

VOTO

Conforme visto no relatório precedente, trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 – Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 117/2006, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento de medicamentos para a Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO.

2. A irregularidade tratada neste processo foi descrita inicialmente pela equipe de inspeção da Secex/GO e reportada no relatório que precedeu o referido acórdão, ensejando a determinação para instauração de tomada de contas especial por parte da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO) para cada um dos pregões relativos à aquisição de medicamentos, o que foi efetuado pela referida unidade.

3. A principal irregularidade apontada, a partir da qual se apurou dano ao erário, consistiu na constatação de que não teria havido efetiva desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados às empresas contratadas, e, em especial neste processo, não houve a desoneração do ICMS, por ocasião dos pagamentos (desoneração devida em razão de isenção fiscal). A empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. teria apresentado nota fiscal para fins de faturamento dos valores contratados para o fornecimento do medicamento Ziprasidona sem considerar a desoneração do imposto em relação à sua proposta, de modo a gerar o abatimento do tributo no momento do pagamento.

4. Segundo apurado inicialmente na representação examinada por meio do Acórdão 45/2008 – Plenário (representação da 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás), as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS, e, por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater, na nota fiscal, o ICMS embutido, em razão de isenção do tributo nas operações de fornecimento ao Estado, de forma que o valor bruto com impostos só serviria para fins de julgamento e comparação entre propostas, pois o valor líquido para efetivo pagamento pelo contratante e recebimento pela contratada, seria aquele valor resultante da dedução da alíquota de ICMS em operações com venda de medicamentos, seja quando a empresa fosse situada no Estado de Goiás (operações internas com ente estatal), seja em razão da dispensação excepcional de alguns medicamentos, tudo em face do disposto em normas de isenção do ICMS explicitadas no edital (Convênios do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz).

5. Todavia, conforme verificado neste específico caso, a empresa Hospfar, por ocasião dos pagamentos, aduziu que o preço por ela ofertado teria sido valor já desonerado do ICMS, ou seja, livre do imposto, de forma que essa empresa não deveria deduzir do valor de sua proposta final o correspondente ICMS, o qual já teria sido deduzido por ocasião da proposta. Assim, pleiteou o pagamento do exato valor constante de sua proposta comercial, no que foi, inicialmente, atendida pela SES/GO, resultando no débito objeto desta TCE. Saliente-se, por oportuno, que em razão de questionamentos posteriores surgidos em torno da matéria, a SES/GO chegou a cogitar a retenção dos valores em discussão, relativos ao ICMS, em várias faturas, o que foi realizado temporariamente, conforme se deduz dos autos (peça 60), retenções essas que não impactam o débito ora em discussão, conforme demonstrarei adiante, seja porque efetuadas somente na fonte estadual, seja por não ter se tornado definitiva.

6. Cumpre ainda destacar que o débito tratado nesta tomada de contas especial, da ordem de R\$ 44.556,86 em valores originais, representa apenas os valores efetivamente pagos por ocasião do levantamento efetuado pela comissão instauradora da tomada de contas especial e referentes à parcela dos recursos federais despendidos, haja vista que a despesa foi custeada por duas fontes de recursos: i) federal, pela “fonte 23”; e ii) estadual, pela “fonte 00”. Até aquele momento não teria havido o pagamento integral dos valores faturados (liquidados) constantes das notas fiscais. Assim, a comissão instauradora apontou um dano potencial de R\$ 258.508,80, e um dano efetivo de R\$ 44.556,86, sendo

o dano potencial relativo aos valores liquidados e não pagos e o dano efetivo relativo aos valores liquidados e efetivamente pagos (conforme relatório do tomador de contas, à peça 38, p. 44-51, peça 39, p. 01-27, peça 40, p. 1).

7. Além do mais, concentra-se nos pagamentos efetuados à empresa Hospfar, uma vez que a comissão instauradora apurou que no tocante à empresa Milênio Dist. Prod. Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. os pagamentos pelos fornecimentos do item de medicamento a ela adjudicado resultaram em dano efetivo de R\$ 85,00, frente ao potencial de R\$ 13.773,57, na fonte federal. Portanto, havia um dano concreto de valor irrisório até aquele momento, tendo sido descartada a citação neste processo, conforme proposta da instrução inicial dos autos. Já quanto à fornecedora de outro item do edital, a empresa Medcommerce Com. Medicamentos e Prod. Hospitalares Ltda., o dano potencial decorrente da não desoneração seria da ordem de R\$ 226.729,72; todavia, não teria havido dano efetivo, porquanto os valores pagos não refletiram os valores pleiteados, ou seja, até aquele momento, não houve pagamento integral das notas fiscais, conforme pleiteado.

8. Essas informações extraídas do relatório do tomador de contas (peça 38, p. 44-51, peça 39, p. 01-27, e peça 40, p. 1) são aqui destacadas em razão da constatação de que as retenções de pagamentos efetuadas no âmbito da SES/GO, diante das discussões em torno da oneração ou desoneração das propostas das licitantes fornecedoras de medicamentos, não puderam ser mantidas, conforme consta da peça 60 destes autos, de modo que, se o Tribunal decidir pela existência do dano apurado nesta tomada de contas especial, levando em consideração que os preços apresentados já se encontrariam onerados de ICMS, haverá necessidade de se determinar àquele órgão estadual que instaure processos de tomada de contas especial para reaver os valores federais despendidos nos pagamentos ulteriores àqueles apurados nesta tomada de contas especial, haja vista a possível concretização do dano potencial apontado pela comissão instauradora desta TCE.

9. Quanto ao mérito, acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de dano ao erário, o qual se imputa em solidariedade aos agentes públicos e empresa fornecedora do medicamento Ziprasidona, a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., conforme razões que exporei a seguir.

10. Quanto à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante. Como visto no relatório precedente, a unidade técnica não a reconhece, propondo desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, ao passo que o Ministério Público, que também vinha se posicionando nesse sentido, conforme os pareceres exarados pelo Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, alterou seu posicionamento, passando, com o parecer produzido pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, a reconhecer a boa-fé dos gestores, de modo que propõe a rejeição das alegações de defesa desses com a concessão de novo e improrrogável prazo para o recolhimento do débito atualizado.

I – Da origem do débito apontado

11. O débito apontado nos autos tem origem no confronto entre as propostas apresentadas e o disposto no edital da licitação. O Pregão 117/2006 foi lançado pela SES/GO visando à aquisição de 5 tipos de medicamentos, licitados por itens, conforme a seguir: 1) Somatrofina 4 UI Inj F/A ou Somatrofina 12 UI Inj F/A; 2) Sulfassalazina 500 mg – caps.; 3) Tracolimus 5mg – caps; 4) Topiramato 50 mg – comp; e 5) Ziprasidona 40 mg – comp.

12. O custo estimado da contratação, levantado na fase interna com base em pesquisas realizadas pela SES/GO, foi de R\$ 15,2 milhões, sendo R\$ 12,31 milhões relativos ao fornecimento do item 1 da licitação (medicamento Somatrofina), vencido pela empresa Medcommerce. O débito em discussão neste processo se refere apenas ao fornecimento do medicamento Ziprasidona comprimidos de 40 mg, cuja estimativa foi de R\$ 1.520.640,00 para o fornecimento de 216 mil unidades a R\$ 7,04 cada, pois, conforme já indicado, somente houve, até a instauração da TCE, dano efetivo com relação a

parte dos pagamentos efetuados à empresa fornecedora do Ziprasidona, a Hospfar, no âmbito dos fornecimento efetuados por conta do referido pregão.

13. O edital previa que, para os fins da licitação, as empresas deveriam apresentar suas propostas com todos os impostos e demais encargos incluídos, inclusive o ICMS, ainda que os fornecimentos pudessem ser realizados com isenção desse imposto, ante as seguintes disposições editalícias (peça 6, p. 49):

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

5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais.” (destaquei)

“OBS: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame, deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/03 CONFAZ, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825 (...) e no que couber, ao Convenio ICMS nº 87/02, 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 Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo” (destaque do original)

14. Por esses dispositivos, a licitante deveria apresentar o preço onerado pelo ICMS, mesmo não sendo a SES contribuinte do imposto, e, na emissão da nota fiscal, deveria atender aos termos dos referidos convênios do Confaz, relativos ao produto cotado, de modo a incluir na nota o destaque da correspondente isenção do tributo. Ou seja, na nota fiscal, apresentaria o valor bruto da proposta e a dedução correspondente ao ICMS objeto da isenção, chegando-se ao valor líquido da nota, para fins de liquidação e pagamento.

15. O edital do pregão em questão, portanto, fazia referência às isenções presentes em dois diferentes convênios Confaz (peça 36, p. 4-16):

15.1 - o primeiro deles, mais antigo (Convênio ICMS 87/02), concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional (dentre os quais o Ziprasidona), desde que observadas certas condições (e.g.: que os medicamentos também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal);

15.2 – o segundo (Convênio ICMS 26/03) previa isenção de ICMS nas operações internas relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas fundações e autarquias, também com condicionantes, tais como: desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado; indicação desse desconto no documento fiscal; e comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de importação.

16. Portanto, sem olvidar que os medicamentos objeto do fornecimento poderiam eventualmente contar com isenção concedida mediante dois diferentes convênios do órgão de política fazendária, o edital previa que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS, tributo esse que seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a SES não seria contribuinte do tributo, ou, em outras palavras, uma vez que o produto gozaria de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais, como é o caso.

17. Para extirpar qualquer dúvida sobre a forma como deveria se dar os pagamentos, face à proposta, o edital do pregão também previu o seguinte, no tópico “XI – DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO”:

“11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota (s) Fiscal (is) será (ao) emitido (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total do (s) faturado (s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Decreto Estadual nº 5.825/02¹ e do Convênio ICMS 87/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

= Preço de Fábrica
(-) Desconto Ofertado
= Sub-total
(-) Desoneração do ICMS
=Total a pagar”

18. Resta evidente, portanto, que as propostas deveriam ser formuladas com ICMS embutido, porém, por ocasião das faturas (notas fiscais), haveria o desconto, o abatimento, a desoneração do ICMS, vez que não seria devido: a) nas operações internas, como o foi no caso da empresa Hospfar, sediada em Goiânia/GO (Convênio ICMS 26/03), ou, ainda assim, b) mesmo que nas operações externas, se levado em consideração o Convênio ICMS 87/02, onde consta o medicamento Ziprasidona.

19. A licitante Hospfar, no pregão em tela, apresentou sua proposta para todos os itens do certame (peça 15, p. 12-13). Somente se sagrou vencedora do item 5 (Ziprasidona), tendo apresentado preço unitário de R\$ 7,70. Foi a única licitante a apresentar proposta de preço para esse item. Sua proposta, datada de 17/7/2006 foi acompanhada de declarações de mesma data, nas quais informou que:

a) 1ª declaração: *“Nos preços propostos estão inclusos todos os custos diretos e indiretos, embalagens, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas por lei, para a entrega dos produtos no Centro de Medicamentos de Alto Custo (...)”* (destaquei), consignando no mesmo documento a seguinte declaração: *“Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)”*, conforme peça 15, p. 14;

b) 2ª declaração: os preços ofertados estavam de acordo com o Decreto Estadual nº 5.707/2002 (peça 15, p. 20), ou seja, de acordo com o Convênio ICMS 87/02;

c) 3ª declaração: que os preços também estavam de acordo com o Decreto Estadual 5.825/2003 (peça 15, p. 22), e, portanto, conforme o Convênio ICMS 26/03;

d) 4ª declaração: porém, de forma contraditória, informou noutra declaração que *“os preços cotados já estão contemplados com a redução do ICMS, conforme estabelecido pelo CONFAZ, através do Convênio 87/02, 118/02 e 126/02”* (peça 15, p. 23).

20. Não há dúvidas, a meu ver, que diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia ao pregoeiro questionar a empresa se seus preços foram ofertados com incidência ou não de ICMS. Caso a proposta apresentada já se encontrasse desonerada, caberia ao pregoeiro desclassificá-la por descumprimento ao item 5.3 do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, esse último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993. Assim, diante do fato de haver somente essa licitante com proposta de preços para o item, havendo confirmação de que a intenção era realmente a de apresentar proposta sem ICMS, deveria o pregoeiro declarar a licitação fracassada para o item, utilizando-se, em seguida, do disposto no art. 48, inciso I e § 3º, da Lei 8.666/1993, segundo os quais: (a) *“serão desclassificadas: I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação; e (b) “§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.”*

¹ O correto é Decreto nº 5.858/03 e não como grafado no edital, pois editado no ano de 2003, após o Convênio ICMS 26/03, para fins de regulá-lo internamente, no Estado de Goiás.

21. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas (peça 39, p. 27 e peça 40, p. 1-2). Conforme depoimento prestado à comissão, o pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, considerou que se ela declarasse estar de acordo com os termos do edital, esta declaração prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada. Tomado em consideração esse depoimento, mais a informação constante do item 5.3 do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no item 2.2 do edital havia previsão de que “a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis”, a comissão de instauração da TCE entendeu que, apesar da falha em não se ter procedido à desclassificação da proposta, permaneceu ela vinculada aos termos do edital e às declarações prestadas acerca da inclusão de todos os tributos, de modo que os preços ofertados, pela vinculação ao instrumento convocatório, deveriam ser reputados com inclusão do ICMS.

22. Em que pese as disposições editalícias e algumas das declarações prestadas, a empresa Hospfâr pleiteou a realização de pagamentos com base na premissa de que os preços já se encontravam desonerados do ICMS. Desse modo, nas notas fiscais apresentadas, indicou o preço da proposta e a ela acresceu o ICMS correspondente, para, logo em seguida, abatê-lo, de maneira que o valor cobrado, valor líquido da nota, correspondesse exatamente ao valor da proposta apresentada.

23. Em vez disso, o procedimento reputado correto na situação evidenciada nos autos, consistiria na emissão de nota fiscal pelo valor bruto, exatamente como indicado na proposta, para em seguida deduzir o ICMS, sendo o resultado líquido objeto de pagamento pela SES, o que não ocorreu, estando explicitada, dessa forma, a origem do débito, conforme entendimentos da comissão instauradora, da unidade técnica deste Tribunal, do Ministério Público/TCU e também deste relator.

II – Da negociação havida no pregão:
ato que confirma os preços onerados na proposta

24. Importante questão foi abordada no parecer do Ministério Público/TCU, proferido pelo Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, transcrito no relatório precedente, e que tomo a liberdade de novamente transcrevê-lo a seguir, pois confirma, sem sombra de dúvidas, que os preços da proposta da empresa Hospfâr já se encontravam onerados com o ICMS, situação peculiar em se tratando da contratação efetuada com essa empresa no âmbito do Pregão 117/2006:

“5. Em relação ao parecer emitido pelo Prof. Marçal Justen Filho, além das ponderações exaradas pela unidade técnica, destaco, por relevante, que o ponto fulcral daquela manifestação reside no pressuposto de que a Administração teria aceitado a proposta apresentada pela empresa Hospfâr, com expressa menção de que sua cotação estaria desonerada do ICMS, após o que não teria competência para unilateralmente alterá-la.

6. Entretanto, duas circunstâncias afastam o paradigma eleito, induzindo o equívoco das conclusões do reconhecido parecerista.

7. A primeira delas, já evidenciada em minha manifestação anterior, diz respeito ao fato da empresa Hospfâr, ao participar da licitação em exame, haver apresentado em sua proposta de preços declarações conflitantes em relação aos tributos incidentes em sua cotação. Em uma delas, afirma textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’, indicando, inclusive, a alíquota de ICMS aplicável ao Estado de Goiás, de 17% (fl. 415, vol. 2). Em outras duas, dá conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, e, de forma mais explícita, afirma que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (fls. 423/424, vol. 2).

8. A outra, mais importante, refere-se ao fato de que a proposta da licitante não foi aceita pela Administração, mas antes, a própria Hospfâr, em negociação direta com o pregoeiro administrativo, em virtude da ausência de outros lances no certame para o item por ela adjudicado, aderiu à estimativa de preços do edital convocatório, ou seja, 7,04, neste montante já inclusos os 17% de ICMS, na forma da Cláusula 5.3 do edital (fl. 72, vol. principal).

9. Logo, não foi a Administração quem aceitou a proposta da empresa Hospfar, antes, foi a própria Hospfar quem concordou, após negociação, com o preço constante do ato convocatório, nele já incluído o mencionado imposto.” (destaquei).

25. Com efeito, ainda que se considerasse, como quer a defesa, a prevalência da declaração da Hospfar de que os preços de sua proposta (proposta inicial, diga-se de passagem, antes da etapa de lances) estavam desonerados do ICMS, prevalência essa sobre as regras do edital e sobre as outras declarações prestadas acerca da inclusão de todos os impostos, subsistiria o débito apurado nos autos em razão do fato de que, tendo sido sua proposta a única apresentada para o item, no valor de R\$ 7,70/unid., procedeu o pregoeiro à renegociação do seu valor para que não ultrapasse o preço estimado e que serviu de parâmetro para a contratação, tendo a empresa aceitado tal condição.

26. Conforme registrado na ata do pregão (peça 21, p. 19), *“fora feita renegociação no item 05 com o representante da empresa Hospfar, onde o mesmo ofertou um lance de R\$ 7,04 (sete reais e quatro centavos), onde o mesmo valor da Portaria 21/2006 media entre o preço de fábrica e o preço de mercado.”*. Desse modo, visando não ultrapassar o valor estimativo, tomado como parâmetro máximo de preços pelo pregoeiro, parâmetro esse que foi estabelecido de acordo com os termos da Portaria 21/2006 da SES/GO, a empresa aceitou fornecer o medicamento com esse valor, de modo que expressamente anuiu ao recebimento da referida importância por unidade de medicamento. Tanto assim que lhe foi adjudicado o item 5 ao preço estimado para a contratação: R\$ 7,04, já incluso o ICMS, totalizando R\$ 1.520.640,00 para 216.000 unidades, mesmo valor constante da estimativa efetuada na fase interna da licitação.

27. Esquece agora a empresa, em sua defesa, de mencionar que esse valor parâmetro já continha o ICMS embutido. A SES/GO jamais poderia, portanto, pagar valor superior a esse, ainda que com base nos pedidos e declarações da empresa, pois já não procederia qualquer discussão se o valor renegociado estaria ou não sem inclusão de ICMS. Isso porque a referida Portaria 21/2006, acostada aos autos à peça 5, p. 3, dispunha que *“o valor estimado do produto a ser adquirido, será sempre a média encontrada entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, ou qualquer outro método/meio útil que comprove a realidade de mercado”*, e, conforme o Despacho 184/2006-GS/SAF/SES-GO (peça 5, p. 10) a SES se utilizou exatamente dessa metodologia, indicando um valor estimado para a licitação mediante a média entre preço de fábrica e preço máximo ao consumidor, ambos com ICMS incluso.

28. Necessário esclarecer que, consoante explicitado nos autos e no referido despacho, a SES efetuou seguidas estimativas. Primeiramente, o levantamento anterior dos preços estimados teria se utilizado da Portaria 616/2002 (peça 2, p. 9), a qual tomava como parâmetro o preço de fábrica: *“valor de referência adotado (por produto): preço de fábrica praticado no mercado e não o valor fixado pelo Ministério da Saúde”*, conforme constava da portaria. Nesse sentido, a SES acostou aos autos a lista de preços de fábrica (PFAB) e máximos ao consumidor (PMC) da época (peça 3, p. 3), onde constavam os preços com indicativos de alíquotas de ICMS de 17% a 19% (portanto, com ICMS embutido), na qual se verificavam PFAB = R\$ 5,70 e PMC = 7,88 (fonte: Anvisa), tendo sido adotado o parâmetro de R\$ 5,70, conforme despacho no processo datado de novembro de 2005, já com ICMS incluso à alíquota interna de Goiás que é de 17% (peça 3, p. 6).

29. Depois, com a edição da nova portaria em 2006 (Portaria 21/2006, citada na ata do pregão em face da renegociação), as estimativas passaram a levar em consideração a média entre os preços de fábrica e máximo ao consumidor, o que, em um primeiro momento, resultou na média entre os dois valores citados no parágrafo antecedente (R\$ 6,79), conforme peça 5, p. 3 e 8. Posteriormente, dada a necessidade de atualização dos valores obtidos, conforme Despacho 928/2006 (peça 6, p. 3), os medicamentos foram objeto de nova pesquisa de preços junto à Anvisa e às revistas e sistemas especializados como o Kairos (peça 6, p. 17-18 e 23), hoje também disponível para consulta na internet (<http://brasil.kairosweb.com>). Nessa nova oportunidade, foi encontrado preço médio de R\$ 7,04 (sete reais e quatro centavos), já com inclusão de ICMS de 17%.

30. Portanto, o preço estimado da contratação, constante do processo licitatório, era de R\$ 7,04 já incluso ICMS de 17% (média entre PFAB=R\$ 5,91 e PMC=R\$ 8,17), em que pese a SES/GO não ser contribuinte do imposto, de modo que, ao aceitar a negociação com o pregoeiro, a empresa Hosp far terminou por aceitar o fornecimento do item ao preço da estimativa, conforme registrado em ata, e, portanto, já com inclusão de ICMS.

31. Dessa forma, no caso específico dos fornecimentos da Hospfar neste Pregão 117/2006, não há sequer como considerar a prevalência de sua declaração inicial de que os preços estariam desonerados de ICMS. Mesmo que não se levasse em conta o fato de que o edital exigia, para apresentação de propostas, a inclusão do tributo, a negociação havida com a empresa, para que baixasse seu preço, a fez aderir ao preço estimado da licitação, sobre o qual já incidia o ICMS à alíquota de 17%, na forma da Cláusula 5.3 do edital.

32. Ora, se o preço renegociado fosse admitido como sendo preço sem ICMS embutido, não haveria sentido algum na negociação efetuada pelo pregoeiro, o qual sabia das condições do edital, e também sabia que não podia efetuar a contratação a preço superior ao estimado. Aceitar, na negociação, valor de R\$ 7,04, sem ICMS, seria o mesmo que concordar que a proposta apresentada representasse R\$ 8,48/unid., com ICMS incluso, valor esse superior ao preço parâmetro da licitação.

III – Da comparação com os preços de referência - mercado

33. Questão importante no exame da matéria consistiu na averiguação da real adequação dos preços praticados pelas empresas nas licitações envolvendo a aquisição de medicamentos, cujos termos dos editais, no Estado de Goiás, vinham sempre indicando aos fornecedores a necessidade de formulação das propostas com ICMS incluso, nada obstante a incidência de isenções, as quais deveriam ser consideradas como abatimento para fins de liquidação e pagamento, com discriminação dessa dedução na nota fiscal.

34. Por diversas vezes, visando privilegiar ao máximo a busca da verdade material e o esclarecimento dos fatos, oportunizando a mais ampla defesa e o contraditório, restituí os autos para exame de novos documentos apresentados pelas partes, ou esclarecimentos de questões que pudessem influir no exame do feito.

35. Conforme constou do relatório precedente, em uma das ocasiões (peça 49, p. 15) restituí os autos novamente à secretaria para que conferisse tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, notadamente, diante do despacho que proferi no TC-004.589/2010-6, no qual determinei, dentre outras providências, a análise dos valores dos medicamentos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar, envolvendo os mesmos produtos.

36. Minha preocupação foi externada em despacho que proferi nos autos do TC-004.589/2010-6, envolvendo outro pregão da SES/GO, no qual deixei consignado o seguinte pensamento, em exame preliminar da matéria (peça 59):

“Entendo que as notas fiscais relacionadas às transações comerciais de que cuidam os autos deveriam espelhar o valor dos produtos farmacêuticos e indicar expressamente o valor do ICMS a ser abatido, ou não incluído, conforme determina o § 1º, c/c inciso III, da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002, que estabeleceu a isenção de ICMS sobre alguns medicamentos quando adquiridos por órgãos da administração federal, estadual ou municipal.

Entretanto, o descumprimento de tal procedimento não implica, por si só, que os produtos foram vendidos com ICMS incluso, especialmente quando a empresa vendedora havia estabelecido em sua proposta comercial que os valores anunciados já se encontravam desonerados do valor referente ao ICMS, quando sagrou-se vencedora na licitação com esses valores, e quando constam das notas fiscais valores idênticos aos constantes da proposta.

Ademais, se o Estado de Goiás procedeu qualquer glosa em pagamentos realizados à Hospfar tendo por fundamento o pagamento irregular de ICMS relativo às transações sob análise, então os responsáveis e a referida empresa não seriam mais devedores.”

37. Acerca da glosa referida no despacho, tratarei em outro ponto específico mais adiante. No mais, apesar de agora, em exame mais aprofundado dos autos, entender que as propostas só se reputariam válidas se obedecido o claro comando editalício de que fossem apresentadas com inclusão do ICMS, não posso deixar de consignar que a preocupação externada nesse despacho residia no fato de que, se porventura alguma das empresas fornecedoras de medicamentos houvesse de fato apresentado seus preços sem ICMS, esses seriam facilmente demonstrados por uma comparação com os preços de mercado, pois haveria entre os preços propostos e aqueles praticados no mercado, no mínimo, uma diferença de 17%, correspondente ao referido tributo.

38. A preocupação tem fundamento, e foi inclusive abordada em tópico da segunda instrução produzida pela unidade técnica ao rebater alegações de defesa da empresa responsável, conforme trecho a seguir (a íntegra da instrução foi transcrita no relatório precedente):

“65. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio que se provar-se que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.” (peça 50, p. 8).

39. Todavia, a questão foi assim tratada pela Secex/GO em sua derradeira instrução:

“Superfaturamento de medicamentos

7. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 – P, decorre a possibilidade de existir nos presentes autos outro tipo de imputação de débito além do que se relaciona ao pagamento de tributo indevidamente faturado. De fato, as instruções técnicas pertinentes aos TC’s 004.562/2010-0 e 004.596/2010-2 identificaram ocorrência de débito por conta de superfaturamento na aquisição dos medicamentos, tendo em vista que os valores unitários de alguns medicamentos adjudicados não haviam observado as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora – conforme inclusão expressamente determinada pelo relator –, passaram a responder pelo débito.

8. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. Apesar da comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 117/2006 (peça 5, p. 9) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 22, p. 1-4), indicar que o item relativo ao medicamento ‘ziprasidona’ foi adquirido com preço superior à referência, a aquisição só foi homologada porque houve a averiguação de sua compatibilidade a parâmetros estabelecidos por normativo expedido no âmbito da SES/GO (Portaria 21/2006 – peça 61). A referida portaria estabelece que a estimativa de preços seria dada pela média encontrada pelo preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizar outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado. Nesse mister, houve negociação relativa ao mencionado item de medicamento, do que resultou na redução de seu valor de R\$ 7,70 para R\$ 7,04 (peça 21, p. 19). De qualquer forma esse valor é compatível com a referência de preço ao consumidor, constante dos autos (peça 3, p. 4), e dessa formal justificativa resultou a adjudicação.

9. Não nos parece adequado questionar-se sobre a correção da referida justificativa, porque isso levaria a uma investigação de difícil solução, no sentido de identificar qual seria a referência correta de preços para aquisição de medicamentos no setor público. Sob o ponto de vista jurídico, essa questão

encontrou uma referência normativa certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1.146/2011 – P, indicou as referências praticadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa como parâmetro para o controle de preços.

10. Mesmo assim, o tema continua gerando muitas dificuldades. Segundo levantamento posteriormente realizado por esta Corte em vários estados da federação, sob a coordenação da 4ª Secex, entre cujos objetivos se encontrava a avaliação da tabela CMED enquanto instrumento hábil para aferição de preços, foram verificadas graves dificuldades na sua utilização como parâmetro nas aquisições de medicamentos processadas em âmbito público. Isso conduziu a uma deliberação certo modo contraditória ao decisório acima aludido, cujo teor parece indicar a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de cálculo para avaliação de preços, pautada por pesquisas de preços devidamente fundamentadas (Acórdão 140/2012 – P, inserido na Relação 2/2012 – P; TC-009.625/2011-9).

11. Portanto, parece-nos de impossível solução a questão de se indicar uma específica referência de preços praticada pelo mercado, a qual possa balizar uma adequada apreciação sobre a conformidade dos preços praticados numa licitação de muitos anos atrás. Entende-se que a ação de controle que compete a esta Corte na presente TCE, bem como nos processos análogos, deve se ater a critérios jurídicos sobre cuja exigibilidade não haja qualquer tergiversação.

12. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra (peça 5, p. 9) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinado item (peça 3, p. 4) dá sustentabilidade à justificação de que trata o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000. Dessa forma, entende-se que os presentes autos configuram uma situação distinta da assinalada nos autos acima aludidos, porquanto nestes há intervenção formal da administração pública no sentido de reafirmar a compatibilidade ao mercado, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como parâmetro de referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.

Cobrança indevida de tributo

13. O débito tratado nos presentes autos não tem nada que ver com superfaturamento, no sentido tratado no tópico anterior, e diz respeito tão somente à irregular conduta da empresa fornecedora, bem como a dos servidores responsáveis pelos pagamentos das faturas, os quais simplesmente desprezaram a força vinculante do edital e permitiram que os medicamentos fossem pagos de forma diversa da que havia sido previamente determinada.

(...)

15. Resta abordar sobre uma questão levantada no despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de bitributação, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do tributo (peça 6, p. 49). Há nos autos prova de que a empresa não só tinha conhecimento da disposição, como também afirmava tê-la cumprido (peça 15, p. 14). E mesmo que não houvesse tal declaração, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

16. Entende-se, portanto, que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. Conforme acima defendido, a estimativa de preços 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.”

40. Reputo bastante, neste específico caso, considerar, como referido pela unidade técnica, os preços estimativos como parâmetro de comparação. Conforme salientei, os preços estimativos por item da licitação foram tomados com base na média entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sendo aquele de R\$ 5,91/unid., e, este último, de R\$ 8,17/unid., ambos com ICMS incluso. Disto resultou no preço parâmetro de R\$ 7,04/unid., já com ICMS incluso, o qual serviu para negociação com a empresa Hospfar, que o aceitou, conforme consta da ata do pregão.

41. Ora, tomando por parâmetro esses valores, se acaso considerássemos os valores da proposta ajustada pelo pregoeiro, com aval da empresa, como sendo de R\$ 7,04/unid. sem ICMS (desonerado), chegaríamos à conclusão de que o preço proposto pela empresa, acrescido do ICMS, para efeitos de comparação com as tabelas de preços ao consumidor, seria de R\$ 8,48/unid. (ICMS incluso), preço esse utilizado nas notas fiscais por ela apresentadas. Como poderia então a administração pagar preço superior ao preço máximo ao consumidor, que era de R\$ 8,17/unid.? Não há qualquer sentido nisso.

42. Ou seja, mesmo considerando o preço máximo ao consumidor, a proposta da empresa, se acaso fosse considerada como desonerada de imposto, estaria claramente eivada de sobrepreço. Noutro ângulo, se o preço máximo ao consumidor com ICMS era de R\$ 8,17/unid., sem o ICMS o preço máximo ao consumidor seria de R\$ 6,78. Portanto, a proposta desonerada no valor de R\$ 7,04/unid. representaria a aquisição, pelo Estado de Goiás, de medicamento por preço superior ao preço máximo ao consumidor à época, desonerado de ICMS, em que pese a escala de contratação, da ordem de 216.000 unidades do medicamento Ziprasidona.

43. Sem muito esforço é possível concluir que pelo volume adquirido pelo órgão estadual, seria de se esperar, no mínimo, que o preço oferecido pela empresa se aproximasse mais do preço de fábrica do medicamento que do preço máximo ao consumidor, em que pese recentemente este Tribunal ter alertado ao Ministério da Saúde sobre a possível existência de superdimensionamentos em preços de fábrica, conforme subitem 9.1 do Acórdão 3.016/2012 - Plenário. No entanto, se acolhidos os argumentos da empresa, seriam pagos valores acima dos preços máximos ao consumidor, situação inadmissível. *In casu*, somente é crível considerar que, com a negociação havida pelo pregoeiro, a empresa aceitou fornecer o medicamento ao preço parâmetro do instrumento convocatório, que é, conforme já demonstrado, a média entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, já incluso ICMS nesse cálculo, e, portanto, também na proposta.

44. Logo, vê-se que não se sustenta também sob o prisma da comparação entre o preço ofertado e preço de mercado, a alegação de inexistência de dano ao erário. Todavia, conforme referido pela unidade técnica, a imputação de débito já seria suficiente com base na constatação de que a proposta da empresa só poderia ser reputada aceita se aderente aos termos do edital, o qual previa a apresentação de propostas com inclusão de ICMS, que seria deduzido no momento do pagamento, resultando em valores inferiores de faturamento, tudo discriminado na nota fiscal.

45. *A contrario sensu*, conforme referido pelo *Parquet* especializado, a pretexto de cumprir a determinação constante do edital acerca de se destacar a dedução do ICMS na nota fiscal, a Hospfar, ao emitir suas notas fiscais, elevou os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos de sua proposta. Como estes já continham o ICMS incluso, de acordo com as disposições editalícias, a empresa praticou desoneração apenas aparente, pois, na verdade, manteve intocado o preços da proposta, em que pese esse ter se referido a preço com ICMS.

IV – Da inequívoca forma de pagamento prevista no edital

46. Outro ponto que merece relevo, a corroborar a irregularidade causadora de dano, refere-se, à fórmula de pagamento prevista no edital, a qual não deixa dúvidas sobre a desoneração do ICMS e sobre o fato de que o preço da proposta, no caso específico dos editais de compra de medicamentos

pelo Estado de Goiás, deveria contemplar descontos sucessivos a partir do preço parâmetro até chegar a um valor líquido, livre de ICMS, de forma a deixar inequívoca a consideração de que o valor objeto de pagamento seria valor inferior ao valor da proposta:

“XI – DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO

(...)

11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota (s) Fiscal (is) será (ao) emitido (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total do (s) faturado (s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Decreto Estadual n° 5.825/02² e do Convenio ICMS 87/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

= Preço de Fábrica

(-) Desconto Ofertado

= Sub-total

(-) Desoneração do ICMS

=Total a pagar”

47. Cumpre notar que o edital discriminava que, por ocasião da emissão das notas fiscais, seriam elas emitidas partindo-se do preço de fábrica, sobre o qual se evidenciaria o desconto do licitante (desconto ofertado), para chegar-se ao sub-total (proposta da licitante), a partir da qual ainda haveria a desoneração (abatimento) do ICMS, resultando no valor a pagar menor que a proposta e menor que o preço de fábrica.

48. Ressalva deve ser feita apenas quanto ao preço de fábrica indicado na fórmula de discriminação dos valores para efeito de pagamentos. Isso porque, conforme já demonstrei anteriormente, o pregão vinha se desenhando desde 2005, época na qual a SES/GO aplicava como estimativa de preços a metodologia indicada pela Portaria 616/2002, a qual dispunha que o valor de referência adotado por produto seria o preço de fábrica praticado no mercado. Com a edição da Portaria 21/2006, ano em que o pregão foi lançado, houve mudança no parâmetro estimativo, que passou a ser considerado como sendo a média entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor. Nesse ponto o edital não foi modificado, e é por essa razão que se partiu do preço de fábrica na fórmula de cálculo do total a pagar discriminada no item 11.4 do edital.

49. *In casu*, resta claro que, por ocasião dos pagamentos, da emissão da nota fiscal, a empresa Hospfar deveria indicar, no lugar do preço de fábrica, o preço estimativo da licitação (média entre fábrica e preço máximo ao consumidor), o desconto ofertado (que foi zero, na realidade do Ziprazidona), chegando-se ao total da proposta (preço ainda onerado pelo ICMS) e, em seguida, indicar o abatimento do ICMS correspondente, chegando a um valor líquido, livre do imposto, para fins de recebimento. Quando muito, deveria partir do preço da proposta e abater dela o ICMS para se chegar ao “total a pagar”. Só há conta de subtração. A lógica nessa fórmula não prevê operações de soma de ICMS ao preço, e depois, seu abatimento, como fez a empresa. Era evidente, portanto, que a empresa receberia valor inferior ao preço parâmetro da licitação, e também ao preço oferecido com desconto. Era evidente que o preço da proposta seria superior ao preço do efetivo pagamento. Portanto, não há como acolher a alegação de que os preços já se encontrariam desonerados, se a empresa sabia que além de desconto sobre o preço parâmetro da licitação ainda haveria que deduzir o ICMS, por ocasião dos pagamentos.

V – Da suposta interferência do Acórdão 140/2012 – Plenário no débito apurado nos autos

50. A derradeira tentativa da empresa Hospfar de afastar o débito imputado nestes autos consistiu na apresentação de novos elementos pautados em deliberação deste Tribunal, havida em

² O correto é Decreto n° 5.858/03 e não como grafado no edital, pois editado no ano de 2003, após o Convênio ICMS 26/03, para fins de regulá-lo internamente, no Estado de Goiás.

processo julgado por relação da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, sobre o qual foi lavrado o Acórdão 140/2012 – P (TC-009.625/2011-9). Por meio do julgado o Tribunal entendeu ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

51. A questão foi bem examinada no último parecer proferido pelo representante do Ministério Público/TCU, cuja manifestação incorporo integralmente como razões de decidir, com o acréscimo de informações pertinentes sobre o tema, em relação aos pregões da SES/GO, que faço a seguir. Início reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

“III

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 66), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCes autuadas 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’*.

(...omissis...)

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. Unidade: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Estado da Saúde de Goiás; Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná; Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal; Secretaria de Estado da 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 constituído 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 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’.

Cumpra 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 117/2006 e o contrato dele decorrente, pois foram realizados em época que o dispositivo impugnado sequer existia e, por imperativo lógico, não os regeu.

Outrossim, importa ressaltar que, somente a partir da recente determinação proferida por este Tribunal, as propostas dos licitantes ficaram obrigadas a contemplar o preço isento de ICMS.

Até então, havia certa controvérsia acerca do tema, ao se interpretar o texto do Convênio ICMS 87/2002 de forma isolada.

No entanto, no caso do Pregão 117/2006, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 6, p. 48):

‘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 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’.

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 6, p. 49):

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

A minuta de contrato e o contrato, igualmente, traziam essa exigência (peça 7, p. 19 e peça 28, p. 22):

‘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’.

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

‘Assim, é verdade que prevalecia certa confusão na SES/GO sobre a desoneração de ICMS. Esse problema, aparentemente, só seria resolvido com a edição do Despacho 1.298/2007 da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, em 3.2.2007 (fls. 1.442/8, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp. 40/6], que definiu que, nas hipóteses de isenção de ICMS, as empresas devem apresentar na licitação tanto o preço normal de mercado do produto ou serviço (valor bruto), quanto o preço resultante da isenção de ICMS conferida (valor líquido), sendo que este último deve ser o preço considerado para julgamento. Na execução contratual, a empresa vencedora deve indicar na nota fiscal o ICMS incidente sobre o produto ou serviço e depois deduzi-lo, aplicando, assim, a devida isenção. A Portaria 28/2007 do Gabinete da SES/GO, de 8.2.2007 (fls. 1.450/2, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp. 48/50], determinou a aplicação desse critério no âmbito da Secretaria.

Embora a responsável cite esses pareceres e os tenha aportado aos autos, é bem claro que seu procedimento foi inteiramente diverso, pois indicou apenas um valor em sua proposta e, só na execução contratual, informou 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. Toda a longa peroração desfiada pela empresa até aqui soçobra diante desse fato. O edital é a lei interna das licitações. Toda empresa que delas participa sabe perfeitamente que tem a obrigação de cumpri-lo. Ao optar por não fazê-lo, sob pretextos variados, incorre nas sanções previstas em lei. É o que, em resumo, se observa no presente caso’.”

52. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 – Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 117/2006, dentre as quais, a Hospfar, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os convênios ICMS 87/2002 e 26/2003.

53. Os convênios do ICMS não dispunham, à época, como deveriam ser apresentadas as propostas de licitantes, como recentemente se fez na alteração havida no Convênio ICMS 87/2002. Aqueles convênios se limitavam a autorizar a concessão de isenção e a indicar que o valor dessa isenção deveria ser discriminada e destacada nas notas fiscais. Portanto, essas notas fiscais conteriam o valor bruto e o líquido, isento de ICMS, mas nada era disposto a respeito das propostas de licitantes.

54. O edital, portanto, era a regra absoluta a reger as licitações no tocante à forma de apresentação das propostas, e os convênios de concessão de ICMS só interferiam no momento da realização dos pagamentos, do faturamento (emissão de NF’s), haja vista que a desoneração se tornava obrigatória para os casos enquadrados nas isenções concedidas, sob pena de a apropriação do imposto pelo fornecedor se configurar enriquecimento ilícito, quando, em razão do produto ou do comprador, não houver sua incidência e, portanto, o repasse aos cofres do estado. A propósito, o seguinte trecho da instrução que fundamentou o Acórdão 140/2012-P, transcrito no memorial apresentado pelo douto causídico da Hospfar confirma essa constatação: “127. Este § 6º foi incluído pelo Convênio – Confaz 57/2010, ou seja, antes de abril de 2010 não havia previsão de como a isenção do ICMS deveria ser tratada nas licitações. Por conseguinte, a forma como a isenção seria tratada era regida pelo edital do certame.” (Peça 69, p. 5).

55. Logo, de se ver que o Acórdão 140/2012 – Plenário possui efeitos *ex nunc*, possuindo validade apenas a partir de sua prolação por este Tribunal, não afetando assim atos pretéritos praticados ou definidos em licitações anteriores na administração.

56. Ademais, o levantamento efetuado no processo paradigma indicado pela defendente analisou apenas a aplicação do Convênio ICMS 87/2002 do Confaz, o qual concede isenção a uma

lista determinada de fármacos constantes de seu anexo, isenção com abrangência nacional que não se aplica à totalidade dos medicamentos consumidos no país. Conforme expressamente consignado na instrução técnica que fundamentou o Acórdão 140/2012 – Plenário, não foi analisada a aplicação do Convênio ICMS 26/2003, que trata, de forma ampla, da isenção de ICMS nas operações internas de quaisquer bens, mercadorias ou serviços adquiridos pela Administração Pública Direta e suas autarquias e fundações, o qual foi aprovado e ratificado internamente no Estado de Goiás pelo Decreto 5.825/2003. Isso porque o referido convênio abordava uma isenção aplicada dentro do estado, ou seja, fora da jurisdição do TCU (item 4.2 da instrução), de modo que as análises da unidade instrutiva não o levaram em consideração (peça 69, p. 6). Se um medicamento não consta na lista do Convênio 87/2002, só terá isenção de ICMS se a operação for interna, ou seja, no caso de Goiás, garantiria isenção apenas aos fármacos produzidos dentro do próprio estado. Os demais, vindos de outros estados, ficariam, em tese, sujeitos à alíquota de origem.

57. Ocorre que os editais-padrão adotados no Estado de Goiás consideraram a hipótese de fornecimento de medicamentos abrangidos por ambos os convênios, não separando, em cada caso, editais específicos para compras de medicamentos constantes do Convênio ICMS 87/2002 de outros não integrantes de seu anexo. Ao considerar também nos editais a incidência do Convênio ICMS 26/2003, optou o Estado de Goiás por comparar propostas oneradas com ICMS, não importando se o medicamento estava ou não enquadrado, também, no Convênio ICMS 87/2002. Basta ler o que consta dos itens 5.3, 5.3.1 e respectiva observação, constantes do edital.

58. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração, para fins de pagamento, por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento, portanto, passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012, que teve efeitos apenas *ex nunc*, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital, e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isto foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

VI – Da comparação entre propostas das empresas participantes do Pregão 117/2006: impossibilidade de acolhimento da alegação de preços desonerados

59. Extrai-se dos autos que a empresa Hospfâr apresentou proposta de preços também para os itens 02 e 03 do Pregão 117/2006 (peça 15, p. 12), vencido pela empresa Aglon. Para o item 2, antes da etapa de lances, foram apresentadas propostas pelos seguintes licitantes:

RAZÃO SOCIAL/NOME	VALOR (R\$/unid.)
Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.	0,78
Hospfâr Ind. E Com. de Produtos Hospitalares Ltda.	0,82
Medcommerce Com. de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.	0,76
Aglon Comércio Representações Ltda. (PROPOSTA VENCEDORA)	0,40
Comercial Cirúrgica Rioclarensense Ltda.	0,49

60. O objeto foi, no entanto, adjudicado à empresa Aglon pelo exato montante de sua proposta inicial, ou seja, a R\$ 0,40/unid. (com ICMS incluso), para aquisição de 288.000 unidades do medicamento sulfassalazina 500 mg em cápsulas, no total de R\$ 115.200,00, não tendo havido lances.

Note-se que a empresa Hospfâr, apesar de alegar que seus preços não consideraram a incidência do ICMS, apresentou, no item em questão, proposta mais que o dobro do preço da empresa vencedora desse item 2, que corretamente apresentou preço onerado pelo imposto.

61. Além da Hospfâr, as concorrentes Milênio e Medcommerce, que também alegaram desoneração de ICMS por ocasião dos pagamentos das faturas, concorreram nesse mesmo item a preços igualmente bastante superiores aos preços onerados apresentados pela empresa Aglon, conforme consta da ata do pregão (peça 21, p. 11-23).

62. Situação semelhante ocorreu no item 3, também vencido pela empresa Aglon, com seus preços onerados pelo ICMS, conforme relatório da comissão de TCE. Nesse item concorreram as empresas Hospfâr e Medcommerce, com preços de R\$ 41,20/unid. e R\$ 32,70/unid., respectivamente, os quais são bastante superiores aos R\$ 29,00/unid. apresentados pela empresa Aglon, a quem foi adjudicado o item licitado, já com o ICMS incluso.

63. Não há, portanto, nos autos, evidências de que quaisquer dessas empresas tivessem efetivamente apresentado suas propostas desoneradas de ICMS, como quer fazer crer a empresa Hospfâr, haja vista a dinâmica do pregão, os termos do edital e os valores apresentados pela concorrente Aglon.

64. Por oportuno, vale ressaltar, novamente, que não se está discutindo eventual débito atribuído às demais empresas vencedoras dos demais itens do certame (itens 01 e 04), que também procederam da mesma forma que a empresa Hospfâr, porque, até o momento das apurações efetuadas pela comissão instauradora da TCE, não se concretizaram os pagamentos integrais das notas fiscais por elas apresentadas, o que demandará abordagem em tópico específico.

VII – Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

65. Conforme indicado no parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a empresa tenta, conforme argumentos aduzidos, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,25%), 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%.

66. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são inconteste alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: “*Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)*”, conforme **peça 15, p. 14**; b) os preços aceitos pela licitante, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordou a empresa após negociação com o pregoeiro, estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Ademais, a aplicação do percentual referido nas faturas objeto de impugnação carecem de efetiva comprovação. Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.

VIII – Das supostas retenções

67. Necessário ainda discorrer que, em uma das oportunidades em que a empresa Hospfâr se pronunciou nestes autos, alegou que o Estado de Goiás havia procedido a retenções no montante de R\$ 17.327.090,94, o que, segundo ela, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário, em virtude da ausência de pagamento da parcela questionada. Também os demais responsáveis se utilizaram de semelhante argumentação.

68. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar: 1º) que conforme consta dos autos (peça 39, p. 10, relatório conclusivo 003/2008), há indícios de que só houve retenções de recursos na

fonte estadual (fonte 00), responsável por 80% das despesas; 2º) o despacho proferido no interesse da empresa Medcommerce confirma esse modo de proceder (peça 32, p. 10); e 3º) conforme resultado de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, no qual consta a informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho “GAB” 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal.

69. Portanto, mesmo as retenções (ou glosas) até então efetuadas foram tornadas insubsistentes no âmbito dos processos de pagamento, disso resultando não só a constatação de que o dano apurado nesta tomada de contas especial efetivamente restou configurado, como também possivelmente, a esta altura, é maior que o apurado inicialmente pela comissão responsável pela instauração desta tomada de contas especial.

70. Assim, além de refutar os argumentos apresentados, essa última informação trazida ao processo torna evidente a necessidade de que o Tribunal determine à SES/GO que instaure tomada de contas especial também para os débitos relativos aos pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 117/2006, no que tange aos pagamentos efetuados às empresas Hospfar, Medcommerce e Milênio, com recursos federais.

IX – Da existência/inexistência de boa-fé

71. Relativamente ao juízo acerca da existência ou não de boa-fé por parte dos gestores, lamento divergir do parecer por último exarado pelo Ministério Público/TCU, pois não entendo restar configurada, e, por isso, acompanho, nessa parte, a proposta de julgamento, desde logo, desta tomada de contas especial, conforme parecer produzido pela Secex/GO.

72. Examinando primeiramente a conduta do Sr. Cairo Alberto de Freitas, ordenador de despesas (então Secretário de Estado da Saúde) e responsável pela homologação do processo licitatório, pude constatar evidências de que não apenas inexistem demonstrações de boa-fé desse gestor, mas, também, que há evidências de conduta desabonadora no trato da matéria, conforme consta registrado no relatório conclusivo da comissão de TCE (peça 39, p. 9, e doc. peça 31, p. 15), cujo trecho transcrevo a seguir:

“Demais disso, estranhamente, consta nos autos de pagamento um Ato de Retificação de Homologação do Edital (fls. 817), assinado pelo então Secretário de Estado da Saúde, Dr. Cairo Alberto de Freitas, que determina que os valores adjudicados fossem considerados desonerados de ICMS e não onerados como previsto no item 5.3.1 do edital.

Tal Ato de Retificação foi emitido em 03 de outubro de 2006, ou seja, mais de 02 (dois) meses depois de homologado o procedimento licitatório que ocorreu em 21 de julho de 2006 - (fls. 817) e, até mesmo depois que as Ordens de Fornecimento já haviam sido emitidas e parte dos produtos fornecida. Além disso, não bastasse o ato não ter sido produzido nos autos de contratação, consta apenas no processo de pagamento da empresa HOSPFAR, em detrimento das demais empresas que se pretendia contratar, não havendo ainda quaisquer indícios de que o ato tenha sido publicado, consoante determina o art. 21, § 4º da Lei 8.666/93.

Destarte, compreendemos que o referido Ato de Retificação não possui qualquer validade, porquanto produzido depois de homologado o procedimento, durante a execução do ajuste, além das demais irregularidades indicadas, configurando, inclusive, infração aos princípios da isonomia, publicidade e moralidade administrativa. Além disso, denota indícios de favorecimento à empresa HOSPFAR, uma vez que apenas a Ordem de Fornecimento emitida em favor desta empresa foi alterada para constar o valor adjudicado como desonerado, de forma que não foram localizados nos autos de contratação ou nos autos de pagamento das outras empresas qualquer alteração nas Ordens de Fornecimento emitidas em favor destas últimas.

Ressaltamos que a problemática da majoração dos preços foi detectada pela Superintendência de Administração e Finanças, conforme Despacho nº 025/2007-ASGAB-SAF (fls.

820), assinado pelas Sras. Fernanda Cristina B. Bernardes e Sr. Humberto Marques da Silva, vistado pelo Superintendente de Administração e Finanças, Antonio Durval de Oliveira Borges, que apresentaram ainda uma planilha anexada ao aludido documento que denota a majoração de valores.”

73. Pode ser mencionado, ainda, que além desse fato, observou-se no processo que o referido gestor emitiu autorização mediante a edição da Portaria 140/2006 para que fossem pagos os ajustes antes da outorga da Procuradoria Geral do Estado acerca da celebração dos contratos, com vistas a supostamente evitar o desabastecimento das unidades hospitalares, sob a alegação de que atrasos no cumprimento dos contratos por prazo superior a noventa dias autorizaria a suspensão do contrato (peça 38, p. 20). No caso em questão, conforme Peça 39, p. 8, constatou-se que o lapso entre a data da nota fiscal e demais procedimentos eram inferiores aos noventa dias, não justificando o procedimento. Bem assim, cabe mencionar que em razão do fornecimento dos medicamentos e seu pagamento antes da formalização de contrato, recusou-se a procuradoria a outorgar a celebração de contrato com data retroativa (Peça 30, p. 17-25).

74. Portanto, divirjo do último posicionamento do Ministério Público/TCU, segundo o qual os esforços envidados pelo responsável Cairo Alberto de Freitas para obter a compensação do dano apurado qualificam seus atos de boa-fé. A adoção de providências nesse sentido só foi tomada depois de sucessivos questionamentos sobre a regularidade de tais atos.

75. A propósito, conforme indicado no trecho reproduzido retro, acerca das observações da comissão instauradora, o problema foi apontado com maior ênfase somente em 2007. Conquanto tivesse sido apontado por servidores da Superintendência de Administração e Finanças, cujo parecer foi chancelado pelo Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, há também nos autos evidências de que já por ocasião do primeiro pagamento efetuado esse responsável ignorou posicionamento da assessoria técnica e jurídica (Astecjur) no sentido do não pagamento.

76. Com efeito, a Astecjur foi instada a se pronunciar por ocasião da primeira nota fiscal apresentada pela Hospfar, conforme peça 38, p. 22 e observações da comissão instauradora da TCE (peça 39, p. 8), diante do que constou da Portaria 140/2006. No Parecer 08/2006 – ASTECJUR, então exarado em 27/9/2006, a assessoria jurídica opinou pela impossibilidade da realização de pagamentos devido aos vícios decorrentes da ausência de juntada da ordem de fornecimento e do atesto relativo à conferência dos valores financeiros de algumas faturas. Além do mais, salientou-se que a nota fiscal não se enquadrava na situação indicada pela Portaria 140/2006, qual seja: atraso superior a 90 dias. No entanto, a nota fiscal veio a ser paga em 20/10/2006.

77. Esse procedimento não condiz com condutas a que se possam atribuir boa-fé. Ademais, a adoção posterior de providências no sentido de tentar impedir a realização de novos pagamentos a maior, bem assim, de compensar aqueles já pagos, além de restarem frustradas, não representam, por si sós, elementos capazes de atestar suposta boa-fé. Depois de efetivamente documentada e apontada a falha no pagamento, não restaria outra alternativa aos responsáveis, senão cumprir seu dever legal de tentar obstar novos pagamentos.

78. Portanto, entendo não haver elementos que apontem a boa-fé dos responsáveis.

X – Da não aplicação de multa proporcional ao dano

79. Em que pese isso, tomo por parâmetro os critérios de equidade e proporcionalidade na avaliação dos fatos e das condutas dos responsáveis solidários arrolados nestes autos, especialmente, com vistas à adoção de uma deliberação equilibrada face à divergência havida entre as propostas formuladas pelo *Parquet* especializado e pela unidade técnica.

80. Nesse sentido, forçoso reconhecer que ao menos durante a gestão dos envolvidos estes envidaram esforços no sentido de deixar saldo contratual suficiente à cobertura dos danos apontados na tomada de contas especial, por força, inclusive, de retenções que ulteriormente restaram insubsistentes.

Com efeito, foi a partir do reconhecimento de tais medidas, aqui consideradas com as devidas ponderações indicadas no item antecedente, que o nobre representante do Ministério Público, no último parecer exarado nos autos, ofereceu proposta parcialmente divergente da secretaria, no sentido do reconhecimento de boa-fé.

81. Penso que, conquanto tais medidas se traduzam insuficientes para a demonstração da boa-fé na prática do evento danoso, revelam condutas posteriores atenuantes para os fins de aplicação de sanção. Assim, tais fatos conduzem-me a deixar de propor que este Tribunal aplique a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

XI – Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

82. Trato agora da responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros. De acordo com os pareceres, o responsável, apesar de revel, deveria ter sua responsabilidade excluída, pois o ato por ele cometido não teria trazido impacto no resultado da irregularidade observada nos autos. Segundo os pareceres, a irregularidade causadora do dano teria ocorrido no ato do pagamento.

83. Com efeito, penso que o responsável não deva ser condenado em solidariedade com os demais, notadamente, porque ao negociar com a empresa vencedora, fazendo-a baixar o preço do item 5 do pregão de forma a se conformar aos preços estimados na licitação, de fato terminou por corrigir, especificamente para esse item da licitação, o problema relativo à apresentação de proposta desonerada de ICMS em desacordo com o edital. Com esse ato, fez com que a empresa ofertasse o exato valor constante da estimativa de preços, a qual já se encontrava onerada com o ICMS.

XII – Laudo Pericial – Departamento de Polícia Federal

84. Por fim, conforme salientado pela unidade técnica, a Procuradoria da República em Goiás encaminhou a este Tribunal cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de colher esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela SES, em especial, quanto ao Pregão 117/2006 (peça 63).

85. Em suma, o laudo confirma o entendimento aqui exposto, não trazendo nenhuma outra evidência que não pudesse ser deduzida dos elementos já acostados a este processo, sendo relevante, apenas, dar ciência do acórdão que vier a ser proferido àquela Procuradoria da República, para subsidiar as ações lá em andamento. Por pertinente, considerando que a fonte estadual de pagamento dos medicamentos adquiridos representou cerca de 80% dos dispêndios empenhados, penso ser adequado que o Tribunal dê ciência desta deliberação ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público Estadual, para providências que entenderem cabíveis.

86. Por último, exalto a qualidade dos trabalhos de ordem técnica e jurídica lançados nas instruções da Secex/GO e pareceres do Ministério Público/TCU, os quais encerraram percucientes exames sobre a matéria ora debatida nos autos.

Com essas considerações adicionais, acolho os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público/TCU, com os ajustes considerados pertinentes, e manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de abril de 2013.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator