

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 171/2005, 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). A empresa Hospfär Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. haveria apresentado notas fiscais para fins de faturamento dos valores contratados para o fornecimento dos medicamentos Acetato de Leuprolida 3,75mg / Triptorelina 3,75 – Inj., Clozapina 100mg, Deferoxamina 500mg – Inj. e Dornase Alfa 2,5mg – Inj. sem considerar a desoneração do imposto em relação à sua proposta, de modo a gerar o abatimento do tributo no momento do pagamento.

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

5. Todavia, conforme verificado neste específico caso, a empresa Hospfär, por ocasião dos pagamentos, aduziu que os preços por ela ofertados o haveriam sido pelo valor já desonerado do ICMS, ou seja, livre do imposto, de forma que não deveria deduzir dos valores de suas propostas finais o correspondente ICMS, o qual já haveria sido deduzido por ocasião da proposta. Assim, pleiteou o pagamento do exato valor constante de suas propostas comerciais, no que foi, inicialmente, atendida 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.

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 25). 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. 20/57, peça 16), observando-se, em relação à empresa Hospfâr, a seguinte situação:

Empresa	“Dano potencial” (R\$)	“Dano efetivo” (R\$)
Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	221.837,69	61.724,81*

* Embora os pagamentos efetuados à Hospfâr hajam sido lastreados, como dito acima, por recursos tanto federais quanto estaduais, nas proporções, respectivamente, de 94,45% e 5,55%, verificou-se que todos os pagamentos efetuados sem a retenção fundaram-se em recursos federais (vide fls. 39/40, peça 16). Assim, a integralidade do débito tratada nesta TCE foi considerada como pertencente aos cofres da União.

8. Além disso, concentram-se nos pagamentos efetuados à empresa Hospfâr, tendo em vista os registros da comissão instauradora de que, ao menos até então, os pagamentos pelos fornecimentos dos itens de medicamentos adjudicados às empresas Milênio Produtos Hospitalares Ltda. (Alfalcidol 1,0mcg, Biperideno 2mg e Ciclosporina Microemulsão 100mg) e Laboratório Ferring Ltda. (Desmopressina 0,1mg/ml – Sol. Intra Nasal), que resultaram em danos efetivos, respectivamente, de R\$ 56.100,42 e R\$ 5.727,17, frente aos potenciais, também respectivamente, de R\$ 57.370,33 e R\$ 15.654,28, foram ambos suportados exclusivamente com recursos da fonte estadual. Assim, a citação de ambas foi descartada neste processo, conforme proposta da instrução inicial dos autos.

9. As informações a respeito de danos potenciais e efetivos, extraídas do relatório do tomador de contas (fls. 20/57, peça 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 25 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.

10. 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 à empresa fornecedora dos medicamentos Acetato de Leuprolida 3,75mg / Triptorelina 3,75 – Inj., Clozapina 100mg, Deferoxamina 500mg – Inj. e Dornase Alfa 2,5mg – Inj., ou seja, a Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., conforme razões que exporei a seguir.

11. 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 pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, 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

12. O débito apontado nos autos tem origem no confronto entre as propostas apresentadas e o disposto no edital da licitação. O Pregão 171/2005 foi lançado pela SES/GO visando à aquisição de 8 tipos de medicamentos, licitados por itens, conforme a seguir (consoante fls. 69, peça 2): 1) Acetato de Leuprolida 3,75mg / Triptorelina 3,75 – Inj., 2) Alfacalcidol 1,0mcg, 3) Biperideno 2mg, 4) Ciclosporina Microemulsão 100mg, 5) Clozapina 100mg, 6) Deferoxamina 500mg – Inj., 7) Desmopressina 0,1mg/ml – Sol. Intra Nasal e 8) Dornase Alfa 2,5mg – Inj.

13. 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. 14, peça 2), de R\$ 1.907.343,36, merecendo destaque o aspecto de que, desse montante, o somatório dos itens adjudicados à empresa Hospfâr (itens 1, 5, 6 e 8) corresponde a 68,1% (o total de R\$ 1.298.482,56). Importante ressaltar que o débito em discussão neste processo não abrange os itens 2 (Alfacalcidol 1,0mcg), 3 (Biperideno 2mg), 4 (Ciclosporina Microemulsão 100mg) e 7 (Desmopressina 0,1mg/ml – Sol. Intra Nasal), tendo em vista aquilo que já foi consignado a respeito das empresas Milênio Produtos Hospitalares Ltda. e Laboratório Ferring Ltda., bem como lembrar o aspecto de ele somente se referir aos denominados “danos efetivos” identificados quando da instauração desta TCE.

14. 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. 57, peça 2):

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

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

“OBS: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame, deverá atender aos termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.707 de 27/12/2002, 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” (destaquei).

15. 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 do referido convênio 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.

16. Verifica-se, a propósito, que o edital do certame licitatório em questão, ainda que fizesse menção expressa a um convênio Confaz (Convênio ICMS 87/02) atinente a isenção, findava por ser regido por dois deles (fls. 82/101, peça 14, e fls. 4/5, peça 15):

16.1. 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 Leuprolida, o Alfacalcidol, a Ciclosporina, a Clozapina, a Deferoxamina e o Dornase Alfa), 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);

16.2. 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.

17. 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.

18. 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” (fls. 63, peça 2):

“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 Decreto Estadual 5.707/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço
(-) Desoneração do ICMS
= Total a pagar”

19. 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 Milênio, 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 os medicamentos Acetato de Leuprolida, o Alfacalcidol, a Ciclosporina, a Clozapina, a Deféroxamina e o Dornase Alfa.

20. A licitante Hospfar, no pregão em tela, apresentou sua proposta para os itens 1, 3, 4, 5, 6 e 8 do certame (fls. 55/71, peça 7), vindo a sagrar-se vencedora, a princípio, dos itens 5 (Clozapina 100mg), 6 (Deféroxamina 500mg – Inj.) e 8 (Dornase Alfa 2,5mg – Inj.), pelos preços unitários, respectivamente, de R\$ 3,97, R\$ 36,86 e R\$ 109,95 (conforme fls. 61/71, peça 7). Tendo em vista a solicitação de cancelamento, por parte da empresa Goiânia Médica, o item 1 (Acetato de Leuprolida 3,75mg / Triptorelina 3,75 – Inj.) também findou por ser-lhe adjudicado, pelo valor unitário de R\$ 249,30. Sua proposta, datada de 14/7/2005 (fls. 85/86, peça 3), 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% (dezesete por cento)”, conforme fls. 87, peça 3;

b) 2ª declaração: que os preços também estavam de acordo com o Decreto Estadual 5.825/2003 (fls. 94, peça 3) e, portanto, conforme o Convênio ICMS 26/03;

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. 95, peça 3).

21. Não há dúvidas, a meu ver, de que diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia ao pregoeiro questionar referida empresa se os seus preços haviam sido ofertados com incidência ou não de ICMS. No entanto, caso a proposta apresentada efetivamente já se encontrasse desonerada, consoante argumenta a empresa Hospfâr, caberia ao pregoeiro desclassificá-la por descumprimento ao item 5.3 do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, esse último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993. 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 essa licitante com proposta de preços para os itens 5 e 6 (a empresa Medcommerce, única que concorreria com a Hospfâr nesses itens, deles foi desclassificada), 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 a proposta da empresa aqui mencionada para os demais itens, tendo em conta não atender 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. 37, peça 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, a empresa Hospfâr pleiteou a realização de pagamentos com base na premissa de que os preços já se encontravam desonerados do ICMS. Desse modo, nas notas fiscais apresentadas, indicou o preço da proposta e a ele acresceu o ICMS correspondente, para, logo em seguida, abatê-lo, de maneira que o valor cobrado, valor líquido da nota, correspondesse exatamente ao valor da proposta apresentada.

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 – Da comparação com os preços de referência – mercado

25. 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.

26. 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, restitui os autos para

exame de novos documentos apresentados pelas partes, ou esclarecimentos de questões que pudessem influir no exame do feito.

27. Conforme constou do relatório precedente, em uma das ocasiões (fls. 76, peça 20) restitui 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.

28. 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 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 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.”

29. 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.

30. A preocupação tem fundamento, e foi inclusive abordada em tópico da instrução produzida pela unidade técnica ao rebater alegações de defesa da empresa responsável, conforme trecho a seguir (a íntegra da instrução foi transcrita no parágrafo 8 do relatório precedente):

“66. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É óbvio que se provar-se que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.” (fls. 67/68, peça 20).

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

“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 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.

[...]

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 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.

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.”

32. De minha parte considero, na mesma linha da unidade técnica, que a ausência de referência de preços confiável, impede que se decida pela configuração, ou não, de sobrepreço. Todavia, realizando agora um exame mais aprofundado dos autos, conforme já adiantado no item 29 acima, entendo que essa constatação não socorre à empresa, porque o prejuízo aos cofres públicos decorreu não da configuração de sobrepreço frente aos custos de mercado, mas da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital da licitação e no contrato.

33. A proposta da empresa só poderia ser aceita se aderente aos termos do edital, o qual previa a apresentação de propostas com inclusão de ICMS, que seria deduzido no momento do pagamento, resultando em valores inferiores de faturamento, tudo discriminado na nota fiscal. Todavia, a pretexto de cumprir a determinação constante do edital acerca de se destacar a dedução do ICMS na nota fiscal, a Hospfâr, ao emitir suas notas fiscais, elevou os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos de sua proposta. Como estes já continham o ICMS incluso, de acordo com as disposições editalícias, a empresa praticou desoneração apenas aparente, pois, na verdade, manteve intocado o preço da proposta, em que pese essa ter se referido a preço com ICMS.

III – Da inequívoca forma de pagamento prevista no edital

34. Considerando que, como suscitado acima, esse ponto merece relevo e corrobora a irregularidade causadora de dano, cabe transcrever novamente a fórmula de pagamento prevista no edital, a qual não deixa dúvidas sobre como deveria ocorrer a desoneração do ICMS (conforme fls. 63, peça 2):

“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 Convenio ICMS 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.707/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço
(-) Desoneração do ICMS
=Total a pagar”

35. 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 valores inferiores 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.

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

36. 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.

37. 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. Inicio reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

“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 aplica diante de sua postura ambígua e contraditória.

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/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’.

Cumprir 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 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.

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’.”

38. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 – Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 171/2005, dentre as quais a Hospfâr, 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.

39. 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.

40. 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 NFs), 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 31, TC-009.625/2011-9).

41. 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.

42. 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 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.

43. 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. 57, peça 2).

44. 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.

V – Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

45. Conforme indicado no derradeiro parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a Hospfar tenta, em linha adicional de defesa, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,25%), garantida pela Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII. Assim, na eventualidade de ter de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado, pleiteia que esses valores não sejam calculados com base no percentual de 17%, como se fez na presente TCE, mas sim de 10%.

46. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são incontestes alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: “Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)”, conforme fls. 87, peça 3; b) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Ademais, a aplicação do percentual referido pela defendente nas faturas objeto de impugnação carece de efetiva comprovação. Portanto, não se sustenta tal alegação de defesa.

VI – Das supostas retenções

47. Necessário ainda discorrer sobre a alegação, apresentada, entre outros, pelos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (vide fls. 60/87, peça 19), 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.

48. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar: 1º) inexistente nos autos qualquer indicativo de que tais montantes retidos hajam sido recolhidos aos cofres públicos federais; 2º) 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 25).

49. Portanto, mesmo as retenções (ou glosas) até então efetuadas podem haver sido 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.

50. 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 171/2005, com recursos federais.

VII – Da existência/inexistência de boa-fé

51. 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.

52. A adoção posterior de providências no sentido de tentar impedir a realização de novos pagamentos a maior, bem assim, de compensar aquele já pagos, além de, ao que tudo indica, 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, se não cumprir seu dever legal de tenta obstar novos pagamentos.

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

VIII – Da não aplicação de multa proporcional ao dano

54. 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.

55. 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, segundo consta, posteriormente 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.

56. 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.

IX – Da ausência de responsabilidade do pregoeiro

57. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho o posicionamento da unidade instrutiva desde a instrução exordial, no sentido de não se lhe atribuir responsabilidade neste feito, 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.

X – Laudo Pericial – Departamento de Polícia Federal

58. Por fim, conforme salientado pela unidade técnica, a Procuradoria da República em Goiás encaminhou a este Tribunal cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de colher esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela SES, aí compreendido o Pregão 171/2005 (peça 26). De acordo com a unidade instrutiva (cf. peça 27), 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.

XI – Novos elementos

59. Cumpre registrar que, em data recente, os Srs. advogados da empresa Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. juntaram documentação aos autos (peça 44) em que demonstram seu inconformismo em relação à retenção de valores promovida pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás. Em apertada síntese, afirmam que “Em que pese a Requerida tenha, em todas as suas defesas arguido que a Administração Pública Estadual promoveu a retenção/bloqueio de seus créditos sob o argumento de que pretendia ressarcir-se dos supostos prejuízos causados pela empresa,

este Tribunal, até o presente momento, manteve-se alheio a tal alegação sob o fundamento adotado pela Unidade Técnica de que tais retenções não se deram pela tutela desta Corte”.

60. Continuam sua argumentação informando que:

“A SES/GO por sua vez, matreiramente, limitou-se a informar a este Egrégio Tribunal de Contas que a Procuradoria Geral do Estado de Goiás teria entendido ser ilegal a retenção de pagamentos por falta de amparo legal, opinando pela devolução das verbas bloqueadas, entretanto não informou que apesar do posicionamento da PGE/GO, aquela **Secretaria não liberou os créditos retidos da Embargante**. Ou seja, não houve a devolução do dinheiro, que se encontra nas mãos do Estado de Goiás há 10 (dez) anos!

(...)

O fato é que, a pedido da própria Requerida, a SES/GO promoveu novo levantamento das notas fiscais da empresa, bem como, seus pagamentos e cancelamentos a fim de demonstrar que os valores retidos e/ou não pagos, superam em muito os valores que estão sendo discutidos em TODOS processos analisados por este Tribunal.

As planilhas foram elaboradas e emitidas pelo Controle de Execução Orçamentária e Financeira da SES/GO e, conforme V. Exa. Poderá observar, ali constam todos os cancelamentos, parciais ou totais, das Notas Fiscais emitidas pela empresa em razão dos fornecimentos efetuados.

Estes cancelamentos significam que o Estado não efetuou o pagamento dos medicamentos que foram fornecidos, alguns há mais de dez anos e que totalizam o **valor não atualizado de R\$ 19.657.175,28 (...)**.”

61. Finalizam sua peça alegando ser “de fundamental importância que V.Exa. determine a realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções e que prove perante este Tribunal que liberou qualquer das verbas retidas em favor da Requerida, o que desde já requer”.

62. Anexam (fls. 10/20 da peça 44) duas planilhas emitidas pela SES/GO onde estão relacionadas, em relação à Hospfar, as notas fiscais não liquidadas e aquelas com valores cancelados, totalizando R\$ 19.666.175,28 (R\$ 2.187.408,89 + R\$ 17.478.766,39 = R\$ 19.666.175,28), valor muito próximo ao retro informado.

63. Ao rever os autos, entendo que estas alegações não merecem prosperar, haja vista que o assunto da alegada retenção foi suficientemente apreciado pela unidade técnica, que, resumidamente informa:

“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.” (fls. 3, peça 27).

64. Adicionalmente, como já mencionado no parágrafo 49 desta Proposta de Deliberação, a alegada retenção foi considerada ilegal pela Procuradoria Geral do Estado, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, e não ocorreu no presente caso, como pode ser confirmado por meio da verificação das planilhas trazidas pelo Requerente, uma vez que as referidas planilhas emitidas pela SES/GO não contemplam nenhuma das notas fiscais (NFs) que deram origem ao débito objeto desta TCE, conforme se pode constatar a

partir do confronto entre as NFs relacionadas na minuta de Acórdão com aquelas NFs relacionadas nas planilhas recentemente aportadas (peça 44, fls. 10/20).

65. Como corolário desta aferição, fica demonstrada a inexistência de qualquer retenção relacionada aos valores que devem ser ressarcidos aos cofres federais.

66. Finalmente, e no tocante ao pleito do Requerente de realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções, tal medida faz-se desnecessária, diante da análise do confronto das notas fiscais constantes das planilhas suscitadas pelo Requerente (parágrafos 64 e 65 acima).

Conclusão

Diante do exposto, ao acolher quanto ao mais, afóra 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 21 de setembro de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator