GRUPO II - CLASSE IV - Plenário
TC-016.592/2010-7
Natureza: Tomada de contas especial
Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás/SES/GO
Responsáveis: Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00; Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15; Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21.
Representação Legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO 11.703; Georges Louis Hage Humbert, OAB/BA 21.872, e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. PAGAMENTOS EFETUADOS SEM EFETIVA DESONERAÇÃO DE ICMS. CITAÇÃO SOLIDÁRIA. NÃO DESONERAÇÃO POR OCASIÃO DO PAGAMENTO DA FATURA. ISENÇÃO FISCAL FICTICIAMENTE CONSIDERADA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. DETERMINAÇÃO.

# RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 171/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos de alto custo para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO.

2. Referido acórdão foi prolatado em processo de representação, consubstanciada no TC-017.576/2005-2, acerca de supostas irregularidades na aplicação dos recursos do Sistema Único de Saúde, formulada pela 4ª Promotoria de Justiça de Aparecida de Goiânia, órgão integrante da estrutura do Ministério Público do Estado de Goiás. Durante os exames constantes da representação, constatou-se a necessidade da realização de auditoria no Fundo Estadual de Saúde e na Secretaria Estadual de Saúde de Goiás com o fim de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais a ele transferidos, medida essa autorizada pelo relator da representação.

3. Um dos achados apontados pela auditoria se referiu à possibilidade da existência de fraude nos processos licitatórios de aquisição de medicamentos, os quais conduziram à contratação das mesmas empresas (Hospfar, Milênio e Medcomerce), conforme consta registrado nos itens 61 a 63 da instrução integrante do relatório que precedeu o Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário. Na ocasião, apontou-se possível dano ao erário decorrente ainda da seguinte irregularidade, assim descrita pela equipe técnica da Secex/GO (relatório da referida deliberação):

> "64. As irregularidades iniciam-se com a elaboração do edital, onde são exigidos das empresas licitantes que em suas propostas estejam incluídos todos os impostos e demais encargos, inclusive o ICMS. Normalmente estas exigências estão descritas nos itens 5.3, 5.3.1 e sua OBS, transcritos a seguir.
>
> 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



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

emissão das respectivas Notas Fiscais, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.

OBS: As empresas que venham a ser vencedoras do certame deverão atender aos termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz relativo ao produto cotado, quando da emissão da Nota Fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque da isenção concedida.'

65. Com o fito de evitar questionamentos, uma vez que estes medicamentos são isentos do ICMS, em razão do convênio Confaz nº 87/02 e do Decreto Estadual nº 5.825/03, também é inserido no edital (normalmente no item 11.5) os procedimentos a serem utilizados pelas empresas para excluir dos preços cotados e homologados o valor do ICMS:

66. '11.5. Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, a (s) Nota (s) Fiscal (is) será (ão) emitidas (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total faturado, e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Decreto Estadual nº 5.825/03, ficando indicado o seguinte resultado:

= PREÇO DE FABRICA
(-) DESCONTO OFERTADO
= SUB-TOTAL
(-) DESONERAÇÃO DO ICMS
= TOTAL A PAGAR
(...)'

[...]

69.2. Da análise de parte dos processos de pagamentos, tabelas anteriores, pode se afirmar que há danos aos cofres em razão da:

69.2.1. Não desoneração do ICMS, como definido no edital - itens 5.3; 5.3.1 e sua OBS e 11.5. Fato que causa um débito da ordem de 17% ou 44,16% sobre o total das compras, pois há casos que as empresas além de não excluir o ICMS contido na proposta, quando do faturamento incluem novamente o valor do ICMS sobre o valor já onerado.

70. Para a correta apuração do débito faz-se necessário solicitar à SES que encaminhe cópias integrais e legíveis de todos os processos de pagamentos vinculados aos pregões nº 013/2005, 040/2005, 053/2005, 171/2005, 173/2005, 174/2005, 175/2005, 176/2005, 185/2005, 200/2005, 201/2005, 223/2005, 224/2005, 288/2005, 292/2005, 293/2005, 314/2005, 316/2005, 004/2006, 117/2006, 130/2006, 226/2006 e 259/2006.

71. Devido à grande quantidade de contratos, de medicamentos e de responsáveis, entendemos que para cada pregão deverá ser instaurada uma TCE, como forma de obter maior eficiência no desenrolar do processo.

72. O mesmo entendimento estende-se às demais falhas/irregularidades descritas no anexo I, pois as irregularidades são inúmeras, os responsáveis são vários. Assim, temos que as audiências e citações descritas no citado anexo I devem ser apuradas nos correspondentes processos de tomada de contas especial."

4. Mediante o Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário (Rel. o Ministro Raimundo Carreiro), este Tribunal decidiu determinar à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO) a instauração de tomada de contas especial relativa a cada um dos pregões mencionados, nos quais houvesse pagamento por medicamentos com oneração de ICMS envolvendo recursos federais, além de outras providências.

5. Em atendimento à determinação deste Tribunal, a SES/GO instituiu comissão instauradora de tomada de contas especial, a qual realizou o levantamento das informações e documentos relacionados aos indícios de dano, bem assim, identificou a parcela de recursos federais envolvidos nos pagamentos, individualizando-os por pregão, sendo esta tomada de contas especial instaurada em relação ao 171/2005-SES/GO. Para a produção de seu relatório, a comissão também tomou



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

depoimentos de envolvidos no processo de aquisição dos medicamentos (fls. 87/92, peça nº 15, e fls. 1/7, peça nº 16).

6. O relatório conclusivo da Comissão de Tomada de Contas Especial (Relatório Conclusivo 3/2010) consta às folhas 20/57, peça nº 16. Ali se consignou, primeiramente, que os itens licitados por intermédio do Pregão 171/2005 foram adjudicados, inicialmente, a quatro empresas, a saber, Goiânia Médica Produtos Hospitalares Ltda., Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Laboratório Ferring Ltda. e Milênio Produtos Hospitalares Ltda. No entanto, mesmo após a expedição das ordens de fornecimento, a empresa Goiânia Médica Produtos Hospitalares Ltda., ao informar que não poderia cumprir com o fornecimento do item 1, solicitou o cancelamento do objeto a ela adjudicado. Referido item, então, foi adjudicado à licitante segunda colocada, a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Após a análise de cada uma dessas contratações e da correspondente execução contratual, a comissão de TCE chegou às seguintes conclusões:

a) em relação à empresa Hospfar, foi identificado um dano concreto no montante de R$ 61.724,81, decorrente da indevida oneração de preços com o ICMS, cabendo o registro de que, no caso dessa empresa, os pagamentos em que se apurou débito foram lastreados exclusivamente por recursos federais;

b) no que tange à empresa Milênio, apurou-se um dano concreto total de R$ 56.100,42, decorrente da indevida oneração de preços com o ICMS, sendo que os pagamentos em seu favor foram suportados por recursos estaduais;

c) quanto à empresa Laboratório Ferring, a comissão constatou um dano concreto de apenas R$ 5.727,17, resultante da indevida oneração de preços com o ICMS, integralmente suportado por recursos estaduais.

7. Os responsáveis solidários pelo dano, no que se refere aos recursos federais envolvidos, foram assim identificados: a) Fernando Passos Cupertino de Barros - enquanto Secretário de Estado de Saúde; b) Cairo Alberto de Freitas - também enquanto Secretário de Estado da Saúde; c) Luiz Antônio Aires da Silva - enquanto Superintendente de Administração e Finanças; d) Antônio Durval de Oliveira Borges - também enquanto Superintendente de Administração e Finanças; e) Adriano Kennen de Barros - enquanto Pregoeiro; f) Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

8. A instrução inicial da Secex/GO principiou por consignar a exclusão, do rol de responsáveis, do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, em função de seu período de gestão ser anterior aos débitos aqui tratados. Ao que tudo indica, esse também foi o motivo para excluir-se o nome do Sr. Luiz Antônio Aires da Silva, ainda que não conste registro a esse respeito. Aquela unidade instrutiva registrou, ainda, a exclusão de responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, tendo em vista não haver contribuído para a ilegalidade que ocorreu no pagamento realizado. Feitas essas ressalvas, propôs a citação solidária dos responsáveis indicados nas letras "b", "d" e "f" do parágrafo precedente (fls. 69/72, peça nº 16). Com o transcurso do prazo para a apresentação das alegações de defesa, a unidade técnica novamente instruiu o feito (fls. 62/72, peça nº 20), com o seguinte posicionamento acerca do mérito destas contas (transcrição dos excertos principais, cabendo o registro de que as referências de folhas existentes no texto dizem respeito à numeração observada quando o processo ainda era físico):

"[...]

4. Deve ser mencionado que, quanto aos débitos apurados, levou-se em conta o débito levantado no Relatório Conclusivo (fls. 1536 e 1550).

[...]

**ANÁLISE**

7. A análise prosseguiu de acordo com a ordem de apresentação das alegações de defesa nos autos, assim, a primeira refere-se à defesa da empresa Hospfar Indústria e Comércio de



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

Produtos Hospitalares Ltda. (fls. 1592/1643), que segue acompanhada de anexos (fls. 1644/11852) e (fls. 1888/2011), com representação por advogado.

8. Em princípio, a defesa fundamentou-se em preliminares. A primeira delas 'I.I - Inexistência de contrato. Efeitos' (fls. 1592/1597). Em sua defesa, a empresa alega que não foi formalizado em contrato o procedimento decorrente do Pregão 171/2005 - fl. 1592, ante a recusa da Procuradoria Geral do Estado em outorgar o contrato (fl. 1481). Com isso, pretende o citado demonstrar que sendo declarada a nulidade do procedimento, todo o certame restaria prejudicado, assim como todos os atos jurídicos dele decorrentes, não podendo ser alcançado por aplicação de quaisquer sanções.

9. Entretanto, mesmo considerando falhas no procedimento licitatório e de contratação, a nulidade apontada nos autos não tem o condão de livrar a empresa do ressarcimento dos danos ao Erário, cuja apropriação de recursos verteu em benefício da citada. Pelo fato de não ter agido sozinha é que está sendo responsabilizada de maneira solidária com os gestores que deram causa à irregularidade em questão.

10. Na segunda preliminar 'I.II - Falta de correta tipificação - nulidade' (fls. 1597/1598), alega a citada que a tipificação correta para o caso seria a violação ao Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, pelo caráter de especificidade deste convênio que indica os medicamentos questionados em seu anexo único, em detrimento da tipificação realizada na citação, referente ao Convênio Confaz ICMS nº 26/2003.

11. De fato, a especificidade dada pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002 habilita esta norma para efeitos de tipificação nestes autos. Todavia, a tipificação serve de orientação na busca do enquadramento do fato com finalidade de se buscar a verdade real destes, oportunizando à defesa e à acusação o debate sobre o fato ocorrido, para que as evidências sejam acatadas ou refutadas no decorrer da análise processual, que culmina com a obtenção do mérito a ser proferido no julgamento das contas, de modo que, uma vez trazida à tona a correta tipificação das irregularidades ocorridas, tendo inclusive a defesa apresentado alegações no sentido de rebater tal tipificação, tal rigor formalista não tem o poder de dissuadir a irregularidade cometida pela citada, que resultou em débito ao erário federal, e não redundou em prejuízo à defesa daquela.

12. Na terceira preliminar 'I.III - Falta de tipicidade para Tomada de Contas Especial' (fls. 1598/1603), a defesa alega (fl. 1598) que os preços dos medicamentos em questão vendidos no Pregão 314/2005 foram praticados de acordo com os preços de mercado à ocasião, salientando a observação constante em parecer da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás (fl. 1599) de que houve economia com relação aos preços praticados em outros procedimentos. Continua sua defesa alegando que os preços apresentados já estavam com os valores correspondentes ao ICMS desonerados e que os preços apresentados, portanto, por estarem compatíveis com os de mercado, não apresentam indícios de superfaturamento ou qualquer outra irregularidade que pudesse dar causa à Tomada de Conta Especial. Nesta argumentação, pretende demonstrar que a TCE não apresenta todos os elementos constitutivos necessários para o seu procedimento.

13. A questão seria favorável à defesa, caso os indícios de prejuízo ao Erário não fossem demonstráveis. Contudo, o que se apresenta nos autos é o oposto, pois dos diversos pagamentos feitos à empresa, alguns foram feitos de maneira correta, ou seja, com o valor referente ao ICMS desonerado, outros, porém, os cobrados nesta TCE, referem-se a valores pagos sem a desoneração do ICMS, ou seja, valores com a Nota Fiscal cheia, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 003/2010 (fl. 1536) na Planilha referente à empresa envolvida, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Portanto, não se configura a descaracterização dos pressupostos de validade de instauração deste procedimento.

14. Superadas as preliminares, segue-se à análise do mérito (fls. 1603), nas suas alegações iniciais, a defesa apresenta a tese de que praticou o preço já considerando a desoneração referente ao ICMS, seguindo as orientações ditadas por lei, portanto, não haveria que se questionar ilegalidade neste ato. II.I - Do Pregão 171/05 (fl. 1607); seguindo a mesma linha, para reforçar sua



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

tese apresenta Despacho da Procuradoria Geral do Estado 'AG' nº 007332 de 24/08/2007 (fl. 1609), manifestando-se sobre este assunto em outro pregão, o de 'nº 130/2005', cuja conclusão é a de não haver nenhuma ilegalidade na apresentação do valor da proposta desonerada de ICMS, por não afetar a comparação entre propostas e por atender à legislação que rege a matéria e a orientação daquela Casa.

15. Portanto, ou a administração pagou a mais nos pagamentos feitos considerando-se que os valores ofertados não estavam desonerados e teria crédito com as empresas, ou a administração estaria cobrando indevidamente das empresas caso os preços ofertados por elas já estivessem desonerados do valor do ICMS. Entretanto, o entendimento aqui esboçado é o de que a administração tem crédito com as empresas que receberam os valores totais pagos nas Notas Fiscais, uma vez que o valor a ser pago deveria ter sido aquele com o desconto da alíquota de 17% referente ao ICMS destacado na nota, como no caso concreto aqui apresentado. Uma vez que, à luz da legalidade, nos preços ofertados, o valor do ICMS deveria estar incluso, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

16. Na sequência, a defesa lançou mão da tese de preclusão administrativa, II.II - Desclassificação da Proposta Inexistente - Preclusão (fl. 1616); diante da qual a administração não poderia exercitar a faculdade discricionária de avaliar a conveniência da licitação e das propostas, pelo fato de inexistirem fatos novos que pudessem produzir alteração do juízo de conveniência exercido na ocasião da homologação e retificação da homologação do edital.

17. Todavia, como já demonstrado na discussão antecedente, não se trata de modificar entendimento anterior, pelo contrário, a questão envolve erro no pagamento feito em algumas Notas Fiscais, levando-se em conta o entendimento já esboçado. Portanto, não cabe acolhida ao argumento apresentado.

18. Na tese seguinte, II.III - Desoneração - Impossibilidade de aplicação de sanção legalidade (fl. 1620), a defesa pretende demonstrar a impossibilidade de aplicação de sanção pelo fato de a empresa ter apresentado em sua proposta os preços dos produtos já com os valores desonerados.

19. Novamente, esbarra a discussão na controvérsia sobre a inclusão ou não do valor referente ao ICMS nos preços ofertados. Segundo a empresa contratada, os preços constantes na sua proposta vencedora estavam desonerados do valor referente ao ICMS. Segundo a Auditoria Interna da Secretaria de Estado da Saúde, em obediência ao edital, tais preços propostos deveriam estar onerados do valor do ICMS para, posteriormente, na etapa do pagamento, terem estes valores destacados na nota fiscal e abatidos do valor total da nota, chegando-se ao preço correto de pagamento, em obediência ao prescrito no edital e no Convênio Confaz ICMS nº 87/2002.

20. É sabido que a isenção fiscal corresponde à não incidência legalmente qualificada, como no caso em questão. Porquanto, a regulamentação da isenção fiscal, dada pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, dispõe na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único daquele convênio destinados aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas. Porém, condiciona esta isenção, no § 1º c/c inciso III, a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal. Portanto, como a própria legislação específica, que trata da isenção fiscal, também regulamenta o seu *modus operandi* e neste está claro que o valor referente ao ICMS deveria constar na nota fiscal, para ser abatido no ato do pagamento. Ainda, o edital previa a apresentação dos preços com a inclusão de todos os impostos inclusive o ICMS. Assim, fica difícil aceitar a tese apresentada pela citada de que o valor pago pela Administração corresponde ao valor ofertado pela contratada, que já levou em conta a desoneração do ICMS no seu preço.

21. Posteriormente, a defesa apresenta ainda a tese de que teria o direito de desoneração do ICMS em 10%, por ser atacadista, II.IV - Direito a desonerar ICMS em 10% das distribuidoras (fl.



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

1634). Assim, a defesa alega em seu favor que a empresa tem o direito de desoneração do ICMS em 10% (dez por cento), em função do Termo de Acordo de Regime Especial (Tare nº 037/04-GSF) deferido aos distribuidores atacadistas de medicamentos no Estado de Goiás, conforme doc. 14 (fls. 1762/1765).

22. Entretanto, nos autos, está sendo preservado o direito de desoneração de 17% referente ao ICMS garantido pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002. Acontece que essa desoneração foi utilizada como instrumento de subsídio nos preços dos medicamentos complexos de grande relevância social para o Estado de Goiás.

23. Ademais, o benefício fiscal pretendido pela defesa não é cumulativo, conforme § 1º da Cláusula primeira do mesmo diploma apresentado por ela (Tare nº 037/04-GSF). Portanto, não cabe acolhimento ao argumento da defesa.

24. Continua sua defesa o defendente alegando que (fl. 1637), devido ao bloqueio indevido, não existe prejuízo a ser perseguido pelo poder público.

25. Está claro que a retenção de recursos não foi realizada no âmbito do TCU, portanto este procedimento adotado pelo Governo Estadual não traz repercussão nestes autos.

26. Ainda, apresenta a defesa a alegação (fl. 1638) de que o repasse de recursos federais para a saúde é fixo e insuficiente para cobrir o valor das aquisições. Com tal alegação, a defesa pretende demonstrar que não existe prejuízo à União, uma vez que os gastos com medicamentos são complementados com verbas estaduais, estando, no seu entendimento, o procedimento avaliado fora de qualquer possibilidade de prejuízo ao erário federal.

27. Embora as explanações acerca dos repasses de recursos federais referentes à saúde mereçam atenção por parte das autoridades criadoras de políticas públicas nesse segmento, tais explicações não servem de fundamento para elidir as irregularidades aqui debatidas. Observa-se que estão sendo cobradas as parcelas indevidamente pagas exclusivamente com recursos públicos federais, conforme Planilha referente à empresa envolvida (fl. 1536). Portanto, não cabe acolhimento dos argumentos levantados pela defesa.

28. Em seguida, o citado aduz ao princípio da boa-fé (fl. 1641), alegando em sua defesa que caso tenha ocorrido alguma irregularidade, esta ocorreu por conta dos gestores públicos, que a empresa se ateve a respeitar os ditames legais e atender o interesse público.

29. Em sua defesa, apresenta julgados do TCU, Decisão 326/95 e Acórdãos 12/1994-2ª Câmara; nº 103/1993-Plenário e nº 27/96-Plenário. Interessante que todos julgados referem-se à absolvição de gestores públicos em casos envolvendo, o primeiro, questão jurídica de alta complexidade e, o último, o afastamento de hipótese de locupletamento por parte de gestores. Portanto, julgados cujas análises e resultados não afetam a situação da empresa citada, um ente privado que se beneficiou das quantias pagas de maneira indevida.

30. Outrossim, não há que se falar em boa-fé em se tratando de empresa, personalidade jurídica, uma vez que a boa-fé só pode ser medido diante da conduta de pessoa física.

31. Diante do exposto, a defesa apresentada pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. não logrou êxito em nenhum dos pontos discutidos, permanecendo o débito sob sua responsabilidade.

32. Referente à documentação apresentada pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., juntada às folhas 1888/2011.

33. A documentação enviada refere-se a à apresentação de pareceres da lavra de dois juristas com o intuito de reforçar a tese de regularidade nos procedimentos em questão. O primeiro parecer, de autoria do jurista Marçal Justen Filho, discorre na área administrativa (fls. 1890/1939) e o outro, da lavra do tributarista Ives Gandra da Silva Martins, discorre na área tributária (fls. 1940/2011). Tendo sido os expedientes analisados de forma separada como segue.

34. Marçal Justen Filho inicia sua preleção (fl. 1890/1898) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria, o parecerista debate a



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

34. O jurista traz aos autos discussão envolvendo a conduta da empresa licitante e a disciplina que envolve a não incidência do ICMS. Ao discorrer sobre as nuances que envolvem a matéria (fl. 1898/1907), em resumo busca demonstrar que a empresa agiu de maneira legal ao apresentar seus preços excluídos do ICMS tanto no edital quanto no contrato, uma vez que este fato estava explicitado por meio de declaração da empresa licitante.

35. Este ponto é o momento mais importante da matéria tratada, como já observado na análise anterior, ou a empresa não apresentou o preço cheio (incluso o imposto) e a administração se equivoca em buscar o ressarcimento referente à porcentagem equivalente ao referido imposto, ou a empresa apresentou o preço cheio e, de maneira espúria, obteve da administração e em conivência com ela a locupletação do equivalente ao imposto.

36. Quanto à ausência de irregularidade alegada (fl. 1907/1910), o parecerista ofereceu a tese de que a consulente apresentou a fatura de cobrança com o mesmo valor que ofertou na licitação e no contrato.

37. De fato, esse entendimento foi observado nesta análise, porém, a discussão nos autos refere-se ao fato de que a empresa contratada deveria receber o valor correspondente ao valor apresentado na licitação abatido do valor correspondente ao ICMS. Assim, o alegado no parecer contraria o entendimento esboçado nesta peça instrutória e não foi suficiente para o convencimento adverso. De modo que não cabe acolhida aos argumentos apresentados no parecer.

38. O parecerista continua sua homilia no tópico V - A ausência de competência para alterar a vontade privada (fl. 1910/1911). Segue afirmando que a proposta apresentada pela contratada, acompanhada da declaração de que os seus preços não estavam inclusos, tornou-se imodificável, uma vez que a administração a aceitou e homologou o certame.

39. No entanto, o edital previa que os preços deveriam ser apresentados inclusos todos os impostos, portanto também o ICMS. De outra feita, essa declaração não é documento legal exigido no edital e, caso tenha sido realmente apresentada, não configuraria como objeto de análise das propostas. Por esse motivo, sua existência é dúbia e os efeitos dela decorrentes, sem validade.

40. Da eficácia de atos administrativos perfeitos (fl. 1912/1913 - Anexo 2). O jurista defende a tese de que os atos administrativos se aperfeiçoaram com a homologação do certame licitatório, alegando que as propostas não contemplavam a carga do ICMS.

41. De fato, se as propostas não contemplavam a carga do ICMS, então a administração está a perseguir um débito que não existe. Mas, o entendimento esboçado nesta TCE é o contrário, ou seja, de que as propostas contemplavam a carga do ICMS. Esse fato é o único vínculo de causa e efeito para se chegar ao débito imputado.

42. 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.

43. Quanto à alegação de vedação à conduta administrativa contraditória (fl. 1913/1918), o jurista pretende demonstrar que, mantidos inalterados os fatores de uma determinada relação jurídica, não poderá a Administração desconsiderar seus atos anteriores, para assumir conduta diversa e contraditória. Segundo sua análise, não poderia a administração, neste momento, querer modificar o entendimento anterior de que os preços apresentados estavam desonerados e agora emitir novo juízo de que estes preços não estavam desonerados, redundando em débito.

44. No entanto, somente a empresa responsabilizada é que afirma, unilateralmente, que seus preços estavam desonerados. É fato que a administração pagou os preços cobrados pela contratada conforme contratados. Entretanto, só agora ficou claro para a Administração que os



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

medicamentos estavam sendo pagos de maneira onerada, vez que não foi feita a devida desoneração do imposto no momento do pagamento da fatura. Portanto, não ocorreu conduta administrativa contraditória, apenas a Administração tenta corrigir o erro consumado no momento do pagamento das faturas.

45. Em seguida, o parecerista alega o decurso de prazo (1918/1921), invocando a decadência ou a prescrição, que segundo seu entendimento é de cinco anos.

46. De fato, o prazo de cinco anos tanto para a decadência quanto para a prescrição aplicar-se-ia ao caso se a matéria se referisse à desconstituição de atos administrativos, regidos pelo direito administrativo. Entretanto, a matéria aqui tratada refere-se ao ressarcimento de valores subtraídos do Erário Federal de maneira ilícita, portanto sujeita à tutela desta Egrégia Corte, onde o instituto da decadência e da prescrição têm o prazo de 10 anos para os casos ocorridos após a publicação do código civil em 2003 e vintenária para os casos anteriores. Há também no TCU o entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis". De modo que não há como recepcionar a alegação destes institutos.

47. Na sequência, o jurista trata do descabimento da autotutela pela Administração Pública (fls. 1921/1925). Neste assunto, o Tribunal não deve se manifestar, porque a retenção financeira feita pelo Estado de Goiás não ocorreu em decorrência de atuação desta Corte de Contas, conforme entendimento esboçado no parágrafo 54 desta instrução. Esse entendimento também supre o alegado quanto à configuração de desvio de finalidade (fls. 1925/1926).

48. Quanto à alegação de ausência do devido processo legal (fls. 1926/1930), esse assunto, a retenção de valores realizada de maneira unilateral pela Administração Estadual, sem a realização de contraditório e ampla defesa, não ocorreu mediante a tutela desta Egrégia Corte de Contas.

49. Destarte, a oportunidade de defesa perante o TCU está sendo dada nestes autos.

50. Em resumo, o parecer emitido pelo eminente jurista Marçal Justen Filho trouxe elementos aos autos, porém sem repercussão nestes, uma vez que o TCU não determinou a retenção de valores, tampouco deixou de oportunizar o contraditório e a ampla defesa, assim como não alcançam o caso concreto os institutos da prescrição e decadência.

51. Ives Gandra da Silva Martins inicia sua homilia (fls. 1941/2011) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria, o parecerista também debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

52. O conteúdo deste parecer não dista dos elementos já discutidos nos autos e no parecer do jurista Marçal Justen Filho. Contudo, observa-se a novidade de se trazer aos autos a discussão sobre qual percentual da alíquota de ICMS a ser cobrada. Segundo o parecerista, a alíquota a ser cobrada é de 10,35% porque a empresa consulente é titular do Termo de Acordo de Regime Especial (Tare). Portanto, esta seria a alíquota a ser cobrada no caso.

53. De fato, assistiria razão ao parecerista caso a empresa houvesse, no momento do recebimento e emissão da fatura, optado pela alíquota de 10,35%. No entanto, a alíquota utilizada na fatura que empresa utilizou para os recebimentos, demonstrada na documentação acostada aos autos, foi de 17%. Portanto, não assiste razão aos argumentos trazidos no parecer em questão.

54. Desse modo, não cabe o acolhimento das alegações feitas pela empresa com apoio na documentação apresentada na forma de pareceres.

55. As alegações de defesa do senhor Cairo Alberto de Freitas e do senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foram apresentadas em conjunto (fls. 1860/1879), acompanhadas de documentos (fls. 1880/1885).

56. De início, a defesa discorreu sobre a ocorrência dos fatos de maneira cronológica (fls. 1861/1862).

57. Em seguida, foram apontadas as providências adotadas pelos gestores a partir do conhecimento dos fatos considerados ilícitos (fls. 1862/1864), dentre eles tem-se: a determinação de retenção da parcela de 17%, referente ao ICMS, nos pagamentos a serem feitos a partir do



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

conhecimento do fato; a expedição da Portaria 028/2007-GAB/SES (fls. 1880/1882), datada de 08/02/2007, determinando a realização de Auditoria Interna para apuração de possíveis equívocos; a expedição da Portaria 001/2007-SAF/SES (fl. 1883), datada de 12/04/2007, constituindo a Comissão responsável por apurar as diferenças do ICMS nas contratações da SES.

58. Na sequência (fls. 1864/1866), a defesa busca demonstrar a boa-fé dos gestores na questão envolvendo o ICMS, neste caso. Em resumo, as ações dos gestores foram a de continuidade na compra dos medicamentos devido ao alcance social de extrema relevância vital à população beneficiada, porém seguida de medida preventiva para resguardar o Estado quanto aos débitos apurados nos pagamentos feitos indevidamente.

59. Não se pode deixar de observar que foi louvável a conduta dos gestores na continuidade da compra de medicamentos tão indispensáveis ao interesse público. Entretanto, a retenção feita nos pagamentos à empresa parece ter munido o Estado de elementos financeiros suficientes para se cobrir os débitos apurados nos pagamentos irregulares realizados na gestão dos citados. Contudo, a boa-fé dos gestores não pode ser acolhida, uma vez que não ocorreu a devolução das verbas públicas aos cofres da União de maneira definitiva.

60. Outro ponto tocado na defesa é a discussão do direito (fl. 1866/1872), cuja explanação da defesa percorre doutrinas agasalhadas pelo direito administrativo pátrio, como a responsabilidade dos agentes políticos, que, segundo jurisprudência do TCU, opera-se pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim como a responsabilidade civil objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.

61. Ante as explanações, diante da retificação da homologação daquele edital, proporcionando o benefício das empresas, não parece claro que os gestores não agiram com dolo. Porém, como a própria defesa argumentou, aos gestores cabiam a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 001/2008 (fls. 1153, 1157, 1171) nas Planilhas referentes às três empresas envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Assim, a boa-fé dos gestores não pode ser aceita, pois permanece o problema da devolução das verbas públicas cobradas aos cofres da União de maneira definitiva.

62. Ainda, em defesa (fl. 1872), os citados alegam que houve **saneamento da falha**, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfar, promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na **perda do objeto** da TCE.

63. Todavia, sabe-se que a retenção de crédito realizada pela SES-GO refere-se à fonte 23, recursos federais, os quais devem ser devolvidos aos cofres federais, portanto a simples retenção feita pelo Estado não supre o débito referente a recursos federais, porquanto esses valores devem ser repassados aos cofres federais. De modo que, mesmo a defesa invocando vários dispositivos legais, no âmbito do Regimento Interno desta Corte de Contas e do Código Civil Brasileiro, sobre a extinção processual e o arquivamento do processo, não cabe acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa, uma vez que o débito ainda persiste no âmbito da União.

64. A defesa segue (fls. 1873/1876) alegando a **ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa**. Quanto à ausência de dolo, esta já foi discutida anteriormente, nestes autos. Quanto à ausência de improbidade administrativa, este assunto não é tratado nestes autos, que se restringe à competência do TCU em buscar os responsáveis por danos causados ao Erário. Improbidade administrativa é alvo circunscrito à competência do Ministério Público Federal. Portanto, os argumentos levantados pela defesa sobre este assunto não alcançam a TCE em questão.

65. Ainda em defesa, é apresentada a **contestação da responsabilização solidária dos gestores** nestes autos (fls. 1876/1877). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp nº 881426 do Estado de São Paulo, apresentado pela defesa encontra-se a solução para o deslinde



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

sobre a devida responsabilização desta TCE, ou seja, os defendentes só podem ser condenados na medida de sua responsabilidade e extensão.

66. Veja-se, é clara a responsabilidade dos gestores, o senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela **autorização** para os pagamentos feitos à empresa envolvida (Pregão 171/2005 - fl. 1592), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela **execução de pagamentos** feitos às três empresas envolvidas (Pregão 171/2005 - fl. 1592), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito ora apurado.

67. Os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

68. Quanto às ações esperadas por homem médio (fl. 1877/1878), na situação discutida nos autos, a defesa apresenta Acórdão 217/2007 - 2ª Câmara - Relator Ministro Aroldo Cedraz como subsídio ao seu argumento. Entretanto, o Acórdão apresentado trata exatamente da tomada de medida eficaz para se interromper a possibilidade de débito ao Erário; no caso do Acórdão ilustrado, foi suspensa a licitação e seus atos decorrentes, impossibilitando prejuízo ao Erário. Ao contrário, a ação tomada pelos gestores questionados nestes autos foi a da continuidade nos pagamentos perniciosos, que redundaram em danos ao Erário. De modo que não cabe acolhida aos argumentos apresentados neste ponto.

69. Por fim, a defesa alega boa-fé na troca de fontes. Todavia, tal conduta não foi questionada nesta TCE, mostrando-se desnecessária a discussão dessa tese. Basta mencionar que a inclusão da fonte orçamentária federal é que propiciou o alcance da matéria por esta Egrégia Corte de Contas.

70. Assim, embora possa ser entendida a boa-fé dos gestores, enquanto os recursos não forem devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, resta configurado débito para com a União.

**CONCLUSÃO**

71. Quanto aos citados, as justificativas apresentadas por eles não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, em especial aquelas pertinentes à autorização, execução de pagamentos feitos às empresas envolvidas e recebimentos irregulares por parte destas (pregão nº 171/2005 - fl. 1516), levando-se em consideração que o valor dos produtos considerado para efeito de pagamento constante nas Notas Fiscais estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria ter informado o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato não observado, portanto irregular por contrariar o disposto no Edital e no Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

72. O conjunto das irregularidades consignadas leva à conclusão de que houve injustificado dano ao Erário, o que autoriza a aplicação de multa aos responsáveis (art. 57 da Lei 8.443/92).

[...]"



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

9. Com essa análise das alegações de defesa, a Secex/GO concluiu a instrução alvitrando o julgamento pela irregularidade das contas, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea "c", da Lei 8.443/1992, a condenação dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. ao pagamento do débito solidário, em montante original calculado em R$ 61.724,81, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora pertinentes, e a aplicação da multa prevista no art. 57 da mesma lei a esses responsáveis.

10. Os autos foram então remetidos ao Ministério Público/TCU, lá recebendo o parecer da Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva (fls. 75, peça nº 20), vazado nos seguintes termos:

> "Trata-se de evidente e incontestável pagamento a maior, realizado pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., utilizando recursos públicos federais, repassados pelo Ministério da Saúde, via Sistema Único de Saúde - SUS.
>
> 2. Restou comprovado que os gestores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges concorreram para a prática da irregularidade constatada. O primeiro autorizou os pagamentos indevidos e o segundo realizou os pagamentos inquinados.
>
> 3. A análise das alegações de defesa apresentadas concluiu pela impossibilidade de elisão de suas responsabilidades, razão pela qual devem ser condenados, solidariamente com a empresa beneficiada pelas irregularidades, ao ressarcimento dos débitos imputados, sem prejuízo da aplicação individual da multa proporcional ao dano apurado.
>
> 4. Dessa forma, esta representante do Ministério Público manifesta-se de acordo com o encaminhamento alvitrado pela unidade técnica, às fls. 2.021/2.024, v. 9."

11. Em que pese os autos já contarem com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, a Chefia de meu Gabinete, em atendimento a orientação de minha parte e com base em delegação de competência por mim outorgada, restituiu este processo à unidade técnica (fls. 76, peça nº 20), a fim de que fosse promovida nova instrução, 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:

> 14.1 - 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;
>
> 14.2 - a comparação entre os valores cobrados pela Hospfar, ou outras empresas, nas notas fiscais tidas por regulares com aqueles cobrados nas notas fiscais tidas por irregulares, incluindo na comparação os termos das respectivas propostas;
>
> 14.3 - que se solicitassem informações à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás sobre os fundamentos da "retenção de crédito" da empresa Hospfar - se pagamento indevido de ICMS nas transações de que se cuida e sobre o destino dado, ou a ser dado, a tais valores - se restituídos à conta do SUS, se compensados em outras aquisições de medicamentos, etc.;
>
> 14.4 - que se apresentasse nova instrução nos autos, retificando ou ratificando as conclusões anteriormente oferecidas.

12. No despacho que proferi naqueles autos (TC-004.589/2010-6), deixei consignado o seguinte (vide cópia na peça nº 24):

> "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



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

ICMS a ser abatido, ou não incluído, conforme determina o § 1º, c/c inciso III, da Cláusula Primeira do Convênio Confaz ICMS 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."

13. Enquanto no aguardo da nova manifestação da unidade técnica, a empresa Hospfar atravessou petição, sob o pretexto de "juntada de documento", em que requer que este Tribunal leve em consideração, na apreciação de mérito deste feito, o entendimento explicitado por intermédio do Acórdão 140/2012 - TCU - Plenário (peça nº 23), por meio do qual esta Corte de Contas, entre outras medidas, haveria reconhecido a inconstitucionalidade da exigência de que, em certames licitatórios para a aquisição de medicamentos, os preços fossem apresentados onerados do ICMS, já que os entes interessados na aquisição de tais itens seriam isentos. Tal deliberação, segundo defende a Hospfar, comprovaria haver ela agido corretamente no certame licitatório aqui enfocado, reiterando sua assertiva de que seus preços estavam desonerados.

14. Na peça nº 25, foi juntado aos autos o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e 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.

15. Na peça nº 26, por sua vez, consta juntada aos autos do Ofício PR/GO 5779/2011, da Procuradoria da República, no qual são encaminhados laudos periciais confeccionados pela Polícia Federal em inquérito instaurado para apurar a realização de pagamentos indevidos por parte da Secretaria Estadual de Saúde, em benefício de empresas farmacêuticas, em processos de aquisição de medicamentos de alto custo.

16. Finalmente, o processo foi reinstruído pela Secex/GO, conforme peça nº 27, vazada nos seguintes termos:

"**EXAME TÉCNICO**

**Superfaturamento de medicamentos**

6. 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 TCs 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 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.

7. 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 171/2005 (peça 1, p. 41) e aqueles que foram adjudicados, conforme ata licitatória (peça 7, p. 55-72), indicar que alguns medicamentos foram adquiridos com preço superior à referência (itens



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

2, 4, 5, 6 e 8), a aquisição só foi confirmada porque houve a averiguação de sua compatibilidade ao parâmetro de preço máximo ao consumidor (peça 8, p. 46-50), 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.

8. 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.

9. 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).

10. 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**

11. 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 à 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.

12. 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 25). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs 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 pela empresa fornecedora dos valores indevidamente faturados, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

13. 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 (peça 2, p. 32), cujo teor vinculava a apresentação da proposta à



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

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 derrogatória 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.

14. 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.

**Alteração da imputação de débito**

15. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Hospfar baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 16, p. 39-40), na qual são discriminados os valores indevidamente pagos para cada nota fiscal. Com relação à nota fiscal 092991, o valor da dívida que se lhe refere não é a que consta na proposta consignada em instrução inicial (R$ 42.637,60 - peça 16, p. 72) e repetida em instrução subsequente, e sim a que consta na própria planilha (R$ 10.171,44). Portanto, deve-se promover a retificação.

**Elementos adicionais de defesa**

16. A empresa Hospfar defende, por meio de sua última manifestação (peça 23), a invalidade da exigência contida em edital, no sentido de que os preços ofertados já contemplassem a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS. Baseia-se em decisório recentemente proferido no âmbito desta Corte (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P; TC-009.625/2011-9), segundo o qual é reconhecida a inconstitucionalidade de semelhante exigência, do que culminou recomendação ao Conselho Nacional de Política Fazendária para que alterasse disposição contida no Convênio ICMS 87/2002, de forma a prever que as propostas dos licitantes contemplem preço isento de ICMS. Segundo argumenta a empresa, semelhante recomendação atestaria a lisura de sua conduta promovida no pregão sob comento, no sentido de que a apresentação de preços desonerados de ICMS estaria juridicamente respaldada. Desse modo, restaria sem fundamento toda a imputação de débito.

17. Ainda que a exigência contida em edital desse cumprimento à aludida norma expedida pelo Confaz, tem-se a considerar que o entendimento desta Corte a respeito de sua constitucionalidade não visa desconstituir a legitimidade jurídica de editais licitatórios que antecedem sua existência. Entende-se que a força vinculante do edital é garantida pelo ordenamento jurídico vigente à época em que foi produzido, cujo conteúdo, em nenhum momento, foi formalmente contestado pela empresa licitante. Conforme apurado, o argumento de que a exigência editalícia era descabida só foi aventado depois de reconhecido que o faturamento dos medicamentos fraudava as regras licitatórias.

18. Deve-se reconhecer, outrossim, que o juízo de inconstitucionalidade contido no Acórdão 140/2012 - P não se limita à questão da incidência de ICMS nas propostas de preços relativas às licitações para aquisição de medicamentos, mas alcança também uma outra exigência reiteradamente aplicada pela SES/GO em seus editais e que ocasionou vantagens competitivas à empresa Hospfar: a carta de credenciamento. Conforme dispõe o item 1.7.1 do referido decisório, foi também recomendado ao Ministério da Saúde a revogação de semelhante exigência prevista na Portaria GM/MS 2.814/1998, em face de sua inconstitucionalidade. De fato, conforme se percebe



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

no item 3.2 do edital sob análise, bem como na própria ata licitatória (peça 2, p. 29 e peça 7, p. 71 e 72), a empresa foi beneficiada por uma exigência considerada agora pelo TCU como inconstitucional, no sentido de ter conseguido invalidar as propostas daqueles concorrentes que não dispusessem da carta de credenciamento. A prevalecer o argumento da empresa Hospfar, dever-se-ia igualmente declarar nulas todas as licitações em que a exigência da carta de credenciamento constitui-se em critério decisivo para invalidar propostas de concorrentes que continham preços mais vantajosos.

19. Assim a pretensão deduzida pela empresa Hospfar trata-se, obviamente, de repercussão que não possui amparo jurídico.

**Laudo pericial**

20. A Procuradoria da República em Goiás encaminhou a esta unidade técnica 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 se colherem esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 171/2005 (peça 26).

21. Em termos gerais, o laudo confirma o entendimento exposto nesta instrução, no sentido de que é inequívoca a exigibilidade dos pagamentos com base nos preços adjudicados, devendo ser subtraída a parcela financeira correspondente ao tributo de ICMS. Nada obstante, faz-se nesta oportunidade apenas uma ressalva a uma parte do teor da perícia, para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

22. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição da proposta da empresa que eventualmente declarasse contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido objeto de recurso ou expressamente arguida pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

**CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

23. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a merecer uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica só se diferencia da anterior por conta da alteração, a menor, do valor de débito.

24. Isso posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 20, p. 62-72), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) julgar irregulares as contas dos Senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, ‘b’ e ‘c’ da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos à aludida empresa, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 171/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores adjudicados em licitação e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

b) condenar os Senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento da dívida que se lhes refere ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento do débito;



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

| Nota Fiscal | Valor (R$) | Data |
|---|---|---|
| 085390 | 11.743,26 | 19/6/2007 |
| 092064 | 26.204,03 | 19/6/2007 |
| 092991 | 10.171,44 | 19/6/2007 |
| 095062 | 6.782,74 | 19/6/2007 |
| 097531 | 6.823,34 | 19/6/2007 |

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

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

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

17. O titular da unidade técnica se manifestou de acordo com as conclusões e propostas da instrução (peça nº 28).

18. O Ministério Público/TCU, desta vez representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou-se também em consonância com a análise efetuada pela secretaria, divergindo, todavia, na parte em que se propõe desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, pois entende o Procurador que é possível reconhecer a boa-fé dos gestores e, assim, conceder-lhes novo e improrrogável prazo para o recolhimento da dívida atualizada monetariamente, sem a incidência de juros moratórios nesta etapa processual (peça nº 29). O judicioso Parecer do Ministério Público foi vazado nos seguintes termos principais:

"[...]

**II**

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

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

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

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

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



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

superfaturamento'.

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

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

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

Ainda, levando-se em conta que não houve 'retenção de crédito' (peça 25), o débito apurado ainda persiste.

**III**

No que tange à defesa apresentada pela Hospfar, cabe tecer algumas considerações.

Após algumas preliminares que foram adequadamente refutadas pela Secex/GO, a Hospfar alegou que, em respeito ao princípio da legalidade, o edital não poderia prever a incidência de ICMS sobre os preços dos itens licitados, se a lei estabelecia que eram isentos desse imposto (cf. Convênio ICMS 87/2002).

A fragilidade desse argumento é evidente. No item 5.3.1, o edital do Pregão 171/2005 contém a seguinte observação (peça 2, p. 32):

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

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

É verdade que o edital se refere ao Convênio 26/2003, em vez de ao 87/2002, que é o aplicável à espécie. Mas é de todo evidente que, exatamente pelo motivo levantado pela empresa responsável, a necessidade imperativa de observância da lei, o mesmo procedimento aplicável no caso do primeiro deveria ser reproduzido no do segundo, pois ambos determinavam a desoneração do ICMS.

É totalmente despropositada, pois, a assertiva de que o edital previa a incidência de ICMS sobre os preços ofertados pelos licitantes.

A seguir, a empresa alega que, se a sua proposta desatendeu os requisitos do edital, deveria ter sido desclassificada de imediato pela SES/GO. Como isso não ocorreu, teria incidido a chamada 'coisa julgada administrativa', de efeito semelhante ao da preclusão, de modo que a Administração não mais poderia revogar o ato que surtiu efeitos válidos, com a entrega total dos medicamentos contratados.

Esse argumento também é de precariedade evidente. É claro que não se trata, no caso, de revogação de ato regular pela Administração, por motivos de conveniência, oportunidade e razoabilidade. O que há é anulação parcial de atos cujos efeitos não se conformaram inteiramente à lei, representada, no caso, pelo edital e pelo contrato. E, o que é pior, trata-se, outrossim, de ato que deu causa a lesão ao erário, atraindo sobre si a aplicação da Lei 8.443/1992 e dos dispositivos constitucionais pertinentes, notadamente aquele do art. 37, § 5º, que define como imprescritíveis as ações de ressarcimento nos casos de ilícitos que causem prejuízo ao erário. Ante a



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

imprescritibilidade dessas ações, inequivocamente reconhecida pelo STF (MS 26.210-9/DF) e por esta Corte (Acórdão 2709/2008 -TCU - Plenário), falecem os argumentos da responsável em prol da suposta 'preclusão' aplicável à espécie.

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

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

'b) o benefício não se aplica à operação:

1. já contemplada com outra redução de base de cálculo ou concessão de crédito outorgado, sendo facultada a opção pelo benefício mais favorável;' (Redação dada pelo Decreto 5.067, de 25.6.1999, com vigência de 1º.5.1999 a 31.7.2008).

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

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

O argumento é falacioso em sua origem. Ao se consultar as tabelas em que se baseia essa afirmação, percebe-se que a Comissão refere-se aos valores de mercado com ICMS incluso. Nos preços de referência obtidos da revista especializada Simpro, por exemplo, está explícito que foi utilizada a média entre os preços de fabricação e os preços máximos ao consumidor, ambos com a inclusão de 17% de ICMS ('P. FAB. 17%' e 'PMC 17%').

Ao contrário do que alega a empresa, pois, a verificação dos preços de mercado também demonstra que, ao deixar de desonerar seus preços do ICMS, agindo em flagrante desacordo com a legislação, a empresa causou expressivo prejuízo ao erário.

A empresa alega, ainda, que à conta do Programa de Medicamentos Excepcionais, o Ministério da Saúde transfere mensalmente aos Estados valores fixos, apurados com base na remuneração de cada medicamento definido em tabela e nos quantitativos de Autorizações de Procedimentos de Alta Complexidade - Apacs. Esses valores, porém, não são suficientes para cobrir nem sequer 70% dos custos de aquisição dos medicamentos. Assim, no caso questionado, não teria havido mau uso de verbas federais, pois o Ministério da Saúde não teria gasto um centavo sequer além do valor fixo já previsto.

O argumento é improcedente, pois é claro que, seja qual for a proporção em que dividam as despesas com os medicamentos considerados, tanto a União quanto os Estados sofrem prejuízo caso lhes seja cobrado preço além do devido. No caso das presentes contas, com a falta de desoneração do ICMS, tanto a União quanto o Estado adquiriram 17% menos de medicamentos do que poderiam caso a legislação tivesse sido corretamente aplicada. Isso configura dano ao erário das duas entidades, que, nos termos da lei, deve ser recomposto pela empresa fornecedora e pelos demais responsáveis.

Em relação aos pareceres de dois alentados eminentes juristas Marçal Justen Filho e Ives Gandra da Silva Martins, juntados aos autos pela Hospfar (peças 17, pp. 94/100; 18; 19, pp. 3/52 e 88/150; 20, pp. 1/61), a unidade técnica analisou-os adequadamente, de modo geral, concluindo, por



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

fim, que não são suficientes para descaracterizar a irregularidade observada neste processo.

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

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

De fato, o citado convênio prevê apenas que:

'Cláusula Primeira - (...)

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

(...)

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

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

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

Daí que a cláusula editalícia da licitação em comento, vencida pela Hospfar, que exigia a apresentação dos preços das propostas com a inclusão do ICMS seria antijurídica, por falta de fundamento legal.

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

Ambos os pareceristas insistem em que a Hospfar agiu lealmente perante a Administração, tendo declarado expressa e inequivocamente que os preços de sua proposta já estavam desonerados de ICMS. Esta afirmativa, no entanto, é falsa, pois, na mesma data em que encaminhou declarações com este teor à Administração, a Hospfar encaminhou outra, em que afirmava textualmente que 'nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei' (peça 3, p. 87).

O fato de a Hospfar insistir em descumprir o edital mesmo depois de ter sido vencida, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, na sua pretensão de impugná-lo, longe de demonstrar lealdade com a Administração, revela audácia e pretensão de exercer seus supostos direitos por seus próprios meios, desprezando as vias legais.

Destaque-se que, ao contrário do que defendem os pareceristas, também o Contrato 167/2005 deixava claro que o ICMS estava incluso nos preços (peça 7, p. 119):

'Cláusula Quarta - Do valor

(...)

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

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

Finalmente, em relação à assertiva de ambos os pareceristas de que não é correto



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

considerar que o percentual de ICMS incidente sobre os produtos fornecidos pela contratada seja de 17%, notadamente por ser esta signatária de Termo de Acordo de Regime Especial - Tare, o que resultaria na aplicação de alíquota de 10% ou de 10,35% (os pareceres hesitam entre estes dois percentuais), o Ministério Público destaca que esse argumento já constava da defesa inicial do Hospfar, o qual já foi devidamente analisado e rebatido neste parecer.

A empresa juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 23), 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'.

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.

Esse argumento já havia sido trazido aos autos pela contratada por ocasião da resposta ao ofício citatório, oportunidade em que anexou aos autos duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 14.7.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 3, pp. 94/5).

Na verdade, verifica-se que a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos, uma vez que, como já dito anteriormente, há nos autos declaração também datada de 14.7.2005, em que a empresa afirma textualmente que 'nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei' (peça 3, p. 87). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplico diante de sua postura ambígua e contraditória.

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

'ACÓRDÃO N. 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:



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

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/Unidade: 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. Representação Legal: 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'.

Cumpre 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 § 6° 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 171/2005 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.



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

No entanto, no caso do Pregão 171/2005, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 2, p. 31):

'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 2, p. 32).

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

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 soçobro 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'.

**IV**

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 19, pp. 60/87), alegam basicamente que, tão logo tomaram conhecimento da irregularidade em questão, determinaram a realização de auditoria e a adoção de providências para a apuração e compensação dos valores pagos em excesso à Hospfar.

Embora o problema não tenha sido solucionado em sua gestão, destacam que deixaram saldo contratual mais que suficiente para arcar com o débito apurado. Finalmente, anexam cópias de atos da SES/GO que determinaram a retenção de valores nos processos que envolviam desoneração de ICMS, para compensação de valores pagos indevidamente.

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

Considerando, entretanto, que, desde a época de suas gestões até hoje, os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges têm envidado esforços para obter a compensação do dano apurado, o Ministério Público, em consonância com seu posicionamento no TC-001.922/2009-5 (uma vez que Vossa Excelência determinou que fosse aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO), e dissentindo, em parte, da proposta da unidade técnica, entende cabível o reconhecimento da boa-fé destes responsáveis. Por conseguinte, propõe, nos



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.

termos dos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 203, § § 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, a rejeição de suas alegações de defesa e a fixação de novo e improrrogável prazo de quinze dias para recolhimento do débito.

Decorrido esse prazo, as contas de todos os responsáveis estarão em condições de julgamento por esta Corte de Contas.

**V**

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

a) rejeite as alegações de defesa oferecidas pelos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, com fulcro nos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 202, § § 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, fixando-lhes novo e improrrogável prazo de quinze dias, a contar da ciência, para que comprovem o recolhimento das importâncias abaixo especificadas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente, a partir das datas indicadas, até a data do seu efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

| Nota Fiscal | Valor (R$) | Data |
|---|---|---|
| 085390 | 11.743,26 | 19/6/2007 |
| 092064 | 26.204,03 | 19/6/2007 |
| 092991 | 10.171,44 | 19/6/2007 |
| 095062 | 6.782,74 | 19/6/2007 |
| 097531 | 6.823,34 | 19/6/2007 |

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

É o relatório.



Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56213857.