

## GRUPO II – CLASSE IV – PLENÁRIO

TC-004.562/2010-0

Natureza: Tomada de contas especial

Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (25.141.524/0001-23)

Responsáveis: Fernando Passos Cupertino de Barros (CPF 195.630.601-30); Cairo Alberto de Freitas (CPF 216.542.981-15); Antônio Durval de Oliveira Borges (CPF 194.347.401-00); Luiz Antônio Aires da Silva (CPF 118.366.601-20); Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 26.921.908/0001-21); ML Operações Logísticas Ltda. (CNPJ 03.553.585/0001-65).

Interessada: Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia/GO (25.141.524/0001-23).

Representação legal: Procurador do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros: Márcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5795) e outros; Procurador do Sr. Cairo Alberto de Freitas: Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872) e outros; Procurador do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges: Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872) e outros; Procurador da Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e outros; Procurador da ML Operações Logísticas Ltda.: Fabrício David de Souza Gouveia (OAB/GO 22.784).

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 ESTE 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 PELO PAGAMENTO E DAS EMPRESAS FORNECEDORAS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. DETERMINAÇÃO.

## RELATÓRIO

Reproduzo, como parte deste relatório, excertos da instrução de lavra da Secex/GO:

“3. A tomada de contas especial de que tratam estes autos apresenta indícios de irregularidade concernentes à prática de atos de gestão causadores de débito e de outras violações à norma legal. Conforme expõe o conteúdo da instrução técnica inicial (peça 19 – p. 35-40), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 175/2005, do que resultou dois tipos de proposta de imputação de débito, em que o primeiro diz respeito à adjudicação, à homologação e ao pagamento de medicamentos com preços superiores aos que então balizavam o mercado e o segundo correlacionado ao pagamento de valores indevidamente faturados.

4. Mediante o Acórdão 1.989/2016-TCU-Plenário (peça 94), o Tribunal julgou as presentes contas irregulares, com imputação de débito aos responsáveis.

#### **EXAME TÉCNICO**

5. Ao consultar a pauta da sessão de julgamento deste processo, publicada no DOU em 1º/8/2016, constatou-se a omissão da publicação do nome e do número da inscrição na OAB dos advogados dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, Sr. Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872) e outros, cujas procurações, após a proposta de mérito desta Secretaria, foram juntadas às peças 80 e 81, o que consubstancia inviabilidade da produção de ampla defesa e do contraditório, caracterizando falha insanável, sendo necessária a declaração de insubsistência do Acórdão 1.989/2016-TCU-Plenário (peça 94) (vide Acórdãos 7106/2014-TCU-2ª Câmara, 354/2015-TCU-Plenário e 0994/2016-TCU-Plenário).

6. Destaque-se, ainda, que o art. 174 do Regimento Interno/TCU determina que ‘Conforme a competência para a prática do ato, o Tribunal ou o relator declarará a nulidade de ofício, se absoluta, ou por provocação da parte ou do Ministério Público junto ao Tribunal, em qualquer caso’.

7. Sendo assim, a omissão na publicação do nome e do número da inscrição na OAB dos advogados dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges na pauta da sessão de julgamento atinge o direito de defesa e do contraditório, caracterizando nulidade absoluta e o Tribunal deverá reconhecer esse vício de ofício, declarar nulo o Acórdão 1.989/2016-TCU-Plenário (peça 94), e julgar novamente as presentes contas.

8. Oportunamente, registre-se que no Acórdão 1.989/2016-TCU-Plenário (peça 94) também foi constatado, nos subitens 3, 9.2, 9.3 e 9.3.4, divergência na grafia do nome da Milenio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., quando o correto seria ML Operações Logísticas Ltda. (CNPJ 03.553.585/0001-65), conforme peça 98; e no subitem 8, a representação legal dos responsáveis, com vistas a maior clareza, deveria ser assim consignada: Procurador do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros: Márcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5795) e outros; Procurador do Sr. Cairo Alberto de Freitas: Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872) e outros; Procurador do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges: Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872) e outros; Procurador da Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e outros; e Procurador da ML Operações Logísticas Ltda.: Fabrício David de Souza Gouveia (OAB/GO 22.784).

#### **CONCLUSÃO**

9. Assim, submetem-se os autos ao Relator, com a seguinte proposta:

9.1) reconhecer, de ofício, a nulidade do Acórdão 1.989/2016-TCU-Plenário, para torná-lo insubsistente, tendo em vista omissão na publicação do nome e do número da inscrição na OAB dos advogados dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, Sr. Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872) e outros, na pauta da sessão de julgamento;

9.2) julgar as presentes contas, conforme proposta de peça 70.”

2. Retornando esta TCE a meu gabinete, devo reconhecer a existência de falha processual que conduz à nulidade do Acórdão 1.989/2016-TCU-Plenário (peça 94). Assim sendo, e com fundamento no art. 174 do RI/TCU, cabe declarar de ofício a nulidade do referido acórdão e promover o saneamento da falha consistente na ausência do nome dos advogados de alguns dos responsáveis.

3. Reproduzo, a seguir o relatório já apresentado à peça 50.

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás (SES/GO), a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em decorrência de realização de pagamentos irregulares às empresas Hospfâr Indústria e

Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., nos valores históricos totais de R\$ 277.298,02 e R\$ 1.493,25 (fls. 6, p. 19), respectivamente, para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 175/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 175/2005, 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. 33 - peça 4).

3. Todavia, além da identificação da existência de medicamentos com preços superiores aos que então balizavam o mercado, foi constatado que as empresas Hospfar e Milênio, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentaram 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 (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.

4. Ressalte-se que o procedimento de aplicação indevida do valor do ICMS repetiu-se em diversas outras aquisições ocorridas no âmbito da SES/GO. Diante das apurações procedidas, a unidade estadual efetuou a retenção de valores já faturados em vários casos.

5. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu pela existência de dano e a responsabilização dos Srs. Fernando Passos Cupertino e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Saúde, e do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, por autorizarem os pagamentos, bem como do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, e das empresas beneficiárias Hospfar e Milênio (fls. 4/5, p.19).

6. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Sr<sup>a</sup> Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (fls. 16, p. 19).

7. No âmbito deste Tribunal, o processo foi instruído tendo a Secex/GO concluído pela exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, pelo fato de o débito ter ocorrido no momento do pagamento e não quando da licitação.

8. Em razão das ocorrências que resultaram em dano financeiro, a unidade técnica promoveu as citações dos responsáveis: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (ofício 418/2011: peça 31, p. 10-12; resposta: peça 32, p. 5-50 e peça 33, p. 1-48); Cairo Alberto de Freitas (ofício 415/2011: peça 31, p. 22-24; resposta: peça 34, p. 14-46), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 416/2011: peça 31, p. 19-21; resposta: peça 34, p. 14-46), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 414/2011: peça 31, p. 16-18; resposta: peça 31, p. 40-51 e peça 32, p. 1-4) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 417/2011: peça 31, p. 13-15; resposta: peça 31, p. 25-29).

9. Foi ainda reconhecido o cometimento de irregularidades não ensejadoras de débito (ausência da prévia formalização do instrumento contratual e inobservância da fonte orçamentária prevista em edital licitatório), razão por que foram convocados em audiência os seguintes responsáveis: Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 283/2010: peça 20, p. 41; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2), Cairo Alberto de Freitas (ofício 284/2010: peça 20, p. 43; resposta: peça 27, p. 17-32), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 286/2010: peça 20, p. 47; resposta: peça 27, p. 17-32) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 285/2010: peça 20, p. 45; resposta: peça 22, p. 1-11).

10. Após a audiência e citação regular dos responsáveis para apresentar razões de justificativa e alegações de defesa ou recolher aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias indicadas nos respectivos ofícios, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor

estes optaram por apresentar as devidas alegações de defesa, que foram analisadas pela Secex/GO conforme a seguir:

### **‘EXAME TÉCNICO**

#### **a) Superfaturamento de medicamentos**

9. A última proposta de citação sobre o tema (peça 42, p. 6-7) remete a dois grupamentos de responsabilidade. Quanto ao grupamento que envolve a empresa Hospfâr e os responsáveis solidários, as citações foram realizadas por meio dos ofícios Secex/GO 290/2012 ao 295/2012 (peças 45-50), tendo havido respostas, exceto quanto ao Sr. Adriano Kennen de Barros (peças 49, 56, 57, 66 e 67). No que se refere ao grupamento da empresa Milênio, somente expediu-se ofício citatório com relação a esta (peça 51), não se convocando os responsáveis que lhe solidarizam. Tal circunstância poderia ensejar nesta oportunidade proposta de renovação do procedimento de citação.

10. Todavia, depois de exame mais acurado dos presentes autos, motivado, principalmente, pela orientação emanada pelo 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 reconhecer a existência nos presentes autos de evidências capazes de afastar a irregularidade tratada neste tópico.

11. A irregularidade foi identificada a partir da constatação de que o resultado final do Pregão 175/2005 (peça 18, p. 9-18), proclamado em 14/7/2005, não observou a estimativa de preços previamente produzida (peça 2, p. 46). 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.

12. Por meio do Despacho 1948/2005 – GJ/SES de 6/9/2005, foi solicitado parecer técnico sobre os preços adjudicados (peça 12, p. 1), do que resultou sua comparação com as seguintes referências: preço fábrica, banco de dados do Ministério da Saúde e preço máximo ao consumidor (peça 12, p. 2-5). Observa-se que os preços adjudicados não superam esta última referência. Em seguida, houve um pronunciamento consubstanciado no Despacho 1217 CPL/SUPEX/SES, em que se analisam as dificuldades de se obter uma referência justa de mercado, uma vez que o próprio parecer reconhece que a estimativa prévia que balizou a licitação continha preços ultrapassados; por isso conclui que os preços teriam observado o critério da razoabilidade (peça 12, p. 24-25). As empresas fornecedoras foram então chamadas a justificarem seus preços, bem como foram buscadas referências adotadas por outras instituições públicas (peça 12, p. 29-47). Com base no referido lastro informativo e ainda tendo anuência da Assessoria Jurídica da SES/GO para que deliberasse sobre o assunto, o então secretário reconheceu a compatibilidade ao mercado e autorizou a emissão das notas de empenho (peça 13, p. 6-8).

13. 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 1.146/2011 – 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).

14. 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 cumpre com a obrigação de justificativa de preços, exigida pelo decreto regulamentador do pregão.

#### **b) Cobrança indevida de tributo**

15. Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos (ofício 279/2010: peça 20, p. 36; resposta: peça 22, p. 12-26) em solidariedade com os srs. Cairo Alberto de Freitas (ofício 271/2010: peça 20, p. 15; resposta: peça 26, p. 40-50 e peça 27, p. 1-16), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 274/2010: peça 20, p. 23; resposta: peça 26, p. 40-50 e peça 27, p. 1-16), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 268/2010: peça 20, p. 7; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 278/2010: peça 20, p. 34; resposta: peça 22, p. 1-11);

- Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (ofício 280/2010: peça 20, p. 38-40; ofício 418/2011: peça 31, p. 10-12; respostas: peça 23, p. 2-50; peça 24; peça 25; peça 28; peça 29, p. 1-31; peça 32, p. 5-50 e peça 33, p. 1-48) em solidariedade com Cairo Alberto de Freitas (ofício 415/2011: peça 31, p. 22-24; resposta: peça 34, p. 14-46), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 416/2011: peça 31, p. 19-21; resposta: peça 34, p. 14-46), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 414/2011: peça 31, p. 16-18; resposta: peça 31, p. 40-51 e peça 32, p. 1-4) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 417/2011: peça 31, p. 13-15; resposta: peça 31, p. 25-29).

16. 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). Portanto, o fato das empresas fornecedoras, por ocasião da emissão das notas fiscais, fazerem 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 notas fiscais sem a necessária desoneração, configura indício de débito.

#### **b.1) Alegações de defesa da empresa Milênio e respectiva análise**

17. A empresa declara, inicialmente, que os dispositivos legais apontados em ofício citatório, os quais teriam sido violados, não têm correlação com a irregularidade ali nominada. De fato, conforme assinalado em instrução inicial (peça 19, p. 38-39), os arts. 48, II e 67, § 1º da Lei 8.666/1993 e art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000 têm correlação com a irregularidade relativa ao superfaturamento de medicamentos, sendo que a irregularidade em foco diz respeito especificamente à violação do item 5.3 do edital, conforme está consignado na descrição do ato impugnado. Portanto, desconsideram-se os referidos dispositivos legais, levando-se em conta que sua alusão não prejudicou o exercício do direito de defesa.

18. Quanto aos argumentos apresentados pela empresa especificamente relacionados ao tema, tem-se a constatar que todos eles se centram na interpretação de que o referido dispositivo do edital é inaplicável, considerando o fato de que se trata de medicamento desonerado da incidência do ICMS, conforme deliberação do Confaz, o que tornava sem sentido obrigar a empresa a apresentar uma proposta em que sua incidência estivesse contemplada para depois ter de subtraí-lo

quando da emissão da fatura. Além disso, a empresa considera que declaração apresentada por ocasião do certame licitatório, na qual afirma que sua oferta de preço não contempla a incidência do tributo, a eximiria da obrigação de descontar o valor do tributo quando da emissão da fatura.

19. Considera-se improcedente o argumento, porquanto se trata de uma injustificável violação a preceito editalício a que expressamente se vinculam todos os atos licitatórios. A empresa estava obrigada a deduzir a alíquota de ICMS do valor cotado na ocasião em que emitisse a fatura. 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, inequivocamente 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.

#### **b.2) Alegações de defesa da empresa Hospfar e respectiva análise**

20. Em suas manifestações iniciais, a empresa requer providências concernentes à extinção do processo ou à sua devolução para a secretaria estadual de saúde, tendo em vista, respectivamente, a consideração de que foi promovida a retenção do imposto de ICMS ou de que há necessidade de produzir provas suplementares no âmbito daquela pasta. Entende-se que os elementos constantes dos autos já permitem apreciação de mérito e a questão da retenção do imposto será tratada no curso deste exame.

21. Logo no início da peça principal de defesa, autuada em seguida aos requerimentos iniciais, a defendente procura 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. Tal como foi arguido pela empresa Milênio, a Hospfar também faz referência à inaplicabilidade dos dispositivos mencionados em ofício citatório.

22. 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. Declarações constantes dos autos, as quais acompanharam a documentação licitatória pertinente à empresa Hospfar, comprovariam, segundo a defesa, que os preços cotados já estariam desonerados do ICMS. Dessa feita, atribui a exigência editalícia ao equivocado 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.

23. Também a defesa discorre sobre um eventual conflito de interpretação quanto ao texto normativo do Convênio ICMS nº 87/2002, uma vez que haveria necessidade de que as notas fiscais expressamente discriminassem o valor correspondente ao imposto isento. Desse modo, segundo a defesa, 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 o entendimento de que aos licitantes poderia ser permitida a cotação de preços com a desoneração do referido imposto. Nesse mesmo sentido, parecer de lavra da procuradoria do Estado também confirmaria o entendimento exposto pelo defendente.

24. Alega 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.

25. Faz 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 argumenta 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.

26. 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, argumenta que as ações adotadas pela empresa sempre foram informadas pela boa-fé. Por fim, faz juntar dois pareceres jurídicos, cujos teores versam sobre o assunto tratado nestes autos. As conclusões alcançadas pelos pareceristas confirmam as teses demonstradas nas alegações de defesa.

27. Deter-se-á, inicialmente, na questão das retenções do pagamento do ICMS, supostamente promovidas pela SES/GO, cujas implicações conduziriam à extinção do débito, vez que os valores retidos superariam os valores cobrados. A alegação não procede, pois as retenções, mesmo que tivessem sido promovidas, não alteram o fato de que as notas fiscais relacionadas ao débito tiveram seus valores pagos, não tendo havido retenção alguma a seu respeito. Portanto, se os valores correspondentes ao ICMS ali embutidos são devidos, consuma-se a obrigação de que sejam restituídos. Além disso, resposta da SES/GO à diligência promovida por esta unidade técnica dá notícia de que não há retenção (peça 41, p. 2).

28. A respeito da interveniência de órgão de controle federal na cobrança da dívida, tendo em vista a suposta coparticipação do orçamento estadual na aquisição dos medicamentos, tem-se a dizer que 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.

29. Sobre o amplo conjunto dos demais argumentos de defesa, especialmente aqueles relacionados à efetiva exigibilidade da disposição inscrita em edital, tem-se a considerar que o busílis 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.

30. 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.

31. 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 procura defender.

32. Resta saber sobre a repercussão da declaração da empresa licitante, segundo a qual admitia expressamente que não estavam cumprindo a referida exigência editalícia em sua proposta de preço. O argumento que se aplica aqui é o mesmo utilizado na apreciação da empresa Milênio, acima exposto. 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.

33. 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.

### **b.3) Alegações de defesa dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e respectiva análise**

34. A argumentação conjuntamente apresentada por ambos os responsáveis procura destacar, inicialmente, que suas ações enquanto dirigentes da pasta – o Sr. Cairo, enquanto secretário estadual e o Sr. Antônio Durval, enquanto superintendente financeiro – foram caracterizadas pela adoção de providências visando a apuração da irregularidade. Nada obstante, defendem que as declarações apresentadas pelas licitantes, no sentido de que os preços cotados já se encontravam desonerados, respaldaria o pagamento realizado às empresas. Também consideram que a interrupção do pagamento resultaria na grave situação de desabastecimento de medicamentos, o que tornaria justificável seus atos. Por esse motivo, assinalam que o atributo da boa-fé, presente nos atos administrativos por ele praticados, os eximiria de qualquer responsabilidade.

35. De qualquer sorte, consideram que a tomada de contas especial teria seu objeto comprometido desde o início, já que as retenções promovidas pela SES/GO alterariam a dívida. Por fim, consideram que as empresas fornecedoras deveriam ser as únicas responsabilizadas por terem sido, de fato, as beneficiárias da irregularidade.

36. A respeito do conteúdo das alegações de defesa, aplicam-se a ele o exame pertinente à defesa das empresas envolvidas, acima subscrito. Isso porque lhes era igualmente exigível a fiel observância do preceito editalício em foco, de modo que as faturas jamais poderiam ser pagas em valores superiores aos que eram previstos em edital. Ou seja, o faturamento deveria observar o valor proposto em licitação, desonerado do correspondente ICMS. Na medida em que contribuíram decisivamente para a configuração da irregularidade, suas condutas tornaram-se imputáveis. Resta esclarecer, todavia, que a irregularidade se materializa quando do pagamento das faturas, do que resulta que o vínculo obrigacional somente alcança as faturas pagas no período em que ocuparam os respectivos cargos. Conforme dispõem os atos de nomeação e de exoneração dos dirigentes (peça 68), o período de gestão referente ao Sr. Cairo Alberto de Freitas está compreendido entre as datas de 30/6/2006 e 31/7/2008, e o referente ao Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges está compreendido entre as datas de 1/8/2006 e 22/7/2008. Como foram citados para responder, solidariamente, pelo valor total do débito, deve-se nesta oportunidade responsabilizá-los apenas quanto às faturas pagas durante o seu período de gestão.

### **b.4) Alegações de defesa do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros e respectiva análise**

37. Quanto à irregularidade tratada neste tópico, o responsável faz alusão, principalmente, ao fato de que seu ato de homologação ao procedimento licitatório não caracteriza qualquer irregularidade. Isso porque entende que as propostas, por estarem desoneradas de ICMS, conforme declaração dos licitantes, estariam regulares. Também alega que não assinou os atos de pagamento

dos medicamentos, e sim seu sucessor; por isso não pode ser questionado por eles. Apesar do argumento, considera que a urgência no fornecimento dos medicamentos justificaria os atos de aquisição. Sendo assim, considera inexistente nos autos qualquer ato que tipifique conduta culposa, do que decorreria a ausência de pressupostos para configurar sua responsabilidade.

38. A argumentação é inconsistente porque insiste em relevar a exigibilidade contida em edital. Como visto, era indubitosa a obrigação de que o faturamento se desse com base nos preços propostos, subtraindo-se destes a parcela correspondente ao tributo de ICMS. Não tendo sido observada tal exigência, o ex-secretário estadual da saúde deve responder pelos pagamentos realizados durante seu período de gestão. Ao contrário do que afirma, os pagamentos que se incluem no referido período (entre 27/7/1999 e 30/6/2006 – peça 68) estavam sob sua responsabilidade. Como foi citado para responder, solidariamente, pelo valor total do débito, deve-se nesta oportunidade responsabilizá-lo quanto às faturas pagas durante o seu período de gestão.

#### **b.5) Alegações de defesa do Sr. Luiz Antonio Aires da Silva e respectiva análise**

39. No que concerne ao tema, a defesa do responsável alega, de início, que se houve irregularidade esta se vincularia ao procedimento licitatório, por ter admitido que fossem cotados preços desonerados de ICMS. Nada obstante, alega também que havia grande controvérsia quanto à exigência de que a proposta apresentasse preços desonerados, o que tornaria justificável o procedimento. Também argumenta que o ordenador da despesa era o secretário de saúde, de modo que, enquanto superintendente financeiro, não pode ser responsabilizado. Por fim, além do fato de somente poder ser responsabilizado pelos pagamentos realizados durante seu período de gestão, faz alusão sobre a existência de um processo amigável de compensação com as empresas fornecedoras no âmbito da SES/GO, o que prejudicaria o curso da presente tomada de contas especial.

40. Entende-se, a respeito, não existir razão para se vislumbrar na licitação a causa para a irregularidade aqui analisada, uma vez que ela somente se materializa quando do pagamento. Como exposto nesta instrução, não se consideram juridicamente hábeis os supostos efeitos das mencionadas declarações dos licitantes, como que uma declaração unilateral, contida no conjunto de documentos licitatórios, pudesse revogar uma explícita exigência do edital. Competia ao gestor somente autorizar o pagamento – atribuição que lhe pesava enquanto superintendente financeiro – depois de comprovado que o valor líquido a ser faturado correspondia ao valor da ordem de fornecimento, deduzida a alíquota do ICMS. De qualquer sorte, a dívida imputada ao responsável deve somente alcançar as faturas pagas durante o seu período de gestão (entre 13/10/2003 e 24/7/2006 – peça 68).

#### **c) Execução irregular de despesas**

41. Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 283/2010: peça 20, p. 41; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2); Cairo Alberto de Freitas (ofício 284/2010: peça 20, p. 43; resposta: peça 27, p. 17-32), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 286/2010: peça 20, p. 47; resposta: peça 27, p. 17-32) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 285/2010: peça 20, p. 45; resposta: peça 22, p. 1-11).

42. O tema diz respeito às circunstâncias relacionadas ao processamento das despesas relativas ao 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.

#### **c.1) Razões de justificativa e respectiva análise**

43. Os argumentos produzidos pelos responsáveis remontam, de maneira geral, às circunstâncias emergenciais de fornecimento de medicamentos, o que levou à subscrição de notas de empenho e a pagamentos, cujos teores fazem referência a um contrato que não existia e ao

aproveitamento de recursos federais (peça 13, p. 6-8 e peça 15, p. 8-9). 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.

44. 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.

#### **d) Laudo pericial**

45. 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 175/2005 (peça 69).

46. 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.

47. 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**

48. 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 formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica toma como indicativo de débito apenas as despesas concernentes ao pagamento indevido de tributo, conforme citações propostas nas duas instruções iniciais (peça 19, p. 35-40 e peça 31, p. 3-4), levando-se em conta a pertinência dos atos de pagamento das respectivas faturas com os períodos de gestão dos responsáveis.

49. Isso 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 Sr. Adriano Kennen de Barros do rol de responsáveis;

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., 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 175/2005, 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;

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 Fernando Passos Cupertino de Barros, Luiz Antonio Aires da Silva e Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
086472	42.430,80	29/03/2006
085718	952,50	29/03/2006
092075	4.102,78	29/03/2006

NF	Valor (R\$)	Data
092989	625,22	29/03/2006
097523	3.721,06	11/05/2006

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
100236	3.061,88	31/07/2006
101450	796,82	31/07/2006

NF	Valor (R\$)	Data
101183	521,02	31/07/2006
103092	197,31	31/07/2006

c.3) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
106062	2.449,98	28/08/2006
106097	416,81	28/08/2006
089463	206.727,41	16/04/2007

c.4) solidariedade entre Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
034193	1.359,96	17/04/2006

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e às empresas Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Hospfâr 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;

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 175/2005;

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

g) 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.”

11. O Ministério Público/TCU, representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, assim se manifestou, conforme excerto a seguir (peça 73):

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, contra os srs. Cairo Alberto de Freitas (ex-Secretário de Estado da Saúde/GO, de 30.6.2006 a 31.3.2008), Antônio Durval de Oliveira Borges (Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde/GO, de 1º.8.2006 a 22.7.2008), Fernando Passos Cupertino de Barros (ex-Secretário de Estado da Saúde/GO, de 27.7.1999 a 30.6.2006), Luiz Antônio Aires da Silva (Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde/GO, de 13.10.2003 a 1º.8.2006); e Adriano Kennen de Barros (Pregoeiro – GO, nomeado pela Portaria 152/2004 – GAB/SES) e contra as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS.

O motivo da instauração deste procedimento foram irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, que consistiram em superfaturamento na aquisição de remédios e em pagamentos irregulares feitos às empresas Hospfar e Milênio, no âmbito dos Contratos 200/2005 e 2001/2006 (peça 13, pp. 14/26), decorrentes do Pregão 175/2005, cujo objeto era o fornecimento de medicamentos para o Centro de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES.

Como parte dos pagamentos foi financiada com recursos federais, os autos foram encaminhados a esta Corte Federal de Contas, procedendo-se à citação das empresas e dos agentes públicos responsáveis (peças 20/21 e 45/51).

Os responsáveis apresentaram alegações de defesa, à exceção do Sr. Adriano Kennen de Barros.

Por determinação de Vossa Excelência, foi juntado aos autos despacho prolatado no TC-004.589/2010-6, em 4.4.2011, com o objetivo de 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 (peça 40).

Eis o teor do referido despacho:

‘Com fundamento no art. II da Lei 8.443/92, objetivando determinar a efetiva existência do débito apontado nos autos, solicito que essa unidade técnica:

a) analise os valores dos medicamentos sob análise nesses autos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar envolvendo mesmos produtos (item 58 da instrução);

b) compare os valores cobrados pela Hospfar, ou outras empresas, nas notas fiscais tidas por regulares com aqueles cobrados nas notas fiscais tidas por irregulares, incluindo na comparação os termos das respectivas propostas (itens 16 e 17 da instrução);

c) solicite informações à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás sobre os fundamentos da ‘retenção de crédito’ da empresa Hospfar - se pagamento indevido de ICMS nas transações de que se cuida (itens 36 e 37 da instrução) e sobre o destino dado, ou a ser dado, a tais valores - se restituídos à conta do SUS, se compensados em outras aquisições de medicamentos, etc.);

d) apresente nova instrução nos autos, retificando ou ratificando as conclusões anteriormente oferecidas’.

A unidade técnica, depois de analisar as defesas apresentadas, propôs, em uníssono (peças

70 e 71)

‘a) excluir o Sr. Adriano Kennen de Barros do rol de responsáveis;

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como das empresas Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., 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 175/2005, 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;

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 comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento do débito;

[...]

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e às empresas Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Hospfár 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;

e) alertar a Secretaria da Saúde do Estado de Goiás 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 175/2005;

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

g) 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’.

O Ministério Público anui, em parte, às conclusões da unidade técnica.

## II

No que se refere ao indício de superfaturamento na aquisição de medicamentos, o Ministério Público aquiesce, na íntegra, à análise empreendida pela unidade técnica no sentido de que os preços adjudicados não superavam as referências indicadas no processo do Pregão 175/2005, bem como de que foi cumprida a obrigação de justificativa de preços exigida pelo decreto regulamentador do pregão, e que, desse modo, o superfaturamento não foi confirmado.

## 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 Hospfar estivesse abaixo do preço de mercado, como os há demonstrando exatamente o contrário! Ou seja, que a falta da desoneração prevista na legislação conduziu à ocorrência de superfaturamento’.

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

‘A pretexto de cumprir essa condição, a Hospfar e a Prodiel, 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 41, p. 2), o débito apurado ainda persiste.

#### IV

No que tange à defesa apresentada pela Hospfar, cabe tecer algumas considerações, que são aproveitadas à defesa da empresa Milênio, haja vista as contratadas apresentarem argumentos muito semelhantes.

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 175/2005 contém a seguinte observação (peça 3, p. 35):

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

(Grifo e negrito no original).

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

É verdade que o edital se refere ao Convênio 26/2003, em vez de ao 87/2002, que é o aplicável à espécie. Mas é de todo evidente que, exatamente pelo motivo levantado pela empresa responsável, a necessidade imperativa de observância da lei, o mesmo procedimento aplicável no

caso do primeiro deveria ser reproduzido no do segundo, pois ambos determinavam a desoneração do ICMS.

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

A seguir, a Hospfar 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 2.709/2008 –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 se refere 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 Hospfar, 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 Hospfar, 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 Hospfar 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’* (peça 15, p. 14).

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 38/2006 – GJ/SES 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 Hospfâr 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 Hospfâr, o qual já foi devidamente analisado e rebatido neste parecer.

A empresa Milênio também alegou que, caso haja condenação, o percentual de devolução corresponderia a 10% e não aos 17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6º, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE. A este argumento, bem como aos demais, que se assemelham aos apresentados pela Hospfâr, o Ministério Público estende o exame efetuado acima.

Diante do exposto, verifica-se que as alegações de defesa das empresas Hospfâr e Milênio não foram suficientes para afastar o débito que lhes foi imputado, em razão dos pagamentos indevidos das despesas vinculadas ao Pregão SES/GO 175/2005, nem tampouco há indícios que permitam caracterizar a boa-fé nas suas condutas. Impõe-se, portanto, o julgamento pela irregularidade de suas contas.

## V

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfâr juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 72), 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 Hospfár 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 14.7.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 (peça 8, p. 37), e a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 8, p. 38).

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 8, p. 30). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplica diante de sua postura ambígua e contraditória.

Na verdade, verifica-se que a Hospfár 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.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da empresa Milênio, apresentado em suas alegações de defesa (peça 22, pp. 12/22), de que ofertou proposta de forma clara e expressa sem oneração do ICMS (declaração à peça 8, p.3), visto que, na verdade, a declaração oferecida por ocasião da sua proposta informava que *‘nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irrealizáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta’* (peça 7, p. 49).

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](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 175/2005 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 175/2005, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 3, p. 34).

‘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. 35).

‘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 (peça 4, p. 7 e peça 13, pp. 15 e 22):

‘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 o fazer, 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

O Sr. Luiz Antônio Aires da Silva, em suas alegações (peça 31, pp. 25/8), descreve os estágios dos procedimentos de pagamento na Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, destacando que as despesas eram liquidadas pelo Núcleo de Interface – NI e autorizadas pelo Secretário da Saúde. Em suporte a essas afirmativas, anexa o Decreto 6.616/2007 do Estado de Goiás.

As assertivas sobre a responsabilidade do NI pela liquidação dos pagamentos, a serem verdadeiras, poderiam realmente isentá-lo ou, pelo menos, diminuir muito a sua culpa. Porém, não foram acompanhadas de suporte probatório algum. O decreto anexado, além de não tratar da competência do NI, é posterior à gestão do responsável.

Resta, então, o fato, admitido pelo próprio responsável, de que ele efetuou os pagamentos inquinados, tomando parte, pois, da cadeia causal que conduziu à consumação do prejuízo ao erário federal. Desse modo, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei Orgânica do TCU, deve ser

responsabilizado solidariamente com a empresa contratada pelos valores recebidos em excesso por esta.

### VIII

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 27, pp. 33/51), apresentaram alegações de defesa para o superfaturamento 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 Hospfár.

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 Hospfár. 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 Hospfár descumprisse a exigência de excluir o ICMS dos preços contratados, expressos nas ordens de fornecimento.

Em suas alegações (peça 26, pp. 41/50, peça 27, pp. 1/16, e peça 34, pp. 15/46), 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.

Nas suas defesas adicionais (peça 30, pp. 32/49, e peça 31, pp. 40/51), o Sr. Fernando alega 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 entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
100236	3.061,88	31/07/2006
101450	796,82	31/07/2006

NF	Valor (R\$)	Data
101183	521,02	31/07/2006
103092	197,31	31/07/2006

- em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
106062	2.449,98	28/08/2006
106097	416,81	28/08/2006
089463	206.727,41	16/04/2007

b) comunique aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges que a liquidação tempestiva dos débitos, atualizados monetariamente, sanará 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.