

## GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC-016.838/2009-6

Natureza: Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade/Unidade: não há

Responsáveis: Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Cellofarm Ltda. (02.433.631/0001-20); Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. (33.009.945/0001-23)

Interessado: Secretária de Saúde - GO (00.544.963/0001-56)

Representação legal: Antonio Carlos da Silva Martins (8.772-E/OAB/DF) e outros, representando Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A.; Arthur Simas Pinheiro (48314/OAB/DF) e outros, representando Cairo Alberto de Freitas; Gustavo de Oliveira Lemos (43.470/OAB/DF) e outros, representando Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas; José Rosa Laureano e outros, representando Cellofarm Ltda.; Euripedes Barsanulfo Lima (22.619/OAB/GO), representando Maria Lúcia Carnelosso.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS FEDERAIS DO SUS. SES/GO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. REALIZAÇÃO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. ACRÉSCIMO DO ICMS AO VALOR FATURADO NÃO OBSTANTE ESSE JÁ ESTIVESSE ONERADO PELO IMPOSTO. ABATIMENTO DO VALOR ACRESCIDO SOB ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DA DIFERENÇA PELO FORNECEDOR. CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS RESPONSÁVEIS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO.

## RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, conforme Relatório Conclusivo nº 006/2008 (fls. 1332/1359), proveniente da Comissão de Tomada de Contas Especial, em função de pagamentos feitos às empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que as empresas deveriam informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS.

2. Este processo foi apreciado na sessão do dia 4/3/2015, quando foi prolatado o Acórdão 359/2015-TCU-Plenário, por meio do qual o TCU julgou as contas especiais dos responsáveis pela irregularidade e condenou-os solidariamente em débito.

3. Após serem notificados do resultado do julgamento, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e. Antônio Durval de Oliveira Borges autuaram recurso de reconsideração alegando ter havido cerceamento do direito de defesa, haja vista que naquela oportunidade o presente processo não explicitou os nomes nem os números de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de seus respectivos advogados, motivo pelo qual ficaram impedidos de exercer o direito à ampla defesa, que contempla o direito à sustentação oral durante a sessão de julgamento.

4. Ao apreciar o recurso, esta Casa, por meio do ACÓRDÃO Nº 1.410/2016-TCU-Plenário, decidiu conhecer dos presentes recursos por atenderem aos requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, dar-lhes provimento, e declarar a

nulidade do Acórdão 359/2015-TCU-Plenário em relação aos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, restituindo-se os autos ao Relator *a quo* para as providências do art. 176, parágrafo único, inciso II, do RI/TCU;

5. Retornando esta TCE a minha relatoria e saneada a falha processual que culminou na nulidade do Acórdão 359/2015-TCU-Plenário, reproduzo, a seguir o seu relatório.

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, conforme Relatório Conclusivo nº 006/2008 (fls. 1332/1359), proveniente da Comissão de Tomada de Contas Especial, em função de pagamentos feitos às empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que as empresas deveriam informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS.

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 259/06, promovido pela SES/GO para a aquisição de medicamentos para abastecimento da Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa, continha previsão em seu item 5.3 de que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS (fls. 129).

3. Todavia, foi constatado que as mencionadas empresas, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentavam o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênios 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.

4. De acordo com o Relatório de Tomada de Contas Especial de nº 006/2008 (fls. 1332/1359), e do Relatório de Auditoria (fls. 1363/1364), proveniente da Gerência de Prestação e Tomada de Contas da Superintendência de Auditoria, foram responsabilizados o ex-Secretário de Saúde e o ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO por autorizaram os pagamentos, bem como a ex-Pregoeira, a Superintendente Executiva/SES e as empresas beneficiárias

5. A Comissão de Tomada de Contas Especial apurou, nas aquisições decorrentes do certame, o dano concreto referente a pagamentos efetuados com fonte federal nos valores de R\$ 67.869,28 (fls. 48, p. 26) e R\$ 5.480,46 (fls. 52, p. 26) pagos indevidamente às empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A, respectivamente.

6. Diante disso, a Superintendência de Controle Interno certificou a **irregularidade das contas** (fls. 1365), tendo a Secretária de Estado da Saúde, Irani Ribeiro de Moura, registrado o conhecimento das conclusões daquele órgão de controle interno (fl.1370/1372).

7. A unidade técnica registrou que, quanto aos débitos apurados, levou-se em conta o valor levantado no Relatório Conclusivo (1356/1357), sendo necessária a devida correção quanto ao débito da empresa Cellofarm Ltda., em virtude do pagamento da NF nº 35312 ter sido feito com recursos provenientes da fonte 00 (estadual). Portanto o débito desta empresa foi corrigido para R\$ 59.459,15 (Cinquenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e quinze centavos), conforme Tabela fls. 1377/1378.

8. No âmbito deste Tribunal, foram citados o Sr. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário Estadual de Saúde, o Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, a Srª Maria Lúcia Carnellosso, Superintendente Executiva/SES, a Sr. Sunária Aparecida Alves de Brito, ex-Pregoeira, solidariamente às empresas empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., e Cellofarm Ltda., respectivamente.

9. As alegações de defesa foram examinadas pela Secex/GO em análise que reproduzo a seguir em seus trechos essenciais e com ajustes de forma (fls. 12/19-p. 31):

#### ‘ANÁLISE

7 A empresa **Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.** não apresentou alegações de defesa, manteve-se silente, sujeitando-se aos efeitos da revelia.

8 A senhora Maria Lúcia Carnellosso, ex-superintendente Executiva/SES não apresentou alegações de defesa, manteve-se silente, sujeitando-se aos efeitos da revelia. Entretanto, atentando ao ato por ela cometido, durante a realização do pregão, etapa de homologação do edital, este não trouxe impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento. Portanto, sua responsabilidade nos autos deve ser afastada.

9 Em sua defesa (fls. 1438/1440) e anexos (fls. 1441/1468), a empresa **Cellofarm Ltda.** apresenta a tese de que apresentou sua proposta com os preços já considerando a isenção do ICMS, ou seja, com os valores desonerados. Entretanto, o edital dispõe, no item 5.3, que os preços devem ser apresentados considerando todos os impostos inclusos, inclusive o ICMS (fl.51). Assim, a empresa Cellofarm Ltda., estabelecida fora do Estado de Goiás e alvo do benefício de isenção promovido pelo Convênio 87/2002, deveria apresentar nas Notas Fiscais os valores informados de forma idêntica ao adjudicado e promover a dedução do valor referente ao ICMS, sendo o resultado desta operação o valor faturado a ser pago pela SES. Entretanto não foi isso o que ocorreu. Portanto, tal alegação não cabe acolhimento diante do prescrito no Edital, permanecendo o débito para a empresa.

10 A senhora **Sunária Aparecida Alves de Brito** comparece aos autos apresentando sua defesa (fls. 1469/1473) e anexos (fls. 1474/1478), na qual pretende isentar-se de qualquer irregularidade evidenciada nestes autos, em função de sua colaboração em nível de assessoria na execução da licitação, na condição de pregoeira. De fato, atentando ao ato por ela cometido, durante a realização do pregão, etapa de classificação, este ato não trouxe impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento. Portanto, sua responsabilidade nos autos deve ser afastada.

11 Os responsáveis, senhor **Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges** apresentaram defesa em conjunto com relação à solidariedade com a empresa **Roche Químicos e Farmacêuticos S.A.** (fls. 1481/1501), acompanhada de documentos (fls. 1502/1510). E outra, também em conjunto com relação à solidariedade com a empresa **Cellofarm Ltda.** (fls. 1511/1531), acompanhada de documentos (fls. 1532/1542). Como as duas defesas tem o mesmo conteúdo material, apenas a primeira será referenciada nos autos. Inicia-se a defesa trazendo um breve **relato dos fatos**, constantes nos autos. Em seguida apresentam as providências administrativas adotadas pelos gestores em questão, a partir do conhecimento dos fatos, com finalidade de se obter o valor pago indevidamente (fl.1484/1485).

12 Na sequência (fls. 1485/1486), a defesa busca demonstrar **a boa-fé dos gestores** na questão envolvendo o ICMS. Em resumo, as ações dos gestores foram a de continuidade na compra dos medicamentos devido ao alcance social de extrema relevância vital à população beneficiada, porém seguida de medida preventiva para resguardar o Estado quanto aos débitos apurados nos pagamentos feitos indevidamente.

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

14 Outro ponto tocado na defesa é a **discussão do direito** (fl.1487/1493), cuja explanação da defesa percorre doutrinas agasalhadas pelo direito administrativo pátrio, como a responsabilidade

dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, opera-se pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim como, a responsabilidade civil objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.

15 Ante as explicações, pode ser que os gestores não agiram com dolo, porém, como a própria defesa argumentou, aos gestores cabiam a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 006/2008 (fl. 1346/1347) na Planilha de análise dos pagamentos efetuados à empresa Roche S.A., que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Assim, a boa-fé dos gestores é discutível, porém o problema pode ser resolvido com a devolução das verbas públicas cobradas aos cofres da União de maneira definitiva.

16 Ainda, em defesa (fl.1493), os citados alegam que houve **saneamento da falha**, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na **perda do objeto** da TCE.

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

18 A defesa segue (fls. 1494/1497), alegando a **ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa**. Quanto à ausência de dolo, esta já foi discutida anteriormente, nestes autos. Quanto à ausência de improbidade administrativa, este assunto não é tratado nestes autos, que se restringe à competência do TCU em buscar os responsáveis por danos causados ao Erário. Improbidade administrativa é alvo circunscrito à competência do Ministério Público Federal. Portanto, os argumentos levantados pela defesa sobre este assunto não alcançam a TCE em questão.

19 Ainda em defesa, é apresentada a **contestação da responsabilização solidária dos gestores** nestes autos (fls. 13497/1498). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp nº 881426 do Estado de São Paulo, apresentado pela defesa encontra-se a solução para o deslinde sobre a devida responsabilização desta TCE, ou seja, os defendentes só podem ser condenados na medida de sua responsabilidade e extensão.

20 Veja, é clara a responsabilidade dos gestores, o senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela **autorização** para os pagamentos feitos à empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. (pregão nº 259/2006 - fl.1332), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela **execução de pagamentos** feitos à empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. (pregão nº 259/2006 - fl.1332), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado.

21 Os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade,

porém sem gerar prejuízos ao Estado. Assim, não cabe colhida aos argumentos apresentados pela defesa.

22 Quanto às **ações esperada por homem médio** (fl.1498/1499), na situação discutida nos autos, a defesa apresenta Acórdão 217/2007 - 2ª Câmara - Relator Ministro Aroldo Cedraz, como subsídio ao seu argumento. Entretanto, o Acórdão apresentado trata exatamente da tomada de medida eficaz para se interromper a possibilidade de débito ao Erário, no caso do Acórdão ilustrado, foi suspensa a licitação e seus atos decorrentes, impossibilitando prejuízo ao Erário. Ao contrário, a ação tomada pelos gestores questionados nestes autos foi a de a continuidade nos pagamentos perniciosos, que redundaram em danos ao Erário. De modo que, não cabe acolhida aos argumentos apresentados neste ponto.

23 Por fim, a defesa alega **boa fé na troca de fontes** (fl.1499). Todavia, tal conduta não foi questionada nesta TCE, mostrando-se desnecessária a discussão dessa tese. Basta mencionar que a inclusão da fonte orçamentária federal é que propiciou o alcance da matéria por esta Egrégia Corte de Contas.

24 Porquanto, embora possa ser entendida a boa-fé dos gestores e inclusive a da empresa contratada, enquanto os recursos não forem devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde resta configurado débito para com a União.

#### CONCLUSÃO

25 Com efeito, as senhoras Sunária Aparecida Alves de Brito, pregoeira, e Maria Lúcia Carnellosso, ex-superintendente Executiva/SES, tiveram suas responsabilidades afastadas nos autos devido ao fato dos atos por elas cometidos, durante a realização do pregão, etapa de classificação e homologação do edital, não terem provocado impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento, quando algumas Notas fiscais foram pagas de acordo com a legislação e outras em desacordo.

26 A empresa **Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.** não apresentou alegações de defesa, manteve-se silente, sujeitando-se aos efeitos da revelia. Quanto aos demais citados, as justificativas apresentadas por eles não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, em especial aquelas pertinentes à **autorização, execução de pagamentos** feitos às empresas Roche S.A. e Cellofarm Ltda. e **recebimentos irregulares** por parte destas (pregão nº 259/2006 - fl.1332), levando-se em consideração que o valor dos produtos considerado para efeito de pagamento constante nas Notas Fiscais estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria ter recebido o valor do medicamento considerando-se a dedução do valor referente ao ICMS, fato irregular por contrariar o disposto no Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

27 A tese de que as propostas apresentadas foram classificadas a preço de mercado e de que estas propostas estariam desoneradas do valor do ICMS é insustentável, porque na formação do preço de mercado as empresas levam em consideração o valor do ICMS, uma vez que o mercado não está sujeito a qualquer benefício de isenção fiscal. Este só é concedido no caso de vendas à Administração Pública.

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

#### PROPOSTA

29 Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, opinando pelo encaminhamento dos autos ao relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Augusto Sherman Calvacanti, por intermédio do Ministério Público junto deste Tribunal, a teor do disposto no art. 81, II, da Lei 8.443/92, com a proposta de que o Tribunal julgue as presentes contas, nos termos do artigo 10, § 2º da Lei mencionada:

I - irregulares, nos termos do artigo 16, III, 'C'; c/c artigo 19 da Lei de nº 8.443/92, as presentes contas, condenando o senhor Cairo Alberto de Freitas; em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e as empresas Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. e

Cellofarm Ltda. ao pagamento das quantias a seguir indicadas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor; em função da autorização pelo primeiro, da execução pelo segundo e do recebimento pelos terceiros de pagamentos indevidos (pregão nº 259/2006 - fl.1332), levando-se em consideração que o valor dos produtos pago estava onerado com o valor do ICMS, sendo que o pagamento correto deveria ter sido feito considerando a dedução do valor referente ao ICMS, fato inobservado pelos agentes envolvidos, contrariando o Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002, que se concretizou nos débitos apurados.

**DÉBITO** (fls. 1346/1347), referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas; em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresas Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.:

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago (R\$)	Valor Indevido (R\$)	Débito (20,00%) fonte 23 (R\$)
37339	19/06/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
37341	19/06/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
44506	16/08/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
44505	16/08/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
48703	16/08/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
48704	16/08/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
51850	01/11/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
62008	27/12/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
62009	27/12/2007	17 910,00	3 044,70	608,94
			27 402,30	5.480,46

Sendo que 20% dos recursos são provenientes da fonte 23 (federal), portanto somando um débito de R\$ 5 480,46 (Cinco mil, quatrocentos e oitenta reais e quarenta e seis centavos).

**DÉBITO** (fls. 1342/1344), referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas; em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Cellofarm Ltda.:

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago (R\$)	Valor Indevido (R\$)	Débito (57,45%) fonte 23 (R\$)
30166	21/11/2007	794,88	135,13	77,63
30167	21/11/2007	5 740,80	975,94	60,68
30168	21/11/2007	22 963,20	3 903,74	2 242,70
30169	21/11/2007	198,72	33,78	19,41
30838	21/11/2007	21 528,00	3 659,76	102,53
30839	21/11/2007	86 112,00	14 639,04	8 410,13
31263	21/11/2007	2 980,80	506,74	291,12
31260	21/11/2007	2 976,48	506,00	290,70
31261	21/11/2007	744,12	126,50	72,67
31262	21/11/2007	745,20	126,68	72,78
30431	21/11/2007	21 528,00	3 659,76	2 102,53
31708	21/11/2007	745,20	126,68	72,78
31709	21/11/2007	2 980,80	506,74	291,12
31575	21/11/2007	21 528,00	3 659,76	2 102,53
31576	21/11/2007	86 114,00	14 641,04	8 411,28
32522	24/08/2007	86 112,00	14 639,04	8 410,13

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago (R\$)	Valor Indevido (R\$)	Débito (57,45%) fonte 23 (R\$)
33214	01/11/2007	21 528,00	3 659,76	2 102,53
33215	01/11/2007	86 112,00	14 639,04	8 410,13
33371	01/11/2007	745,20	126,68	72,78
33372	01/11/2007	2 980,80	506,74	291,12
3480	01/11/2007	21 528,00	3 659,76	2 102,53
34281	01/11/2007	745,20	126,68	72,78
34283	01/11/2007	2 980,80	506,74	291,12
35310	01/11/2007	21 528,00	3 659,76	2 102,53
35309	01/11/2007	745,20	126,68	72,78
35312	11/06/208	86 112,00		-
36264	27/11/2007	86 112,00	14 639,04	8 410,13
			103 497,21	59 459,15

Sendo que 57,45% dos recursos são provenientes da fonte 23 (federal), portanto somando um débito de R\$ 59.459,15 (Cinquenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e nove reais e quinze centavos).

III - aplicar aos responsáveis, senhor Cairo Alberto de Freitas, ex-secretário de Estado da Saúde - GO e senhor Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-superintendente de Administração e Finanças - Secretaria da Saúde -GO e empresas Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. e Cellofarm Ltda.; a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92, no valor a ser arbitrado pela Egrégia Corte de Contas, individualmente, em razão das irregularidades praticadas na condução da execução dos contratos originados do pregão nº 259/2006, ocasionando débito injustificado ao Erário, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, a, do RI/TCU), o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, acrescida da correção monetária calculada a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação, caso não atendida a notificação;

IV - autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

V- O encaminhamento de cópia do Acórdão, Voto e Relatório a serem proferidos ao Ministério Público da União, para subsídio ao possível ajuizamento das ações civis e penais que entender cabíveis; Ministério Público do Estado de Goiás, Tribunal de Contas do Estado de Goiás e Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Goiás, para conhecimento e providências cabíveis.”.

10. O MP/TCU concordou com a proposta apresentada pela unidade técnica, sugerindo, entretanto, o julgamento pela irregularidade das contas das responsáveis Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnellosso, condenando-as ao débito solidário com os demais envolvidos e aplicando-lhes a multa prevista no art. 57 da LO/TCU, em virtude do impacto de suas condutas no resultado da irregularidade ora apurada, conforme defendido no parecer que segue transcrito (fls. 26/28 P. 31).

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, em razão de irregularidades na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, referentes ao Pregão 259/2006, realizado pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, para aquisição de medicamentos de alto custo destinados a atender à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/CMAC/SES-GO.

2. Regularmente citados, os responsáveis apresentaram defesa, à exceção da empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. e da Sr<sup>a</sup> Maria Lúcia Carnellosso, ex-superintendente executiva da Secretaria Estadual de Saúde, que, por isso, devem ser considerados revéis, para todos

os efeitos, nos termos dos arts. 12, § 3º, da Lei 8.443/92 e 202, § 8º, do Regimento Interno do TCU. Após apreciar as alegações apresentadas, a Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás (fls. 1543/1550) propôs a irregularidade das contas dos envolvidos, condenando-os ao pagamento solidário do débito apurado e aplicando-lhes a multa prevista no art. 57 da LO/TCU.

3. Quanto às responsáveis Maria Lúcia Carnellosso, então superintendente executiva, e Sunária Aparecida Alves de Brito, pregoeira incumbida da licitação em exame, a unidade técnica manifesta-se pela exclusão de suas responsabilidades, considerando que as condutas por elas adotadas durante a realização do pregão, mais especificamente nas etapas de homologação e classificação, respectivamente, não trouxeram impacto no resultado da irregularidade ora apurada, que ocorreu no ato do pagamento.

4. No mérito, o Ministério Público aquiesce, em linhas gerais, às conclusões da unidade técnica, com exceção da exclusão de responsabilidade das responsáveis acima mencionadas.

## II

5. De fato, os responsáveis não conseguiram afastar as irregularidades apontadas neste processo. O edital da respectiva licitação previa que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS (cláusula 5.3 - fl. 128, vol. principal), estabelecendo mais adiante, no item 5.3.1, que *‘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.’*

6. No mesmo item, o ato convocatório determinava, ainda, que *‘a empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame deverá atender aos termos do Convênio ICMS 87/02 CONFAZ, regulamentado pelo Decreto 4.852/97 - RCTE, que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para 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.’*

7. Resta evidente que o ato convocatório era explícito quanto à necessidade de que nos preços cotados pelos licitantes devesse ser incluída a incidência do ICMS para que, posteriormente e no curso da execução contratual pela vencedora do certame, esse valor fosse destacado na respectiva nota fiscal e, somente nesse momento, excluído da importância a ser cobrada da Secretaria Estadual de Saúde.

8. A empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., uma das participantes da licitação em exame, impugnou o edital questionando exatamente a legitimidade das referidas cláusulas editalícias, tendo a então pregoeira e responsável nestes autos, Srª Sunária Aparecida Alves de Brito, negado provimento à impugnação, destacando a necessidade de observância da oneração da proposta dos licitantes com o ICMS, na forma prevista no ato convocatório, com vistas à preservação do tratamento isonômico entre os licitantes (fls. 180/182, vol. principal).

9. Dessa forma, não se pode cogitar da existência de dúvidas, quer em relação aos licitantes, quer em relação à pregoeira e demais integrantes da Administração, de que os preços cotados na licitação em apreço deveriam estar onerados com o ICMS.

10. Tanto o edital quanto o contrato, cujo descumprimento culminou com a irregularidade ora apurada, apresentavam diretriz expressa e acima de qualquer dúvida de que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que só na execução contratual se deveria indicar a desoneração do ICMS. Sendo o edital lei interna da licitação, obrigando tanto a Administração quanto os licitantes ao seu fiel cumprimento, o desvio das regras ali estabelecidas conduz inevitavelmente à adoção de medidas tendentes à sua correção, inclusive quanto à aplicação de eventuais sanções previstas em lei. É o que, em síntese, se depreende destes autos.

11. Diante do exposto, verifica-se que as alegações de defesa da empresa Cellofarm Ltda. não foram suficientes para afastar o débito que lhe foi imputado, nem tampouco há indícios que permitam caracterizar a boa-fé na sua conduta. Impõe-se, portanto, o julgamento pela irregularidade

de suas contas.

12. No que tange aos ordenadores de despesa, entendo que as alegações de defesa não podem ser acatadas, uma vez que não há justificativas nos autos para as autorizações de pagamento em valor diverso do adjudicado no certame licitatório, dada a clareza dos respectivos edital e contrato.

13. As medidas adotadas pelos gestores, com vistas a solucionar o problema, não se revelaram eficazes, uma vez que não há nos autos demonstração de que tenha havido a compensação pretendida. Os documentos acostados à defesa dos envolvidos, referentes a anulações de liquidação (fls. 1537/1542) não se prestam a comprovar a referida compensação.

14. Finalmente, discordo da proposta da unidade técnica quanto à exclusão da responsabilidade das responsáveis Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnellosso, em relação aos fatos mencionados nesta TCE.

15. A então pregoeira, inobstante reconhecidamente ter ciência da necessidade de oneração das propostas pelas licitantes com a alíquota do ICMS, haja vista sua resposta à impugnação da empresa Hopsfar (fls. 180/182), não somente acatou proposta em desacordo com o ato convocatório, comprometendo a lisura do certame, como indicou, na Ordem de Fornecimento, valor superior ao adjudicado às empresas vencedoras, a título de oneração de ICMS, reconhecidamente já inserto nos preços propostos pelas empresas (fls. 721/723, vol. 3).

16. A Sr<sup>a</sup> Maria Lúcia Carnellosso, por sua vez, responsável pela homologação do certame, ratificou o procedimento adotado, apesar das irregularidades apuradas nesta Tomada de Contas Especial.

### III

17. Desse modo, ante os elementos constantes nos autos e considerando adequada e suficiente a análise efetuada pela unidade técnica, o Ministério Público/TCU manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento apresentada às fls. 1548/1550, sugerindo, entretanto, o julgamento pela irregularidade das contas das responsáveis Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnellosso, condenando-as ao débito solidário com os demais envolvidos e aplicando-lhes a multa prevista no art. 57 da LO/TCU, em virtude do impacto de suas condutas no resultado da irregularidade ora apurada.”

11. Já com o processo em meu gabinete, a empresa Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. trouxe a documentação de fls. 1559/1574 e, em respeito aos princípios da materialidade e da ampla defesa que norteiam os processos nesta Corte, encaminhei os autos à Secex/GO para que promovesse a análise de suas alegações de defesa e apresentasse nova manifestação conclusiva a ser submetida ao Ministério Público.

12. Em sua nova análise, a Secex/GO registrou que a empresa alegou que os preços ofertados já estavam desonerados, confirmando (fl. 1564 - terceiro e quinto parágrafos) a efetuação do procedimento pelo qual está sendo imputado nestes autos, qual seja recebeu pelos medicamentos vendidos o mesmo valor contratado. A empresa afirmou, ainda, que, embora não conste nas notas fiscais o desconto referente à alíquota de 17%, este teria sido dado, uma vez que recebeu o mesmo valor contratado e este já se encontrava com o valor desonerado.

13. Assim, a unidade técnica concluiu que a empresa não trouxe elementos distintos dos apresentados pelos demais responsabilizados, não logrando êxito na defesa apresentada, conforme transcrito a seguir (fls. 50/51 p. 31):

“29 A empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. não apresentou tempestivamente alegações de defesa, sujeitando-se aos efeitos da revelia. Quando as apresentou, não logrou êxito em afastar as responsabilidades e o débito que lhe foram imputados. Quanto aos demais citados, as justificativas apresentadas por eles não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, em especial aquelas pertinentes à

autorização, execução de pagamentos feitos às empresas Roche S.A. e Cellofarm Ltda. e recebimentos irregulares por parte destas (pregão nº 259/2006 - fl.1332), levando-se em consideração que o valor dos produtos considerado para efeito de pagamento constante nas Notas Fiscais estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria ter recebido o valor do medicamento considerando-se a dedução do valor referente ao ICMS, fato irregular por contrariar o disposto no Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

30 A tese de que as propostas apresentadas foram classificadas a preço de mercado e de que estas propostas estariam desoneradas do valor do ICMS é insustentável, porque na formação do preço de mercado as empresas levam em consideração o valor do ICMS, uma vez que o mercado não está sujeito a qualquer benefício de isenção fiscal. Este só é concedido no caso de vendas à Administração Pública.

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

14. Encaminhados os autos novamente ao Ministério Público, este emitiu o seguinte Parecer (fls. 58, p.31):

“Em cumprimento ao despacho de fl. 1575, a Secex/GO promoveu a análise das alegações de defesa apresentadas intempestivamente pela empresa Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. (fls. 1559/1574), em atendimento à sua citação nos autos, nos termos da instrução de fls. 1576/1583, e concluiu que os documentos encaminhados não são suficientes para afastar a responsabilidade e o débito que lhe foram imputados nas presentes contas, mantendo-se, dessa forma, a sua proposta de mérito anterior formulada às fls. 1548/1550.

2 Considerando que a empresa defendente não trouxe aos autos elementos novos capazes de alterar o entendimento firmado no parecer de fls. 1556/1558, este representante do Ministério Público junto ao TCU, acolhendo parcialmente a proposta de encaminhamento da unidade técnica, ratifica a sua proposta de julgamento apresentada à fl. 1558.”

15. Em que pese os autos já contarem com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, determinei o retorno do processo à unidade técnica, seguindo a mesma linha adotada no TC-004.589/2010-6, em 4/4/2011, 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, em decorrência da realização de pagamentos às empresas contratadas sem a dedução do valor referente ao ICMS, em desacordo com as regras fixadas nos editais dos respectivos pregões.

16. Em nova análise, a Secex/GO assim se pronunciou (peças 39-40):

#### **“Superfaturamento de medicamentos**

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

respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora - conforme inclusão expressamente determinada pelo Relator -, passaram a responder pelo débito.

8. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. A comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 259/2006 (peça 1, p. 27) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 14, p. 24-25), indica que não houve extrapolação ao parâmetro de preços.

#### **Cobrança indevida de tributo**

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

10. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 31, p. 59 e peça 35) fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos das empresas fornecedoras por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos viabilizadas pelo Pregão 259/2006. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 36). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pelas empresas fornecedoras dos valores indevidamente faturados, o que as obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

11. 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 repetida incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços já contemplassem a inclusão do tributo (peça 2, p. 79). Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contempla tal incidência, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

12. 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.

13. Quanto aos níveis de responsabilidade decorrente do ilícito, tem-se que, na mesma linha das instruções técnicas sobre o tema, que a irregularidade se materializa quando do pagamento, pois nessa ocasião que se exigia dos servidores responsáveis o cumprimento da obrigação de se vincularem ao parâmetro de preços definidos na proposta licitatória. Portanto, eximem-se de responsabilidade as Sras. Maria Lúcia Carnellosso e Sunária Aparecida Alves de Brito.

### **Alteração da imputação de débito**

14. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Cellofarm baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 26, p. 45-48), do que resultou, no âmbito desta unidade técnica, a proposta de imputação de débito envolvendo a empresa e os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (peça 31, p. 52-53). O referido relatório do tomador de contas assinala que o quantitativo pago à empresa - com referência a todas as notas fiscais listadas - alcança o montante de R\$ 783.888,64, sendo que R\$ 450.701,44 com financiamento federal, ou seja, 57,5 %. Dessa feita, o cálculo de débito realizado por esta unidade técnica fez incidir o referido percentual (na verdade, aplicou o percentual de 57,45 %) sobre o valor indevidamente pago correspondente a cada nota fiscal que envolveu recurso federal para alcançar os quantitativos a serem devolvidos; cada qual correspondente a uma específica nota fiscal.

15. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento de muitas notas fiscais com recursos federais não ensejou valores indevidos. Tal constatação conduz à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração da nova planilha de débito com relação à empresa Cellofarm, abaixo exposta, leva em conta que oito notas fiscais requereram a apuração da proporcionalidade de participação da fonte federal '23' (NF' s 35522, 33214, 33215, 33371, 33372, 34280, 34281, 34283 e 36264), considerando que as demais foram pagas em sua integralidade com recursos federais. De tal retificação metodológica resultou a constatação de que o débito apurado, no caso da empresa Cellofarm, soma o valor de R\$ 61.494,44 e não de R\$ 59.459,15, conforme consignado em instrução técnica.

### **CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

16. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a merecer uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica somente se diferencia das anteriores pela redefinição da dívida relacionada à empresa Cellofarm.

17. De fato, identificou-se que a correção do cálculo implicou em pequena alteração da dívida, para maior (R\$ 2.035,29), o que poderia demandar a renovação do ato formal de citação. Entende-se, todavia, que a diferença sequer cobriria os custos de administrativos e operacionais de fazer o processo retornar a sua fase inicial. Em nome, portanto, do princípio da economicidade, ao qual se vinculam os atos da administração pública e para que não se violem os direitos individuais dos responsáveis, entende-se que a formulação de mérito possa manter o valor anterior. Sugere-se, desse modo, que da dívida relacionada à nota fiscal 36264, cujo valor, pelo novo cálculo, seria de R\$ 2.927,81, subtraia-se a diferença apurada. O valor resultante seria de R\$ 892,52.

18. Resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 37), cujo teor assinala a existência de laudos periciais da Polícia Federal sobre licitações realizadas pela Secretaria de Saúde de Goiás. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 38), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 259/2006.

19. Enfim, os temas que dizem respeito ao mérito das contas já foram analisados na amplitude necessária. A redefinição da imputação de débito, conforme procurou-se justificar, não prejudica o encaminhamento de mérito.

20. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 31, p. 46-53), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) excluir as Sras. Maria Lúcia Carnellosso e Sunária Aparecida Alves de Brito do rol de responsáveis;

b) julgar irregulares as contas dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como das empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresas, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 259/2006, 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;

c) condenar os responsáveis ao recolhimento das dívidas que se lhes referem ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizadas monetariamente e acrescidas 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 comprove, perante este Tribunal, o recolhimento do débito;

c.1) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
37339	608,94	19/6/2007
37341	608,94	19/6/2007
44506	608,94	16/8/2007
44505	608,94	16/8/2007
48703	608,94	16/8/2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
48704	608,94	16/8/2007
51850	608,94	1/11/2007
62008	608,94	27/12/2007
62009	608,94	27/12/2007

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Cellofarm Ltda.:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
30166	135,13	21/11/2007
30167	975,94	21/11/2007
30168	3.903,74	21/11/2007
30169	33,78	21/11/2007
30838	3.659,76	21/11/2007
30839	14.639,04	21/11/2007
31263	506,74	21/11/2007
31260	506,00	21/11/2007
31261	126,50	21/11/2007
31262	126,68	21/11/2007
30431	3.659,76	21/11/2007
31708	126,68	21/11/2007
31709	506,74	21/11/2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
31575	3.659,76	21/11/2007
31576	14.641,04	21/11/2007
32522	2.927,81	24/8/2007
33214	731,95	1/11/2007
33215	2.927,81	1/11/2007
33371	25,34	1/11/2007
33372	101,35	1/11/2007
34280	731,95	1/11/2007
34281	25,34	1/11/2007
34283	101,35	1/11/2007
35310	3.659,76	1/11/2007
35309	126,68	1/11/2007
36264	892,52	27/11/2007

d) aplicar aos Srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e às empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. 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;

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

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

17. O Ministério Público/TCU, desta vez representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, assim se manifestou, conforme excerto a seguir (peça 41):

“(…)

## II

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

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

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

‘Ignora a unidade técnica que esse assunto foi detalhadamente discutido no parecer anterior do Ministério Público [...], em que se demonstrou que, comparando-se os preços cobrados pela empresa Hospfár 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 Hospfár 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 Hospfár 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 30), o débito apurado ainda persiste.

## III

Em relação às defesas apresentadas pelas contratadas, o Ministério Público, já se manifestou no sentido de que não foram capazes de elidir o débito, visto que as propostas não poderiam ter sido apresentadas desoneradas do ICMS.

No item 5.3.1, o edital do Pregão 259/2006 contém a seguinte observação (peça 2, p.79):

‘**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).

Ainda, o edital deste certame determinava expressamente que (peça 2, p. 78):

‘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’.

A mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 2, p. 79).

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

A minuta de contrato, anexa ao edital, igualmente, trazia essa exigência (peça 2, p. 100):

‘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’.

No caso presente, é claro 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.

O edital é a lei maior de todo procedimento licitatório, razão pela qual os participantes, devem estrita obediência às condições estabelecidas, sob pena de violação dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da publicidade e da livre competitividade.

Sobre a obrigatoriedade observância aos princípios acima referidos, José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra, ‘Manual de Direito Administrativo’ (16ª Edição, Lúmen Júris, p. 209) leciona que:

‘A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção via administrativa ou judicial’.

De fato, conforme preconiza o art. 41, *caput*, da Lei 8.666/1993:

‘art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’.

O edital torna-se, então, lei entre as partes, e, assim, seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto as concorrentes - sabedoras do inteiro teor do certame.

Desse modo, declarações de licitantes em desconformidade com o edital não possuem qualquer valor para o certame.

Assim, no caso em exame, o fato de as empresas terem apresentado propostas com declaração de que os preços estavam desonerados de ICMS não afastam o débito, visto que, conforme os termos do edital, ao qual estavam vinculadas, nos preços oferecidos deveriam estar somados todos os impostos, incluído o ICMS.

#### IV

Quanto às Sras. Maria Lúcia Carnellosso e Sunária Aparecida Alves de Brito, o Ministério Público reitera seu posicionamento no sentido de que não sejam excluídas suas responsabilidades.

Em alguns processos autuados em atenção à determinação constante do item 9.2.3 do

Acórdão 45/2008 - Plenário, o Ministério Público tem acolhido a proposta de excluir a responsabilidade do pregoeiro porque não tinha como ele saber, ao conduzir a licitação, que a licitante vencedora estava a considerar os preços de sua proposta como desonerados de ICMS, em desconformidade com o edital, pois apresentavam declarações contraditórias.

Mas, no vertente, as contratadas ofertaram preços com declaração expressa de que estavam desonerados do imposto, dessarte, era possível à pregoeira e à Sr<sup>a</sup> Maria Lúcia Carnellosso, responsável pela homologação do certame, terem ciência da irregularidade tratada nestes autos.

#### V

Os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 30, pp. 1/52), alegam basicamente que, tão logo tomaram conhecimento da irregularidade em questão, determinaram a realização de auditoria e a adoção de providências para a apuração e compensação dos valores pagos em excesso à Hospfar.

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

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

Considerando, entretanto, que, desde a época de suas gestões até hoje, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges têm envidado esforços para obter a compensação do dano apurado, o Ministério Público, em consonância com seu posicionamento no TC-001.922/2009-5 (uma vez que Vossa Excelência determinou que fosse aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO), e dissentindo, em parte, da proposta da unidade técnica, entende cabível o reconhecimento da boa-fé destes responsáveis. Por conseguinte, propõe, nos termos dos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 203, § § 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, a rejeição de suas alegações de defesa e a fixação de novo e improrrogável prazo de quinze dias para recolhimento do débito.

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

#### VI

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 entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
37339	608,94	19.6.2007
37341	608,94	19.6.2007
44506	608,94	16.8.2007
44505	608,94	16.8.2007
48703	608,94	16.8.2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
48704	608,94	16.8.2007
51850	608,94	1.11.2007
62008	608,94	27.12.2007
62009	608,94	27.12.2007

- em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Cellofarm Ltda.:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
30166	135,13	21.11.2007
30167	975,94	21.11.2007
30168	3.903,74	21.11.2007
30169	33,78	21.11.2007
30838	3.659,76	21.11.2007
30839	14.639,04	21.11.2007
31263	506,74	21.11.2007
31260	506,00	21.11.2007
31261	126,50	21.11.2007
31262	126,68	21.11.2007
30431	3.659,76	21.11.2007
31708	126,68	21.11.2007
31709	506,74	21.11.2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
31575	3.659,76	21.11.2007
31576	14.641,04	21.11.2007
32522	2.927,81	24.8.2007
33214	731,95	1.11.2007
33215	2.927,81	1.11.2007
33371	25,34	1.11.2007
33372	101,35	1.11.2007
34280	731,95	1.11.2007
34281	25,34	1.11.2007
34283	101,35	1.11.2007
35310	3.659,76	1.11.2007
35309	126,68	1.11.2007
36264	892,52	27.11.2007

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 ressalva, dando-lhes quitação, nos termos dos arts. 12, § 2º, da Lei 8.443/1992 e 202, § 4º, do Regimento Interno do TCU.”

É o relatório.