



Processo TC 004.592/2010-7
Tomada de Contas Especial

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se de tomada de contas especial instaurada por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, contra os srs. Cairo Alberto de Freitas (ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, de 30.6.2006 a 31.3.2008); Antônio Durval de Oliveira Borges (Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde – GO, de 1º.8.2006 a 22.7.2008); Adriano Kennen de Barros (Pregoeiro – GO, nomeado pela Portaria 152/2004 –GAB/SES) e contra as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Ltda., em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS.

O motivo da instauração deste procedimento foram irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, que consistiram em pagamentos irregulares feitos às empresas Hospfar e Medcommerce, no âmbito dos contratos decorrentes do Pregão 201/2005, cujo objeto era o fornecimento de medicamentos para o Centro de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES.

Como parte dos pagamentos foi financiada com recursos federais, os autos foram encaminhados a esta Corte Federal de Contas, procedendo-se à citação das empresas e dos agentes públicos responsáveis (peça 17, pp. 18/44, peça 18 e peça 20, pp. 10/9).

Os responsáveis apresentaram alegações de defesa, à exceção do sr. Adriano Kennen de Barros. Todavia, a unidade instrutiva propôs a exclusão da sua responsabilidade.

Após apreciar as alegações apresentadas, a unidade técnica, naquele momento, propôs que as presentes contas fossem julgadas irregulares, condenando-se os responsáveis remanescentes ao pagamento de débito, e que lhes fosse aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (peça 25, pp. 11/2).

O Ministério Público, em sua primeira intervenção, concordou com as análises efetuadas pela unidade instrutiva (peça 25, pp. 14/6).

A empresa Hospfar autuou elementos adicionais de defesa (peça 25, p. 17 até peça 27, p. 31), e, por ordem de Vossa Excelência, a unidade técnica realizou novo exame técnico, no qual manteve, de maneira geral, o mesmo encaminhamento (peça 28, pp. 1/17).

Em seguida, o Laudo de Perícia Criminal Federal 185/2001 foi juntado aos autos (peça 28, pp. 20/52 e peça 31). O Diretor Técnico consignou que neste laudo “*são corroboradas todas as irregularidades já constatadas, tanto pela comissão de tomada de contas especial da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, quanto por esta unidade técnica nas fases processuais preliminares e na instrução de mérito*” (peça 28, p. 53). Assim, depois de fazer uma análise complementar, posicionou-se de acordo com a proposta do Auditor (peça 28, pp. 53/5).

Em seu segundo pronunciamento, o Ministério Público anuiu à proposta da unidade técnica. Assim, ao negar acolhimento aos novos elementos de defesa apresentados pela empresa, o Ministério Público reiterou seu encaminhamento anterior (peça 28, p. 57).

Em seguida, Vossa Excelência fez referência ao despacho prolatado no TC – 004.589/2010-6, em 4.4.2011, no sentido de que seu conteúdo balizasse um novo pronunciamento da unidade técnica, com o objetivo de que fosse aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de



TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO (peça 28, p. 58).

Eis o teor do referido despacho (peça 32):

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

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

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

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

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

Em atendimento à solicitação, a unidade instrutora, em sua derradeira instrução, assim se manifestou (peça 35):

“13. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 33). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCE’s que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pelas empresas fornecedoras dos valores indevidamente faturados, o que as obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

[...]

15. [...] eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. Entende-se que a estimativa de preços promovida dentro da licitação possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa a imputação de débito constante dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.”.

Ainda sobre as determinações contidas no despacho de Vossa Excelência, oportuno informar que, a Secex/GO, nos autos do TC 001.922/2009-5, apresentou proposta semelhante, e que, naquele processo, incluiu a informação de que “sobre tal entendimento já se obteve a anuência do próprio Ministro-Relator, quando autorizou em despacho o



prosseguimento das providências relativas à instrução do TC – 004.596/2010-2, em cujo teor já se continha apreciação técnica análoga.”

Assim, nesta TCE, a unidade técnica apresentou a seguinte proposta (peça 35, pp. 4/6):

“Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 28, p. 3-17), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) excluir o sr. Adriano Kennen de Barros do rol de responsáveis;

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, “b” e “c” da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresas, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 201/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

c) condenar os responsáveis ao recolhimento das dívidas que se lhes referem ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até a do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento do débito;

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

vide tabela na proposta

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.;

vide tabela na proposta

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

f) encaminhar cópia do relatório, voto e acórdão a serem proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, bem como ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás”.



II

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

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

Considerando que o TC 001.922/2009-5 é uma dessas TCEs, a manifestação do Ministério Público naqueles autos pode ser aplicada para o caso que ora se examina, pois, como visto, em todos os pregões para aquisição de medicamentos isentos de ICMS, ocorreu o mesmo procedimento:

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

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

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

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

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

Ainda, levando-se em conta que não houve a alegada “retenção de crédito”, segundo a resposta encaminhada pela SES/GO (peça 33), em atenção à diligência promovida pela Secex/GO, ao cumprir o despacho de Vossa Excelência, o débito apurado persiste.

III

O edital do Pregão 201/2005 – CPL/SES, que precedeu a contratação das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Ltda., determinava expressamente que (peça 3, p. 14):

“5.1.5. (...) No preço ofertado deverão estar incluídas todas as despesas que incidam



ou venham a incidir, tais como fretes, impostos, taxas, encargos, enfim, todos os custos diretos e indiretos necessários ao cumprimento do objeto ora licitado, inclusive os decorrentes de troca de produto dentro do prazo de garantia, se for o caso.”

A mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 3, pp. 15):

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

Os contratos, igualmente, traziam essa exigência (peça 7, p. 28 e 43):

“Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

Os medicamentos adquiridos estavam, portanto, isentos de ICMS. Apesar da clareza desses dispositivos, as contratadas emitiram pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, juntamente com a empresa Medcommerce.

O Convênio ICMS 87/2002 esclarecia que:

“Cláusula primeira – (...)

§ 1º A isenção prevista nesta cláusula fica condicionada a que:

(...)

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.”

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

Portanto, as empresas cobraram da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, sendo que a legislação determinava que os preços deveriam ser desonerados desse imposto.

As defendentes alegaram, em suas defesas, que, em respeito ao princípio da legalidade, o edital não poderia prever a incidência de ICMS sobre os preços dos itens licitados, se a lei estabelecia que eram isentos desse imposto (cf. Convênio ICMS 87/2002).

A fragilidade desse argumento é evidente. No item 5.3.1, o edital do Pregão 201/2005 – CPL/SES contém a seguinte observação (peça 3, p. 15):

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



(Grifo e negrito no original).

É claro, então, que o edital não previa a incidência de ICMS sobre os produtos a serem adquiridos, mas simplesmente que o valor desse tributo fosse incluído nos preços licitados, para posteriormente, durante a execução contratual pela vencedora da licitação, ser destacado na Nota Fiscal e, aí sim, ser devidamente excluído do valor cobrado à SES/GO.

As contratadas, ainda, alegam que, se as suas propostas desatenderam os requisitos do edital, deveriam ter sido desclassificadas de imediato pela SES/GO. Como isso não ocorreu, teria incidido a chamada “coisa julgada administrativa”, de efeito semelhante ao da preclusão, de modo que a Administração não mais poderia revogar o ato que surtiu efeitos válidos, com a entrega total dos medicamentos contratados.

Esse argumento também é de precariedade evidente. É claro que não se trata, no caso, de revogação de ato regular pela Administração, por motivos de conveniência, oportunidade e razoabilidade. O que há é anulação parcial de atos cujos efeitos não se conformaram inteiramente à lei, representada, no caso, pelo edital e pelo contrato. E, o que é pior, trata-se, outrossim, de ato que deu causa a lesão ao erário, atraindo sobre si a aplicação da Lei 8.443/1992 e dos dispositivos constitucionais pertinentes, notadamente aquele do art. 37, § 5º, que define como imprescritíveis as ações de ressarcimento nos casos de ilícitos que causem prejuízo ao erário. Ante a imprescritibilidade dessas ações, inequivocamente reconhecida pelo STF (MS 26.210-9/DF) e por esta Corte (Acórdão 2.709/2008 –TCU – Plenário), falecem os argumentos da responsável em prol da suposta “preclusão” aplicável à espécie.

As empresas prosseguem declarando que, desde o início do procedimento licitatório, deixaram claro que seus preços estavam cotados sem a inclusão de ICMS.

Porém, isso é uma meia-verdade. A Hospfar emitiu duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 12.8.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 (peça 4, p. 20), a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 4, p. 21).

No entanto, a Comissão de TCE da SES/GO colacionou uma outra declaração, também, curiosamente, do mesmo dia 12.8.2005, em que a Hospfar afirma textualmente que “*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*” (peça 4, p. 13). A Medcommerce, juntamente com sua proposta de preços, apresentou declaração de que “*nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irrealizáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta, e/ou conforme Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*” (peça 4, p. 48).

Isso destrói a tese de que, com boa-fé e transparência, teriam informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplica diante de sua postura ambígua e contraditória.

Na verdade, as contratadas indicaram apenas um valor em suas propostas e, só na execução contratual, informaram com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS.

Isso diante de um edital e contrato que diziam com todas as letras e acima de qualquer dúvida que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que só na execução contratual se deveria indicar a desoneração do ICMS.

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

Sobre a obrigatoriedade da observância aos princípios acima referidos, José dos Santos



Carvalho Filho, em sua obra, “Manual de Direito Administrativo” (16ª Edição, Lúmen Júris, p. 209) leciona que:

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

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

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

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

No entanto, apesar de o edital determinar que os preços devessem ser desonerados do ICMS, as empresas contratadas cobravam da SES/GO preços indevidamente acrescidos desse imposto.

Precavendo-se contra a previsível derrocada de seus argumentos anteriores, as empresas tentam ao menos minimizar seu possível prejuízo, lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, são beneficiadas 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 terem de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado, pleiteiam 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 isentas de ICMS, as empresas não podem pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%. As próprias empresas, aliás, demonstram estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simularem a desoneração de suas notas fiscais, aplicaram o percentual de 17% e não de 10%.

Destacam, em suas alegações, que a SES/GO atestou que os preços dos medicamentos fornecidos na licitação considerada estavam de acordo com o preço de mercado. Logo, não haveria fato típico apto a motivar a TCE, eis que ausente o prejuízo ao erário.

O argumento é falacioso em sua origem. No relatório conclusivo encontra-se realmente a afirmação de que não haviam sido verificados indícios de dano ao erário, “*no tocante aos valores contratados*”, visto que estavam de acordo com os valores de mercado. Porém, ao se consultar as tabelas em que se baseia essa afirmação, percebe-se que a Comissão refere-se aos valores de mercado com ICMS incluso. Nos preços de referência obtidos da revista especializada Simpro, por exemplo, está explícito que



foi utilizada a média entre os preços de fabricação e os preços máximos ao consumidor, ambos com a inclusão de 17% de ICMS (“P. FAB. 17%” e “PMC 17%”).

Ocorre que, como já amplamente discutido neste parecer, a empresa deveria ter cobrado preços desonerados de ICMS, como determina a legislação. Logo, para avaliar a adesão dos preços cobrados pela empresa aos preços de mercado, estes últimos devem ser cotados com exclusão do ICMS.

Após a apresentação de suas alegações de defesa, a Hospfar retornou aos autos, trazendo novos elementos (peça 25, p. 17 até peça 27, p. 31), incluídos os pareceres de dois alentados eminentes juristas Marçal Justen Filho e Ives Gandra da Silva Martins. A unidade técnica analisou-os adequadamente, de modo geral, concluindo, por fim, que não são suficientes para descaracterizar a irregularidade observada neste processo.

O Ministério Público entende necessário, todavia, reforçar alguns pontos e destacar alguns aspectos que mereceram menor atenção da unidade técnica.

O sr. Marçal Justen Filho argumenta que o Convênio ICMS 87/2002, recepcionado pelo Decreto Estadual 4.852/1997, não exigia inclusão do ICMS nos preços das propostas, nas licitações relativas a operações realizadas com medicamentos beneficiados com isenção, mas apenas previa que houvesse expressa indicação no documento fiscal do abatimento de valor equivalente ao ICMS que seria devido.

De fato, o citado convênio prevê apenas que:

“Cláusula Primeira – (...)

§ 1º A isenção prevista nesta cláusula fica condicionada a que:

(...)

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.”

O ilustre parecerista prossegue, apontando que a exigência de inclusão do ICMS nos preços das propostas só viria a ser adotada a partir da edição do Convênio ICMS 57/2010, que revogou, com efeitos somente a partir de 23.4.2010, o citado inc. III do § 1º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002, acrescentando um § 6º, com a seguinte redação:

“O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal”.

Daí que a cláusula editalícia da licitação em comento, vencida pela Hospfar, que exigia a apresentação dos preços das propostas com a inclusão do ICMS seria antijurídica, por falta de fundamento legal (na verdade, como mencionado acima, havia duas cláusulas com esta exigência, os itens 5.1.5 e 5.3).

Ocorre que a solução adotada no referido edital não era vedada nem incompatível com o disposto no Convênio ICMS 87/2002. Ao contrário, o próprio fato de sua adoção pela legislação de 2010 demonstra que era razoável e adequada. Tanto que, como reconhece o ilustre parecerista, a Hospfar a impugnou tanto na via administrativa quanto na judicial, sem obter sucesso em nenhuma das duas.

Ambos os pareceristas insistem em que a Hospfar agiu lealmente perante a Administração, tendo declarado expressa e inequivocamente que os preços de sua proposta já estavam desonerados de ICMS. Esta afirmativa, no entanto, é falsa, pois, como já apontado no parecer anterior do Ministério Público, na mesma data em que encaminhou declarações com este teor à Administração, a Hospfar encaminhou outra, colacionada pela Comissão de TCE da Secretaria de Saúde de Goiás, em que afirmava textualmente que “*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*”



(fl. 472, v.1).

De qualquer forma, o simples fato de comunicar à Administração a prática de ato em desconformidade com o edital de licitação não elide a irregularidade desta conduta. Note-se, além disto, que o fato de a Hospfar insistir em descumprir o edital mesmo depois de ter sido vencida, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, na sua pretensão de impugná-lo, longe de demonstrar lealdade com a Administração, revela audácia e pretensão de exercer seus supostos direitos por seus próprios meios, desprezando as vias legais.

Destaque-se que, ao contrário do que defendem os pareceristas, também o Contrato 38/2006 – GJ/SES deixava claro que o ICMS estava incluso nos preços:

“Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

Não resta dúvida, pois, de que, ao emitir notas fiscais sem abater o ICMS que estava incluído nos preços contratados, a Hospfar descumpriu regras editalícias e contratuais que estavam em perfeita conformidade com a legislação vigente, incorrendo, portanto, em irregularidade da qual tinha plena ciência e causando prejuízo aos erários federal e estadual.

Finalmente, merece um pouco mais de atenção a assertiva de ambos os pareceristas de que não é correto considerar que o percentual de ICMS incidente sobre os produtos fornecidos pela contratada seja de 17%, notadamente por ser esta signatária de Termo de Acordo de Regime Especial - Tare, o que resultaria na aplicação de alíquota de 10% ou de 10,35% (os pareceres hesitam entre estes dois percentuais).

A Hospfar compareceu aos autos mais uma vez com alegações adicionais (peça 34), por meio das quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs atuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

A contratada alega que este Tribunal de Contas proferiu o Acórdão 140/2012, da lavra do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, TC 009.625/2011-9, entendendo ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

Argumenta que a mencionada decisão foi proferida “*após a constatação deste Tribunal que o assunto referente ao ICMS é completamente desconhecido pelos gestores públicos e que, a exigência de apresentação de propostas ‘oneradas’ é absolutamente inconstitucional, pois fere de morte o princípio da igualdade*”.

A responsável aduz que tanto ela quanto os demais fornecedores da SES/GO, “*apresentavam suas propostas desoneradas do ICMS, declarando tal situação expressamente na abertura do certame, e assim, os preços julgados eram os desonerados*”.

Afirma, então, que “*a questão relativa ao ICMS era, à ocasião dos pregões, por demais controversa e desconhecida pelos gestores públicos, conforme reconhecido pelo Acórdão 140/2012, que entendeu pela inconstitucionalidade da conduta que a SES/GO adotava, de exigir a apresentação de propostas ‘oneradas’, tendo ademais, recomendado a alteração do Convênio Confaz ICMS 87/2002, para que conste expressamente que as propostas devem ser apresentadas sem a inclusão do imposto*”.

O Ministério Público repisa que não pode ser reconhecida a boa-fé da empresa Hospfar por ocasião da apresentação de suas propostas, pois, ao contrário do que afirma, nem sempre declarou que os preços ofertados estavam desonerados do ICMS, conforme já analisado neste parecer.

No que tange ao Acórdão 140/2012 – Plenário, pela sua pertinência, passa-se a transcrevê-lo:



“ACÓRDÃO Nº 140/2012 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão ordinária de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 143, incisos III e V, alínea ‘a’, c/c o art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU, em arquivar o presente processo, sem prejuízo de fazer as seguintes determinações e recomendações, de acordo com o parecer da 4ª SECEX:

1. Processo TC-009.625/2011-9 (RELATÓRIO DE LEVANTAMENTOS)

1.1. Interessados: Ministério Público do Estado de Mato Grosso (00.000.000/0001-23); Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Goiás (01.409.598/0001-30)

1.2. Órgão/Entidade: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Estado da Saúde de Goiás; Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná; Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal; Secretaria de Estado de Saúde Em Mato Grosso

1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.4. Unidade Técnica: 4ª Secretaria de Controle Externo (SECEX-4).

1.5. Advogado(s) constituído(s) nos autos: não há.

1.6. Determinar:

1.6.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, com fundamento na Cláusula Primeira do Convênio - Confaz 87/2002, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, oriente os gestores federais, estaduais e municipais acerca da aplicação da isenção do ICMS nas aquisições de medicamentos por meio de cartilhas, palestras, manuais ou outros instrumentos que propiciem uma repercussão ampla, alertando aos entes que as propostas dos licitantes devem contemplar a isenção do tributo;

1.6.2. à Secretaria-Geral de Controle Externo que divulgue o teor desta decisão às Secretarias de Controle Externo estaduais para subsidiar a programação de auditorias de conformidade a serem realizadas com o objetivo de: (i) estabelecer metodologia de cálculo de valor de referência para os medicamentos selecionados, com base em pesquisa de preços devidamente fundamentada; (ii) apurar sobrepreços na aquisição dos medicamentos pelos entes federativos; (iii) verificar a regularidade das aquisições de medicamentos; (iv) avaliar a qualidade e confiabilidade dos controles internos empreendidos do recebimento dos produtos até a sua distribuição; (v) verificar as condições de armazenagem dos fármacos; (vi) verificar a alimentação do Banco de Preços em Saúde pelos entes federados;

1.7. Recomendar:

1.7.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que revogue o § 3º do art. 5º da Portaria - GM/MS 2.814/1998, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna;

1.7.2. ao Conselho Nacional de Política Fazendária, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que altere o § 6º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, 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”.

Cumprido destacar que o § 6º, declarado inconstitucional pelo Tribunal, nos termos do *decisum* acima, foi acrescido à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002 pelo Convênio ICMS 57/10, com efeitos a partir de 23.4.2010:

“Acrescido o § 6º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 57/10, efeitos a partir de 23.04.10.



§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal” (http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087_02.htm).

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 201/2005 e o contrato dele decorrente, pois foram realizados em época que o dispositivo impugnado sequer existia e, por imperativo lógico, não os regeu.

Diante do exposto, verifica-se que as alegações de defesa das contratadas não foram suficientes para afastar o débito que lhes foi imputado, nem tampouco há indícios que permitam caracterizar a boa-fé na sua conduta. Impõe-se, portanto, o julgamento pela irregularidade de suas contas.

IV

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 24, pp. 1/33), alegam basicamente que, tão logo tomaram conhecimento da irregularidade em questão, determinaram a realização de auditoria e a adoção de providências para a apuração e compensação dos valores pagos em excesso à Hospfar. Embora o problema não tenha sido solucionado em sua gestão, destacam que deixaram saldo contratual mais que suficiente para arcar com o débito apurado. Finalmente, anexam cópias de atos da SES/GO que determinaram a retenção de valores nos processos que envolviam desoneração de ICMS, para compensação de valores pagos indevidamente.

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

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

V

O Ministério Público anui às demais análises efetuadas pela unidade técnica, assim, decorrido o prazo fixado, as contas de todos os responsáveis estarão em condições de julgamento por esta Corte de Contas.

VI

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

a) rejeite as alegações de defesa oferecidas pelos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, com fulcro nos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 202, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, fixando-lhes novo e improrrogável prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para que comprovem o recolhimento das importâncias abaixo especificadas aos cofres do Fundo



Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente, a partir das datas indicadas, até a data do seu efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

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

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
99729	4.159,30	21/11/2007
97519	582,60	21/11/2007
95053	10.398,24	21/11/2007
92070	8.384,58	21/11/2007
88075	12.538,79	16/4/2007
89456	2.512,91	21/11/2007
111533	1.222,17	16/4/2007

- em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
44702	18.433,14	18/9/2006
45151	19.457,21	18/9/2006
45344	107.526,68	18/9/2006

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

Brasília, em 18 de julho de 2012.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador