



Processo TC 004.562/2010-0
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. 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”.

70 e 71) A unidade técnica, depois de analisar as defesas apresentadas, propôs, em uníssono (peças

“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 comprovem, perante o 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 Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o 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 nº 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 refere-se aos valores de mercado com ICMS incluso. Nos preços de referência obtidos da revista especializada Simpro, por exemplo, está explícito que foi utilizada a média entre os preços de fabricação e os preços máximos ao consumidor, ambos com a inclusão de 17% de ICMS (“P. FAB. 17%” e “PMC 17%”).

Ao contrário do que alega a empresa, pois, a verificação dos preços de mercado também demonstra que, ao deixar de desonerar seus preços do ICMS, agindo em flagrante desacordo com a legislação, a empresa causou expressivo prejuízo ao erário.

A empresa alega, ainda, que à conta do Programa de Medicamentos Excepcionais, o Ministério da Saúde transfere mensalmente aos Estados valores fixos, apurados com base na remuneração de cada medicamento definido em tabela e nos quantitativos de Autorizações de Procedimentos de Alta Complexidade – Apacs. Esses valores, porém, não são suficientes para cobrir nem sequer 70% dos custos de aquisição dos medicamentos. Assim, no caso questionado, não teria havido mau uso de verbas federais, pois o Ministério da Saúde não teria gasto um centavo sequer além do valor fixo já previsto.

O argumento é improcedente, pois é claro que, seja qual for a proporção em que dividam as despesas com os medicamentos considerados, tanto a União quanto os Estados sofrem prejuízo caso lhes seja cobrado preço além do devido. No caso das presentes contas, com a falta de desoneração do ICMS, tanto a União quanto o Estado adquiriram 17% menos de medicamentos do que poderiam caso a legislação tivesse sido corretamente aplicada. Isso configura dano ao erário das duas entidades, que, nos termos da lei, deve ser recomposto pela empresa fornecedora e pelos demais responsáveis.

Em relação aos alentados pareceres de dois eminentes juristas, Marçal Justen Filho e Ives Gandra da Silva Martins, juntados aos autos pela 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 Hospfar 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 Hospfar 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 Hospfar 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 Hospfar descumpriu regras editalícias e contratuais que estavam em perfeita conformidade com a legislação vigente, incorrendo, portanto, em irregularidade da qual tinha plena ciência e causando prejuízo aos erários federal e estadual.

Finalmente, em relação à assertiva de ambos os pareceristas de que não é correto



considerar que o percentual de ICMS incidente sobre os produtos fornecidos pela contratada seja de 17%, notadamente por ser esta signatária de Termo de Acordo de Regime Especial - Tare, o que resultaria na aplicação de alíquota de 10% ou de 10,35% (os pareceres hesitam entre estes dois percentuais), o Ministério Público destaca que esse argumento já constava da defesa inicial da Hospifar, 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 Hospifar, o Ministério Público estende o exame efetuado acima.

Diante do exposto, verifica-se que as alegações de defesa das empresas Hospifar 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 Hospifar 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 Hospifar 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 Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos.

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 irreeajustáveis 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: 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. 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”.

Cumprir destacar que o § 6º, declarado inconstitucional pelo Tribunal, nos termos do *decisum* acima, foi acrescido à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002 pelo Convênio ICMS 57/2010, com efeitos a partir de 23.4.2010:

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

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

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 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 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 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 Hospfar.

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

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

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

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

IX

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

Em suas alegações (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 expresso 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 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:

- 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
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, saneará o processo e permitirá que as



respectivas contas sejam julgadas regulares com ressalvas, dando-lhes quitação, nos termos dos arts. 12, § 2º, da Lei 8.443/1992 e 202, § 4º, do Regimento Interno do TCU.

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

Brasília, em 27 de agosto de 2012.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador