

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 201/2005, 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). As empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. haveriam apresentado notas fiscais para fins de faturamento dos valores contratados para o fornecimento dos medicamentos Acetato de Glatiramer 20mg Inj, Amantadina 100mg, Cibrofibrato 100mg, Cloridrato de Sevelamer 800mg, Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI, Levodopa 100mg + Benserazida 25mg Liberação Lenta ou Dispersível, Micofenolato Sódico 180mg e Octreotida Lar 30mg sem considerar a desoneração do imposto em relação às suas propostas, 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, as empresas Hospfar e Medcommerce, por ocasião dos pagamentos, aduziram que os preços por elas ofertados o haveriam sido pelo valor já desonerado do ICMS, ou seja, livre do imposto, de forma que não deveriam deduzir dos valores de suas propostas finais o correspondente ICMS, o qual já haveria sido deduzido por ocasião da proposta. Assim, pleitearam o pagamento do exato valor constante de suas propostas comerciais, no que foram, inicialmente, atendidas pela SES/GO, resultando nos débitos 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, em relação ao Pregão sob exame, sobre faturas apresentadas pela Medcommerce.

6. Restou afastada, no entanto, a ideia que cheguei a levantar em momento precedente nestes autos, de que a medida adotada pela SES/GO pudesse haver saneado débitos aqui tratados, tendo em vista a informação, obtida junto à SES/GO, de que aquele órgão estadual acatou parecer da Procuradoria Geral do Estado de Goiás quanto à “impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de

amparo legal, sendo que o ressarcimento deveria ser perseguido pelos meios legais” (fls. 2, peça nº 33). Sobre a questão do cancelamento de tais retenções, ademais, voltarei a tratar um pouco mais adiante.

7. Cumpre ainda destacar que os débitos tratados nesta tomada de contas especial representam 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 as despesas em questão foram custeadas 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 chegou a segregar suas conclusões em montantes de “dano potencial” e “dano efetivo”, sendo o dano potencial relativo aos valores liquidados e não pagos e o dano efetivo relativo aos valores liquidados e efetivamente pagos (conforme Relatório Conclusivo da Comissão de Tomada de Contas Especial, às fls. 1/28, peça nº 16), observando-se, em relação às empresas Hospfar e Medcommerce, a seguinte situação:

Empresa	“Dano potencial” (R\$)	“Dano efetivo” (R\$)
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	228.179,10*	83.713,22*
Medcommerce Com. de Medicamentos e Prod. Hospitalares Ltda.	242.703,07**	145.417,03**

* Nesse caso, considerando-se apenas os valores atinentes aos cofres públicos federais, cujo percentual de participação foi estimado em 69,75%.

** Os pagamentos à Medcommerce aqui considerados somente envolveram recursos públicos federais (“fonte 23”).

8. As informações a respeito de danos potenciais e efetivos, extraídas do relatório do tomador de contas (fls. 1/28, peça nº 16), 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 33 destes autos, de modo que, se o Tribunal decidir pela existência dos danos apurados 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 dos danos potenciais apontados 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 danos ao erário, os quais se imputam em solidariedade aos agentes públicos e às empresas fornecedoras dos medicamentos Acetato de Glatiramer 20mg Inj, Cibrofibrato 100mg, Cloridrato de Sevelamer 800mg e Levodopa 100mg + Benserazida 25mg Liberação Lenta ou Dispersível, ou seja, a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e a Medcommerce Com. de Medicamentos e Prod. Hospitalares Ltda., conforme razões que exporei a seguir. Em relação aos medicamentos Amantadina 100mg, Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI, Micofenolato Sódico 180mg e Octreotida Lar 30mg, análises adicionais conduziram-me a concluir de modo diverso, conforme também explanarei mais à frente.

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 Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, 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 201/2005 foi lançado pela SES/GO visando à aquisição de 8 tipos de medicamentos, licitados por itens, conforme a seguir (vide fls. 35, peça nº 1): 1) Acetato de Glatiramer 20mg Inj.; 2) Amantadina 100mg; 3) Cibrofibrato 100mg; 4) Cloridrato de Sevelamer 800mg; 5) Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI; 6) Levodopa 100mg + Benserazida 20mg Liberação Lenta ou Dispersível; 7) Micofenolato Sódico 180mg; 8) Octreotida Lar 30mg.

12. O custo estimado da contratação, levantado na fase interna com base em pesquisas realizadas pela SES/GO, foi, após determinação de redução de gastos (fls. 43, peça nº 1), de R\$ 2.401.576,26, merecendo destaque o aspecto de 79,4% (o total de R\$ 1.906.988,10) desse montante corresponder à estimativa de compra apenas dos itens 1 (Acetato de Glatiramer 20mg Inj.) e 4 (Cloridrato de Sevelamer 800mg). Importante lembrar que o débito em discussão neste processo somente se refere aos denominados “danos efetivos” identificados quando da instauração desta TCE.

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 (fls. 15, peça nº 3):

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

5.3.1. As empresas que venham a ser vencedoras do certame deverão atender aos termos do Convênio ICMS nº 87/2002-CONFAZ, e ao Decreto nº 5.825/03, no que couber, devendo conceder a isenção do ICMS relativo ao produto cotado quando da emissão da nota fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque do valor da isenção concedida.” (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 de 05.09.2003, 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 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:

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 Acetato de Glatiramer, o Cloridrato de Sevelamer, a Levodopa + Benserazida e a Octreotida Lar), 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 se deveriam 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 (ão) emitida (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 Convênio ICMB 26/03 CONFAZ, regulamentado pelo Decreto nº 5.825 de 05.09.2003 e Convênio ICMS 87/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço

(-) 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 era caso das empresas Hospfar e Medcommerce, já que sediadas 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 constam ao menos, no que se refere ao Pregão em tela, os medicamentos Acetato de Glatiramer, Cloridrato de Sevelamer, Levodopa + Benserazida e Octreotida Lar.

19. A licitante Hospfar, no pregão em tela, apresentou sua proposta para os itens 2 (Amantadina 100mg), 3 (Cibrofibrato 100mg), 4 (Cloridrato de Sevelamer 800mg), 5 (Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI), 6 (Levodopa 100mg + Benserazida 20mg Liberação Lenta ou Dispersível), 7 (Micofenolato Sódico 180mg) e 8 (Octreotida Lar 30mg) do certame (fls. 11/12, peça nº 4), vindo a sagrar-se vencedora em todos eles, pelos preços unitários, respectivamente, de R\$ 0,41, R\$ 2,08, R\$ 5,03, R\$ 46,55, R\$ 1,36, R\$ 3,87 e R\$ 6.365,00 (conforme fls. 23/24, peça nº 6)¹. Foi a única licitante a apresentar proposta de preço para os itens 2, 3, 4, 6, 7 e 8 (fls. 25/27, peça nº 6). Sua proposta, datada de 12/8/2005, 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 (...)”, 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 fls. 13, peça nº 4;

b) 2ª declaração: que os preços ofertados estavam de acordo com o Decreto Estadual 5.825/2003 (fls. 20, peça nº 4), e, portanto, conforme o Convênio ICMS 26/03;

¹ Em função de alerta da Procuradoria Geral do Estado (Parecer 650/2005 – PGE – REPSES, fls. 7/8, peça nº 8), a respeito da expressiva superação do valor unitário estimado, os valores dos itens 3, 4 e 6 foram renegociados para, respectivamente, R\$ 1,95, R\$ 4,74 e R\$ 1,23 (conforme fls. 17/18, peça nº 9).

c) 3ª 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” (fls. 21, peça nº 4).

20. Por sua vez, a licitante Medcommerce apresentou sua proposta apenas para o item 1 (Acetato de Glatiramer 20mg Inj.) do certame em tela (fls. 47, peça nº 4), dele sagrando-se vencedora, pelo preço unitário de R\$ 149,46 (fls. 23, peça nº 6)². Sua proposta, datada de 12/8/2005, foi acompanhada de declaração de mesma data (fls. 48, peça nº 4), na qual, contraditoriamente, informou:

a) em um primeiro momento (item 6), 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”;

b) um pouco mais adiante (item 11), que: “nos preços ofertados já está desonerado o ICMS”.

21. Não há dúvidas, a meu ver, de que diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia ao pregoeiro questionar referidas empresas se os seus preços haviam sido ofertados com incidência ou não de ICMS. No entanto, caso as propostas apresentadas efetivamente já se encontrassem desoneradas, consoante argumentam as empresas, caberia ao pregoeiro desclassificá-las 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. Nessa hipótese, havendo confirmação de que a intenção era realmente a de apresentar proposta sem ICMS, deveria o pregoeiro:

a) diante do fato de haver somente uma licitante (Hospfar) com proposta de preços para os itens 2, 3, 4, 6, 7 e 8, declarar a licitação fracassada para tais itens, 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”;

b) após desclassificar as propostas das empresas aqui mencionadas para os demais itens, tendo em conta não atenderem às exigências do edital (inc. I do art. 48 da Lei 8.666/1993), proceder ao chamamento do próximo licitante classificado.

22. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas (fls. 5/6, peça nº 16). 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. Tomando 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.

23. Em que pese as disposições editalícias e algumas das declarações prestadas, as empresas Hospfar e Medcommerce pleitearam a realização de pagamentos com base na premissa de que os preços já se encontravam desonerados do ICMS. Desse modo, nas notas fiscais apresentadas, indicaram o

² Em função de alerta da Procuradoria Geral do Estado (Parecer 650/2005 – PGE – REPSES, fls. 7/8, peça nº 8), a respeito da expressiva superação do valor unitário estimado, o valor do item 1 foi renegociado para R\$ 136,61 (conforme fls. 19, peça nº 9).

preço da proposta e a ele acresceram 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.

24. 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 – De outros atos e fatos que confirmam, ou não, os preços onerados na proposta

II.1 – Quanto aos itens 1, 3, 4 e 6

25. Na sessão do Pregão 201/2005 realizada em 12/8/2005, os itens 1, 3, 4 e 6, aí compreendidos aqueles cuja estimativa de compras correspondia a 79,4% do valor total do objeto do certame (itens 1 e 4), chegaram a ser acatados, adjudicados e homologados (fls. 23/31, peça nº 6), assim como objeto da expedição da correspondente ordem de fornecimento (fls. 32/3 e 38, peça nº 6). Digno de ser reforçado o aspecto de que, desses, apenas o item 1 contou com alguma competição, já que para os demais, daqueles ora enfocados, somente a empresa Hospfar apresentou proposta. Ainda assim, verifica-se que, para o medicamento “Acetato de Glatiramer 20mg Inj.” (item 1), a disputa dificilmente pode ser considerada significativa, já que se ateve à casa de unidades de centavos, obtendo-se, ao final de três lances, o desconto de R\$ 0,04 sobre o preço inicialmente proposto.

26. No entanto, a Procuradoria do Estado de Goiás, quando da submissão das minutas de contrato a seu descortino, expediu, por meio do Parecer 650/2005 – PGE – REPPES (fls. 7/8, peça nº 8), alerta a respeito da expressiva diferença, para maior, dos preços em questão em relação aos correspondentes valores estimados. Referido alerta conduziu a renegociações com as empresas vencedoras, resultando na obtenção de novos valores (item 1: de R\$ 149,96 para R\$ 136,61; item 3: de R\$ 2,08 para R\$ 1,95; item 4: de R\$ 5,03 para R\$ 4,74; item 6: de R\$ 1,36 para R\$ 1,23), sendo que os itens 3 e 4, embora ainda acima dos valores estimados, foram aceitos em função de encontrarem-se “dentro da média entre o preço de fábrica e máximo ao consumidor” (vide fls. 7/8, peça nº 9), em conformidade com método definido pela Portaria 178/2005. A partir de então, foi, inclusive, determinado o cancelamento parcial de notas de empenho e a emissão de novos empenhos, com os valores negociados (fls. 13, peça nº 9).

27. Com efeito, a consulta aos documentos da fase interna da licitação revela que os custos unitários dos itens aqui referidos foram estimados, respectivamente, em R\$ 138,90, R\$ 0,94, R\$ 4,74 e R\$ 0,97 (fls. 35, peça nº 2), na época antes da edição da Portaria 178/2005 – GAB – SES, somente ocorrida em dezembro de 2005 (fls. 11, peça nº 8).

28. Oportuno esclarecer que a SES, no esforço de identificar parâmetros de preços para os medicamentos em questão, chegou a efetuar mais de uma estimativa. Por ocasião dos estudos preliminares com vistas à preparação do certame licitatório em tela, o levantamento de preços fundou-se em disposição da Portaria 616/2002, 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”. Nesse sentido, em estimativa realizada em maio de 2005, a SES, após identificar todos os fabricantes de cada um dos produtos almejados, colacionou os respectivos preços de fábrica (PFAB), esses com indicativos de ICMS de 17% a 19% (fls. 36/39, peça nº 1), a fim de daí extrair os “preços médios unitários de fábrica”, para tanto adotando a faixa de preços correspondente à alíquota interna de Goiás para o ICMS, que é de 17%. Quanto às fontes utilizadas, a profissional responsável esclareceu que os preços dos itens 1, 3, 4 e 8 tiveram por base ordens de fornecimento apresentadas pelo CMAC – Juarez Barbosa, para aqueles dos itens 2 e 7 foram utilizados os valores da Anvisa – Secretaria Executiva – CMED e, para os itens 5 e 6, recorreu-se à revista Simpro. O resultado desse trabalho foi retratado na planilha constante às fls. 35 da peça nº 1, de que se extraem as seguintes informações:

Medicamento	Preço médio unitário de fábricas (R\$)
1) Acetato de Glatiramer 20mg Inj.	138,90
2) Amantadina 100mg	0,41
3) Ciprofibrato 100mg	0,94
4) Cloridrato de Sevelamer 800mg	4,74
5) Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI	96,87
6) Levodopa 100mg + Benserazida 20mg Liberação Lenta ou Dispersível	0,97
7) Micofenolato Sódico 180mg	5,70
8) Octreotida Lar 30mg	6.404,80

29. De qualquer modo, oportuno o registro de que as planilhas de fontes acostadas aos autos ainda permitem identificar, no que se refere aos itens 2, 5, 6 e 7, as médias dos Preços Máximos ao Consumidor, estes também já comportando ICMS à alíquota de 17%, conforme se pode visualizar no quadro a seguir:

Medicamento	Preço máximo ao consumidor (R\$)
2) Amantadina 100mg	0,57
5) Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI	133,91
6) Levodopa 100mg + Benserazida 20mg Liberação Lenta ou Dispersível	1,35
7) Micofenolato Sódico 180mg	7,58

30. Além disso, após o alerta da Procuradoria do Estado de Goiás a respeito das diferenças de preços entre o estimado e o obtido no procedimento licitatório quanto aos itens 1, 3, 4 e 6, o Núcleo de Farmácia da Gerência de Suprimentos, desta feita já sob a égide da Portaria 178/2005 – GAB – SES (fls. 11, peça nº 8) procurou, como forma de verificar a possibilidade de serem aceitos os preços obtidos no procedimento licitatório, levantar a média entre os preços de fábrica e os preços máximos ao consumidor (base janeiro/2006 – uma vez mais se enfatizando que todas essas estimativas levaram em consideração valores já onerados com o ICMS de 17%) e compará-la com os preços estimados e com os adjudicados, podendo o seu trabalho ser sintetizado no quadro a seguir:

Medicamento	Preços (em R\$)				
	De Fábrica	Máximo ao Consumidor	Média entre Preço Fábrica e Máximo ao Consumidor	Originalmente Estimado	Adjudicado
1) Acetato de Glatiramer 20mg Inj.	108,71	150,28	129,50	138,90	149,96
3) Ciprofibrato 100mg	1,64	2,27	1,95	0,94	2,08
4) Cloridrato de Sevelamer 800mg	3,79	5,04	4,41	4,74	5,03
6) Levodopa 100mg + Benserazida 20mg Liberação Lenta ou Dispersível	1,03	1,43	1,23	0,97	1,36

31. Ao defender sua posição em relação à necessidade de redução do preço por ela cotado, a própria Medcommerce apresentou informações atinentes aos preços do item 1 (conforme fls. 36, peça nº 8), alegando que poderia praticar aquele correspondente à média entre o Preço Máximo ao Consumidor e o Preço Fábrica, segundo ela apurada em R\$ 136,61.

32. Após certa resistência e diante do início do procedimento com vistas à revogação do procedimento licitatório, a Hospfar findou por apresentar oferta de redução dos preços unitários dos itens 3, 4 e 6 para os já referidos, respectivamente, R\$ 1,95, R\$ 4,74 e R\$ 1,23 (fls. 7, peça nº 9).

33. Oportuna a síntese de que, tendo por base os elementos disponíveis nos autos, é possível elaborar o seguinte quadro a respeito dos preços unitários dos itens do certame:

Medicamentos	Preços unitários (em R\$)			
	Médio de Fábrica	Máximo ao Consumidor	Média entre Fábrica e Consumidor	Valor após renegociação*
1) Acetato de Glatiramer 20mg Inj.	138,90** 108,71***	N/D** 150,28***	N/D** 129,50***	136,61
2) Amantadina 100mg	0,41	0,57	0,49	0,41
3) Ciprofibrato 100mg	0,94** 1,64***	N/D** 2,27***	N/D** 1,95***	1,95
4) Cloridrato de Sevelamer 800mg	4,74** 3,79***	N/D** 5,04***	N/D** 4,41***	4,74
5) Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI	96,87	133,91	115,39	46,55
6) Levodopa 100mg + Benserazida 20mg Liberação Lenta ou Dispersível	0,97** 1,03***	1,35** 1,43***	1,16** 1,23***	1,23
7) Micofenolato Sódico 180mg	5,70	7,58	6,64	3,87
8) Octreotida Lar 30mg	6.404,80	N/D	N/D	6.365,00

* Tal condição somente se aplica aos itens 1, 3, 4 e 6. Os demais itens foram aqui inseridos apenas com o intuito de apresentar um quadro geral.

** Base: estimativa de maio/2005.

*** Base: estimativa de janeiro/2006 (somente disponível para os itens 1, 3, 4 e 6).

N/D = não disponível.

34. Oportuno ressaltar que a atitude de, quando da reavaliação dos parâmetros de preços dos itens 1, 3, 4 e 6, haver-se recorrido a bases de preços mais recentes procurou atender a reclamações das licitantes envolvidas, em especial a empresa Hospfar, a respeito da suposta desatualização dos valores utilizados na estimativa original (fls. 28/29, peça nº 8). Importante rememorar, também, o aspecto de que, por ocasião da realização do certame licitatório de que aqui se trata, o normativo vigente ainda não exigia o levantamento do preço máximo ao consumidor, já que o parâmetro a ser considerado para fins de estimativa era apenas o preço de fábrica efetivamente praticado. A forma de proceder quando da nova avaliação das faixas de valores para os itens 1, 3, 4 e 6 procurou, ao atender pleito das licitantes envolvidas levando em conta a recém emitida Portaria 178/2005 – GAB – SES, considerar cenário mais favorável às empresas.

35. Digna de nota, contudo, a constatação de que o mero decurso de tempo, associado à nova metodologia, não necessariamente resultou em uma estimativa de preço mais elevada, verificando-se que, no caso dos itens 1 e 4, ocorreu justamente o inverso.

36. Retornando aos itens aqui abordados, o que se constata é que o preço originalmente estimado para a contratação do item 1 era de R\$ 138,90 já incluso ICMS de 17% (preço médio de fábrica efetivamente praticado), em que pese a SES/GO não ser contribuinte do imposto. Na sessão originária de apresentação das propostas de preços, contudo, o que se verificou foi de a Medcommerce, ainda que após a breve e pouco significativa disputa observada, cotar o item pelo valor de R\$ 149,96 (fls. 23, peça nº 6). Como dito, no entanto, a validação final do contrato com a empresa somente foi autorizada após nova estimativa, em que, já em consonância com a metodologia da novel Portaria 21/2006 e com base em estimativa de janeiro/2006, identificou-se o preço médio de fábrica de R\$ 108,71, o preço máximo ao consumidor de R\$ 150,28, ambos já compreendendo a inclusão do ICMS, pela alíquota de 17%. O novo parâmetro de preço, de acordo com o normativo recém emitido (média entre preço de fábrica e preço máximo ao consumidor), foi estimado em R\$ 129,50. O preço que

findou por ser acatado, após negociação com a empresa, de R\$ 136,61, ainda seria, portanto, superior à estimativa segundo as novas regras, somente se revelando inferior ao preço máximo ao consumidor.

37. No caso dos fornecimentos do item 1, então, não há sequer como considerar a prevalência da declaração inicial da empresa 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 a faixa de preços em que declaradamente já incidia o ICMS à alíquota de 17%.

38. Ademais, já não faz muito sentido, em relação a tal item, admitir que o pregoeiro, no que se refere ao preço original, ou a Gerência de Suprimentos, no que tange ao preço renegociado, ambos sabedores de que não deveriam efetuar a contratação a preço superior ao estimado e que conheciam as condições do edital, considerassem os preços original e renegociado como sendo preços sem ICMS embutido. Caso tal suposição não baste, no entanto, ainda há que se ter em conta que, aceitar, na negociação, o valor de R\$ 136,61, como sem ICMS, seria o mesmo que concordar que a proposta apresentada representasse R\$ 164,59/unid. com ICMS incluso, valor esse superior até mesmo ao preço máximo ao consumidor apurado, de R\$ 150,28.

39. Situação não muito distinta verificou-se em relação ao item 4, cotado unicamente pela empresa Hospfar. O preço originalmente estimado para sua contratação era de R\$ 4,74, já incluso ICMS de 17% (preço médio de fábrica efetivamente praticado), em que pese a SES/GO não ser contribuinte do imposto. Na sessão originária de apresentação das propostas de preços, contudo, o que se verificou foi de a Hospfar cotar tal item pelo valor de R\$ 2,08 (fls. 23/24, peça nº 6). Como dito, no entanto, a validação final do contrato com a empresa somente foi autorizada após nova estimativa, em que, já em consonância com a metodologia da novel Portaria 21/2006 e com base em estimativa de janeiro/2006, identificou-se o preço médio de fábrica de R\$ 3,79, o preço máximo ao consumidor de R\$ 5,04, ambos já compreendendo a inclusão do ICMS, pela alíquota de 17%. O novo parâmetro de preço, de acordo com o normativo recém emitido (média entre preço de fábrica e preço máximo ao consumidor), foi estimado em R\$ 4,41. O preço que findou por ser acatado, após negociação com a empresa, de R\$ 4,74, ainda seria, portanto, superior à estimativa segundo as novas regras, somente se revelando inferior ao preço máximo ao consumidor.

40. Igualmente nesse caso, não há como considerar a prevalência da declaração inicial da empresa de que os preços estariam desonerados de ICMS, já que a negociação havida com a empresa, para que baixasse seu preço, a fez aderir a faixa de preços em que declaradamente já incidia o ICMS à alíquota de 17%.

41. Além disso, não faz muito sentido, também em relação a tal item, admitir que o pregoeiro, no que se refere ao preço original, ou a Gerência de Suprimentos, no que tange ao preço renegociado, ambos sabedores de que não deveriam efetuar a contratação a preço superior ao estimado e que conheciam as condições do edital, considerassem os preços original e renegociado como sendo preços sem ICMS embutido. Caso tal suposição não baste, no entanto, ainda há que se ter em conta que, aceitar, na negociação, o valor de R\$ 4,74, como sem ICMS, seria o mesmo que concordar que a proposta apresentada representasse R\$ 5,71/unid. com ICMS incluso, valor esse superior até mesmo ao preço máximo ao consumidor apurado, de R\$ 5,04.

42. No caso dos itens 3 e 6, até que se conseguiu que os preços originalmente cotados, de, respectivamente, R\$ 2,08 e R\$ 1,36 (em contraposição às correspondentes estimativas de R\$ 0,94 e R\$ 0,97), viessem a ser reduzidos para valores coincidentes com a nova estimativa realizada com base em janeiro/2006 e de acordo com as regras da Portaria 21/2006, ou seja, respectivamente, R\$ 1,95 e R\$ 1,23. No entanto, uma vez mais é de se ressaltar não mais subsistir a eventual validade da declaração inicial da empresa de que seus preços estariam desonerados de ICMS, já que ela, com a negociação, aderiu a faixa de preços em que declaradamente já incidia o ICMS à alíquota de 17%.

43. Em acréscimo, além de não fazer muito sentido admitir que o pregoeiro ou a Gerência de Suprimentos considerassem os preços original e renegociado como sendo preços sem ICMS embutido, ainda há que se ter em conta que, aceitar, na negociação, os valores de R\$ 1,95 e R\$ 1,23, como sem

ICMS, seria o mesmo que concordar que a proposta apresentada representasse R\$ 2,34/unid. e R\$ 1,48/unid. com ICMS incluso, valores esses superiores até mesmo aos correspondentes preços máximos ao consumidor apurados, de R\$ 2,27 e R\$ 1,43.

II.2 – Quanto ao item 5

44. Para o item 5 (medicamento “Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI”), um dos únicos em que aconteceu alguma disputa (o outro caso foi o do item 1), verificou-se situação distinta. Para o medicamento em questão, lograram habilitar-se as empresas Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., CNPJ 03.553.585/0001-65, e Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21. Nem mesmo se verificou a fase de lances, no entanto, a disparidade entre as ofertas das participantes foi extremamente significativa, já que enquanto a Milênio apresentou o preço unitário de R\$ 90,00, a Hospfar cotou o preço unitário de R\$ 46,55, vindo, então, a sagrar-se vencedora (fls. 26, peça nº 6).

45. Ora, acerca da empresa Hospfar, já tive a oportunidade, nesta Proposta de Deliberação, de expor o quadro contraditório de sua proposta, em relação à pretensa desoneração de seus preços quanto ao ICMS. De modo similar, a empresa Milênio, na documentação que acompanhou sua proposta comercial, também caracterizou situação contraditória, que deveria haver sido objeto de pedido de esclarecimento pela Comissão de Licitação. Por um lado, no documento intitulado genericamente de “declarações” (fls. 31, peça nº 4), constaram as assertivas de que:

“6. 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 irrevogáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta, e/ou conforme Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

7. Estamos de acordo e aceitamos todas as normas contidas no edital e seus anexos referentes a esta licitação, cujas especificações dos produtos independem de transcrição para que integrem nossa proposta, conforme o edital e/ou determinações deste órgão;

[...]

9. Declaramos que nos sujeitamos e aceitamos todas as exigências, normas e prazos estabelecidos neste edital;”

46. É certo, contudo, que, do mesmo documento, ainda constou esclarecimento que, em princípio, até poderia ser arguido em defesa da tese dos defendentes, de que os preços estariam desonerados (fls. 31, peça nº 4):

“11. Nos preços ofertados já está desonerado o ICMS”.

47. Em acréscimo, a empresa Milênio ainda apresentou o documento denominado “declaração–ICMS”, onde asseverou, “para os devidos fins, que os preços ofertados estão desonerados do ICMS de acordo com o Decreto Estadual nº 5.825 de 05 de Setembro de 2003” (fls. 29, peça nº 4), deixando, portanto, contraditório o seu posicionamento.

48. Tais condições conduziram à necessidade de diligências, por parte da Comissão de Licitações, com vistas a verificar qual, efetivamente, seria a situação do preço de tais empresas (Hospfar e Milênio) quanto ao medicamento em questão e, caso viesse a se confirmar o quadro de desoneração do ICMS, desclassificá-las, pela desconformidade com o edital, considerando deserto o item 5. O fato de se haver, então, prosseguido com a licitação e, posteriormente, aceitar-se como desonerado do ICMS preço que deveria haver sido apresentado onerado, conduziria a que os pagamentos referentes ao referido item também fossem considerados na composição do débito. Considero, contudo, que a realidade observada quanto a tal item orienta para encaminhamento diverso.

49. Dos medicamentos aqui considerados para efeito de imputação de débito envolvendo recursos federais, aquele identificado pelo item 5 já obteve, na oferta inicial e vencedora da Hospfar, preço (R\$ 46,55) significativamente inferior ao preço de fábrica identificado para o medicamento (R\$

96,87). Nem mesmo seria absurdo, no caso, diferentemente do que se verificou nos demais itens abordados, admitir-se que o preço final da licitante vencedora (R\$ 46,55) se encontrava efetivamente desonerado e que se estaria pagando, com a incidência do ICMS, o valor unitário de R\$ 56,08, já que este ainda seria significativamente inferior ao do preço de fábrica identificado quando da estimativa elaborada para a realização do certame licitatório (R\$ 96,87 – vide fls. 38, peça nº 1).

50. Em assim sendo, embora sem deixar de entender como incorreta a conduta de haver-se permitido o prosseguimento do certame em relação a item em que todas as propostas se encontravam em desacordo com o edital, entendo que, dadas as circunstâncias mencionadas, a parcela de débito atinente ao item 5 deva ser desconsiderada do débito relativo às vendas da empresa Hospfar.

II.3 – Quanto aos itens 2 e 7

51. Quadro semelhante identifica-se em relação aos itens 2 e 7, ainda que esses hajam sido cotados unicamente pela empresa Hospfar e que aqui também estejam presentes as questões atinentes à posição contraditória da licitante acerca da oneração, ou não, de seus preços com o ICMS. Registre-se, contudo, a peculiaridade de referidos itens serem os dois únicos, afora aqueles em que foi necessária a renegociação de preços (os itens 1, 3, 4 e 6), de que também se dispõe, nos autos, dos respectivos preços máximos ao consumidor.

52. Para o item 7, correspondente ao medicamento “Micofenolato Sódico 180mg”, a oferta única e vencedora da Hospfar foi o preço unitário de R\$ 3,87, este já inferior ao parâmetro então vigente, equivalente ao preço de fábrica, de R\$ 5,70. Neste caso, então, ainda que se vá acolher o argumento de que o preço ofertado se encontraria desonerado de ICMS, o valor já onerado corresponderia a R\$ 4,66. Ou seja, mesmo aí, ainda se estaria praticando preço 18,2% inferior ao preço de fábrica levantado. Entendo, assim, que também a parcela de débito relativa ao item 7 deva ser excluída do débito associado às vendas da empresa Hospfar.

53. Para o item 2, atinente ao medicamento “Amantadina 100mg”, a oferta única e vitoriosa da Hospfar foi o preço unitário de R\$ 0,41, exatamente idêntico ao preço de fábrica então identificado, este, enfatize-se uma vez mais, já devidamente onerado pelo ICMS à alíquota de 17%, situação que poderia conduzir à manutenção das parcelas a ele referentes entre os débitos. Contudo, ao dar-se crédito ao argumento dos defendentes e simular a oneração do preço ofertado, com todas as reservas que já consignei quanto a isso anteriormente nesta Proposta de Deliberação, o valor obtido é de R\$ 0,49, este ainda inferior ao preço máximo ao consumidor, de R\$ 0,57, e igual à média entre preço de fábrica e preço máximo ao consumidor. Avalio, então, que igualmente a parcela de débito relacionada ao item 2 deva ser retirada do débito vinculado às vendas da Hospfar.

II.4 – Quanto ao item 8

54. Para o item 8, correspondente ao medicamento “Octreotida Lar 30mg”, a Hospfar apresentou, como oferta única e que veio a sagrar-se vencedora, o preço unitário de R\$ 6.365,00, valor esse inferior ao parâmetro então apurado, correspondente ao preço de fábrica, de R\$ 6.404,80, embora se saiba que este último já se encontrava devidamente onerado com o ICMS, à alíquota de 17%.

55. Caso se vá acatar o argumento da empresa, de que sua oferta se encontrava desonerada, isso corresponderia a reconhecer a prática do preço unitário, já com o ICMS, de R\$ 7.668,67, este 19,7% superior ao preço estimado (preço de fábrica). Na hipótese, por motivo que se desconhece, não se conta, nos autos, com a fonte da pesquisa em que se encontre espelhado, além do preço de fábrica, também o preço máximo ao consumidor para o item, caminho que poderia servir para uma melhor noção acerca do preço efetivamente praticado.

56. A necessidade de certo grau de segurança que se exige para a imputação de débito conduziu-me, então, a fazer comparativo, entre os preços de que se dispõe nos autos, a fim de

identificar qual foi a margem de diferença entre os preços de fábrica e os preços máximos ao consumidor, resultando no seguinte quadro:

Medicamentos	Preços unitários (em R\$)		Diferença B/A – 1
	Médio de Fábrica (A)	Máximo ao Consumidor (B)	
1) Acetato de Glatiramer 20mg Inj.	108,71	150,28	38,2%
2) Amantadina 100mg	0,41	0,57	39,0%
3) Cibrofibrato 100mg	1,64	2,27	38,4%
4) Cloridrato de Sevelamer 800mg	3,79	5,04	33,0%
5) Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI	96,87	133,91	38,2%
6) Levodopa 100mg + Benserazida 20mg Liberação Lenta ou Dispersível *	0,97	1,35	39,2%
	1,03	1,43	38,8%
7) Micofenolato Sódico 180mg	5,70	7,58	33,0%
Diferença Média			37,2%

* No caso em que ambos os preços foram encontrados nas duas estimativas (maio/2005 e janeiro/2006), os dois pares foram aqui considerados. Considera-se, ademais, que, como aqui se trata da comparação entre dois preços de mesma base, a fim de apurar a diferença entre eles, o fato de serem de um levantamento ou do outro não é muito significativo.

57. A leitura do quadro demonstra não ser demasiado supor que um preço unitário 19,7% superior ao preço de fábrica findasse por corresponder ao parâmetro de média entre preço de fábrica e preço máximo ao consumidor, tendo em vista corresponder a índice que é praticamente a metade da diferença percentual geralmente observada entre referidos parâmetros nos casos em que eles estão disponíveis nos autos. Entendo, assim, faltar segurança para que as parcelas atinentes ao item 8 permaneçam entre os débitos referentes às compras junto à empresa Hospfar, optando por também propor a sua exclusão.

III – Da comparação com os preços de referência – mercado

58. Aliás, 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.

59. Por diversas vezes, com vistas a 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.

60. Conforme constou do relatório precedente, em uma das ocasiões (fls. 58, peça nº 28) 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.

61. 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 (cópia na peça nº 32):

“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.”

62. 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.

63. 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):

“73. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio que se se provar 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.” (fls. 14, peça nº 28).

64. 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 superaram as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI do anexo ao Decreto nº 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 –, passariam 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 201/2005 (peça 1, p. 42) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 6, p. 32-33 e 38), indicar que alguns medicamentos foram adquiridos com preço superior à referência, a aquisição só foi confirmada porque houve a averiguação de sua compatibilidade ao parâmetro de preço máximo ao consumidor (peça 8, p. 17-40), o que era permitido por norma expedida no âmbito da SES/GO (Portaria 178/2005). A referida portaria estabelece que a estimativa de preços seria dada pela média encontrada entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizar outros parâmetros de preço

que possam espelhar o mercado. Mesmo assim, houve renegociação ulterior junto às empresas fornecedoras, de que resultou redução de preços para alguns medicamentos, permanecendo, para outros, patamares de custo superiores aos da estimativa (peça 9, p. 8).

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 1146/2011 – 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 de 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. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinados itens dá sustentabilidade à justificação de que trata o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.

Cobrança indevida de tributo

12. 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 das empresas fornecedoras, 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.

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.

14. Resta abordar sobre uma questão levantada em 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 dupla incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do imposto. Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contemplou a incidência do tributo, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio da 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.

15. Entende-se, portanto, que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa

são muito díspares e imprecisas. Entende-se que a estimativa de preços promovida dentro da licitação possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa a imputação de débito constante dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.”

65. Reputo bastante, neste específico caso, considerar, como referido pela unidade técnica, os preços estimativos como parâmetro de comparação, consoante, inclusive, já procedi no segmento “II” desta Proposta de Deliberação. Conforme ali relembrei, os preços estimativos por item da licitação foram inicialmente tomados, considerando as disposições da então vigente Portaria 616/2002, a partir dos preços de fábrica efetivamente praticados no mercado, esses já onerados com ICMS de 17%. As significativas diferenças entre os preços estimados e aqueles obtidos em relação aos itens 1, 3, 4 e 6, no entanto, e a fim de atender a demandas das empresas no sentido de atualização dos parâmetros e de que fossem levadas em conta as disposições da novel Portaria 178/2005 – TAB – SES, conduziram à promoção de novo levantamento, base janeiro/2006, em que passou-se a prever o parâmetro de média entre os preços de fábrica e os preços máximos ao consumidor, uma vez mais enfatizando-se que todas essas estimativas levaram em consideração valores já onerados com o ICMS de 17%.

66. Ora, tomando por parâmetro esses valores, já tive a oportunidade de ressaltar, no referido segmento “II”, que, em diversos dos medicamentos licitados no certame em tela, mais especificamente nos itens 1, 3, 4 e 6, se acaso considerássemos os valores aceitos pela Gerência de Suprimentos, após a renegociação, como desonerados, chegaríamos à conclusão de que os preços unitários propostos pelas empresas, acrescidos do ICMS, para efeitos de comparação com as tabelas de preços ao consumidor, seriam, respectivamente, de R\$ 164,59, R\$ 2,34, R\$ 5,71 e R\$ 1,48, todos eles superiores aos preços máximos ao consumidor correspondentes. Seria o caso de inquirir-se, então, se haveria algum sentido em a administração, em especial considerando tratar-se de volume de compra considerável, pagar preços superiores aos preços máximos ao consumidor.

67. Justamente em sentido oposto, o próprio senso comum já sinaliza que, pelos volumes adquiridos pelo órgão estadual, seria de se esperar, no mínimo, que os preços oferecidos pelas empresas se aproximassem mais dos preços de fábrica dos medicamentos que dos preços máximos ao consumidor, situação mais aceitável, ainda que recentemente este Tribunal haja alertado o Ministério da Saúde acerca da possível existência de superdimensionamentos em preços de fábrica, conforme subitem 9.1 do Acórdão 3.016/2012 – Plenário. No entanto, se acolhidos os argumentos das defendentes em relação aos itens 1, 3, 4 e 6, seriam pagos valores acima dos preços máximos ao consumidor, situação inadmissível.

IV – Da inequívoca forma de pagamento prevista no edital

68. 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 como deveria ocorrer a desoneração do ICMS (conforme fls. 21, peça nº 3):

“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 5825/03, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço

(-) Desoneração do ICMS

=Total a pagar”

69. A lógica nessa fórmula não prevê operações de soma de ICMS ao preço e, depois, seu abatimento, como fizeram as empresas. Era evidente, portanto, que as empresas receberiam valor

inferior ao preço parâmetro da licitação e àqueles por elas ofertados em suas propostas, ou seja, que os preços das propostas seriam superiores aos preços dos efetivos pagamentos. Portanto, não há como acolher a alegação de que os preços já se encontrariam desonerados, se as empresas sabiam que, quando da emissão de suas notas fiscais, ainda teriam que deduzir de seus preços o ICMS.

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

70. 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 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 daquele julgado, o Tribunal entendeu ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

71. 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:

“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 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’.

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’.

Cumpra-se 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.”

72. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 – Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 201/2005, dentre as quais a Hospfar e a Medcommerce, 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.

73. 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 discriminado e destacado 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.

74. 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 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.” (fls. 5, peça nº 31, TC-009.625/2011-9).

75. 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.

76. 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 (fls. 6, peça nº 31, TC-009.625/2011-9). 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.

77. 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 (fls. 15, peça nº 3).

78. 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 impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

79. Conforme indicado no derradeiro parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, as empresas Hospfar e Medcommerce tentam, em linha adicional de defesa, minimizar seus possíveis prejuízos lembrando que, como distribuidoras atacatistas de medicamentos, seriam beneficiadas 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 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%.

80. 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 pelas responsáveis: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da Hospfar: “Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)”, conforme fls. 13, peça nº 4; b) os preços cotados pelas licitantes para os itens 1, 3, 4 e 6 foram iguais ou superiores àqueles constantes da estimativa da licitação, os quais sabidamente 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 pleiteiam as empresas. Ademais, a aplicação do percentual referido pelas defendentes nas faturas objeto de impugnação carece de efetiva comprovação. Portanto, não se sustenta tal alegação de defesa.

VII – Das supostas retenções

81. Necessário ainda discorrer sobre a alegação, apresentada, entre outros, pelos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (vide fls. 13/14, peça nº 24), no sentido de que o Estado de Goiás havia procedido a retenções em montante correspondente aos pagamentos supostamente realizados a maior, o que, segundo alegam, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário.

82. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar: 1º) que conforme consta dos autos (fls. 14/18, peça nº 16, Relatório Conclusivo), há indícios de que praticamente só houve retenções de recursos na fonte estadual (fonte 00 – vide quadros constantes às fls. 14/15 e 18/19 da peça nº 16); 2º) inexistente nos autos qualquer indicativo de que tais montantes retidos hajam sido recolhidos aos cofres públicos federais; 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 (vide peça nº 33).

83. 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.

84. 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 130/2006, com recursos federais.

VIII – Da existência/inexistência de boa-fé

85. 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.

86. 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.

87. Em suma, entendo não haver elementos que apontem a boa-fé dos responsáveis.

IX – Da não aplicação de multa proporcional ao dano

88. 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.

89. 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.

90. Assim, considero que tais medidas, conquanto 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.

X – Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

91. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho os posicionamentos dos pareceres precedentes, no sentido de que o responsável, apesar de revel, deva ter sua responsabilidade excluída, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possui nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já que este decorreria dos atos de pagamento.

XI – Laudo Pericial – Departamento de Polícia Federal

92. 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 Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 201/2005 (fls. 18/52, peça nº 28). De acordo com a unidade instrutiva, em termos gerais, o laudo confirma o entendimento defendido na fundamentação do Acórdão que se propõe, no sentido de ser inequívoca a exigibilidade dos pagamentos com base nos preços adjudicados, devendo ser subtraída a parcela financeira correspondente ao tributo de ICMS, particularmente no que diz respeito aos itens 1, 3, 4 e 6.

XII – Dos ajustes em relação aos débitos a serem imputados

93. Conforme relembra a instrução de mérito, a dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Hospfar baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (fls. 13/14, peça nº 16). Nos termos da instrução inicial (fls. 44, peça nº 16), o cálculo da referida dívida levou em conta a informação relativa ao quantitativo indevidamente pago à empresa – com referência a todas as notas fiscais listadas –, cujo montante alcança o valor de R\$ 120.018,95, sendo R\$ 83.713,22 com financiamento federal, ou seja, 69,75%. Dessa forma, o cálculo de débito realizado pela unidade técnica, em com base no qual foram promovidas as citações, fez incidir o

referido percentual sobre o valor indevidamente pago correspondente a cada nota fiscal para alcançar os quantitativos a serem devolvidos.

94. Em sua nova manifestação, contudo, o órgão instrutivo sinaliza a imprecisão de tal método de cálculo, tendo em vista não levar em conta o fato de o pagamento de diversas notas fiscais não haver contemplado a participação de recursos federais. Tal constatação conduziu à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração da nova planilha de débito relacionada à empresa Hospfar, constante da proposta de encaminhamento, apurou a efetiva participação da fonte federal “23” em relação aos valores indevidamente pagos concernentes a cada documento fiscal. Somente em relação a uma nota fiscal (NF 111533), houve necessidade de se apurar a proporcionalidade da referida participação. De tal retificação metodológica resultou a constatação de que o débito total, em valores históricos, corresponde ao montante de R\$ 39.798,59 e não de R\$ 83.713,22, conforme anteriormente apurado.

95. Tendo em vista o caráter de liquidez de que se devem revestir os débitos imputados por esta Corte, manifesto-me de acordo com o ajuste sugerido pela unidade instrutiva, com que se pôs de acordo o Representante do Ministério Público junto a esta Casa.

96. Além desse aspecto, conforme discorri anteriormente nas seções II.2, II.3 e II.4 desta Proposta de Deliberação, entendo necessário excluir, do débito a ser imputado à empresa Hospfar e aos responsáveis com ela solidários, as parcelas decorrentes da aquisição dos itens 2, 5, 7 e 8, correspondentes, respectivamente, aos medicamentos “Amantadina 100mg”, “Interferon Alfa 2A ou 2B 5.000.000UI”, “Micofenolato Sódico 180mg” e “Octreotida Lar 30mg”.

97. Quanto a isso, nesta TCE, a responsabilidade atribuída à empresa em questão decorreu de pagamentos que tiveram como referência sete notas fiscais por ela emitidas, a saber, as de números 99729 (fls. 36, peça nº 13), 97519 (fls. 35, peça nº 13), 95053 (fls. 32, peça nº 13), 92070 (fls. 31, peça nº 13), 88075 (fls. 29, peça nº 13), 89456 (fls. 28, peça nº 13) e 111533 (fls. 27, peça nº 13). Verifica-se, no entanto, que as de números 89456, 95053 e 99729 envolveram o fornecimento, exclusivamente, do item 4 (“Cloridrato de Sevelamer 800mg”), não interessando ao ajuste que aqui se pretende promover.

98. Quanto às demais notas fiscais, é possível, logo de pronto, excluir a integralidade das parcelas de débito atinentes às de números 11153 e 88075, dado referirem-se, exclusivamente, ao fornecimento dos itens 7 (“Micofenolato Sódico 180mg”) e 8 (“Octreotida Lar 30mg”).

99. Já a nota fiscal de número 97519 envolveu, entre outros, o fornecimento de 3 unidades do item 8 (“Octreotida Lar 30mg”), ao preço unitário de R\$ 7.668,67, e 3.600 unidades do item 2 (“Amantadina 100mg”), ao preço unitário de R\$ 0,494. Por sua vez, a nota fiscal de número 92070 envolveu, entre outros, o fornecimento de 3 unidades do item 8 (“Octreotida Lar 30mg”), ao preço unitário de R\$ 7.668,67. Tais valores incluíam os acréscimos lançados a título de ICMS, abatidos ao final do documento fiscal. A metodologia utilizada para a apuração do débito, contudo, levou em consideração o valor originalmente proposto pela empresa como já onerado e computou como débito o ICMS não abatido.

100. Retomando, então, os valores cotados para tais itens, ter-se-ia, para 3 unidades do item 8 (fornecidas tanto na nota fiscal 97519 quanto na 92070), o valor total de R\$ 23.006,01 ($3 \times \text{R\$ } 7.668,67 = \text{R\$ } 23.006,01$) e, conseqüentemente, a parcela de débito de R\$ 3.911,02 ($17\% \text{ de } \text{R\$ } 23.006,01 = \text{R\$ } 3.911,02$). Para 3.600 unidades do item 2, ter-se-ia o valor total de R\$ 1.778,40 ($3.600 \times \text{R\$ } 0,494 = \text{R\$ } 1.778,40$) e, conseqüentemente, a parcela de débito de R\$ 302,33 ($17\% \times \text{R\$ } 1.778,40 = \text{R\$ } 302,33$).

101. Em assim sendo, a parcela de débito atinente à nota fiscal 97.519, atualmente sinalizada como sendo de R\$ 582,60, deverá ser integralmente excluída, tendo em vista a identificação de montante de abatimento até superior, com vistas a desconsiderar a contribuição, para o débito em questão, dos pagamentos relativos aos itens 8 e 2 ($\text{R\$ } 3.911,02 + \text{R\$ } 302,33$). Da parcela de débito referente à nota fiscal 92070, atualmente no montante de R\$ 8.384,58, deverá ser abatida a importância de R\$ 3.911,02.

102. No que tange ao débito a ser imputado à empresa Medcommerce e solidários, findei por identificar que, em função de incorreção na tabela de que foram extraídas suas parcelas, deixou de ser

considerado pagamento indevido sobre a nota fiscal de número 46554. Naquele caso, conforme se pode verificar às fls. 17 da peça nº 16, foi efetuado pagamento no total de R\$ 184.708,73, quando o devido seria de R\$ 168.265,27, importando em um débito, em valor históricos, de R\$ 16.443,46. Na tabela em questão, contudo, o campo relativo a “valor indevido pago pela nota fiscal” foi preenchido com a informação “não houve”.

103. Eventual imputação de tal parcela, contudo, esbarraria no aspecto de não haver ela constado de nenhum dos ofícios de citação ou das instruções precedentes. O significativo decurso temporal de tramitação deste feito, por sua vez, desaconselha que se retorne à fase de citação apenas em função de tal parcela.

Conclusão

104. Não poderia findar meu pronunciamento sobre este feito sem exaltar a qualidade dos trabalhos de ordem técnica e jurídica lançados nas instruções da Secex/GO e nos pareceres do Ministério Público/TCU, os quais encerraram percucientes exames sobre a matéria ora debatida nos autos.

Diante do exposto, ao acolher quanto ao mais, a fora as ponderações acima explicitadas e os ajustes de forma julgados pertinentes, os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público/TCU, manifesto-me no sentido de que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de junho de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator