



Processo TC 001.922/2009-5 (com 29 peças)
Tomada de Contas Especial

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

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. Fernando Passos Cupertino de Barros (ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, de 27.7.1999 a 30.6.2006); Cairo Alberto de Freitas (ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, de 30.6.2006 a 31.3.2008); Luiz Antônio Aires da Silva (Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde – GO, de 13.10.2003 a 1º.8.2006); Antônio Durval de Oliveira Borges (Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde – GO, de 1º.8.2006 a 22.7.2008); Adriano Kennen de Barros (Pregoeiro – GO, nomeado pela Portaria 152/2004 –GAB/SES (peça 12, p. 35) e contra a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS.

As ilegalidades mencionadas consistiram em pagamentos irregulares feitos à empresa Hospfar, no âmbito do Contrato 38/2006 – GJ/SES, cujo objeto era o fornecimento de medicamentos para o Centro de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES.

Conforme verificado no Relatório Conclusivo 1/2008 da Comissão Estadual de TCE (peça 12 pp. 83/106), as empresas contratadas cobraram da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, sendo que a legislação determinava que os preços deveriam ser desonerados desse imposto.

Como parte dos pagamentos foi financiada com recursos federais, os autos foram encaminhados a esta Corte Federal de Contas, procedendo-se à citação solidária da empresa Hospfar e dos agentes públicos responsáveis (peça 13, pp. 24/50).

A Prodieta não foi citada, porque só havia sido paga uma parcela relativamente pequena do valor das notas fiscais, de modo que ainda era possível compensar o ICMS acrescido indevidamente, abatendo-o do valor ainda devido à empresa. O Despacho 10677/2008 – GAB/SES relata as providências adotadas para efetivar essa compensação (peça 12, pp. 126/7):

“(…) foi enviado o Memorando 4054/2008 – GAB/SES (anexo), à Superintendência de Administração e Finanças para que as medidas solicitadas pelo item 5, subitens 5.1 e 5.2 (fl. 1201), fossem adotadas.

“(…) no que concerne à empresa Pro-Diet, que ainda não recebeu o valor total faturado, (...) que seja efetuado pagamento apenas desonerado das notas fiscais (subitem 5.1, *in fine*).”

Os responsáveis apresentaram alegações de defesa, à exceção do sr. Adriano Kennen de Barros. Após apreciar as alegações apresentadas, a unidade técnica, naquele momento, propôs que as presentes contas fossem julgadas irregulares, condenando-se os responsáveis ao pagamento de débito e multa, mas deixando de propor multa aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, tendo em vista o reconhecimento de sua boa-fé (peça 16, pp. 25/32).

O Ministério Público, em sua primeira intervenção, concordou, em linhas gerais, com as análises efetuadas pela unidade instrutiva, no entanto, apresentou a seguinte proposta ao Tribunal (peça 16, pp. 38/46).



“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 15 (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:

Valor Histórico (R\$)	Data de ocorrência
0,41	28.8.2006
11.042,93	28.8.2006
821,68	28.8.2006
14,28	28.8.2006
15.712,00	28.8.2006
121.676,42	26.9.2006
84.583,03	26.9.2006
14.682,56	27.9.2006
19.640,00	27.9.2006
15.773,38	27.9.2006
1.980,82	23.11.2006
22.126,25	27.12.2006

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

A empresa Hospfar autuou elementos adicionais de defesa, e, por ordem de Vossa Excelência, a unidade técnica realizou novo exame técnico, no qual manteve, de maneira geral, as mesmas imputações de débito, acrescentando a proposta de aplicação de multa aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges. Todavia, propôs a exclusão da responsabilidade relativa ao sr. Adriano Kennen de Barros (peça 16, pp. 67/84).

Em seu segundo pronunciamento, o Ministério Público anuiu à proposta da unidade técnica, incluída a sugestão de exclusão da responsabilidade do sr. Adriano Kennen de Barros, 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*”.

Assim, ao negar acolhimento aos novos elementos de defesa apresentados pela empresa, o Ministério Público reiterou seu encaminhamento anterior (peça 16, pp. 85/9).

Em seguida, Vossa Excelência fez referência ao despacho prolatado no TC – 004.589/2010-6, em 4.4.2011, no sentido de que seu conteúdo balizasse um novo pronunciamento da unidade técnica, 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 16, p. 90).

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 Hosptar - 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”.

Em atendimento à solicitação, a unidade instrutora, em sua derradeira instrução, assim se manifestou:

“As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 23) fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos viabilizadas pelo Pregão 223/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 24, pp. 1/2). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCE’s que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pela empresa fornecedora dos valores indevidos, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

[...]

20. [...] 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. Conforme acima defendido, a estimativa de preços 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 as imputações de débitos constantes dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

[...]

25. Sobre a questão do comparativo de preços, o exame acima realizado procura demonstrar que a pesquisa sobre uma suposta realidade objetiva de mercado, além da que é juridicamente definida pelo decreto regulamentador do pregão, não somente é inviável, como também não pode conduzir à elucidação de mérito. Sobre tal entendimento já se obteve a anuência do próprio Ministro-Relator, quando autorizou em despacho o prosseguimento das providências relativas à instrução do TC – 004.596/2010-2, em cujo teor já se continha apreciação técnica análoga.” (Grifos acrescidos).



A respeito do comparativo de preços e da existência de débito, o Ministério Público já havia se manifestado (peça 16, p.88):

“Ignora a unidade técnica que esse assunto foi detalhadamente discutido no parecer anterior do Ministério Público (fls. 1.546/8, v.5), 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”.

Dessarte, ao ver do Ministério Público, a comparação de preços já estava evidenciada nestes autos e, por conseguinte, caracterizado o dano.

Ainda sobre a configuração do débito, o Ministério Público destacou que (peça 16, p. 39):

“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”.

Levando-se em conta que não houve “retenção de crédito” da empresa Hosptar, o débito apurado ainda persiste.

II

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 29), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

A contratada alega que este Tribunal de Contas proferiu o Acórdão 140/2012, da lavra do Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, TC 009.625/2011-9, entendendo ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

Argumenta que a mencionada decisão foi proferida “*após a constatação deste Tribunal que o assunto referente ao ICMS é completamente desconhecido pelos gestores públicos e que, a exigência de apresentação de propostas ‘oneradas’ é absolutamente inconstitucional, pois fere de morte o princípio da igualdade*”.

A responsável aduz que tanto ela quanto os demais fornecedores da SES/GO, “*apresentavam suas propostas desoneradas do ICMS, declarando tal situação expressamente na abertura do certame, e assim, os preços julgados eram os desonerados*”.

Afirma, então, que “*a questão relativa ao ICMS era, à ocasião dos pregões, por demais controversa e desconhecida pelos gestores públicos, conforme reconhecido pelo Acórdão 140/2012, que entendeu pela inconstitucionalidade da conduta que a SES/GO adotava, de exigir a apresentação de propostas ‘oneradas’, tendo ademais, recomendado a alteração do Convênio Confaz ICMS 87/2002,*



para que conste expressamente que as propostas devem ser apresentadas sem a inclusão do imposto”.

O Ministério Público repisa que não pode ser reconhecida a boa-fé da empresa Hospfar por ocasião da apresentação de suas propostas, pois, ao contrário do que afirma, nem sempre declarou que os preços ofertados estavam desonerados do ICMS, conforme já analisado por este Ministério Público:

“Apesar da clareza desses dispositivos, a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, juntamente com a empresa Prodiet Farmacêutica Ltda.” (peça 16, p. 39).

“A empresa prossegue declarando que, desde o início do procedimento licitatório, deixou claro que seus preços estavam cotados sem a inclusão de ICMS. Anexa aos autos duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 19.10.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (fls. 1422/3, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp.20/1].

Porém, isso é uma meia-verdade, porque a Comissão de TCE da SES/GO colacionou uma outra declaração, também, curiosamente, do mesmo dia 19.10.2005, em que a empresa afirma textualmente que “nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei” (fl. 472, v. 1) [após a conversão, peça 5, p.83]. 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” (peça 16, p. 88).

Na que tange ao Acórdão 140/2012 – Plenário, pela sua pertinência, passa-se a transcrevê-lo:

“ACÓRDÃO Nº 140/2012 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão ordinária de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 143, incisos III e V, alínea "a", c/c o art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU, em arquivar o presente processo, sem prejuízo de fazer as seguintes determinações e recomendações, de acordo com o parecer da 4ª SECEX:

1. Processo TC-009.625/2011-9 (RELATÓRIO DE LEVANTAMENTOS)
 - 1.1. Interessados: Ministério Público do Estado de Mato Grosso (00.000.000/0001-23); Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Goiás (01.409.598/0001-30)
 - 1.2. Órgão/Entidade: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Estado da Saúde de Goiás; Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná; Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal; Secretaria de Estado da Saúde Em Mato Grosso
 - 1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues
 - 1.4. Unidade Técnica: 4ª Secretaria de Controle Externo (SECEX-4).
 - 1.5. Advogado(s) constituído(s) nos autos: 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 60 (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-se destacar que, o § 6º, declarado inconstitucional pelo Tribunal, nos termos do *decisum* acima, foi acrescido à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002 pelo Convênio ICMS 57/10, com efeitos a partir de 23.4.2010:

“Acrescido o § 6º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 57/10, efeitos a partir de 23.04.10.

§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal” (http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087_02.htm).

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 223/2005 – CPL/SES e o Contrato 38/2006 – GJ/SES, analisados nos presentes autos, pois ocorreram 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 223/2005 – CPL/SES, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame, que precedeu o Contrato 38/2006 – GJ/SES, determinava expressamente que (peça 1, p. 97).

“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 1, p. 98)

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

O contrato, igualmente, trazia essa exigência (peça 8, p. 2):

“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 já se pronunciou (peça 16, pp. 42/3):

“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 soçobra diante desse fato. O edital é a lei interna das licitações. Toda empresa que delas participa sabe perfeitamente que tem a obrigação de cumpri-lo. Ao optar por não fazê-lo, sob pretextos variados, incorre nas sanções previstas em lei. É o que, em resumo, se observa no presente caso”.

Dessarte, os novos elementos juntados aos autos em nada alteram o posicionamento anterior deste Ministério Público acerca da responsabilidade da empresa contratada.

III

O Ministério Público, em sua primeira atuação nestes autos, em relação aos srs. Cairo



Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, consignou (peça 16, pp. 45/6):

“Por conseguinte, nem nas alegações de defesa, nem nos elementos posteriormente acrescentados, encontram-se elementos suficientes para elidir o débito atribuído aos responsáveis. Considerando, entretanto, que, desde a época de suas gestões até hoje, têm envidado esforços para obter a compensação do dano apurado, o Ministério Público entende cabível o reconhecimento de sua boa-fé. 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 esse prazo, as contas de todos os responsáveis estarão em condições de julgamento por esta Corte de Contas”.

Considerando que ainda não foi concedido novo e improrrogável prazo aos mencionados responsáveis, o Ministério Público, reitera sua proposta anterior, formulada à peça 16, p.46.

Brasília, em 4 de julho de 2012.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador