicionamento em diversos julgados recentes, que apreciaram casos de irregularidades descortinadas pela Operação Lava Jato. Cito os Acórdãos 1.837/2017, 2.109/2016, 2.428/2016, 1.083/2017 e 1.601/2017, todos do Plenário, em que o Tribunal adotou o mesmo procedimento.

Ressalto, finalmente, que, nos termos do enunciado da Súmula 122, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais tem, entre outras competências, a de responsabilizar, em processos de controle externo, particular que tiver dado causa a irregularidade da qual tenha resultado dano ao erário estadual ou a erário municipal.

3.2 Defesa apresentada pelos Procuradores da HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

Alexander Tristão Borges (fls. 6.240, vol. 30)

Irregularidades: na condição de responsável legal da HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., foi corresponsável pela comercialização de medicamentos em desacordo com o disposto no art. 43, V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED

⁴ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57.

04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ nos Pregões n. 58/08; 48, 43, 159 e 62/09.

O Tomador de Contas informou que não logrou êxito na sua tentativa de notificar o responsável (fl. 4.720, vol. 29).

Cumprida a determinação da citação das partes, a Secretaria da Primeira Câmara, por meio do Exp. n. 1.120/15, informou que foi protocolado nesta Corte, sob o n. 981910/2015, a Certidão de Óbito de Alexander Tristão Borges, juntada à fl. 6.240, vol. 30.

O falecimento do procurador ocorreu em 13/04/11, antes da instauração da Tomada de Contas Especial pela Secretaria de Saúde, em 09/06/12, e da autuação do processo neste Tribunal, em 18/09/14. Da mesma forma, a citação promovida por este Tribunal em 20/10/15, fl. 6.178, vol. 30, também ocorreu depois da morte do responsável, motivo pelo qual não se concretizou validamente.

A citação deve ser dirigida, em regra, ao gestor que praticou a irregularidade e, solidariamente, àqueles que, de algum modo, contribuíram para a ocorrência do dano. Nesse particular, a Constituição da República incluiu, em seu rol de direitos e garantias fundamentais, o contraditório e a ampla defesa, que devem ser assegurados de forma efetiva, consoante estatui o inciso XLV do art. 5º.

Considerando que a pena não pode ultrapassar a pessoa do responsável e, assim, somente a ele pode ser dirigida a audiência prévia e visto que o gestor faleceu antes de promovida a instauração do processo, não se constituiu a relação processual.

Heloisa Vilaça Dias (fls. 6.274 a 6.316, vol. 30)

Irregularidades: na condição de procuradora da HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., foi corresponsável pela comercialização de medicamentos em desacordo com o disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ nos Pregões n. 13, 52, 33, 37, 38, 42, 49/08.

Mary Ana Ribeiro Leite (fls. 6.317 a 6.337, vol. 30)

Irregularidades: na condição de procuradora da empresa foi corresponsável pela comercialização de medicamentos em desacordo com o disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ nos Pregões n. 58/08; 48, 43, 159 e 62/09.

As titulares supracitadas, embora sob protocolos distintos, apresentaram defesa por meio da Assessoria Jurídica “Gilberti e Advogados Associados”, encaminhada por Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO n. 11.703, e Carla Valente Brandão, OAB/GO n. 13.267, de idêntico teor, cada uma em relação aos procedimentos em que representaram a empresa HOSPFAR.

Inicialmente, arguíram a aplicação do instituto da prescrição, alegando inércia da Administração e destacando que todos os procedimentos dos quais participaram ocorreram há mais de 5 (cinco) anos.

Afirmaram ter encontrado dificuldades na elaboração da defesa em razão de as estimativas de preços, mapas comparativos de preços e documentos relativos à execução da despesa, entre outros, não comporem o processo.

Destacaram que na tomada de contas não foram analisadas as especificidades de cada edital nem consideradas as distinções entre as empresas sediadas no Estado de Minas Gerais e aquelas de outros Estados.

Declararam que, na condição de empregadas da empresa HOSPFAR, não tinham liberdade de fixar os preços a serem propostos e não possuíam autonomia para a conclusão de qualquer proposta de preço e contrato sem a prévia determinação da diretoria que representavam. Alegaram que os preços eram formados de acordo com o parâmetro estimado pela Administração, com os valores autorizados pelos fabricantes, e que a matéria relativa a CAP, PMVG e desoneração do ICMS era desconhecida e gerou muitas dúvidas no âmbito da própria Administração Pública.

Alegaram que não tinham poder para planejar, executar, acompanhar ou controlar os atos pertinentes aos processos licitatórios dos quais participaram, pois essas obrigações eram inerentes aos servidores públicos que atuaram nos procedimentos.

Afirmaram que não obtiveram 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, e que os cofres da SES/MG não sofreram prejuízo algum.

Salientaram que a tomada de contas foi superficial e genérica na indicação de irregularidades na aquisição de medicamentos e que se aplicou uma arbitrária penalidade de ressarcimento às defendentes, apenas pelo fato de terem atuado como empregadas da empresa HOSPFAR.

Afirmaram que os produtos adquiridos pela SES/MG foram efetivamente entregues e a preços justos e de mercado, como demonstram os documentos apresentados no processo, não havendo que se falar em prejuízo ao erário.

Na sequência, trouxeram argumentos relativos a cada um dos procedimentos em que atuaram, reafirmando que os preços praticados estavam em conformidade com os preços médios de mercado e alegaram ter agido com boa-fé, estando isentas de culpa ou dolo.

Ao final, requereram sua exclusão do polo passivo do feito, bem como o reconhecimento da prescrição do direito de punir, tendo em vista o transcurso de mais de 5 (cinco) anos dos procedimentos questionados.

Daniel Pinto de Souza (fls. 6.338 a 6.371, vol. 30)

Irregularidades: na condição de procurador da empresa, foi corresponsável pela comercialização de medicamentos em desacordo com o disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06, e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ nos Pregões nºs 02, 26 e 27/10.

Inicialmente, cabe informar que o defendente exerceu a função de pregoeiro na SES nos anos de 2008 e 2009, como comprovam as Resoluções SES/MG n. 1554/08 e n. 2031/09 (fls. 2.379/2.386, vol. 12), e foi admitido pela empresa HOSPFAR em 1/3/2010, onde atuou como procurador.

Sua defesa foi apresentada por meio da Assessoria Jurídica “Gilberti e Advogados Associados”, encaminhada por Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO n. 11.703, e Carla Valente Brandão, OAB/GO n. 13.267, que trouxeram aos autos documentação complementar (fls. 6.364 a 6.371, vol. 30).

Quanto à sua responsabilização na condução do pregão, o interessado alegou dificuldade de elaboração da defesa, visto que as estimativas de preços, mapas comparativos, notas de empenho, ordens de pagamento e notas fiscais não foram apresentados em sua totalidade e também porque alguns documentos foram apresentados de forma ilegível e os editais não foram analisados em suas especificidades. Invocou sua ilegitimidade passiva, uma vez que na função de pregoeiro não elaborou editais e tampouco recebeu orientação acerca da

aplicabilidade do CAP, PMVG e desoneração do ICMS. Acrescentou que surgiram questionamentos sobre o tema após sua saída do órgão.

Análise

Considerando que as alegações de defesa dos procuradores da empresa HOSPFAR foram apresentadas pelo mesmo escritório de advocacia, “Gilberti e Advogados Associados”, e possuem teor semelhante, passo a fazer análise conjunta.

Ressalvo que as alegações do Sr. Daniel Pinto de Souza, na condição de Pregoeiro, serão objeto de análise no item II.3.3, referente aos Servidores da Secretaria de Estado da Saúde.

Reitero nesta análise o entendimento exposto quando do exame da defesa da empresa HOSPFAR.

Quanto à alegação de que houve dificuldade na elaboração da defesa porque não foram apresentados todos os documentos comprobatórios das despesas e por alguns se encontrarem ilegíveis e, ainda, porque os editais não foram analisados em suas especificidades, registro que se encontram às fls. 4.747/4.803, vol. 23, planilhas que demonstram os cálculos e informações sobre os documentos comprobatórios dos pagamentos efetuados e comparados com as tabelas da CMED e descontos de ICMS, utilizados para a referência de preços. Foram juntados, também, às fls. 5.460 a 5.618, vol. 27, e às fls. 5.621 a 5.837, vol.28, relações de pagamentos e cópias de notas fiscais.

Sobre a alegação de que não houve dolo e dano ao erário, uma vez que os cofres da SES/MG não sofreram prejuízo e as compras efetivadas foram realizadas a preço justo, de acordo com o praticado no mercado e com os preços estimados pela Administração, ressalto que a referência foi o limite de preços estabelecido pela CMED, uma vez que se trata de parâmetro impositivo, por força de determinação legal – a Lei Federal n. 10.742, de 06/10/03 e a Orientação Interpretativa n. 02/06 e da Resolução CMED n. 04, de 18/12/06, já comentadas no item II.2.1.

Compulsando os autos, nota-se que os três procuradores eram empregados da empresa, conforme Fichas de Registro do Empregado. A Sra. Mary Ana Ribeiro Leite ocupou o cargo de técnica de vendas e, posteriormente, de gerente comercial (fls. 6.334/6.336), a Sra. Heloisa Vilaça Dias comprovou o vínculo anexando a rescisão do contrato de trabalho (fl. 6.312, vol. 30), e o Sr. Daniel Pinto de Souza era consultor hospitalar (fls. 6.364/6.367, vol. 30).

Como procuradores da HOSPFAR, os três possuíam poderes para participar dos procedimentos licitatórios, como representantes do outorgante, podendo buscar editais, apresentar propostas, solicitar revisão de resultados, impugnar editais e resultados, assinar propostas, recursos e contratos, ofertar lances e preços e todos os demais atos inerentes à representação. Entretanto, considerando que eram empregados da empresa HOSPFAR, impõe-se observar que, segundo a legislação civil, é de responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado os atos praticados pelas pessoas sob o seu comando, ordem, outorga autorização ou comissão.

A empresa possui o poder de direção, fiscalização e controle em relação a seus empregados no exercício de uma determinada função, cujo eventual resultado proveitoso é revertido em favor de quem exerce a condição de superior hierárquico. Assim, sempre que o ato é praticado pelo subordinado, obedecendo e visando atingir a ordem emanada de seu empregador, desde que dentro das finalidades e funções que lhe são atribuídas, haverá responsabilidade da empresa.

O enunciado da Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal explicita tal entendimento:

Súmula n. 341: É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

A incidência da teoria da responsabilidade objetiva pela reparação civil do dano nos contratos de trabalho está estabelecida no art. 932 do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/02:

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;

Já o parágrafo único do art. 1.178 do Código Civil determina que o proponente é o responsável pelos atos praticados pelo preposto, nos limites dos poderes conferidos por escrito:

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.

Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor.

Na condição de procuradores, os defendentes somente podiam representar a empresa nos atos relativos ao procedimento licitatório e não receberam os pagamentos dos medicamentos adquiridos pela SES.

Isso posto, entendo que os procuradores devem ser eximidos de responsabilidade quanto aos atos praticados em nome da empresa Hospfar, cabendo ao empregador ressarcir, de forma ampla, a pessoa jurídica lesada.

Cabe salientar que o ordenamento jurídico confere ao empregador o direito de propor ação de regresso contra o empregado, caso entenda que ficou configurada ação ou omissão da qual tenha gerado obrigação de reparação por parte da empresa em relação a terceiros.

Tal hipótese está embasada no art. 934 do Código Civil Brasileiro, que dispõe:

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

3.3 Defesa apresentada pelos servidores da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais

Jorge Luiz Vieira

Irregularidades: no cargo de Superintendente de Gestão, homologou os resultados dos Pregões n. 27/07; 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08; 13, 159, 28, 43, 48, 62 e 63/09 e autorizou aquisições diretas de medicamentos sem observar os dispositivos legais.

Belmiro Gustavo Ribeiro

Irregularidades: no cargo de Gerente de Compras, no período de 25/04/07 a 09/02/10, deixou de analisar e controlar os procedimentos para as aquisições de medicamentos nos Pregões n. 27/07, 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08 e n. 13, 159, 28, 43, 48, 62 e 63/09; e no cargo de Superintendente de Gestão, no período de 10/02/2010 a 21/11/2013, homologou os resultados dos Pregões n. 02, 26 e 27/2010, atribuições do cargo delegadas pelo art. 52, inc. VI, art. 54, inc. I e II, do Decreto Estadual n. 45.038/09, e art. 6º, inc. I e II, da Resolução n. 2.249/10.

Os servidores apresentaram defesa conjunta, juntada às fls. 6.251 a 6.273, vol. 30, por meio de seus procuradores, Eduardo Pimont Pôssas, OAB/MG n. 99.149, e Rafael Martins Rocha, OAB n. 99.056.

Inicialmente, os procuradores fizeram breve relato sobre a imputação de responsabilidade aos servidores em razão da homologação de licitações e de aquisições diretas de medicamentos sem observância da legislação da CONFAZ e ANVISA/CMED.

Ressaltaram que a aplicação do CAP e a obrigatoriedade do cumprimento dos preços definidos nas tabelas da CMED/ANVISA é das distribuidoras e empresas produtoras de medicamentos, consoante disposto no art. 1º da Resolução n. 04/06. Assim, não caberia responsabilização de servidor, já que tais normas não são a eles direcionadas, mas, sim, às empresas e distribuidoras de medicamentos, cabendo à HOSPFAR ressarcir eventual dano apurado.

Na sequência, citaram Acórdão do Tribunal de Contas da União relativo à matéria e alegaram dificuldades na aplicação da tabela CMED, devido à existência de falhas e à falta de padronização das informações, que prejudicam a consulta, acrescentando que em algumas ocasiões o preço da CMED chega a ser maior que os praticados pelo mercado, o que torna necessário adotar o preço médio e teria ocorrido durante a gestão dos defendentes, quando as aquisições foram realizadas sob a orientação do preço de mercado.

Para comprovar seus argumentos, transcreveram parte da decisão proferida pela Secretaria Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamento (CMED) no Relatório 22/2014/SE/CMED (cópia às fls. 6.011 a 6.014, vol. 29), referente a processo administrativo instaurado com base em denúncia encaminhada pela SES, que constatou a venda de diversos medicamentos nos anos de 2009 a 2011 por valores superiores ao PF e/ou ao PMVG:

11. Outrossim, todos os medicamentos vendidos pertencem ao Convênio CONFAZ n. 87/2002, que isenta de ICMS as operações realizadas com fármacos e medicamentos. As normas que tratam de isenção de ICMS são impositivas, não se impondo ao contribuinte qualquer condição ou lhe concedendo qualquer direito a opção. Assim, as **vendas em análise deveriam ser isentas de ICMS independentemente de qualquer manifestação da Administração.** A empresa, ao ofertar e/ou vender seus produtos deve abater dos preços dos medicamentos os valores equivalentes ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção. (Grifo no original.)

Salientaram que os defendentes nunca atuaram como pregoeiros e que, no exercício das funções de Superintendente de Gestão ou de Diretor de Compras não tinham 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 n. 87/2001 do CONFAZ.

Argumentaram que, em alguns casos, o órgão público, por falta de opção e/ou por urgência, é obrigado a comprar por valores superiores ao permitido, seja em relação à tabela CMED ou ao CONFAZ, e que não caberia imputar responsabilidade pelo descumprimento de normas da CMED à Administração, pois tais regras são direcionadas às empresas, cabendo à Administração tão somente efetuar a denúncia por violação, o que foi formalizado.

Por fim, os procuradores alegaram que o processo administrativo deve ser instruído com provas suficientes e confiáveis para subtrair-se do conjunto probatório a certeza da prática de um ilícito administrativo e/ou penal e que não há, nos autos, provas de atos ilícitos cometidos pelos servidores, visto que foram apontados dispositivos de lei que teriam sido violados, mas não se informou como esses atos foram concretizados.

Argumentaram, ainda, que as diversas licitações foram submetidas à apreciação da Assessoria Jurídica da SES e da Auditoria Setorial, que teriam se manifestado, caso houvesse erro, já que o fato perdurou por anos.

Requereram, por fim, o arquivamento da tomada de contas especial, considerando que não há provas que demonstrem a violação de deveres, proibições ou cometimento de faltas graves pelos defendentes no exercício de suas funções.

Análise

Quanto à alegação da defesa de que a norma estabelecida pela CMED, ao definir os preços máximos para comercialização de medicamentos com o Governo, é destinada às empresas fornecedoras, ainda que pertinente, não exime de responsabilidade os gestores pelos procedimentos de aquisição desses produtos, uma vez que cabe a eles zelar pelo interesse público e pelo cumprimento das normas estabelecidas.

Considerando a relevância da regulamentação, é de se esperar o engajamento e o necessário exercício do controle pelos corresponsáveis, nos quesitos de legalidade e mérito nos processos licitatórios destinados à aquisição de medicamentos pela SES, **significando a fiscalização, o acompanhamento, a vigilância e a revisão das atividades desempenhadas.**

A gestão da aquisição de medicamentos é afeta diretamente à Superintendência de Gestão e à Gerência de Compras, haja vista que o Secretário de Estado da Saúde e Gestor do SUS, por meio da Resolução n. 2.249, de 19/03/10, no art. 6º, delegou ao Superintendente de Gestão as seguintes competências:

I – autorizar a abertura de processos licitatórios;

II – homologar, anular e revogar processos licitatórios; [Grifo nosso.]

III – assinar os Termos de Vinculação e Responsabilidade emitidos pela Diretoria Central de Patrimônio Imobiliário da Superintendência Central de Recursos Logísticos e Patrimônio da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão; e;

IV – formalizar processo administrativo em desfavor de prestadores de serviços e fornecedores da SES-MG que descumprirem obrigações contratuais, aplicando-lhes as respectivas penalidades exceto declaração de inidoneidade.

Parágrafo único. Para desempenho da competência estabelecida no inciso IV o Superintendente de Gestão poderá constituir comissão para formalização e instrução do processo.

Não procede a justificativa apresentada de que os defendentes não tinham obrigação de analisar as propostas e de verificar se os preços ofertados nos pregões estavam ou não em consonância com a tabela CMED, uma vez que tais incumbências não faziam parte das atribuições dos cargos que ocupavam, pois, ao assinar a homologação, pressupõe-se que o servidor acompanhou e verificou a instrução de todos os atos inerentes ao processo licitatório, que passou, portanto, pelo crivo da sua fiscalização e controle, o que equivale a haver aprovado todos os procedimentos até então adotados, especialmente no sentido de verificação do cumprimento dos preços estabelecidos nos parâmetros e disposições legais, de cumprimento obrigatório. Esses atos de controle e fiscalização não podem ser tidos como meramente formais ou chancelatórios.

Sobre as alegadas competências da Gerência de Compras, subordinada à Superintendência de Gestão, o Decreto Estadual n. 45.038/09, que dispunha sobre a Estrutura Organizacional da Secretaria de Saúde, indicou nos incisos I e II do seu art. 54 as atribuições dessa gerência:

Decreto 45.038/09:

Art. 54 - Gerência de Compras tem por finalidade padronizar, analisar, executar e controlar as atividades de aquisições no âmbito da Secretaria, em todas as suas modalidades, competindo-lhe:

I- executar, controlar e acompanhar o processo de contratação de serviços, aquisição de materiais e de medicamentos; e

II- analisar processos licitatórios originários das Gerências Regionais de Saúde e autorizar a abertura de licitação.

Também a Resolução SES n. 1.566/08, que dispõe sobre os processos de pregões, presencial e eletrônico, para aquisição de bens e serviços comuns, determina em seu art. 4º, incisos III e VI, as atribuições da Superintendência de Gestão e da Gerência de Compras nos Pregões, nestes termos:

Art. 4º Compete:

[...]

III – à Gerência de Compras:

- orientar a Unidade Solicitante, quando demandado, sobre os requisitos necessários à elaboração do Termo de Referência/Projeto Básico, destinado ao pregão;
- elaborar o edital, de acordo com o Termo de Referência/Projeto Básico apresentado pela Unidade Solicitante;
- instruir a fase preliminar do processo de pregão, nos termos do art. 5º desta Resolução;
- receber o processo, encaminhado pelo Pregoeiro, instruído conforme art. 24 desta Resolução e devidamente homologado;

[...]

VI – ao Superintendente de Gestão:

- determinar a abertura da licitação;
- designar, dentre os servidores do órgão, o(s) pregoeiro(s) responsável(eis) pela condução do pregão e a sua equipe de apoio, observadas as condições previstas nos §§2º e 4º, do art. 8º do Decreto n. 44.786/08;
- assinar o edital de licitação, e seus anexos;
- adjudicar o objeto da licitação em caso de recurso por ela apreciado;
- homologar o resultado da licitação;
- revogar ou anular, total ou parcialmente, o processo licitatório;

Quanto à alegação de que não atuaram como pregoeiros e não teriam, no exercício de suas funções como gestores, a atribuição de analisar as propostas e de verificar se os preços ofertados estavam ou não em consonância com as normas da CMED, ressalto que independente de exercer ou não as funções de pregoeiro, os gestores tinham sob sua responsabilidade o cumprimento das normas que regulamentam a compra de medicamentos, em razão das atribuições dos cargos que ocupavam.

Caberia a esses gestores a estrita observância dos preceitos contidos na legislação vigente, de forma a cumprir adequadamente as prescrições com o máximo acerto, principalmente no que tange ao cumprimento dos descontos e do Preço Máximo de Venda para o Governo, independentemente de estar destacado no edital, pois a norma legal tem supremacia sobre o instituído no edital.

Ademais, não se pode alegar desconhecimento da legislação, pois consta nos autos, às fls. 4.895/4.898, vol. 24, o expediente MEMO/SG/GC/CCME/Nº 1692/2007, de 11/06/2007, assinado por Belmiro Gustavo Ribeiro e Raquel Russo Mota, encaminhado à Assessoria Jurídica, no qual solicitam orientações quanto à Resolução CMED n. 04/06 e à aplicabilidade

do coeficiente CAP nas compras realizadas e nos contratos em vigor. Em resposta, a Assessoria Jurídica ressaltou que a aplicação da norma era imediata, e obrigatório o desconto mínimo a ser concedido pelos laboratórios e distribuidores farmacêuticos nas vendas para o Poder Público.

Encontram-se nos autos cópias de todas as denúncias encaminhadas à CMED, realizadas pela SES/MG, referentes aos processos de compras objeto desta Tomada de Contas Especial, e ofícios da Câmara informando a instauração de processos administrativos em desfavor das empresas fornecedoras de medicamentos (fls. 6.015/6.070, vol. 29). Todavia, esses procedimentos só foram adotados em setembro de 2011 (fl. 6.017, vol. 29).

Sobre a alegação de que o órgão público, por falta de opção e/ou por urgência, é obrigado a comprar por valores superiores ao permitido, seja em relação à CMED ou ao Confaz, e que apenas caberia à Administração efetuar a denúncia por violação, o que teria sido formalizado, cumpre destacar que a norma é impositiva e que a denúncia deveria ter sido feita imediatamente, não cabendo negociação com a empresa fornecedora.

No caso, de acordo com o relatório do Tomador de Contas, nos itens 1 e 2, às fls. 4.697/4.698, vol. 23, os procedimentos de sindicância somente se iniciaram após denúncia à Secretaria e ao Tribunal de Contas de Minas Gerais, ao Ministério Público Estadual e Federal, em 12/07/10, cópias às fls. 51 a 57, vol. 1.

Já a Tomada de Contas foi instaurada por determinação do Tribunal de Contas nos autos do Processo 862.742, referente à Inspeção Ordinária na qual se apuraram indícios de irregularidades nos procedimentos de aquisição de medicamentos realizados pela Secretaria de Estado de Saúde.

Em sua conclusão, o Ministério Público junto ao Tribunal destacou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para enfatizar que a responsabilidade administrativa do servidor é subjetiva, dependendo, portanto, da comprovação de sua culpa na realização do dano, *verbis*:

É assente a compreensão de que a obrigação de reparar o dano causado à Administração pelo servidor exige a comprovação de o agente público ter agido com dolo ou culpa, por se tratar de responsabilidade subjetiva.⁵

Por fim, considero pertinente em parte a alegação da defesa de que as normas legais regulamentadas pela CMED/ANVISA se destinam às empresas produtoras e distribuidoras de medicamentos, pessoas jurídicas de direito público ou privado, mas entendo que são afetas também aos servidores, na medida da responsabilidade inerente a cada função em zelar pelo cumprimento das normas pertinentes às suas áreas de atuação.

Nesse sentido, entendo que os servidores podem ser responsabilizados pelas irregularidades apontadas e podem receber sanção de multa, proporcional a suas funções e aos processos em que atuaram. Entretanto, concordo com o entendimento do Ministério Público, de que não cabe determinação de ressarcimento ao servidor, porque não ficou comprovada a existência de conluio com a empresa privada e, segundo os elementos constantes nos autos, não se locupletaram de nenhum pagamento efetuado.

Sandra Aparecida de Souza (fls. 6.210 a 6.237, vol. 30)

Irregularidades: no cargo de Gerente de Compras, deixou de analisar e controlar as atividades relativas às aquisições de medicamentos nos Pregões n. 02 e 27/2010.

⁵ Supremo Tribunal de Justiça, 6ª Turma, RMS 18.780/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 12/04/2012.

A defendente declarou que sua conduta sempre foi imparcial e no estrito cumprimento do dever legal e que não negligenciou de suas atividades. Alegou que, na época dos fatos, inexistia regulamento interno relativo à sua competência como Gerente de Compras e, portanto, não tinha como intervir no procedimento, que já chegava à sua unidade homologado, ficando assim configurada sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Suscitou sua ilegitimidade como parte por não constar no processo correlação entre as irregularidades e os possíveis atos omissivos que teria praticado nem fundamentação apta a corroborar a totalidade dos fatos a ela atribuídos.

Alegou que cabia à Gerência de Compras executar, controlar e acompanhar o processo de contratação de serviços e não a execução dos contratos quanto à solicitação de produtos, aferição de cartularidade e destacamentos obrigatórios nas notas fiscais emitidas.

Alegou, também, a impossibilidade jurídica para sua responsabilização, haja vista que o processo não foi instruído com toda a documentação necessária ao exame eficaz, estando patente a ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do feito, nos termos do art. 71, §3º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas.

Quanto ao mérito, salientou que o processo instaurado teve como objeto apurar sua responsabilidade por infração praticada no exercício de sua atribuição ou com ela relacionada; que lhe foi atribuída a responsabilidade por aquisição de medicamentos para o Estado de Minas Gerais com sobrepreços, em razão da não observância de normas regulamentares da CMED/ANVISA relativas ao Preço Máximo de Venda ao Governo, considerada falta grave consoante o disposto no inciso VI do art. 216 da Lei n. 869/52, mas que inexistem provas de conduta dolosa, culposa ou omissiva de sua parte e que cabia à Comissão provar que houve a prática/omissão de atos da servidora que propiciou o dano arguido.

Acrescentou que o simples fato de ser servidora na Gerência de Compras não induz necessariamente à sua responsabilização e citou doutrina atinente a esse tema, argumentando não ser a pessoa responsável pelos atos decisórios nos processos de compras.

Teceu considerações atinentes ao “Pregão Eletrônico”, destacando que nessa modalidade de licitação 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.

Alegou que no caso sob exame recaía sobre a Gerência Financeira a responsabilidade de reter o percentual indicado pela CMED ao PMVG quando da aquisição de determinados medicamentos. Compete à Gerência de Compras padronizar, analisar, executar e controlar as atividades de aquisições, consoante dispõe o art. 54 do Decreto n. 45.038/09.

Ao final, a defendente afirmou que não há provas de que tenha praticado ou sequer concorrido para a prática da conduta ilícita (omissiva) que lhe é atribuída, muito menos de que tenha se beneficiado dela, e requereu sua absolvição e o afastamento de imposição de penalidade.

Análise

Quanto à alegação de ilegitimidade da parte, por não constar no processo a correlação entre as irregularidades apuradas e os possíveis atos omissivos praticados, e de que não caberia à servidora a execução dos contratos e solicitação de produtos com os descontos obrigatórios nas notas fiscais emitidas, o que seria de competência da gerência financeira, entendendo não assistir razão à defendente, haja vista as atribuições da gerência de compras definidas no art. 54 do Decreto n. 45.038/09, e ao determinado no art. 4º, inciso III, da Resolução SES n. 1566/08, já citados.

Em relação à afirmação de que agiu sempre com imparcialidade e no estrito cumprimento do dever legal, impõe-se reconhecer que tais procedimentos não a eximem de responsabilidade por eventuais atos praticados em desconformidade com dispositivos legais, cabendo sua responsabilização nos termos da legislação aplicável, independente de dolo, nos termos do art. 48, III, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas no caso de prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico.

Dessa forma, ainda que o processo não tenha sido conduzido sob total responsabilidade da servidora, não se pode isentá-la da corresponsabilidade quanto aos procedimentos efetivados durante o período em que ocupou o cargo de gerente financeira.

Cabe observar que não é aceitável no ordenamento jurídico a alegação de desconhecimento da legislação. Como previsto no art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Dessa forma, com os mesmos fundamentos apresentados na análise da defesa dos servidores Jorge Luiz Vieira e Belmiro Gustavo Ribeiro, entendo que a servidora deve ser responsabilizada por irregularidades apontadas nos processos em que atuou e deve receber sanção de multa, proporcional à sua função. Entretanto, considero, como o Ministério Público, que não cabe determinação de ressarcimento à servidora, na medida em que não foi comprovada a existência de conluio com a empresa privada e que, segundo os elementos constantes dos autos, não se locupletou de nenhum pagamento efetuado.

Rafael Elias Gonçalves (fls. 6.246/6.247, vol. 30)

Irregularidades: no cargo de pregoeiro, conduziu os lances, decidiu sobre a aceitabilidade da proposta, analisou documentos, decidiu sobre a habilitação do licitante e adjudicou o objeto ao licitante vencedor, sem observar o Preço Máximo de Venda ao Governo no Pregão n. 013/08, em desacordo com o disposto nos arts. 1º e 5º da Res. CMED n. 04/06 e com a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ.

O defendente declarou que deixou de prestar serviços à Secretaria de Estado de Saúde (SES) a partir de 04/07/2008, data em que solicitou exoneração. Alegou ter sido convidado para ser pregoeiro do Núcleo de Compras de Medicamentos Excepcionais e Emergenciais devido à grande demanda de pregões à época com urgência de serem realizados e à falta de servidores capacitados para exercer essa função.

Afirmou que participou do curso de pregoeiro oferecido pela Fundação João Pinheiro e que realizou pregões para aquisição de material permanente e de consumo, mas não tinha conhecimento da legislação pertinente à área de aquisição de medicamentos e nunca recebeu treinamento específico, em especial a relativa à desoneração de ICMS e aplicação do Coeficiente de Adequação de Preço, CAP.

Asseverou que em todos os processos em que atuou houve preocupação em observar a documentação apresentada pelas empresas e que em nenhum momento as chefias superiores ou mesmo a Assessoria Jurídica da SES/MG questionou sobre a ocorrência de irregularidades.

Alegou acreditar que não era feita uma análise mais detalhada da proposta vencedora por se tratar de medicamentos que haviam sido objeto de mandado de segurança, com ordem superior de registrar os preços.

Aduziu que sempre observou se a proposta comercial estava de acordo com o valor de referência, ou seja, se o preço ofertado era inferior àquele estimado.

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

Daniel Pinto de Souza (fls. 6.338 a 6.371, vol. 30)

Irregularidades: no cargo de pregoeiro, conduziu os lances, decidiu sobre a aceitabilidade da proposta, analisou a documentação, decidiu sobre a habilitação do licitante e adjudicou o objeto ao licitante vencedor sem observar o Preço Máximo de Venda ao Governo no Pregão n. 58/08, em desacordo com o disposto nos arts. 1º e 5º da Res. CMED n. 04/06 e na Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ.

Ponderou sobre a ausência de dolo e dano ao erário, uma vez que os cofres da SES/MG não sofreram prejuízo algum, 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 indicou que houve irregularidades na aquisição de medicamentos, aplicando uma arbitrária penalidade de ressarcimento ao defendente, apenas pelo fato de ter atuado como pregoeiro num único procedimento questionado e como empregado da empresa HOSPFAR em três outros procedimentos licitatórios.

Argumentou que neste processo não está demonstrado que os preços praticados estavam acima dos estimados pela Administração ou mesmo acima daqueles praticados no mercado e que, como pregoeiro da SES/MG, não infringiu as disposições indicadas no “Relatório de Auditoria”, fl. 5.909, vol. 29, 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 das funções que exercia, resumindo que competia ao pregoeiro recusar documentos apenas se fosse verificada alguma irregularidade ou tentar negociar a proposta se os preços estivessem acima do estimado, aduzindo que a elaboração do ato convocatório não era de sua competência e que no período em que atuou como empregado não elaborava propostas, sendo sua obrigação somente entregar a documentação já pronta e participar da licitação.

Afirmou 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.

Alegou boa-fé e inexistência de ilegalidade em sua conduta e finalizou mencionando sua falta de conhecimento acerca da legislação referente a CAP/PMVG/ICMS e de capacitação para a aquisição específica de medicamentos e asseverando que nem mesmo os órgãos internos da SES/MG (Assessoria Jurídica) esclareceram sobre os procedimentos a serem adotados.

Ao final, requereu sua exclusão do polo passivo desse procedimento.

Análise

Por apresentarem justificativas semelhantes, a análise das defesas dos dois pregoeiros será feita em conjunto.

Quanto à alegação de que, na função de pregoeiros, não elaboraram editais e tampouco receberam quaisquer orientações acerca da aplicabilidade do CAP, PMVG e desoneração do ICMS, ressalto que, não obstante receberem o edital com os preços de referência já prontos e aprovados, deve ser destacada a relevância da função do pregoeiro, suas prerrogativas e atribuições na condução do pregão, uma vez que podem decidir sobre a impugnação do edital, solicitar o adiamento, adjudicar o objeto ao vencedor, propor a revogação ou a anulação total ou parcial do pregão, conforme atribuições definidas no inciso VII do art. 4º da Resolução SES n. 1.566/08 e art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08, nestes termos.

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

I- a decisão sobre a impugnação do edital, sendo ouvido, por intermédio da autoridade competente, o setor responsável pela elaboração do edital e Termo de Referência, ou o órgão jurídico, conforme o caso;

II- o planejamento do desenvolvimento dos procedimentos;

III - a definição das atribuições dos membros da equipe de apoio;

IV- o credenciamento dos interessados, quando se tratar de pregão presencial;

V- o recebimento:

a) da declaração dos licitantes dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação;

b) do envelope da proposta de preço, quando se tratar de pregão presencial;

c) da documentação de habilitação, quando se tratar de pregão presencial; e

d) da amostra do produto, quando exigida no edital;

[...]

VI- a abertura das propostas de preço, o exame de conformidade do objeto ou, conforme o caso, de cada item, e a classificação dos proponentes;

VII- a condução dos procedimentos relativos aos lances;

VIII- a decisão sobre a aceitabilidade da proposta-lance de menor preço, quando a proposta/lance satisfizer os requisitos de qualidade estabelecidos no edital;

IX- análise e decisão sobre a habilitação do licitante ofertante do menor preço;

X- a adjudicação do objeto ao ofertante da proposta-lance de menor preço, quando não houver recurso, ou, quando interposto, for acolhido pelo próprio pregoeiro;

XI- a elaboração da ata da sessão;

XII- a coordenação dos trabalhos da equipe de apoio;

XIII- o recebimento e o exame dos recursos, e seu encaminhamento à autoridade competente, devidamente instruídos quando for o caso;

XIV- a proposição à autoridade competente:

a) do adiamento da licitação e da consequente alteração de data; e

b) da revogação ou da anulação, total ou parcial, do processo licitatório;

XV- o encaminhamento do processo devidamente instruído à autoridade competente, após a adjudicação, visando a homologação e a consequente contratação.

§1º É facultado ao pregoeiro, no interesse da Administração:

I- em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo;

II- solicitar aos setores competentes a elaboração de pareceres técnicos destinados a fundamentar as decisões;

III- no julgamento das propostas e da habilitação, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e de sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, com validade e eficácia, e acessível a todos os interessados; e

IV- relevar omissões puramente formais observadas na documentação e na proposta, desde que não contrariem a legislação vigente e não comprometam a lisura da licitação.

§2º Para fins de habilitação, é facultada ao pregoeiro a verificação de informações e o fornecimento de documentos que constem de sítios eletrônicos de órgãos e entidades das

esferas municipal, estadual e federal, emissores de certidões, devendo tais documentos ser juntados ao processo.

§3º A possibilidade da consulta prevista no § 2º não constitui direito do licitante, e a Administração não se responsabilizará pela eventual indisponibilidade dos meios eletrônicos no momento a que se refere o inciso I do § 1º, hipóteses em que, em face do não saneamento das falhas constatadas, o licitante será declarado inabilitado.

Como se verifica da leitura do citado dispositivo, a rigor compete ao pregoeiro a prática de todos os atos relacionados à coordenação da fase externa do procedimento licitatório, em especial o direcionamento da disputa entre os licitantes. Também os decretos federais que regulamentam o pregão em suas versões presencial (Decreto nº 3.555/00) e eletrônica (Decreto nº 5.450/05) apontam essas diretrizes.

Como responsável por decisões importantes sobre a aceitabilidade das propostas-lances, é dever do pregoeiro estar devidamente instruído quanto às particularidades do procedimento que irá conduzir, para selecionar a melhor oferta.

É pacífico que não recai sobre ele a responsabilidade por irregularidades nos editais dos pregões e não lhe compete realizar pesquisa de preços de mercado, atribuição inerente à Gerência de Compras, como exposto anteriormente.

Também o Plenário do Tribunal de Contas da União concluiu no Acórdão n. 2.389/2006 que “o pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas.

Nesse mesmo sentido, a Primeira Câmara do TCU decidiu no Acórdão n. 4.848/10 que:

[...] não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidas na aquisição do objeto.

No entanto, o pregoeiro deve estar treinado, possuir conhecimentos e discernimento para exercer sua função e, mesmo que não tenha atuado na fase interna, poderá ser responsabilizado por falhas verificadas nessa etapa, quando, no processamento do pregão, observar falhas e ilegalidades e não representá-las à autoridade superior.

Nesse caso, ainda que a falha não tenha sido cometida pelo pregoeiro, sua omissão em representar essa irregularidade à autoridade competente constitui violação ao dever legal imposto a todo servidor público, qual seja, o dever de levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo (art. 116, incisos IV, VI e XII e parágrafo único, da Lei n. 8.112/90).

Cabe lembrar que não é aceitável no ordenamento jurídico a alegação de desconhecimento da legislação, o que se encontra consignado no art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Quanto à alegação de que a Tomada de Contas foi superficial e genérica, e a penalidade de ressarcimento, arbitrária e aplicada apenas pelo fato de o interessado ter atuado como Pregoeiro, esclareço que houve, sim, irregularidade, uma vez que não foi praticado o limite de preço imposto por lei, não podendo o pregoeiro alegar desconhecimento dessa imposição por se tratar de lei pertinente à sua atividade.

Por fim, conforme entendimento já exposto em relação a outros servidores, não cabe a determinação de ressarcimento aos pregoeiros, na medida em que não foi comprovado conluio

com a empresa privada e que, segundo os elementos constantes nos autos não se locupletaram de nenhum pagamento efetuado.

Mônica Caetano Gonçalves

Irregularidades: Conduziu os lances, decidiu sobre a aceitabilidade da proposta, analisou a documentação, decidiu sobre a habilitação dos licitantes e adjudicou o objeto ao licitante vencedor sem observar o Preço Máximo de Venda ao Governo no Pregão n. **28/09**, em desacordo com o disposto nos arts. 1º e 5º da Res. CMED n. 04/06 e na Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ.

Encontra-se à fl. 4.637, vol. 23, a Certidão de Óbito que comprova o falecimento da servidora Mônica Caetano Gonçalves, ocorrido em 19/05/14, quando a Tomada de Contas Especial ainda se encontrava em sua fase interna. Portanto, a citação promovida por este Tribunal em 20/10/15 (fl. 6.178, vol. 30) ocorreu depois da morte da responsável, motivo pelo qual não se concretizou validamente.

Desse modo, deve ser reconhecida a extinção de sua punibilidade, nos termos do enunciado na Súmula 121 deste Tribunal, segundo o qual “a multa aplicada ao agente público, em decorrência de atos de gestão irregulares, não alcança os seus sucessores no caso de falecimento”.

4. Considerações finais

Devido à relevância das normas que regulamentam a comercialização de medicamentos, é fundamental o engajamento de todas as pessoas, órgãos e empresas públicas e privadas envolvidas na cadeia de comercialização desses itens, sob pena de, no caso descumprimento ou omissão, serem responsabilizados nos termos da legislação pertinente.

As empresas fabricantes e fornecedoras de medicamentos têm a responsabilidade de atender ao princípio da função social a elas inerente e a obrigatoriedade de cumprir as normas constitucionais, infraconstitucionais regulamentadoras da matéria, incluído o Código de Defesa do Consumidor.

Aos órgãos e empresas públicas e seus agentes cabe o fiel atendimento às normas da Administração Pública e o exercício do controle nos quesitos de legalidade e mérito dos processos licitatórios destinados à aquisição de medicamentos, o que engloba a fiscalização, o acompanhamento, a vigilância e a revisão das atividades desempenhadas.

Assim, diante dos fundamentos expostos concluo pela responsabilização dos agentes envolvidos, conforme discriminado no quadro abaixo:

Quadro de Responsabilização

Responsável Empresa	Função	Normas legais descumpridas	Responsabilização/Penalidade
HOSPFAR – Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	Empresa	1- Ofertou preços de medicamentos acima do Valor Máximo de Venda para o Governo, descumprindo o art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06; 2- Deixou de desonerar o imposto ICMS nos preços ofertados para medicamentos excepcionais, agindo em desacordo com a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 do CONFAZ; 3- Forneceu medicamentos sujeitos à tabela de preços por órgãos oficiais sem respeitar os limites, em desacordo com o disposto no art. 41 da Lei n. 8.078/90.	1- Ressarcimento ao erário estadual pela empresa HOSPFAR – Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e seus sócios proprietários, solidariamente, do valor histórico de R\$ 4.780.170,12, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, com fundamento no art. 51 da Lei Complementar n. 102/2008 c/c o art. 254 do Regimento Interno, o art. 37, §5º, da CF, que define como imprescritíveis as ações de ressarcimento nos casos de ilícitos que causem prejuízo ao erário, o art. 6º, §7º, do Decreto n. 44.431/2006, que estabelece que a empresa fornecedora é responsável por todas as transações realizadas em seu nome, assumindo como firmes e verdadeiras as propostas e lances efetuados por seus representantes, e a Súmula 122 deste Tribunal, que responsabiliza o particular que tiver dado causa a irregularidade da qual tenha
Brandão de Sousa Resende	Sócio Proprietário		
Flávio Goulart de Alcântara Campos	Sócio Proprietário		
Marcelo Reis Perillo	Sócio Proprietário		
Moisés Alves de Oliveira Neto	Sócio Proprietário		

Responsável Empresa	Função	Normas legais descumpridas	Responsabilização/Penalidade
			resultado dano ao erário estadual ou municipal. 2- Multa a ser aplicada individualmente a cada um dos sócios da empresa, no valor de R\$ 25.000,00, com fundamento nos arts. 83, I, 84 e 85, I e II, da Lei Complementar 102/2008, pela prática de atos que deram causa a lesão ao erário.
Heloisa Vilaça Dias	Procuradora	1- Foi corresponsável pela comercialização de medicamentos em desacordo com o disposto no art. 43, V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Resolução CMED 04/06, e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 nos Pregões nºs 13, 52, 33, 37, 38, 42, 49/08 .	1- Afastada a responsabilidade dos procuradores, considerando que o empregador é responsável pelos atos praticados por seus prepostos, como disposto no art. 932 c/c o art. 1.178 do Código Civil Brasileiro.
Alexander Tristão Borges	Procurador	1- Foi corresponsável pela comercialização de medicamentos em desacordo com o disposto no art. 43, V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Resolução CMED 04/06, e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 nos Pregões nºs 58/08; 48, 43, 159 e 62/09 .	1- Afastada a responsabilidade dos procuradores, considerando que o empregador é responsável pelos atos praticados por seus prepostos, como disposto no art. 932 c/c o art. 1.178 do Código Civil Brasileiro.
Mary Ana Ribeiro Leite	Procuradora	1- Foi corresponsável pela comercialização de medicamentos em desacordo com o disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Resolução CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 nos Pregões nºs 13, 28 e 63/09 .	1- Afastada a responsabilidade dos procuradores, considerando que o empregador é responsável pelos atos praticados por seus prepostos, como disposto no art. 932 c/c o art. 1.178 do Código Civil Brasileiro.
Daniel Pinto de Souza	Procurador	1- Foi corresponsável pela comercialização de medicamentos em desacordo com o disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Resolução CMED 04/06, e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 nos Pregões nºs 02, 26 e 27/10 .	1- Afastada a responsabilidade dos procuradores, considerando que o empregador é responsável pelos atos praticados por seus prepostos, como disposto no art. 932 c/c o art. 1.178 do Código Civil Brasileiro.

Responsável SES	Função	Normas Legais infringidas	Responsabilização/Penalidade
Jorge Luiz Vieira	Superintendente de Gestão SES	1- Homologou os resultados dos Pregões n. 27/07; 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08; 13, 159, 28, 43, 48, 62 e 63/09 ; e 2- autorizou aquisições diretas de medicamentos, em descumprimento ao disposto no art. 43, V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, e sem observar as atribuições delegadas pelo art. 52, VI, do Decreto Estadual n. 45.038/09 e art. 6º, I e II, da Resolução n. 2.249/10.	1- Multa no valor de R\$15.000,00, fundamentada nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II da Lei Complementar 102/2008, por deixar de observar os dispositivos legais relativos à aquisição de medicamentos.
Belmiro Gustavo Ribeiro	Gerente de Compras (25/04/07 a 09/02/10) Superintendente de Gestão (10/02/10 a 21/11/13)	1- Deixou de analisar e controlar os procedimentos nos Pregões n. 27/07, 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08 e n. 13, 159, 28, 43, 48, 62 e 63/09 ; 2- homologou o resultado dos Pregões nºs 02, 26 e 27/10 e autorizou aquisições diretas de medicamentos, em descumprimento ao disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, e em desconformidade com as atribuições delegadas pelos arts. 52, VI, e 54, I e II, do Decreto Estadual n. 45.038/09 e art. 6º, I e II, da Resolução n. 2249/10.	1- Multa no valor de R\$ 15.000,00, fundamentada nos arts. 83, I, 84 e 85, I e II, da Lei Complementar 102/2008, por deixar de observar os dispositivos legais relativos à aquisição de medicamentos.
Sandra Aparecida de Souza	Gerente de Compras	1- Deixou de analisar e controlar as atividades de aquisições de medicamentos nos Pregões 02 e 27/10 , em descumprimento ao art. 43, V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Resolução CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, e em desconformidade com as atribuições delegadas pelo art. 54, I, do Decreto Estadual n. 45.038/09.	1- Multa no valor de R\$1.000,00, fundamentada nos arts. 83, I, 84 e 85, I e II, da Lei Complementar 102/2008, por deixar de observar os dispositivos legais relativos à aquisição de medicamentos.
Raquel Russo Mota	Pregoeira	1- Conduziu os Pregões n. 33, 37, 38, 42, 49	1- Multa no valor de R\$10.000,00,

Responsável SES	Função	Normas Legais infringidas	Responsabilização/Penalidade
		e 52/08; 13, 159, 43, 48, 62 e 63/09; 02, 26 e 27/10 sem observar o disposto no art. 43, V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, e em desconformidade com as atribuições delegadas pelo inciso VII do art. 4º da Res. SES n. 1.566/08 e pelo art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08	fundamentada nos arts. 83, I, 84 e 85, I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, por deixar de observar os dispositivos legais relativos à aquisição de medicamentos.
Rafael Elias Gonçalves	Pregoeiro	1- Conduziu o Pregão n. 013/08 sem observar o disposto nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 e as atribuições delegadas pelo inciso VII do art. 4º da Res. SES n. 1.566/08 e pelo art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08.	1- Multa no valor de R\$1.000,00, fundamentada nos arts. 83, I, 84 e 85, I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, por deixar de observar os dispositivos legais relativos à aquisição de medicamentos.
Daniel Pinto de Souza	Pregoeiro	1- Conduziu o Pregão n. 58/08 sem observar o disposto nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 e em desconformidade com as atribuições previstas no inciso VII do art. 4º da Resolução SES n. 1.566/08 e no art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08.	1- Multa no valor de R\$1.000,00, fundamentada nos arts. 83, I, 84 e 85, I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, por deixar de observar os dispositivos legais relativos à aquisição de medicamentos.
Mônica Caetano Gonçalves	Pregoeira	1- Conduziu o Pregão n. 28/09 sem observar o disposto nos arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02 e em desconformidade com as atribuições previstas no inciso VII do art. 4º da Resolução SES n. 1.566/08 e no art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08.	1- Devido ao falecimento da servidora, extingue-se sua punibilidade, nos termos do inciso XLV do art. 5º da CF e Súmula 121 deste Tribunal.

III – CONCLUSÃO

Em preliminar, não reconheço a prescrição do poder-dever sancionatório deste Tribunal suscitada pelos responsáveis, uma vez que não transcorreram cinco anos entre a data de quitação da última ordem de pagamento (28/04/11) e a data de expedição da Portaria que determinou a realização de Inspeção Ordinária (01/07/11) e interrompeu a contagem do prazo, novamente interrompida em 29/08/14, quando a documentação da Tomada de Contas Especial foi autuada nesta Corte.

No mérito, com fundamento no art. 48, III, ‘c’ e ‘d’, c/c o art. 51 da Lei Complementar n. 102/2008, julgo irregulares as contas prestadas e determino:

À empresa HOSPFAR – Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e, solidariamente, aos sócios proprietários, Srs. Brandão de Sousa Resende, Flávio Goulart de Alcântara Campos, Marcelo Reis Perillo e Moisés Alves de Oliveira Neto:

1- a devolução ao erário estadual do valor histórico de R\$ 4.780.170,12 (quatro milhões, setecentos e oitenta mil cento e setenta reais e doze centavos), atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, com fundamento no art. 51 da Lei Complementar n. 102/2008 c/c o art. 254 do Regimento Interno, o art. 37, §5º, da CF, o art. 6º, §7º, do Decreto n. 44.431/2006 e a Súmula 122 deste Tribunal;

2- multa a cada um dos sócios, no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, pela prática de atos que deram causa a lesão ao erário, ao ofertar preços de medicamentos tabelados por órgãos oficiais, sem respeitar os limites estabelecidos, em desacordo com o art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93, o art. 41 da Lei n. 8.078/90 e os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e, ainda, por deixarem de desonerar o valor do ICMS nos preços ofertados para medicamentos excepcionais, em descumprimento ao disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02.

Com fundamento no disposto no art. 932 c/c o art. 1.178 do Código Civil Brasileiro, afasto a responsabilidade dos Srs. **Heloisa Vilaça Dias, Alexander Tristão Borges, Mary Ana Ribeiro Leite e Daniel Pinto de Souza**, Procuradores da empresa HOSPFAR, considerando que o empregador é o responsável pelos atos praticados por seus prepostos.

Ao **Sr. Jorge Luiz Vieira**, Superintendente de Gestão da Secretaria de Estado da Saúde, aplico multa, com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente aos **Pregões n. 27/07; 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08; 13, 159, 28, 43, 48, 62 e 63/09** e aquisições diretas, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas no art. 52, inciso VI, do Decreto Estadual n. 45.038/09 e no art. 6º, incisos I e II, da Resolução n. 2.249/10.

Ao **Sr. Belmiro Gustavo Ribeiro**, Superintendente de Gestão e Gerente de Compras da Secretaria de Estado da Saúde, aplico multa, com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), por deixar de observar o disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente aos **Pregões n. 27/07, 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08 e n. 13, 159, 28, 43, 48, 62, 63/09, 02, 26 e 27/10** e aquisições diretas, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições previstas nos arts. 52, inciso VI, e 54, incisos I e II, do Decreto Estadual n. 45.038/09 e no art. 6º, incisos I e II, da Resolução n. 2.249/10.

À **Sra. Sandra Aparecida de Souza**, Gerente de Compras, aplico multa, com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente aos **Pregões n. 02 e 27/10**, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas nos arts. 52, inciso VI, e 54, incisos I e II, do Decreto Estadual n. 45.038/09 e no art. 6º, incisos I e II, da Resolução n. 2.249/10.

À **Sra. Raquel Russo Mota**, Pregoeira, aplico multa, com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar 102/2008, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente aos **Pregões n. 33, 37, 38, 42, 49 e 52/08; 13, 159, 43, 48, 62 e 63/09; 02, 26 e 27/10**, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas no inciso VII do art. 4º da Resolução SES n. 1.566/08 e no art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08.

Ao **Sr. Rafael Elias Gonçalves**, Pregoeiro, aplico multa, com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente ao **Pregão n. 013/08**, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas no inciso VII do art. 4º da Resolução SES n. 1.566/08 e no art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08.

Ao **Sr. Daniel Pinto de Souza**, Pregoeiro, aplico multa, com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93 c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente ao **Pregão n. 58/08**, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas no

inciso VII do art. 4º da Resolução SES n. 1.566/08 e no art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08.

Comprovado o falecimento da **Sra. Mônica Caetano Gonçalves**, Pregoeira, encontra-se extinta sua punibilidade, consoante disposto do inciso XLV do art. 5º da CF e da Súmula 121 deste Tribunal.

Intime-se o atual Secretário de Estado da Saúde do teor desta decisão, informando-o de que os autos permanecerão à sua disposição para a adoção das medidas que entender cabíveis.

Observadas as formalidades regimentais, arquivem-se os autos, com fundamento no disposto no inciso IV do art. 176 da Resolução TC nº 12/2008.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Senhor Presidente, acompanho o bem lançado voto proferido por Sua Excelência, Conselheiro Durval Ângelo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também acompanho o voto apresentado pelo relator.

APROVADO O VOTO DO RELATOR.

Agradeço a presença da Dra. Sandra.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** não reconhecer, na preliminar de mérito, a prescrição do poder-dever sancionatório deste Tribunal suscitada pelos responsáveis, uma vez que não transcorreram cinco anos entre a data de quitação da última ordem de pagamento (28/04/11) e a data de expedição da Portaria que determinou a realização de Inspeção Ordinária (01/07/11) e interrompeu a contagem do prazo, novamente interrompida em 29/08/14, quando a documentação da Tomada de Contas Especial foi autuada nesta Corte; **II)** julgar irregulares as contas prestadas, no mérito, com fundamento no art. 48, III, 'c' e 'd', c/c o art. 51 da Lei Complementar n. 102/2008; **III)** determinar à empresa HOSPFAR – Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e, solidariamente, aos sócios proprietários, Srs. Brandão de Sousa Resende, Flávio Goulart de Alcântara Campos, Marcelo Reis Perillo e Moisés Alves de Oliveira Neto, a devolução ao erário estadual do valor histórico de R\$ 4.780.170,12 (quatro milhões setecentos e oitenta mil cento e setenta reais e doze centavos), atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, com fundamento no art. 51 da Lei Complementar n. 102/2008 c/c o art. 254 do Regimento Interno, o art. 37, §5º, da CF, o art. 6º, §7º, do Decreto n. 44.431/2006 e a Súmula 122 deste Tribunal; **IV)** aplicar multa no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a cada um dos sócios da empresa HOSPFAR – Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Srs. Brandão de Sousa Resende, Flávio Goulart de Alcântara Campos, Marcelo Reis Perillo e Moisés Alves de Oliveira Neto, com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, pela prática de atos que deram causa a lesão ao erário, por

ofertarem preços de medicamentos tabelados por órgãos oficiais sem respeitar os limites estabelecidos, em desacordo com o art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93, o art. 41 da Lei n. 8.078/90 e os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e, ainda, por deixarem de desonerar o valor do ICMS nos preços ofertados para medicamentos excepcionais, em descumprimento ao disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02; **V)** afastar a responsabilidade dos Srs. Heloisa Vilaça Dias, Alexander Tristão Borges, Mary Ana Ribeiro Leite e Daniel Pinto de Souza, Procuradores da empresa HOSPFAR, com fundamento no disposto no art. 932 c/c o art. 1.178 do Código Civil Brasileiro, considerando que o empregador é o responsável pelos atos praticados por seus prepostos; **VI)** aplicar multa ao Sr. Jorge Luiz Vieira, Superintendente de Gestão da Secretaria de Estado da Saúde, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93, c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente aos Pregões n. 27/07; 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08; 13, 159, 28, 43, 48, 62 e 63/09 e aquisições diretas, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas no art. 52, inciso VI, do Decreto Estadual n. 45.038/09 e no art. 6º, incisos I e II, da Resolução n. 2.249/10; **VII)** aplicar multa ao Sr. Belmiro Gustavo Ribeiro, Superintendente de Gestão e Gerente de Compras da Secretaria de Estado da Saúde, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, por deixar de observar o disposto no art. 43, V, da Lei 8.666/93, c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente aos Pregões n. 27/07, 13, 33, 37, 38, 42, 49, 52 e 58/08, e n. 13, 159, 28, 43, 48, 62, 63/09, 02, 26 e 27/10 e aquisições diretas, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições previstas nos arts. 52, inciso VI, e 54, incisos I e II, do Decreto Estadual n. 45.038/09 e no art. 6º, incisos I e II, da Resolução n. 2.249/10; **VIII)** aplicar multa à Sra. Sandra Aparecida de Souza, Gerente de Compras, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93, c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente aos Pregões n. 02 e 27/10, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas nos arts. 52, inciso VI, e 54, incisos I e II, do Decreto Estadual n. 45.038/09, e no art. 6º, incisos I e II, da Resolução n. 2.249/10; **IX)** aplicar multa à Sra. Raquel Russo Mota, Pregoeira, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar 102/2008, por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93, c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente aos Pregões n. 33, 37, 38, 42, 49 e 52/08; 13, 159, 43, 48, 62 e 63/09; 02, 26 e 27/10, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas no inciso VII do art. 4º da Resolução SES n. 1.566/08 e no art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08; **X)** aplicar multa ao Sr. Rafael Elias Gonçalves, Pregoeiro, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93, c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente ao Pregão n. 013/08, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas no inciso VII do art. 4º da Resolução SES n. 1.566/08 e no art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08; **XI)** aplicar multa ao Sr. Daniel Pinto de Souza, Pregoeiro, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com fundamento nos arts. 83, inciso I, 84 e 85, incisos I e II, da Lei Complementar n. 102/2008, por deixar de observar o disposto no art. 43, inciso V, da Lei n. 8.666/93, c/c os arts. 1º e 5º da Res. CMED 04/06 e a Cláusula Primeira do Convênio ICMS n. 87/02, relativamente ao Pregão n. 58/08, na medida das responsabilidades inerentes às suas atribuições, previstas no inciso VII do art.

4º da Resolução SES n. 1.566/08 e no art. 9º do Decreto Estadual n. 47.786/08; **XII)** declarar extinta a punibilidade da Sra. Mônica Caetano Gonçalves, Pregoeira, consoante disposto no inciso XLV do art. 5º da CF e na Súmula 121 deste Tribunal, tendo em vista a comprovação de seu falecimento; **XIII)** determinar a intimação do atual Secretário de Estado da Saúde, do teor desta decisão, informando-o de que os autos permanecerão à sua disposição para a adoção das medidas que entender cabíveis; **XIV)** determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento das formalidades regimentais, com fundamento no disposto no inciso IV do art. 176 da Resolução TC n. 12/2008. Declarada a suspeição do Conselheiro Adonias Monteiro.

Plenário Governador Milton Campos, 13 de fevereiro de 2019.

MAURI TORRES
Presidente

DURVAL ÂNGELO
Relator

(assinado digitalmente)

ahw/RB/tp/mp

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**