

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC-004.596/2010-2

Natureza: Tomada de contas especial

Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás/SES/GO

Responsáveis: Adriano Kennen de Barros, CPF 418.679.711-00; Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00; Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15; Fernando Passos Cupertino de Barros, CPF 195.630.601-30; Hospfâr 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; Márcio Pacheco Magalhães, OAB/GO 5.795, 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 292/2005, 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 (Hospfâr, Milênio e Medcommerce), 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 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 292/2005-SES/GO. Para a produção de seu relatório, a comissão também tomou depoimentos de envolvidos no processo de aquisição dos medicamentos (fls. 30/39, peça 14).

6. O relatório conclusivo da Comissão de Tomada de Contas Especial (Relatório Conclusivo 11/2009) consta às fls. 43/50, peça 14, e 1/19, peça 15. Ali se consignou, primeiramente, que os cinco itens licitados por intermédio do Pregão 292/2005 foram adjudicados, por valor total superior à estimativa, à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Há o registro, a propósito, de que a Gerência Jurídica determinou à Gerência de Suprimentos (Gesup) que justificasse os preços adjudicados para os itens 1, 2, 3 e 4, por estarem destoando dos preços unitários estimados (fls. 47, peça 14). Em resposta, a Gesup informou que os preços adjudicados para referidos itens, ainda que superiores aos estimados, seriam inferiores aos preços máximos aos consumidores. Consigna-se, ainda, que a aquisição em destaque chegou a ser promovida por alguns meses, sem que a outorga do contrato houvesse sido autorizada pela Procuradoria Geral do Estado.

7. Ao final da análise da contratação e de sua execução contratual, a comissão de TCE chegou à conclusão de haver sido identificado um dano concreto no montante de R\$ 135.261,04, decorrente da indevida oneração de preços com o ICMS, decorrente de pagamentos lastreados por recursos federais e estaduais.

8. Segundo a comissão de TCE, os responsáveis solidários pelo dano 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) Antônio Durval de Oliveira Borges – enquanto Superintendente de Administração e Finanças; d) Adriano Kennen de Barros – enquanto Pregoeiro, e) Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

9. Já neste Tribunal, a instrução inicial (fls. 35/38, peça 15), a cargo da Secex/GO, entendeu que poderiam ser identificadas, no caso, duas fontes de débitos a serem imputados. Uma delas diria respeito ao pagamento dos medicamentos atinentes aos itens 1, 2, 3 e 4 por valores superiores àqueles estimados, dívida pela qual deveriam ser citados os Srs. Fernando Passos Cupertino de Barros (Secretário Estadual de Saúde, por haver homologado a licitação), Adriano Kennen de Barros (pregoeiro, por haver proclamado a adjudicação), Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (Secretário Estadual de Saúde e Superintendente Financeiro, respectivamente, por haverem autorizado a realização dos pagamentos). A outra se referiria à falta de desoneração, por ocasião do faturamento, do ICMS sobre os valores propostos, esclarecendo-se que os pagamentos devidos a esse título ocorreram apenas em relação às Notas Fiscais 106690 e 117566, devendo atentar-se para a necessidade de identificar a participação dos recursos federais, já que a liquidação de tais documentos fundou-se em recursos de ambas as fontes (00 – recursos estaduais e 23 – recursos federais). Em relação a tais parcelas de débitos, deveriam ser citados os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (em função de haverem autorizado os pagamentos) e a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Na oportunidade, alvitrou-se, ainda, a realização da audiência dos Srs. Fernando Passos Cupertino de Barros, Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, para que apresentassem razões de justificativa quanto à ausência de prévia formalização de instrumento contratual e à inobservância da fonte orçamentária prevista em edital licitatório (não foram observadas as proporções originariamente previstas de uso das fontes federal e estadual).

10. Com o transcurso do prazo para a apresentação das alegações de defesa, a unidade técnica novamente instruiu o feito (fls. 22/29, peça 25), 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):

“[...]”

3. EXAME TÉCNICO

3.1. Superfaturamento de medicamentos

Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Fernando Passos Cupertino de Barros (secretário estadual de saúde, quem homologou a licitação – ofício de citação: fls. 747-49 do vol. 3, resposta: fls. 792/800 do vol. 3 e 803-20 do vol. 4, e procuração: fl. 25 do anexo 1);

- Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (secretário estadual de saúde e superintendente financeiro, que autorizaram os pagamentos – ofícios de citação: fls. 754-56 e 760-62 do vol. 3 e resposta: fls. 1.025-37 do vol. 5);

- Adriano Kennen de Barros (pregoeiro, quem proclamou a adjudicação; não apresentou defesa, em que pese ter sido citado num dos endereços constantes da base de dados do Departamento Estadual de Trânsito de Goiás – Detran/GO, após resultarem infrutíferas as tentativas de citação no endereço que informa a base de dados da Receita Federal e no outro endereço registrado pelo Detran/GO – fls. 741, 784-90, 823, 1.016 e 1.038).

A irregularidade que pesa sobre os mesmos envolve dois momentos. O primeiro diz respeito ao processamento da licitação consubstanciada no Pregão SES/GO nº 292/2005, cuja oficial proclamação do resultado careceu da obrigação de se aferir e justificar a compatibilidade dos preços ofertados pela única licitante habilitada e aqueles que se apresentavam na estimativa de custos produzida pouco antes de ser realizada a licitação (fl. 51 do vol. principal e fls. 276-77 do vol. 1). De acordo com a fundamentação exposta em instrução anterior, a qual remete ao art. 48, II da Lei 8.666/1993 e art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, pesa sobre as condutas dos srs. Adriano Kennen de Barros e Fernando Passos Cupertino de Barros a mencionada violação jurídica (fls. 270-75 do vol. 1). O segundo momento alcança os atos que propiciaram o pagamento dos medicamentos de preço sobreelevado, pelos quais respondem os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em face, principalmente, da obrigação de aferirem na ocasião a regularidade de todo o procedimento, conforme preceitua o art. 67, § 1º, da Lei 8.666/1993 (fls. 466-76 do vol. 2). As irregulares implicações de suas condutas ficam ainda mais caracterizadas quando a própria SES/GO reconhece a necessidade de repactuar os preços, por não se terem balizado pela média praticada pelo mercado (fl. 555 do vol. 2), que não foi aceita pela empresa fornecedora (fls. 581-82 do vol. 2).

3.1.1. Alegações de defesa

As alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros procuram eximir sua responsabilidade sob o argumento principal de que, não sendo ele quem assinou as ordens de pagamento relativas ao fornecimento dos medicamentos, não poderia lhe ser atribuída qualquer culpabilidade pela indevida majoração dos preços. Considera de igual modo que, se houve qualquer irregularidade na condução do processo licitatório – pois simultaneamente defende a inexistência de base probatória para o superfaturamento –, esta deve restringir-se ao âmbito de competência de seus próprios subordinados, sobre cujos erros não seria lícito cobrar-lhe qualquer solidariedade. Em sustentação a semelhantes teses, faz juntar excertos doutrinários que o tornariam imune aos pressupostos de culpa que considera informarem a imputação de débito, como: risco *in actu exercitu*, culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Por sua vez, as alegações de defesa apresentadas pelos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges apontam para a direção oposta à que balizou a defesa do Sr. Fernando Cupertino, no sentido de buscarem restringir a violação legal aos atos propriamente licitatórios, porquanto os pagamentos realizados se caracterizariam como inafastável consequência desses, conforme estabelecia o Contrato 255/06-GJ/SES (fls. 322-27 do vol. 1). Nada obstante, reúnem argumentos em defesa da legitimidade da licitação por considerarem que existe uma diferença técnica entre a estimativa de preços feita com base na pesquisa de preços médios praticados pelo mercado e aquela que se realiza com base em preços máximos. Embora a estimativa que antecipava a licitação tivesse sido produzida com base nos preços médios, não se poderia considerar que os preços licitados, e portanto pagos, pudessem estar superfaturados, porquanto estes ter-se-iam pautado pelos preços máximos. Defendem, inclusive, que a estimativa prévia não vincularia o procedimento licitatório. Portanto, em não havendo indício determinante da ilegalidade,

vale dizer, do superfaturamento, não se poderia exigir dos mesmos a suspensão dos pagamentos. Concluem a peça de defesa com o argumento de que não se identifica no desempenho de suas funções qualquer traço de dolo ou má-fé, caráter segundo o qual, conforme jurisprudência colacionada, afastaria a possibilidade de que possa prosperar a imputação que lhes pesa.

3.1.2. Análise

A respeito das alegações do primeiro ex-dirigente, tem-se a destacar que o superfaturamento é cabalmente demonstrado não somente pelo flagrante olvido a uma pesquisa prévia de preços, à qual a administração pública necessariamente deveria ater-se, quando da apreciação da proposta da única licitante habilitada, mas também pelo fato de a própria SES/GO reconhecer posteriormente que os preços licitados não se conformavam com a referência de mercado. Quanto ao argumento de que a responsabilidade pelo ilícito restringe-se ao âmbito de seus subordinados, pois somente a eles poderia ser exigida a obrigação de promoverem os atos necessários à regularização do procedimento, deve-se reconhecer sua completa insustentabilidade. O ato homologatório não cumpre uma mera formalidade, mas implica uma convalidação dos efeitos jurídicos apontados no ato adjudicatório.

No tocante à linha de defesa dos demais ex-dirigentes, que procura respaldar a legitimidade da licitação, considera-se, conforme já exposto, que o referido certamente não poderia ter prescindido da existência da estimativa prévia por ocasião do julgamento da proposta, pelo menos para demonstrar as justificativas de aceitação. Nesse mister, não cabe a alegação de que não havia motivação suficiente para que os pagamentos não se realizassem, mesmo porque o mencionado instrumento contratual citado em sua defesa (Contrato 255/06-GJ/SES) sequer possuía a conformação jurídica necessária para gerar efeitos hábeis. Conforme relatado na instrução inicial, o referido contrato teve sua outorga indeferida pela Procuradoria-Geral do Estado de Goiás (fls. 358-63 do vol. 1), tendo esta expressamente recomendado que os pagamentos devidos somente se realizassem sob a condição de que os preços estivessem cabalmente justificados. Por essa razão que a SES/GO resolveu repactuar os preços junto ao fornecedor, mas como parte dos pagamentos já tinha se realizado, a tentativa mostrou-se infrutífera.

Considerando, portanto, a revelia do Sr. Adriano Kennen de Barros e a rejeição das alegações de defesa dos demais responsáveis, mantém-se a imputação de débito.

3.2. Inclusão indevida de tributo no preço final do produto

Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (secretário estadual de saúde e superintendente financeiro, que autorizaram os pagamentos – ofícios de citação: fls. 750-51 e 763-64 do vol. 3 e resposta: fls. 983-1.015);
- Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., na pessoa de seu representante legal, Sr. Marcelo Reis Perillo (empresa responsável pela cobrança do valor indevido – ofícios de citação: fls. 765-66 e 771-72 do vol. 3, resposta: fls. 824-967 do vol. 4 e 1.039-171 do vol. 5, e procuração: fls. 02-10 do anexo 1).

O instrumento convocatório do aludido pregão expressamente determinava, por meio do item 5.3, que os preços propostos deveriam contemplar a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, mas que, por ocasião da emissão das notas fiscais, a licitante vencedora deveria excluir do seu valor a parcela referente a este último, em razão da existência de isenção tributária (Convênio ICMS 87/02, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825/2003 – fl. 132 do vol. principal). Portanto, o fato de a empresa fornecedora, por ocasião da emissão das notas fiscais, fazer incidir sobre os preços cotados o acréscimo de 17%, correspondente à alíquota do imposto, para promover em seguida sua dedução, o que levou ao pagamento de duas notas fiscais sem a necessária desoneração, configura indício de dano ao erário.

3.2.1. Alegações de defesa

As alegações de defesa apresentadas pelos ex-dirigentes da pasta estadual da saúde partem da premissa de que o tema abarca complexa discussão jurídica que teria raiz na existência de uma

declaração apresentada pela licitante, segundo a qual os preços cotados já estariam desonerados do tributo, o que tornaria válido o procedimento adotado pela empresa por ocasião da emissão das notas fiscais. De qualquer modo, procuram recapitular o histórico das providências por eles adotadas, desde que tomaram conhecimento do fato, particularmente a expedição da Portaria 28/2007, por iniciativa do ex-secretário estadual (fls. 1.005-06 do vol. 5), e da Portaria 001/2007, por iniciativa do ex-superintendente (fl. 1.008 do vol. 5), as quais demonstrariam o zelo administrativo dos mesmos para com a boa e regular gestão dos recursos públicos.

Aliás, consoante uma das linhas argumentativas adotadas em sua peça de defesa, a solidária imputação de débito somente poderia ser admissível se estivesse comprovada a ausência de boa-fé dos gestores. No seu entendimento, essa suposta evidência não encontra respaldo na farta documentação contida nos autos, vez que sempre se dispuseram a corrigir a ocorrência do equívoco por intermédio, inclusive, da colaboração que prestaram à dirigente sucessora da Secretaria Estadual de Saúde, na ocasião em que esta determinou a cabal apuração da irregularidade (fl. 1.009 do vol. 5). Também entendem a inexistência de condições para que se lhes seja tipificada qualquer responsabilidade subjetiva, pois não existiriam elementos probatórios da incidência de dolo ou de culpa.

Embora admitam que os pagamentos correspondentes às notas fiscais inquinadas tenham sido autorizados por eles em função de circunstâncias relacionadas à urgência no fornecimento dos medicamentos, alegam que havia crédito financeiro a ser saldado junto à empresa fornecedora, o que possibilitaria compensação futura. Assim, como a administração sucessora da SES/GO teria providenciado a retenção das importâncias indevidamente faturadas, conforme comprovaria documentação anexada (fls. 1.010-11 do vol. 5), não haveria dívida a ser recomposta.

Por parte da empresa fornecedora, as alegações de defesa que primeiramente chegam aos autos apresentam requerimento para retornarem à SES/GO, com o objetivo de se esclarecer uma suposta contradição entre o entendimento demonstrado por essa pasta e aquele expresso pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, com referência à questão da desoneração do ICMS. Também requerem, por intermédio de peças adicionais de defesa, o arquivamento do processo, tendo em vista a juntada de prova, cujo conteúdo demonstraria a inexistência de pagamento das parcelas questionadas, pelo fato de a SES/GO ter promovido a retenção do ICMS (fls. 824-31 do anexo 4 e 1.039-47 do vol. 5).

Logo no início da peça principal de defesa, autuada em seguida aos requerimentos iniciais, os defendentes procuram descaracterizar a tipicidade do ato impugnado, conforme consta em ofício citatório, porquanto o teor de norma regulamentar (Convênio Confaz nº 87/2002) teria obrigado a empresa licitante a adotar um procedimento diverso do que estipulava o item 5.3 do edital do Pregão 292/2005.

O argumento que se expõe na sequência das alegações explora justamente este suposto conflito entre a exigência editalícia e a regulamentação do ICMS, no sentido de que ao licitante pesava a obrigação, não de cumprir aquela disposição, mas a norma regulamentar, o que os levou a apresentarem sua proposta de preços sem a incidência do ICMS. Duas declarações constantes dos autos (fls. 197-98 do vol. principal), as quais acompanharam a documentação licitatória pertinente à empresa Hospfar, comprovariam que os preços cotados já estariam desonerados do ICMS. Mesmo procedimento teria sido adotado pelas demais empresas participantes do aludido pregão (fls. 233 e 236 do vol. 1). Dessa feita, atribuem a exigência editalícia ao equivocando entendimento jurídico de quem elaborou o edital e diante da evidência de que o valor pago pelas notas fiscais não contemplava qualquer parcela de ICMS, não haveria outra conclusão a alcançar, senão a de que faltam pressupostos elementares para imputação de débito.

Também discorrem sobre eventual conflito de interpretação quanto ao texto normativo do Convênio ICMS nº 87/2002, uma vez que, em face do que dispõe a cláusula primeira, § 1º, inciso III, haveria necessidade de que as notas fiscais expressamente discriminassem o valor correspondente ao imposto isento (fl. 849 do vol. 4). Desse modo, a SES/GO entendeu que os

preços cotados na licitação deveriam contemplar a incidência do imposto para que fosse deduzido na nota fiscal, enquanto a Secretaria da Fazenda manifestou, em parecer produzido posteriormente à licitação, o entendimento de que aos licitantes poderia ser permitida a cotação de preços com a desoneração do referido imposto (fls. 922-25 do vol. 4). Nesse mesmo sentido, parecer de lavra da procuradoria do Estado, igualmente produzido em data posterior à licitação, também confirmaria o entendimento exposto pelos defendentes (itens 12 e seguintes – fls. 914-20 do vol. 4).

Alegam ainda que a licitante não poderia ser prejudicada por irregularidades restritas ao âmbito obrigacional da administração pública. Se as propostas contrariavam expressamente disposição editalícia, conforme atestavam as declarações apresentadas pelos licitantes, impunha-se a ação prescrita no art. 48, I, da Lei 8.666/1993. Do mesmo modo, caberia à administração pública, caso entendesse a desconformidade dos documentos de despesa com as cláusulas do pregão, o questionamento do seu teor antes de realizar os pagamentos.

Fazem menção à existência de legislação tributária que lhes propiciaria o direito de reduzir a base de cálculo para incidência do ICMS, de modo que, em prevalecendo o entendimento de que foi indevida a oneração do imposto, conforme apontada em nota fiscal, a devolução há de ser realizada considerando a alíquota de 10% e não de 17%, o que tornaria menor o valor da dívida. Também argumentam que a participação do TCU na apuração da dívida não é propriamente legítima, porquanto os recursos federais não foram suficientes para a aquisição dos medicamentos promovidos em nível estadual, de modo que não haveria de se cogitar prejuízo à União.

Isto posto, a par de requererem o acolhimento de suas alegações, no especial sentido de que a cobrança da dívida, da forma imputada, favoreceria o enriquecimento ilícito da administração pública, argumentam que as ações adotadas pela empresa sempre foram informadas pela boa-fé.

Por fim, os responsáveis fazem juntar dois pareceres jurídicos, cujos teores versam sobre o assunto tratado nestes autos (fls. 1.048-1.171 do vol. 5). As conclusões alcançadas pelos pareceristas confirmam as teses demonstradas nas alegações de defesa.

3.2.2. Análise

Deter-se-á, inicialmente, na questão das retenções do pagamento do ICMS, promovidas pela SES/GO, cujas implicações aventadas tanto pela parte da empresa, quanto pela parte dos ex-administradores da pasta, conduziriam à extinção do débito, vez que os valores retidos superariam os valores cobrados. A alegação não procede, porquanto as retenções promovidas, assim como as anulações de empenho, não alteram o fato de que duas notas fiscais pertinentes aos medicamentos adquiridos pelo Pregão 292/2005 tiveram seus valores totais pagos, não tendo havido retenção alguma a seu respeito. Portanto, se os valores correspondentes ao ICMS ali embutidos são indevidos, consuma-se a obrigação de que sejam restituídos, não importando o fato de que outras notas fiscais tenham merecido a referida glosa.

Outra questão de caráter preliminar, dessa vez aventada pela empresa Hospfar, diz respeito à legitimidade de interveniência de órgão de controle federal na cobrança da dívida, tendo em vista a suposta coparticipação do orçamento estadual na aquisição dos medicamentos. O tema está devidamente esclarecido na instrução inicial, levando-se em conta que o débito foi calculado com base na proporcionalidade de participação dos recursos federais.

Sobre o amplo conjunto dos demais argumentos de defesa, especialmente aqueles evidenciados pela empresa citada e seu representante legal, tem-se a considerar que o buslís é de simples solução e diz respeito à adequada compreensão da finalidade jurídica que a legislação empresta ao edital licitatório. A disciplina da modalidade pregão é dada pela Lei 10.520/2002, cujo teor relega unicamente ao edital a competência para estabelecer as normas que regerão o procedimento, incluindo a prerrogativa exclusiva de determinar os critérios de aceitação das propostas (arts. 4º, III, e 3º, I). A hermenêutica de tais dispositivos, conforme preceitua o art. 9º da mencionada lei, tem correlação com o estatuto geral das licitações e contratos, entre cujos princípios basilares consta o dever de estrita vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º da Lei 8.666/1993). Portanto, a rigidez interpretativa que se impõe às cláusulas editalícias não cumpre

apenas uma mera formalidade jurídica, mas se trata de um princípio fundamental da licitação pública.

O edital sob comento é inequívoco sobre a exigência de que as propostas incluíssem a incidência de todos os tributos, particularmente o ICMS. E o faz com um grau de minudência que talvez não fosse absolutamente necessário, mas que se mostrou oportuno para explicar aos interessados de que se aplicavam ao fornecimento do produto licitado as disposições contidas no Convênio ICMS nº 87/2002 Confaz, cujo teor estabelece que o valor correspondente ao ICMS, ainda que isento, deveria ser destacado no ato de emissão do documento fiscal (fl. 849 do vol. 4).

Ora, diante dessa particularidade tributária, não há absolutamente nada de controverso na iniciativa da SES/GO de incluir a referida disposição editalícia. Se o valor correspondente ao imposto deveria aparecer na nota fiscal, ainda que não cobrado, é muito mais simples, coerente e de mais fácil controle que a cotação do produto já se fizesse com a inclusão do mesmo, para que, quando da sua entrega, fosse simplesmente deduzido da nota fiscal. Não há contradição alguma entre a referida norma tributária e o item do edital, nem conflito de posicionamentos técnicos entre órgãos distintos da administração estadual que pudesse inviabilizar a legitimidade da exigência, como a empresa citada procura defender. A controvérsia que porventura tenha existido remete a uma ocasião posterior à realização do certame, provavelmente motivada pela própria ação fiscalizatória desta Corte, cujo resultado conduziu à instauração da presente tomada de contas especial (Acórdão 45/2008 – P – fls. 20/21 do vol. principal).

Resta saber sobre a repercussão das declarações das empresas licitantes, segundo as quais admitiam expressamente que não estavam cumprindo a referida exigência editalícia em suas propostas de preço. Nesse ponto, parecem contraditórias as justificativas apresentadas pela empresa defendente. Se tinha convicção que violava preceito do instrumento convocatório e sobre este fato não só devia saber, como também devia esperar, conforme admitido na própria peça de defesa, que se aplicava o dever legal de desclassificação, quais seriam suas verdadeiras intenções? Que a desconformidade passasse despercebida no ato de julgamento, como realmente passou, e que continuasse despercebida também na ocasião de emissão e pagamento das notas fiscais?

Não importam tais especulações, porquanto refogem ao âmbito analítico a que se vinculam os presentes autos. Importa afirmar que a adjudicação e a homologação do aludido pregão significaram a prevalência de sua própria disciplina, já que as mencionadas declarações de modo algum têm aptidão jurídica para revogar a lei interna da licitação. Ao submeter-se ao procedimento licitatório, munida de uma declaração de teor contraditório às que mencionou – pois afirma expressamente a inclusão dos impostos nos preços (fl. 190 do vol. principal) – e anuindo às conclusões expressas em ata de julgamento (fls. 270-73 do vol. 1), a empresa assumiu a obrigação de cumprir os preços propostos da forma estipulada no instrumento vinculador, o que certamente pode lhe constituir agora um ônus, mas que, por conta do mesmo princípio aqui exposto – a rigidez na interpretação das disposições editalícias –, também lhe propiciou inquestionável bônus. Se não fosse pelo mesmo princípio, poder-se-ia ter aceitado a proposta de uma licitante concorrente que oferecera preços inferiores aos da vencedora para todos os itens de medicamento.

Sendo assim, não há respaldo para se acolher a pretensão da defendente de se ver contemplada por uma alíquota de imposto reduzida, o que importaria numa menor imputação de débito. Não somente porque se trata de um tema próprio ao foro especificamente tributário, mas também porque, sob o ponto de vista formal, tal informação deveria constar de sua própria proposta de preço. Mas preferiu não o fazer, afirmando numa mesma declaração, além do fato de que os impostos estavam inclusos nos preços, também a alíquota de 17% de ICMS (fl. 190 do vol. principal).

Isso posto, mantêm-se inalteradas as imputações de débito. Quanto ao juízo de irregularidade atribuído às condutas dos então dirigentes da SES/GO, não está condicionado à investigação da existência de boa-fé, porquanto suas responsabilidades advêm do fato de terem

autorizado os questionados pagamentos, prescindindo-se da obrigação de se aterem aos dispositivos licitatórios.

3.3. Execução irregular de despesas

Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Fernando Passos Cupertino de Barros (secretário estadual de saúde – ofício de audiência: fls. 752-53 do vol. 3 e resposta: fls. 792-800 do vol. 3 e 803-20 do vol. 4);

- Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (secretário estadual de saúde e superintendente financeiro – ofícios de audiência: fls. 767-70 do vol. 3 e resposta: fls. 968-82 do vol. 4).

O tema diz respeito às circunstâncias relacionadas ao processamento das despesas relativas ao aludido pregão, as quais prescindiram da prévia formalização do instrumento contratual e também não se ativeram à dotação orçamentária prevista em edital (fonte estadual: '00'), por conta do aproveitamento de recursos federais (fonte '23'). Esta última irregularidade tem repercussão com a frustração do caráter competitivo do certame licitatório, já que o financiamento federal poderia atrair maior número de interessados.

3.3.1. Razões de justificativa

Os argumentos produzidos pelo Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros a respeito do tema são esparsos, porquanto entremeiam-se com explicações referentes a outras imputações de irregularidade, incluindo as que concernem a processos distintos. Nada obstante, suas justificativas remontam às circunstâncias emergenciais de fornecimento de medicamentos, o que o levou a subscrever duas notas de empenho, cujos teores fazem referência a um contrato que não existia e ao aproveitamento de recursos federais (fls. 283-84 do vol. 1).

Os demais responsáveis, os quais sucederam este último na administração da SES/GO, fazem uma detalhada exposição sobre as condições de urgência no fornecimento de medicamentos que permearam não somente o ato do secretário anterior, ao tempo que autorizou a emissão das referidas notas de empenho, como também os atos de pagamento que lhes dizem respeito. Tem-se a destacar, diante das evidências que apresentam, que todos esses atos não foram adotados imotivadamente, tanto porque havia gestões originárias do ministério público estadual, que defendia os interesses da população necessitada, quanto porque as decisões tomadas no âmbito da SES/GO se mostraram amparadas por rotinas de consulta junto a gerências especializadas e à procuradoria estadual. Consta, nesses despachos, a possibilidade de que a nota de empenho substituísse o instrumento contratual, enquanto não outorgado pela procuradoria, bem como a do aproveitamento da fonte orçamentária federal, em face da insuficiência de recursos estaduais.

3.3.2. Análise

Considera-se que as justificativas apresentadas atenuam a gravidade das imputações. Opina-se, desse modo, pelo acolhimento das razões de justificativa, sem prejuízo do órgão ser alertado sobre o caráter irregular de tais ocorrências.

4. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao ministro-relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que seja adotada a seguinte deliberação:

a) considerar revel para todos os efeitos o Sr. Adriano Kennen de Barros, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992;

b) julgar as presentes contas irregulares, nos termos do art. 16, III, 'c' da Lei 8.443/1992;

c) condenar a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., bem como os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges a promoverem, solidariamente, o recolhimento ao Fundo Nacional de Saúde dos valores históricos de R\$ 7.566,35 e R\$ 41.639,53, atualizados e acrescidos dos encargos legais a partir de 21/2/2007 [débito decorrente da falta de desoneração do ICMS];

d) condenar os srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Fernando Passos Cupertino de Barros e Adriano Kennen de Barros a promoverem, solidariamente, o

recolhimento ao Fundo Nacional de Saúde dos valores históricos constantes do quadro abaixo, atualizados e acrescidos dos encargos legais a partir das respectivas datas [débito decorrente da cobrança de valores superiores aos da estimativa];

Valor (R\$)	Data
1.017,10	21/11/2007
163,80	21/11/2007
554,40	21/11/2007
1.281,28	21/11/2007
1.554,56	21/11/2007
932,40	21/11/2007

Valor (R\$)	Data
1.940,96	21/11/2007
1.370,16	21/2/2007
4.860,52	21/11/2007
4.890,76	21/11/2007
4.738,91	21/2/2007

e) alertar a Secretaria da Saúde do Estado de Goiás que o processamento das despesas relativas à aquisição medicamentos por intermédio de recursos federais, sem o devido instrumento contratual ou sem fazer constar a origem federal dos recursos em edital licitatório, constitui infração legal (arts. 3º e 54 da Lei 8.666/1993) – tais irregularidades foram identificadas nas despesas relativas ao Pregão SES/GO nº 292/2005;

f) autorizar a cobrança legal das dívidas, caso não sejam providenciados os recolhimentos no prazo regimental (art. 28, II da Lei 8.443/1992);

g) autorizar o arquivamento dos autos.”

11. Os autos foram então remetidos ao Ministério Público/TCU, lá recebendo o parecer do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico (fls. 32/34, peça 25), vazado nos seguintes termos:

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada em decorrência de determinação contida no Acórdão 45/2008 – Plenário, visando apurar irregularidades na aplicação de recursos federais do SUS por meio do Pregão 292/2005, realizado pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO para aquisição de medicamentos de alto custo.

Em linhas gerais, o débito consiste em (1) sobrepreço na aquisição de medicamentos por extrapolação da estimativa de preços que antecedeu à licitação e (2) pagamentos indevidos nos quais a empresa elevava artificialmente o valor inicial dos medicamentos expressos na ordem de fornecimento e, por ocasião da emissão da nota fiscal, destacavam a isenção do ICMS em 17% (Convênio Confaz/ICMS nº 087/2002), de modo que o valor final resultava igual ao inicialmente expresso na ordem de fornecimento, ou seja, tornando inócua a isenção.

Após a instrução regular, a Secex/GO propôs, em síntese, a irregularidade das presentes contas, condenando-se em débito os responsáveis, solidariamente com a empresa Hospfar.

Feito esse relato, manifestamo-nos, em essência, favoravelmente à proposta oferecida pela Secex/GO às fls. 1172/1179, porém com alguns acréscimos.

Primeiramente, cumpre assinalar a multiplicidade de situações postas nestes autos, o que os diferencia dos demais processos originados do Acórdão 45/2008 – Plenário nos quais já emitimos parecer, *ex vi* processos TC-008.959/2009-7, TC-016.828/2009-0 e TC-016.826/2009-5, dentre outros. Nesse sentido, verificaram-se ocorrências de (1) sobrepreço na aquisição de medicamentos por extrapolação da estimativa de preços que antecedeu à licitação, (2) inclusão indevida de tributos no preço final do produto e (3) execução irregular de despesas, assim entendidas despesas sem cobertura contratual e erro no edital quanto à indicação da dotação orçamentária.

Justamente por isso, nestes autos se mostra devida a responsabilização solidária do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, diferentemente do ocorrido nos processos acima mencionados. O débito a ele imputado nestes autos decorre do sobrepreço na aquisição de medicamentos, por extrapolação da estimativa de preços que antecedeu à licitação, irregularidade pela qual pode ser responsabilizado enquanto um dos responsáveis pela condução do procedimento licitatório.

Relativamente à inclusão indevida de tributos no preço final, cabe firmar a premissa de que os critérios para classificação de propostas são aqueles previstos no edital que, por sua vez, deve estar em conformidade com a legislação pertinente. No caso, inclusive, o ato convocatório foi bastante claro no sentido de que as propostas de preço deveriam incluir todos os tributos, e, mais especificamente, que **‘a empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/03 CONFAZ, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825 de 05.09.2003 (...), que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal, deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.’** (grifamos)

Ademais, as propostas de preço das empresas vencedoras foram negociadas e classificadas com base em planilha contemplando os valores tais como praticados no mercado e, sendo a isenção um benefício de caráter pessoal, naturalmente não é considerada na formação do preço de mercado. Insustentável, pois, o confuso procedimento aduzido pelos responsáveis de apresentação de uma proposta supostamente desonerada, a qual seria novamente onerada por ocasião do fornecimento, para então ser enfim novamente desonerada na emissão da nota fiscal.

Por outro lado, como outras razões independentes para improcedência da alegação dos responsáveis de que as propostas teriam sido apresentadas desoneradas do ICMS, ressaltamos que, sendo a isenção um benefício pessoal e revogável, não seria possível afirmar a sua ocorrência futura, quando poderia ter sido revogada ou ter seu percentual modificado até que ocorresse o fato gerador do tributo, o qual também materializa a isenção. Além disso, cabe considerar a possibilidade de que outro ente federado pretendesse aderir ao registro de preços da SES/GO para aquisição de medicamentos de seu interesse, hipótese na qual as diferenças interestaduais nas alíquotas do ICMS, ou mesmo da própria existência de isenção, desautorizariam a apresentação de propostas que não expressassem o valor de mercado, ou seja, sem quaisquer deduções.

Com efeito, independente das razões apresentadas pelos responsáveis, não cabe discutir se as propostas apresentadas estavam, ou não, desoneradas do ICMS em 17%, na medida em que a cotação de preços conforme o mercado – ou seja, incluindo todos os tributos – é a única conclusão respaldada no edital, no contrato e na legislação pertinente.

Assim, também não prospera a alegação de ausência de prejuízo em razão de uma suposta conformidade das propostas com os valores de mercado, pois a multicitada isenção de ICMS em 17% acabou sendo desconsiderada por ocasião dos pagamentos.

Quanto à pretensão das empresas de que ao menos seja considerada a isenção de ICMS para 10% em razão do fornecimento atacadista de medicamentos, com fulcro no art. 8º, inc. VIII, do Anexo IX da Lei Estadual 4.852/97, ressaltamos que tal isenção não foi mencionada nas propostas de preço e, de toda forma, não seria cumulativa com a isenção de 17% do ICMS em razão do fornecimento de medicamentos ao poder público, hipótese aplicável por ser mais abrangente, bem como por conta do princípio da especialidade.

Na avaliação das condutas, não se vislumbra a boa-fé por parte da empresa, pois recebeu os pagamentos em valor superior ao contratualmente previsto e teve uma participação ativa no escuso procedimento consistente em elevar artificialmente os valores unitários expressos nas ordens de fornecimento, de modo que o posterior desconto da isenção não lograsse a sua finalidade. Tampouco dos responsáveis pela SES/GO, pois autorizaram os pagamentos indevidos, inclusive após serem alertados pelo órgão jurídico estadual, sendo que as providências de bloqueios e retenções por eles posteriormente adotadas não foram definitivamente eficazes, de modo definitivo, para obstar o dano ao erário federal.

Conforme dito inicialmente, justifica-se a exclusão de responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, uma vez que os elementos dos autos não permitem estabelecer um nexos causal entre a irregularidade ocorrida nos pagamentos e alguma ação ou omissão dele nas fases interna e externa da licitação. Perceba-se que afirmar a responsabilidade do pregoeiro

fragilizaria a própria origem dos débitos, pois, numa interpretação a *contrariu sensu*, implicaria reconhecer alguma possibilidade de que as propostas de preço pudessem ter sido apresentadas desoneradas de ICMS, o que entendemos estar fora de cogitação.

Em vez disso, as propostas foram negociadas e classificadas em face de planilha orçamentária que refletia os valores de mercado – vale dizer, sem quaisquer deduções –, ao passo que a irregularidade surgia efetivamente nas etapas da liquidação e do pagamento, sob a responsabilidade dos outros agentes da SES/GO responsabilizados nesta tomada de contas especial.

Por fim, registramos que foram encaminhadas pela empresa Hospfär petições requerendo, em síntese, (1) a devolução dos autos para manifestação da Sefaz/GO acerca da desoneração de ICMS e (2) declaração de perda do objeto desta tomada de contas especial a pretexto de que as retenções de pagamentos devidos à empresa seriam suficientes para que se concluísse pela ausência de dano ao erário. Também foram encaminhados, pela mesma empresa, (3) pareceres doutrinários nos quais se defende, em síntese, a insubsistência da irregularidade a ela imputada.

Quanto ao requerimento de remessa à SES/GO para manifestação da Sefaz/GO, registramos a inviabilidade, uma vez que o assunto já se encontra sob a apreciação do TCU, independentemente de qual venha a ser o entendimento de outros órgãos. De outra parte, a própria Hospfär já havia apresentado pareceres da Sefaz/GO questionando a forma de dedução do ICMS, os quais já foram considerados na análise da Secex/GO. Ademais, a origem do débito ora apurado não reside nas formalidades de emissão das notas fiscais, mas na definição de que as propostas apresentadas estavam desoneradas de impostos, bem como que a multicitada isenção do ICMS somente repercutiria nos valores dos medicamentos por ocasião da emissão das notas fiscais, quando se materializa o fato gerador do tributo e também a isenção.

Quanto às aludidas retenção de valores e anulação de liquidações pela SES/GO, ressaltamos que tais providências, por si, não justificam o arquivamento desta tomada de contas especial. Elas não afastam o débito, na medida em que não houve o recolhimento dos pagamentos indevidos já materializados, tampouco provas de uma possível compensação, bem como não se pode afirmar que tais bloqueios tenham efetivamente assegurado o débito federal, vez que também asseguram débitos estaduais, e não foram individualizados os valores e nem a fonte desses recursos retidos.

Quanto aos pareceres doutrinários contratados pela responsável, embora dotados de extensa e detalhada argumentação jurídica, deve-se considerar que tal documentação foi apresentada após o término da etapa de instrução, a qual se encerra com a manifestação do titular da unidade técnica, nos termos do art. 160 do Regimento Interno.

Entendemos que tal documentação não possui eficácia sobre a prova produzida, pois, além de intempestiva, limita-se a complementar as ‘razões de direito’ apresentadas pela empresa responsável. A nosso ver, situação diversa haveria caso fossem ‘documentos’ ou ‘razões de fato’ com eficácia sobre a prova produzida, situação na qual se poderia vislumbrá-los como novos elementos, o que, entretanto, não é o caso.

No cerne, diremos que aludidos pareceres doutrinários partem de uma premissa diversa daquela adotada pela apuração desta Corte e demais órgãos de controle, qual seja, a de ‘que as propostas teriam sido apresentadas desoneradas de ICMS’ (premissa da defesa). Contudo, conforme dito anteriormente, deve prevalecer a clareza do edital e dos normativos aplicáveis, no sentido de que as propostas deveriam ser apresentadas sem quaisquer descontos.

Feitas essas considerações, **preliminarmente**, entendemos que os mencionados requerimentos podem ser indeferidos sem qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, ressaltando-se que o indeferimento de provas impertinentes constitui providência legítima da alçada da autoridade julgadora.

Desse modo, manifestamo-nos, em essência, favoravelmente à proposta oferecida pela Secex/GO às fls. 1172/1179.

Em acréscimo, sugerimos sejam as presentes contas julgadas irregulares com fulcro no art. 16, III, alíneas ‘c’ e ‘d’ – em vez de apenas alínea ‘c’ – da Lei 8.443/92, com vistas a também contemplar o desfalque ou desvio como fundamento de condenação. Também alvitramos seja aplicada aos responsáveis, na medida de suas responsabilidades, a multa prevista no art. 57 da referida lei. Quanto ao alerta sugerido pela unidade técnica no item ‘e’ de seu encaminhamento, sugerimos não conste da proposta, porquanto desnecessário. Por fim, resta sugerir seja encaminhada cópia da deliberação que vier a ser proferida à Procuradoria da República no Estado de Goiás.”

12. Vindo os autos ao meu descortino, no entanto, considere que o feito ainda não se encontrava pronto para análise de mérito, consoante o Despacho inserido às fls. 35/38 da peça 25, que me permito transcrever:

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás em cumprimento à determinação expedida por meio do Acórdão 45/2008 – Plenário, haja vista a constatação de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria, em decorrência da realização de pagamentos às empresas contratadas sem a dedução do valor referente ao ICMS, em desacordo com as regras fixadas para os pregões.

2. Nos demais processos autuados para apurar idênticas irregularidades, determinei a restituição dos autos à Secex/GO, para, em síntese, manifestação conclusiva acerca da inclusão ou não do ICMS nos valores pagos, abalizada no cotejamento efetuado com os preços de mercado, bem como da quantificação do débito, considerando possível retenção efetuada pela Secretaria. Nos presentes autos, contudo, foi aventado sobrepreço na aquisição de medicamentos por extrapolação da estimativa de preços que antecedeu à licitação.

3. A adjudicação e o pagamento de preços superiores aos parâmetros da estimativa de mercado dispensaria a restituição dos autos, como procedido nos demais processos, pois a comparação de preços solicitada já havia sido realizada. Ocorre que a unidade técnica efetivou a citação, acerca da mencionada irregularidade, apenas dos responsáveis pela Secretaria: secretários estaduais de saúde, superintendente financeiro e pregoeiro. Em relação à Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., considerou que a ação da empresa limitou-se à cotação de preços.

4. No entanto, dissinto de tal entendimento. A jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de que a responsabilidade pela aquisição por valores acima dos preços de mercado também deve ser atribuída às empresas contratadas, sendo comum a imputação de débito solidário às empresas. Assim, caso confirmado o superfaturamento, entendo que a Hospfár deve ser citada e responsabilizada em solidariedade aos demais responsáveis anteriormente citados.

5. Além disso, considero que o cálculo do possível débito decorrente de superfaturamento merece atenta análise. De fato ocorreu, ainda durante o procedimento licitatório, sobrepreço, observado por meio de avaliação do preço adjudicado à empresa vencedora (fls. 274/276), superior ao estimado pela Secretaria (fl. 51):

	ITEM	QUANTIDADE SOLICITADA	PREÇO ESTIMADO	PREÇO ADJUDICADO	TOTAL ESTIMADO	TOTAL ADJUDICADO	DIFERENÇA TOTAL
1	Rivastigmina 1,5mg	103.488	4,44	4,53	459.486,72	468.800,64	9.313,92
2	Rivastigmina 3mg	96.096	5,05	5,21	485.284,80	500.660,16	15.375,36
3	Rivastigmina 6mg	92.736	5,89	6,03	546.215,04	559.198,08	12.983,04
4	Rivastigmina 2mg/ml	840	359,04	384,06	301.593,60	322.610,40	21.016,80
5	Topiramato 100mg	201.600	4,86	4,86	979.776,00	979.776,00	-
							58.689,12

6. Ocorre que apenas o sobrepreço não implica, por si só, a ocorrência de débito, pois, até aquele momento, não teriam sido concretizadas as despesas em montante superior ao devido. Já o superfaturamento, com o conseqüente dano, seria confirmado caso tais montantes fossem efetivamente pagos à empresa.

7. O Relatório de TCE, ao calcular o débito relativo ao pagamento dos medicamentos sem a desoneração de ICMS, apresentou planilha (fl. 717), a seguir resumida, que evidencia redução de 17% sobre os valores adjudicados no ato do pagamento da maior parte das notas fiscais.

NOTA FISCAL			VALOR DEVIDO DE ACORDO C/ EDITAL (- 17%)	VALOR PAGO	VALOR PAGO INDEVIDO
Nº	VALOR BRUTO	VALOR LÍQUIDO			
92250	24.410,60	20.260,80	16.816,46	16.816,46	-
94168	33.620,23	27.904,80	23.160,98	23.160,98	-
92963	9.933,25	8.244,60	6.843,02	6.843,02	-
111141	184.036,57	152.750,36	126.782,80	126.782,80	-
110781	98.371,08	81.648,00	67.767,84	67.767,84	-
99073	50.267,08	41.721,68	34.628,99	34.628,99	-
100403	17.566,27	14.580,00	12.101,40	12.101,40	-
102382	98.371,08	81.648,00	67.767,84	67.767,84	-
101000	60.988,39	50.620,36	42.014,90	42.014,90	-
103096	56.543,14	46.930,80	38.952,56	38.952,56	-
107334	92.765,68	76.995,52	63.906,28	63.906,28	-
106690	237.173,16	196.853,72	163.388,59	186.110,36	22.721,77
115410	185.870,41	154.272,44	128.046,13	128.046,13	-
117566	797.585,16	661.995,68	549.456,41	661.995,68	112.539,27
TOTAL	1.947.502,10	1.616.426,76	1.341.634,20	1.476.895,24	135.261,04

8. No entanto, a unidade técnica não levou esse fato em consideração. Assim, apurou-se o débito com base nos preços unitários adjudicados, sem observar que, em alguns casos, não eram equivalentes aos valores efetivamente pagos. O cálculo considerou a diferença entre os preços médios estimados para os itens e os preços adjudicados, multiplicada pela quantidade adquirida, por intermédio de recursos federais (fl. 737):

	Item 1 rivastigmina 1,5mg (R\$ 0,09 por un.) ⁽¹⁾	Item 2 rivastigmina 3mg (R\$ 0,16 por un.)	Item 3 rivastigmina 6mg (R\$ 0,14 por un.)	Item 4 rivastigmina sol. oral. (R\$ 25,02 por un.)	débito correspondente ao superfaturamento (R\$)	data de pagamento ⁽²⁾
NF 92250			7.265 un.		1.017,10	21/11/2007
NF 92963	1.820 un.				163,80	21/11/2007
NF 94168	6.160 un.				554,40	21/11/2007
NF 99073		8.008 un.			1.281,28	21/11/2007
NF 101000		9.716 un.			1.554,56	21/11/2007
NF 103096	10.360 un.				932,40	21/11/2007
NF 107334	8.624 un.	7.280 un.			1.940,96	21/11/2007
NF 106690		8.008 un.	7.728 un.	70 un.	1.370,16 ⁽³⁾	21/02/2007
NF 111441	8.288 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	4.860,52	21/11/2007
NF 115410	8.624 un.	8.008 un.	7.728 un.	70un.	4.890,76	21/11/2007
NF 117566	22.820 un.	16.828 un.	21.840 un.	200 un.	4.738,91 ⁽⁴⁾	21/02/2007

⁽¹⁾ o valor associado a cada produto corresponde ao valor superfaturado por unidade

⁽²⁾ as datas indicadas correspondem à ocasião em que foi concluído o pagamento da nota fiscal

⁽³⁾ o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 33,33% de recursos federais

⁽⁴⁾ o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 37% de recursos federais

9. Cito, como exemplo, a nota fiscal 92250 (fl. 608), por meio da qual foram adquiridas 3.360 unidades do item 3 (rivastigmina 6mg), a R\$ 7,265 cada (valor adjudicado acrescido indevidamente do ICMS), totalizando R\$ 24.410,00 (3.360 x 7,265). A nota mencionou a desoneração do ICMS, apresentando como valor líquido: R\$ 20.260,80, que corresponde à quantidade adquirida multiplicada pelo preço adjudicado (3.360 x R\$ 6,03). Como débito, a Secex/GO considerou a diferença entre o preço adjudicado (R\$ 6,03) e o estimado (R\$ 5,89), perfazendo R\$ 0,14 por unidade. Esse cálculo estaria correto, caso o pagamento da nota fiscal tivesse sido realizado integralmente (R\$ 20.260,80). No entanto, o relatório de TCE registrou a inexistência de pagamento indevido em relação à mencionada nota fiscal, tendo sido pago apenas o valor devido de acordo com o edital, retirando-se o ICMS (R\$ 16.816,46 = 3.360 x R\$ 5,0049). Desse modo, o pagamento foi efetivado corretamente, excluindo-se do preço adjudicado o percentual relativo ao imposto (R\$ 6,03 – 17% = R\$ 5,0049). E, neste caso, o preço pago (R\$ 5,0049), correspondente ao preço adjudicado desonerado do ICMS, estava menor do que o preço estimado (R\$ 5,89) e, portanto, sem o superfaturamento considerado. Além disso, o cálculo da Secex/GO considerou a aquisição de 7.265 unidades do item 3, enquanto a nota fiscal descreveu 3.360 unidades.

10. Infere-se, assim, que o possível débito apurado não foi integralmente confirmado no momento dos pagamentos. Essencial proceder à revisão do cálculo do débito relativo ao superfaturamento, considerando os preços efetivamente pagos à empresa contratada.

11. Foi, ainda, promovida a citação solidária do secretário estadual de saúde, do superintendente financeiro e da empresa, em decorrência do pagamento indevido das notas fiscais 10669 e 117566, incluindo valor referente ao ICMS, em desconformidade com o edital do pregão, pelos débitos de R\$ 7.566,35 e R\$ 41.639,53. A unidade técnica considerou o percentual de participação de recursos federais em cada nota fiscal, respectivamente, de 33,33% e 37%. Assim, dos R\$ 22.721,77 pagos indevidamente na nota 10669, R\$ 7.566,35 correspondeu a débito para com a União (R\$ 22.721,77 x 33,33%); e dos R\$ 112.539,27 na nota 117566, R\$ 41.639,53 (R\$ 112.539,27 x 37%). Em relação a essa irregularidade, entendo que os procedimentos ocorreram de forma regular, devendo a unidade técnica apenas ratificar ou retificar o encaminhamento proposto, em nova instrução.

12. Diante do exposto e com vistas a conferir tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, restituo os autos à Secex/GO para:

a) refazer os cálculos relativos ao superfaturamento anteriormente constatado, considerando os preços efetivamente pagos à empresa contratada;

b) caso confirmada a ocorrência de superfaturamento, proceder à citação solidária da Empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. aos responsáveis já identificados, comunicando-os da solidariedade, tendo em vista ser dispensável a renovação da citação;

c) caso não confirmada a ocorrência de superfaturamento, avaliar se possível diferença encontrada pode ser considerada como dedução referente ao ICMS;

d) solicitar à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás que informe sobre a realização de retenção de créditos da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., referente a pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos efetivadas por meio do Pregão 292/2005 e, em caso positivo, sobre o destino conferido, ou a ser conferido, a tais valores (se restituídos à conta do SUS, se compensados em outras aquisições de medicamentos, etc.).

e) apresentar nova instrução, retificando ou ratificando o encaminhamento anteriormente oferecido, com manifestação conclusiva acerca da ocorrência de superfaturamento, da inclusão ou não do ICMS nos valores pagos, abalizada no cotejamento efetuado com os preços do mercado, bem como da quantificação do débito, considerando possível retenção efetuada pela Secretaria.”

13. O atendimento a tais diretivas foi iniciado por meio da instrução consubstanciada na peça 28, nos seguintes termos:

“EXAME TÉCNICO

Superfaturamento

9. As providências constantes dos itens ‘a’ a ‘c’ do referido despacho ministerial dizem respeito ao tema do superfaturamento, o qual fundamentou uma das propostas técnicas de imputação de débito. Conforme acima reportado, a quantificação desse tipo de débito para os quatro medicamentos indicados amparou-se na diferença entre o preço estimado de cada medicamento (peça 2, p. 1) e o valor constante da Ordem de Fornecimento 714/05, os quais coincidem com os valores adjudicados em licitação (peça 6, p. 26). O produto entre tal diferença e a quantidade adquirida por cada nota fiscal, conforme discriminado em planilha produzida no âmbito da Superintendência de Administração e Finanças da SES/GO (peça 11, p. 43-46), determinou os débitos correspondentes aos documentos fiscais, cujos montantes foram apontados em quadro constante da instrução inicial. Como na data em que foi produzida a aludida planilha as notas fiscais ainda não tinham sido completamente pagas, considerou-se a planilha constante do relatório de TCE, também produzida no âmbito da SES/GO, para se obterem as datas em que se concluíram os pagamentos (peça 15, p. 17).

10. O exame de lavra do Relator destaca o fato de que os débitos concernentes ao superfaturamento de medicamentos poderiam ser considerados da forma como são apontados nas citações, se realmente o pagamento das notas fiscais tivesse se pautado pelos preços adjudicados. Ocorre que a própria planilha que consubstancia o relatório de TCE (peça 15, p. 17) demonstra que o pagamento das notas fiscais não observou os valores líquidos ali discriminados, mas fez incidir sobre tais valores um desconto compulsório de 17%, de modo que os valores unitários efetivamente pagos acabaram sendo menores do que aqueles que balizaram o cálculo da imputação de débito. Como exemplo, cita a nota fiscal 92250, que reporta a aquisição do medicamento rivastigmina 6,0 mg, cujo superfaturamento unitário foi calculado pela unidade técnica como de R\$ 0,14, correspondente à diferença entre R\$ 6,03 (valor adjudicado) e R\$ 5,89 (valor estimado). Como pagamento da nota contemplou desconto de 17% sobre o valor líquido, consoante adverte o Relator, esse medicamento acabou sendo adquirido por R\$ 5,0049, o que torna seu preço de pagamento menor do que o estimado e, portanto, sem o superfaturamento considerado. Por conta dessa constatação, que se aplica à maioria das notas fiscais indicadas, considera imprescindível a revisão de todo o cálculo do débito, levando-se em conta, ainda, no caso da nota fiscal 92250, que o quantitativo adquirido foi de 3.360 unidades e não de 7.265 unidades, conforme apontado na citação.

11. De fato, houve equívoco na instrução técnica inicial, quando apontou que o quantitativo adquirido pela NF 92250 foi de 7.265 unidades, ao passo que a informação correta aponta para a aquisição de 3.360 unidades. Também factual é a constatação de que os preços pagos não correspondem exatamente aos valores adjudicados, o que implica a necessidade de revisão dos cálculos. Nada obstante, com relação à questão da efetiva existência de superfaturamento, há de se fazer algumas considerações adicionais, as quais conduzem a uma apreciação metodológica divergente da que foi alcançada pelo despacho ministerial.

12. Retornemos ao exemplo da NF 92250, considerando, para efeito de demonstração dos preços unitários praticados, a aproximação de duas casas decimais. Como dito, o valor estimado é de R\$ 5,89 e a proposta adjudicada é de R\$ 6,03. Tem-se que se levar em conta, de acordo com as regras editais vigentes, que esses preços já expressamente contemplam a alíquota de ICMS. O preço fábrica e o preço máximo ao consumidor são parâmetros elaborados no âmbito da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED/Anvisa), cuja tabela, no exercício de 2005, faz referência tão somente a preços já onerados de ICMS. De acordo com as regras do edital, por se tratar de produto sujeito à isenção do tributo, o respectivo documento fiscal deveria deduzir a

parcela tributária já constante do preço ofertado. Mas não foi isso que a empresa fornecedora praticou, porquanto fez incidir ao preço adjudicado – o qual, segundo o edital, já contemplava a incidência do tributo – nova alíquota do tributo, do que resultou o valor unitário faturado de R\$ 7,26, conforme assinala planilha elaborada no âmbito da Superintendência de Administração e Finanças da SES/GO (peça 11, p. 45). Portanto, o valor líquido a que faz referência a planilha que acompanha o relatório de TCE e que foi transcrita em despacho diz respeito a um faturamento completamente equivocado. Por isso que houve o desconto compulsório imposto pela administração estadual quando do pagamento, cujo cálculo levou em conta que o preço unitário faturado deveria ter sido de R\$ 6,03 e sobre ele deduzido a parcela de ICMS, do que resultou o valor unitário efetivamente pago de R\$ 5,00. Tal procedimento foi estendido a todas as notas fiscais, exceto quanto às NF's 106.690 e 117.566, cujos pagamentos não cuidaram de avaliar a ocorrência de bitributação. As consequências da não dedução compulsória com relação a essas duas notas fiscais não perfazem o tema do superfaturamento por se relacionarem especificamente à cobrança indevida de ICMS.

13. O que importa destacar quanto à metodologia de cálculo adotada por esta unidade técnica para o tema superfaturamento é o equívoco da comparação entre preços que já contemplavam o ICMS, cuja diferença acabou apropriando valor correspondente a tributo isento. O cálculo correto enseja que tal comparação se faça com os preços já desonerados. Portanto, fazendo incidir a dedução de 17% sobre a estimativa de preços (peça 2, p. 1) e comparando-se os valores resultantes com os preços ofertados aos produtos, deduzida a alíquota, conforme discriminados em planilha (peça 11, p. 45), tem-se o seguinte valor superfaturado para cada item de medicamento: rivastigmina 1,5 mg – R\$ 0,07 (R\$ 3,76 - R\$ 3,69); rivastigmina 3 mg – R\$ 0,13 (R\$ 4,32 - R\$ 4,19); rivastigmina 6 mg – R\$ 0,11 (R\$ 5,00 - R\$ 4,89); rivastigmina sol. oral 2mg/ml frasco 120 ml – R\$ 20,77 (R\$ 318,77 - R\$ 298,00).

14. O quadro abaixo retifica aquele que consta da instrução inicial, resumindo a revisão de cálculo determinada pelo Relator.

	rivastigmina 1,5 mg (R\$ 0,07 por un.) ⁽¹⁾	rivastigmina 3,0 mg (R\$ 0,13 por un.)	rivastigmina 6,0 mg (R\$ 0,11 por un.)	rivastigmina sol.oral (R\$ 20,77 por un.)	débito correspondente ao superfaturamento (R\$)	data de pagamento ⁽²⁾
NF 92250			3.360		369,60	21/11/2007
NF 92963	1.820 un.				127,40	21/11/2007
NF 94168	6.160 un.				431,20	21/11/2007
NF 99073		8.008 un.			1.041,04	21/11/2007
NF 101000		9.716 un.			1.263,08	21/11/2007
NF 103096	10.360 un.				725,20	21/11/2007
NF 107334	8.624 un.	7.280 un.			1.550,08	21/11/2007
NF 106690		8.008 un.	7.728 un.	70 un.	1.114,90 ⁽³⁾	21/02/2007
NF 111441	8.288 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	3.925,18	21/11/2007
NF 115410	8.624 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	3.948,70	21/11/2007
NF117566	22.820 un.	16.828 un.	21.840 un.	200 un.	3.826,33 ⁽⁴⁾	21/02/2007
TOTAL					18.323,01	

(1) o valor associado a cada produto corresponde ao valor superfaturado por unidade

(2) as datas indicadas correspondem à ocasião em que foi concluído o pagamento da nota fiscal

(3) o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 33,33% de recursos federais

(4) o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 37% de recursos federais

15. A responsabilidade pelo débito, conforme especificado em despacho, alcança a solidariedade da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. com os responsáveis anteriormente especificados, cujas citações devem ser renovadas, considerando a alteração dos valores imputados.

Cobrança indevida de tributo

16. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema fazem menção, inicialmente, a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos da empresa Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos viabilizadas pelo Pregão 292/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 25, p. 42).

17. Resta abordar sobre uma questão levantada no despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de bitributação, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do tributo. Como visto, há nos autos prova de que o licitante não só tinha conhecimento da disposição, como também afirmava tê-la cumprido.

18. Entende-se que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos dificilmente 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. De qualquer forma, existe um documento nos autos habilmente qualificado para cumprir a função de referência mercadológica a que o Relator faz menção. A estimativa de preços que compõe o conteúdo do Pregão SES/GO 292/2005 trata de uma referência de preços digna de crédito, porquanto, além de ter sido produzida à época dos fatos, está vinculada à finalidade de demonstrar o balizamento mercadológico de preços. O Anexo I do Decreto 3.555/2000, em seu art. 8º, inciso II, expressamente lhe confere essa finalidade, a ponto de exigir, no art. 11, inciso XI, a análise de conformidade dos preços ofertados antes de se prosseguir na licitação. Conforme tratado nesta instrução, a referida estimativa contempla preços já onerados pelo ICMS.

19. Como última informação para esclarecimento do tema, faz-se referência à oferta de preços apresentada pela única empresa que concorreu com a licitante vencedora, mas que, conforme reportado em instrução inicial, foi considerada inabilitada por não cumprir uma formalidade editalícia. Sua proposta contemplava, para todos os itens licitados, preços significativamente inferiores aos previstos na estimativa de preços, estando acompanhada de declaração expressa no sentido de que já estavam tributariamente onerados (peça 5, p. 35-38).

20. Desse modo, reitera-se, quanto à referida imputação de débito, todo o conteúdo analítico e propositivo contido no item 3.2 da instrução anterior (peça 25, p. 24-28).

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

21. O cabal cumprimento do despacho ministerial requer apenas a realização de nova citação dos responsáveis apontados pelo superfaturamento dos medicamentos adquiridos mediante Pregão SES/GO 292/2005.

22. Isso posto, propõe-se:

- citação solidária dos srs. Fernando Passos Cupertino de Barros, Cairo Alberto de Freitas, Adriano Kennen de Barros, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. para apresentarem alegações de defesa ou recolherem ao Fundo Nacional de Saúde os valores imputados, devidamente atualizados;

- ato impugnado: superfaturamento nas despesas com medicamentos decorrentes do Pregão SES/GO nº 292/2005, considerando sua extrapolação à estimativa de preços que antecedeu a licitação (art. 48, II, e art. 67, § 1º, da Lei 8.666/1993; art. 11, XI, do anexo ao Decreto 3.555/2000);

- Débito:

	rivastigmina 1,5 mg (R\$ 0,07 por un.) ⁽¹⁾	rivastigmina 3,0 mg (R\$ 0,13 por un.)	rivastigmina 6,0 mg (R\$ 0,11 por un.)	rivastigmina sol.oral (R\$ 20,77 por un.)	débito correspondente ao superfaturamento (R\$)	data de pagamento ⁽²⁾
NF 92250			3.360		369,60	21/11/2007
NF 92963	1.820 un.				127,40	21/11/2007
NF 94168	6.160 un.				431,20	21/11/2007
NF 99073		8.008 un.			1.041,04	21/11/2007
NF 101000		9.716 un.			1.263,08	21/11/2007
NF 103096	10.360 un.				725,20	21/11/2007
NF 107334	8.624 un.	7.280 un.			1.550,08	21/11/2007
NF 106690		8.008 un.	7.728 un.	70 un.	1.114,90 ⁽³⁾	21/02/2007
NF 111441	8.288 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	3.925,18	21/11/2007
NF 115410	8.624 un.	8.008 un.	7.728 un.	70 un.	3.948,70	21/11/2007
NF117566	22.820 un.	16.828 un.	21.840 un.	200 un.	3.826,33 ⁽⁴⁾	21/02/2007
TOTAL					18.323,01	

(1) o valor associado a cada produto corresponde ao valor superfaturado por unidade

(2) as datas indicadas correspondem à ocasião em que foi concluído o pagamento da nota fiscal

(3) o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 33,33% de recursos federais

(4) o pagamento da nota fiscal requereu o aporte de 37% de recursos federais”.

14. Após a realização das novas medidas saneadoras mencionadas, nova instrução do feito, constante da peça 62, cuidou de promover a reanálise de seu mérito:

“[...]

EXAME TÉCNICO

Superfaturamento

10. A última proposta de citação sobre o tema (peça 28, p. 5-6) remete à solidariedade entre a empresa Hospfar e os servidores responsáveis. As citações foram realizadas por meio dos ofícios Secex/GO 122/2012 ao 126/2012 (peças 32-36), tendo havido respostas, exceto quanto ao Sr. Adriano Kennen de Barros (peças 46, 51, 57 e 60).

11. Todavia, depois de exame mais acurado dos presentes autos, motivado, principalmente, pela orientação emanada do Relator, no sentido de que as instruções de todas as tomadas de contas especiais decorrentes da determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário se balizassem por critérios de avaliação uniformes, há de se admitir a existência de evidências capazes de afastar a irregularidade tratada neste tópico.

12. A irregularidade foi identificada a partir da constatação de que o resultado final do Pregão 292/2005 (peça 6, p. 20-25), proclamado em 29/12/2005, não observou a estimativa de preços previamente produzida (peça 2, p. 1). Conforme relatado em instrução, a estimativa vincula o acolhimento da proposta, a menos que houvesse formal justificativa; como tal exigência não foi cumprida em ata, considerou-se configurada a irregularidade. Ocorre que há evidências de que este cuidado foi observado no curso do respectivo processo administrativo que tramitou na SES/GO, de modo que, embora a licitação já houvesse sido homologada, a aquisição só seguiu o seu curso depois que foi atestada a compatibilidade dos preços ofertados ao mercado.

13. Por meio do Despacho 892/2006 – GJ/SES de 18/4/2006, foi solicitado parecer técnico sobre os preços adjudicados (peça 7, p. 2), do que resultou sua comparação com as seguintes referências: preço fábrica e preço máximo ao consumidor (peça 7, p. 3). Os preços adjudicados não superam esta última referência. Em seguida, houve pronunciamento consubstanciado no Despacho 716/2006 GS/SAF/SES, no sentido da necessidade de se obter uma deliberação expressa sobre a utilização do padrão de preços máximos ao consumidor como critério de aceitação das propostas (peça 7, p. 14). Não se vislumbrou nos presentes autos a existência de tal pronunciamento formal. Nada obstante, o procedimento sob análise repete vários outros procedimentos de aquisição de

medicamentos realizados no âmbito da SES/GO, nos quais o critério de preço máximo ao consumidor se tornou determinante para a aceitação das propostas.

14. Não nos parece adequado questionar 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 de 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. 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).

15. 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. Ainda que a utilização em tempo atual do parâmetro ditado pelos preços máximos ao consumidor seja questionável, pode-se constatar, neste caso, que a apuração promovida pela SES/GO mostra ter cumprido com a obrigação de justificativa de preços, exigida pelo decreto regulamentador do pregão.

Cobrança indevida de tributo

16. A responsabilidade perante o tema alcança as pessoas de Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, então dirigentes da secretaria estadual de saúde, bem como Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., empresa fornecedora dos medicamentos. Suas defesas foram analisadas em instrução anterior (peça 25, p. 24-28), tendo sido mantida proposta de imputação solidária de débito.

17. Nada obstante, a empresa Hospfâr, por meio de suas mais últimas manifestações (peças 31, 57 e 60), renova defesa contrária à imputação de débito, valendo-se ora com argumentos ainda não aventados nos presentes autos, ora com argumentos já repisados. Com relação a estes, tem-se a dizer, primeiro, que a suposta retenção de créditos devidos à empresa é uma ocorrência negada pela própria secretaria estadual (peça 25, p. 41-54) e mesmo que existisse tratar-se-ia de ato indiferente ao curso destes autos. 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 do valor indevidamente faturado, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos. Conclusão análoga se aplica ao argumento de que a base de ICMS a ser considerada na operação seria de 10%, pois, conforme visto, além de tratar-se de tema afeito ao foro especificamente tributário, a cobrança alcança o índice efetivamente praticado pela empresa quando realizou o indevido faturamento do tributo, ou seja, 17%.

18. Quanto às implicações do despacho prolatado pelo Ministro-Relator em outros autos (TC-004.589/2010-6), cujo conteúdo, segundo o defendente, alteraria o encaminhamento já proposto, tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de dupla incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do imposto. Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contemplou a incidência do tributo, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma

editálicia, 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.

19. 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.

20. A empresa Hospfâr ainda renova, por meio de sua última manifestação (peça 60), o argumento que procura deslegitimar a exigência contida em edital, no sentido de que seria juridicamente inadmissível a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, nas propostas de preços. Baseia-se, dessa vez, 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, no sentido de que a apresentação de preços desonerados de ICMS estaria juridicamente respaldada. Desse modo, restaria sem fundamento toda a imputação de débito.

21. Ainda que a exigência contida em edital efetivamente desse cumprimento à aludida norma expedida pelo Confaz, tem-se a considerar que o entendimento desta Corte a respeito de sua constitucionalidade não visa a desconstituir a legitimidade jurídica de editais licitatórios anteriores. 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.

22. 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 Hospfâr: 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 no item 5.1.9 do edital sob análise (peça 2, p. 13) e na própria ata licitatória, a empresa Hospfâr foi beneficiada por uma exigência considerada agora pelo TCU como inconstitucional, no sentido de conseguir afastar a concorrência daquelas empresas que não dispusessem da carta de credenciamento (peça 6, p. 9-13 e 20-25). A prevalecer o argumento da empresa Hospfâr, dever-se-ia igualmente declarar nulas todas as licitações em que a exigência da carta de credenciamento constituiu-se em critério decisivo para afastar propostas de concorrentes que continham ou poderiam conter preços mais vantajosos.

23. Assim como a pretensão aqui deduzida, trata-se, obviamente, de repercussão que não possui amparo jurídico.

Laudo pericial

24. 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 292/2005 (peça 61).

25. 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.

26. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição das propostas das empresas que eventualmente declarassem 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

27. Cumprido exame técnico ao encargo desta instância analítica, restou a constatação de que se mantém a imputação de débito relativa apenas ao faturamento indevido de tributo. Quanto às irregularidades objeto de audiência, consideraram-se satisfatórias as razões de justificativa apresentadas, sem prejuízo de que se proferisse alerta a respeito (peça 25, p. 28-29).

28. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha a seguinte proposta de deliberação:

- a) excluir o senhor Adriano Kennen de Barros do rol de responsáveis;
- b) julgar regulares com ressalvas as contas do senhor Fernando Passos Cupertino de Barros, nos termos do art. 16, II da Lei 8.443/1992;
- c) 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 292/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;
- d) condenar solidariamente 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 dos valores abaixo ao Fundo Nacional de Saúde, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até a do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento do débito;

Valor (R\$)	Data
1.017,10	21/11/2007
163,80	21/11/2007
554,40	21/11/2007
1.281,28	21/11/2007
1.554,56	21/11/2007
932,40	21/11/2007

Valor (R\$)	Data
1.940,96	21/11/2007
1.370,16	21/2/2007
4.860,52	21/11/2007
4.890,76	21/11/2007
4.738,91	21/2/2007

e) aplicar aos senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e 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;

f) dar ciência à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás de que o processamento das despesas relativas à aquisição de medicamentos por intermédio de recursos federais, sem o devido instrumento contratual ou sem fazer constar a origem federal dos recursos em edital licitatório, constitui infração legal (arts. 3º e 54 da Lei 8.666/1993) – tais irregularidades foram identificadas nas despesas relativas ao Pregão SES/GO 292/2005;

g) autorizar a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, II da Lei 8.443/1992;

h) 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.”

15. O titular da unidade técnica se manifestou de acordo com as conclusões e propostas da instrução (peça 63).

16. 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 64). O judicioso Parecer do Ministério Público foi vazado nos seguintes termos principais:

“(…)

II

No que se refere ao indício de sobrepreço na aquisição de medicamentos, o Ministério Público aquiesce, na íntegra, à análise empreendida pela unidade técnica no sentido de que há evidências capazes de afastar a irregularidade, e, desse modo, o sobrepreço não foi confirmado, bem como de que foi cumprida a obrigação de justificativa de preços exigida pelo decreto regulamentador do pregão.

III

Em relação à cobrança indevida de tributo, 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 Hospfâr estivesse abaixo do preço de mercado, como os há demonstrando exatamente o contrário! Ou seja, que a falta da desoneração prevista na legislação conduziu à ocorrência de superfaturamento’.

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

‘A pretexto de cumprir essa condição, a Hospfâr e a Prodiét, 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, pp.42/54), o débito apurado ainda persiste.

IV

No que tange à defesa apresentada pela Hospfâr (peças 18, pp. 24/50;19; 20; 21, pp. 1/18; 31 e 57), cabe tecer algumas considerações.

Após algumas preliminares que foram adequadamente refutadas pela Secex/GO, a empresa alega 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 292/2005 contém a seguinte observação (peça 3, 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 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 Hospfâr 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 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 Hospfar 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. No Relatório Conclusivo da Comissão de TCE encontra-se realmente a afirmação de que não haviam sido verificados indícios de dano ao erário, ‘no tocante aos valores contratados’, visto que estavam de acordo com os valores de mercado. Porém, ao consultar-se 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 alentados pareceres de dois eminentes juristas, Marçal Justen Filho e Ives Gandra da Silva Martins, juntados aos autos pela Hospfâr (peças 23; 24 e 25, pp. 1/21), a unidade técnica analisou-os adequadamente, de modo geral, concluindo, por fim, que não são suficientes para descaracterizar a irregularidade observada neste processo.

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

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

De fato, o citado convênio prevê apenas que:

‘Cláusula Primeira – (...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

O fato de a Hospfâr 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 255/2006 deixava claro que o ICMS estava incluso nos preços:

‘Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

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

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

Diante do exposto, verifica-se que as alegações de defesa da empresa Hospfar não foram suficientes para afastar o débito que lhe foi imputado, em razão dos pagamentos indevidos das despesas vinculadas ao Pregão SES/GO 292/2005, tampouco há indícios que permitam caracterizar a boa-fé nas suas condutas. Impõe-se, portanto, o julgamento pela irregularidade de suas contas.

A empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 60), 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 reitera 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.

A contratada, por ocasião de sua proposta, encaminhou à SES/GO duas declarações datadas de 29.12.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 (peça 4, p. 47), e a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 4, p. 48).

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 29.12.2005, em que a empresa afirma textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’ (peça 4, p. 40). 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.

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.

Transcreve-se, por sua pertinência, o dispositivo do Acórdão 140/2012:

‘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’.

Cumpra destacar que o § 6º, declarado inconstitucional pelo Tribunal, nos termos do *decisum* acima, foi acrescido à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002 pelo Convênio ICMS 57/2010, 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 292/2005 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 292/2005, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 3, p. 30).

'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 3, p. 32).

'5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, **inclusive ICMS.**' (grifos acrescidos).

A minuta de contrato e os contratos, igualmente, traziam essa exigência (peças 3, p.5; 4, p.1; 7, pp. 18 e 24):

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

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

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

Embora a responsável cite esses pareceres e os tenha aportado aos autos, é bem claro que seu procedimento foi inteiramente diverso, pois indicou apenas um valor em sua proposta e, só na execução contratual, informou com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS.

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

Dessarte, os novos elementos juntados aos autos em nada auxiliam às contratadas.

VI

No que tange ao Sr. Adriano Kennen de Barros, apesar da sua revelia, o Ministério Público anui à proposta da unidade técnica de que seja excluída sua responsabilidade, pois não tinha como antever que a empresa deixaria de abater o tributo, depois, ao emitir as notas fiscais, de modo a poder tomar qualquer medida preventiva, durante a realização do certame.

VII

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peças conjuntas (peças 21, pp. 19/51; 22, pp. 2/18 e 25/37; 51), apresentaram alegações de defesa para o sobrepreço na aquisição dos medicamentos, irregularidade que, ao ver da unidade técnica e do Ministério Público, restou afastada.

No entanto, em outras TCEs que cuidam do pagamento acrescido, indevidamente, de ICMS, esses responsáveis 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 os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges têm envidado esforços para obter a compensação do dano apurado, o Ministério Público, em consonância com seu posicionamento no TC-001.922/2009-5 (uma vez que Vossa Excelência determinou que fosse aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO), e dissentindo, em parte, da proposta da unidade técnica, entende cabível o reconhecimento da boa-fé destes responsáveis.

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

IX

O Sr. Fernando Cupertino de Barros, na condição de Secretário da Saúde, foi quem homologou o procedimento licitatório e assinou o instrumento contratual firmado com a empresa Hospfar. Além disso, autorizou pagamentos à contratada. Teve participação decisiva na consumação das irregularidades ao homologar o procedimento licitatório sem que houvesse clareza sobre a adesão da licitante vencedora à exigência editalícia de que as propostas incluíssem o valor do ICMS. E também, por ocasião dos pagamentos, ao permitir que a Hospfar descumprisse a exigência de excluir o ICMS dos preços contratados, expressos nas ordens de fornecimento.

Em suas alegações (peças 17, pp. 20/8; 18, pp. 3/20, e 46), o responsável argumenta que não tinha motivos para não acreditar na regularidade do processo licitatório e que, nos termos do art. 80, § 2º, do Decreto-lei 200/1967, não pode ser responsabilizado por atos de agentes subordinados que exorbitaram as ordens recebidas.

Mas nada disso procede. O ato de homologação de processo licitatório por parte da autoridade superior de determinado órgão não é meramente formal. Muito pelo contrário, implica no expresse assentimento da autoridade aos procedimentos levados a cabo durante o processo licitatório e à sua legalidade, sem o qual este não pode consumir-se, com a assinatura do contrato. Essa verificação da legalidade dos procedimentos pela autoridade superior é de natureza vinculante, tornando-a responsável na hipótese de serem posteriormente verificadas irregularidades. É responsabilidade inerente ao ônus de assumir posição de direção e destaque na Administração

Pública.

Nessa mesma ocasião, é responsabilidade do dirigente verificar todos os atos de seus subordinados, independentemente de terem ou não exorbitado ordens recebidas, e anular ou corrigir todos aqueles que não se tenham pautado pelos ditames legais.

O Sr. Fernando alega, também, que os pagamentos foram realizados de acordo com a legislação vigente à época.

Isso não é verdade, pois, como visto ao longo deste parecer, tanto o edital quanto o contrato não deixavam dúvida de que as propostas deveriam apresentar preços onerados com o ICMS, que seria abatido por ocasião dos pagamentos.

Fica evidenciada, pois, a responsabilidade do Sr. Fernando na gestão e consumação dos pagamentos irregulares, de modo que suas alegações não merecem ser acolhidas, com o resultante julgamento pela irregularidade de suas contas.

Por isso, a proposta de fixação de novo e improrrogável prazo para a quitação do débito não pode ser estendida ao Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, pois as ações para obter o ressarcimento do dano somente foram iniciadas depois de encerrada a sua gestão.

X

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:

- em solidariedade com Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira e Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Valor (R\$)	Data
1.017,10	21.11.2007
163,80	21.11.2007
554,40	21.11.2007
1.281,28	21.11.2007
1.554,56	21.11.2007
932,40	21.11.2007

Valor (R\$)	Data
1.940,96	21.11.2007
1.370,16	21.2.2007
4.860,52	21.11.2007
4.890,76	21.11.2007
4.738,91	21.2.2007

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.

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

É o relatório.