

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário
TC-016.833/2009-0

Natureza: Tomada de contas especial

Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO

Responsáveis: Adriano Kennen de Barros (418.679.711-00); Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Hospfâr Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21)
Advogados constituídos nos autos: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24089), conf. peça 43, p. 3.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. PAGAMENTOS EFETUADOS SEM EFETIVA DESONERAÇÃO DE ICMS. CITAÇÃO SOLIDÁRIA. ACEITAÇÃO, PELA FORNECEDORA, DE PREÇOS CONSTANTES DA ESTIMATIVA DE PREÇOS DA LICITAÇÃO, APÓS NEGOCIAÇÃO COM O PREGOEIRO. ESTIMATIVA EFETUADA COM ICMS EMBUTIDO. NÃO DESONERAÇÃO POR OCASIÃO DO PAGAMENTO DA FATURA. ISENÇÃO FISCAL FICTICIAMENTE CONSIDERADA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA.

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 – Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 117/2006, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos de alto custo para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO.

2. Referido acórdão foi prolatado em processo de representação acerca de supostas irregularidades na aplicação dos recursos do Sistema Único de Saúde, formulada pela 4ª Promotoria de Justiça de Aparecida de Goiânia, órgão integrante da estrutura do Ministério Público do Estado de Goiás. Durante os exames constantes da representação, constatou-se a necessidade da realização de auditoria no Fundo Estadual de Saúde e na Secretaria Estadual de Saúde de Goiás com o fim de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais a ele transferidos, medida essa autorizada pelo relator da representação.

3. Um dos achados apontados pela auditoria se referiu à possibilidade da existência de fraude nos processos licitatórios de aquisição de medicamentos, os quais conduziram à contratação das mesmas empresas (Hospfâr, Milênio e Medcommerce), conforme consta registrado nos itens 61 a 63 da instrução integrante do relatório que precedeu o Acórdão 45/2008 – Plenário. À ocasião, apontou-se possível dano ao erário decorrente ainda da seguinte irregularidade, assim descrita pela equipe técnica da Secex/GO (relatório da referida deliberação):

“64. As irregularidades iniciam-se com a elaboração do edital, onde são exigidos das empresas licitantes que em suas propostas estejam incluídos todos os impostos e demais encargos, inclusive o ICMS. Normalmente estas exigências estão descritas nos itens 5.3, 5.3.1 e sua OBS, transcritos a seguir.

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

5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea 'b', da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.

OBS: As empresas que venham a ser vencedoras do certame deverão atender aos termos do Convênio ICMS 87/02 CONFAZ relativo ao produto cotado, quando da emissão da Nota Fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque da isenção concedida.'

65. Com o fito de evitar questionamentos, uma vez que estes medicamentos são isentos do ICMS, em razão do convênio CONFAZ nº 87/02 e do Decreto Estadual nº 5.825/03, também é inserido no edital (normalmente no item 11.5) os procedimentos a serem utilizados pelas empresas para excluir dos preços cotados e homologados o valor do ICMS:

66. '11.5. Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, a (s) Nota (s) Fiscal (is) será (ão) emitidas (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total faturado, e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Decreto Estadual nº 5.825/03, ficando indicado o seguinte resultado:

=PREÇO DE FABRICA
(-)DESCONTO OFERTADO
=SUB-TOTAL
(-)DESONERAÇÃO DO ICMS
= TOTAL A PAGAR
(...)'

69.2. Da análise de parte dos processos de pagamentos, tabelas anteriores, pode se afirmar que há danos aos cofres em razão da:

69.2.1. Não desoneração do ICMS, como definido no edital – itens 5.3; 5.3.1 e sua OBS e 11.5. Fato que causa um débito da ordem de 17% ou 44,16% sobre o total das compras, pois há casos que as empresas além de não excluir o ICMS contido na proposta, quando do faturamento incluem novamente o valor do ICMS sobre o valor já onerado.

70. Para a correta apuração do débito faz-se necessário solicitar à SES que encaminhe cópias integrais e legíveis de todos os processos de pagamentos vinculados aos pregões nº 013/2005, 040/2005, 053/2005, 171/2005, 173/2005, 174/2005, 175/2005, 176/2005, 185/2005, 200/2005, 201/2005, 223/2005, 224/2005, 288/2005, 292/2005, 293/2005, 314/2005, 316/2005, 004/2006, 117/2006, 130/2006, 226/2006 e 259/2006.

71. Devido a grande quantidade de contratos, de medicamentos e de responsáveis, entendemos que para cada pregão deverá ser instaurada uma TCE, como forma de obter maior eficiência no desenrolar do processo.

72. O mesmo entendimento estende-se às demais falhas/irregularidades descritas no anexo I, pois as irregularidades são inúmeras, os responsáveis são vários. Assim, temos que as audiências e citações descritas no citado anexo I, devem ser apuradas nos correspondentes processos de tomada de contas especial.”

4. Mediante o Acórdão 45/2008 – Plenário (Rel. o Ministro Raimundo Carreiro), este Tribunal decidiu determinar à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO) a instauração de tomada de contas especial relativa a cada um dos pregões mencionados, nos quais houvesse pagamento por medicamentos com oneração de ICMS envolvendo recursos federais, além de outras providências.

5. Em atendimento à determinação deste Tribunal a SES/GO instituiu comissão instauradora de tomada de contas especial, a qual realizou o levantamento das informações e documentos relacionados aos indícios de dano, bem assim, identificou a parcela de recursos federais envolvidos nos pagamentos, individualizando-os por pregão, sendo esta tomada de contas especial instaurada em

relação ao Pregão 117/2006-SES/GO. Para a produção de seu relatório, a comissão também tomou depoimentos dos envolvidos no processo de aquisição dos medicamentos (peças 37 e 38 dos autos do processo eletrônico).

6. O relatório conclusivo da Comissão de Tomada de Contas Especial (Relatório Conclusivo 003/2008) consta às páginas 44-51 da peça 38, 1-27 da peça 39, e 1-2 da peça 40. Nele apontou-se como dano potencial o montante de R\$ 258.508,80 e um dano concreto no montante de R\$ 44.556,86, correspondente à diferença dos valores apontados, onerados e desonerados de ICMS, e o montante efetivamente fornecido e pago com indevida oneração do tributo, sendo esse o valor objeto desta TCE envolvendo a empresa Hospfár.

7. Os responsáveis solidários pelo dano foram assim identificados: a) Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde; b) Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças; c) Adriano Kennen de Barros, Pregoeiro; e d) Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

8. Instrução inicial da Secex/GO propôs a citação solidária desses responsáveis (p. 19-22, peça 40). Com o transcurso do prazo para a apresentação das alegações de defesa, a unidade técnica novamente instruiu o feito (peça 48, p. 16-20, e peça 49, p. 1-3), com o seguinte posicionamento acerca do mérito destas contas (transcrição dos excertos principais):

“(…)

4. Deve ser mencionado que, quanto ao dano apurado, considerou-se o débito levantado no Relatório Conclusivo (fls. 1041/1076). Sendo que quanto ao débito da empresa **Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda.** (fl. 1055) apurado no montante de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais) deixou-se de considerá-la no polo passivo da TCE, em função do princípio da bagatela, ou da insignificância do débito apurado.

ANÁLISE

7. O senhor **Adriano Kennen de Barros** não apresentou alegações de defesa, manteve-se silente, sujeitando-se aos efeitos da revelia. Entretanto, atentando ao ato por ele cometido, durante a realização do pregão, etapa de classificação, este ato não trouxe impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento. Tendo algumas notas fiscais sido pagas de acordo com a legislação e outras em desacordo. Portanto, sua responsabilidade nos autos deve ser afastada.

8. A empresa **HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.** apresentou suas alegações de defesa (fls. 1130/1174), acompanhada de documentos (fls. 1175/1286).

9. Em princípio, a defesa fundamentou-se em preliminares. A primeira delas ‘I.I - Inexistência de contrato. Efeitos’ (fls. 1130/1134). Em sua defesa, a empresa alega que não foi formalizado em contrato o procedimento decorrente do Pregão 117/2006, ante a recusa da Procuradoria Geral do Estado em outorgar os contratos (fl. 1130). Com isso, pretende o citado demonstrar que sendo declarada a nulidade do procedimento, todo o certame restaria prejudicado, assim como todos os atos jurídicos dele decorrentes, não podendo ser alcançado por aplicação de quaisquer sanções.

10. Entretanto, mesmo considerando falhas no procedimento licitatório e de contratação, a nulidade apontada nos autos não tem o condão de livrar a empresa do ressarcimento dos danos ao Erário, cuja apropriação de recursos verteu em benefício da citada. Pelo fato de não ter agido sozinha é que está sendo responsabilizada de maneira solidária com os gestores que deram causa à irregularidade em questão.

11. Na segunda preliminar ‘I.II - Falta de correta tipificação – nulidade’ (fls. 1134/1135), alega a citada que a tipificação correta para o caso seria a violação ao Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002, pelo caráter de especificidade deste convênio que indica os medicamentos questionados

em seu anexo único, em detrimento da tipificação realizada na citação, referente ao Convênio CONFAZ ICMS nº 26/2003.

12. De fato a especificidade dada pelo Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002 habilita esta norma para efeitos de tipificação nestes autos. Todavia, a tipificação serve de orientação na busca do enquadramento do fato com finalidade de se buscar a verdade real destes, oportunizando à defesa e à acusação o debate sobre o fato ocorrido, para que as evidências sejam acatadas ou refutadas no decorrer da análise processual, que culmina com a obtenção do mérito a ser proferido no julgamento das contas. Neste caso, a defesa não restaria prejudicada, uma vez que o próprio defendente salientou qual o dispositivo a ser balizado ao se analisar sua conduta comissiva, ficando clara a ciência do responsável quanto aos aspectos legais por ele infringido.

13. Contudo, esclarecendo a questão, o Convênio 87/02 especifica quais os produtos que poderão ser alcançados pela isenção do ICMS, já o Convênio 26/2003 autoriza os Estados, Distrito Federal a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual direta e suas Fundações e Autarquias. De modo que as duas legislações são complementares. Sendo que a última dispõe sobre as condições para que a isenção seja concedida (§ 1º), dentre elas: ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado (inciso I); à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto (inciso II). Portanto, não merece acolhimento da defesa em sede preliminar quanto a este ponto.

14. Na terceira preliminar 'I.III - Falta de tipicidade para Tomada de Contas Especial' (fls. 1136/1138), a defesa alega (fl. 1136) que os preços dos medicamentos em questão vendidos no pregão nº 117/2006 foram praticados de acordo com os preços de mercado à ocasião, salientando a observação constante em parecer da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás (fl. 1118) de que houve economia com relação aos preços praticados em outros procedimentos. Continua sua defesa, alegando que os preços apresentados já estavam com os valores do ICMS desonerados e que os preços apresentados, portanto, por estarem compatíveis com os de mercado, não apresentam indícios de superfaturamento ou qualquer outra irregularidade que pudesse dar causa à Tomada de Conta Especial. Nesta argumentação pretende demonstrar que a TCE não apresenta todos os elementos constitutivos necessários para o seu procedimento.

15 A questão seria favorável à defesa, caso os indícios de prejuízo ao Erário não fossem demonstráveis. Contudo, o que se apresenta nos autos é o oposto, pois dos diversos pagamentos feitos à empresa, alguns foram feitos de maneira correta, ou seja, com o valor referente ao ICMS desonerado, outros, porém, os cobrados nesta TCE, referem-se a valores pagos sem a desoneração do ICMS, ou seja, valores com a Nota Fiscal cheia, conforme pode-se averiguar no Relatório Conclusivo nº 003/2008 (fl. 1059/1060) na Planilha B, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Portanto, não se configura a descaracterização dos pressupostos de validade de instauração deste procedimento.

16. Superadas as preliminares, segue-se à análise do mérito (fls. 1138), 'II.1 - Do Pregão 117/06' (fl. 1142); nas suas alegações iniciais, a defesa apresenta a tese de que praticou o preço já considerando a desoneração referente ao ICMS, seguindo as orientações ditas por lei, portanto, não haveria que se questionar ilegalidade neste ato. Para reforçar sua tese apresenta Despacho da Procuradoria Geral do Estado 'AG' nº 007332 de 24/8/2007 (fl. 1144), manifestando-se sobre este assunto em outro pregão, o de 'nº 130/2005', cuja conclusão é a de não haver nenhuma ilegalidade na apresentação do valor da proposta desonerada de ICMS, por não afetar a comparação entre propostas e por atender à legislação que rege a matéria e a orientação daquela Casa.

17. Em seguida, ainda, reforçando a tese apresentada, a defesa apresenta o Ato de Retificação de Homologação, datado de 03/out/2006, referente ao Pregão Presencial 117/06 (fl.1146), que retifica o edital corroborando o fato de que as propostas apresentadas naquele edital estão todas com os valores já considerando a desoneração do ICMS e recomenda a alteração da Ordem de Fornecimento para que conste, ao lado do valor desonerado, também o valor acrescido do ICMS (onerado), com a finalidade promover a correta conferência e atesto das faturas.

18. Neste caso, parece não haver dúvida de que a administração corroborou com a tese de que os valores apresentados na proposta estavam desonerados do ICMS, pois a retificação administrativa feita na homologação daquele Pregão trouxe esse entendimento sobre o preço apresentado na proposta para aquele pregão. Todavia, o edital, originalmente, previa que nos preços apresentados estariam incluídos todos os impostos. De modo que a retificação na homologação daquele edital deveria equivaler à revogação da licitação, e não tentar promover um ajuste no edital para que os preços apresentados inicialmente em desacordo com o previsto no edital original passassem a ser considerados sem levar em conta o valor do ICMS, propiciando o pagamento dos produtos em prejuízo ao Erário. Tal retificação não está sobre o abrigo da legalidade. Portanto, questiona-se aqui o pagamento feito em desacordo com a legislação específica e também com a orientação dada *in fine* no mesmo Ato de Retificação de Homologação, referente ao Pregão Presencial 117/06 (fl.1146), ou seja, embora o valor constante na Nota Fiscal seja o valor do produto acrescido do valor referente ao ICMS, o valor a ser pago deveria ser o valor da nota descontando-se a parte referente ao ICMS, considerando-se a isenção fiscal. Contudo, não foi o que ocorreu no pagamento referente às Notas Fiscais aqui levantadas (fl. 1059/1060), planilha B.

19. Veja que, em diversas notas, pagou-se corretamente, como na Nota Fiscal 111428, a primeira da Planilha mencionada, cujo valor pago corresponde ao valor total cobrado na nota menos o valor referente à alíquota de 17% do ICMS. Já na Nota Fiscal 131601, pagou-se o valor total da nota sem diminuir o valor de 17% referente ao ICMS.

20. Portanto, ou a administração pagou a mais nos pagamentos feitos similares ao segundo caso e teria crédito com as empresas, ou a administração estaria em débito com as empresas caso o correto fosse o pagamento do valor total da nota, tendo ela pago o valor descontado do ICMS nos pagamentos feitos similares ao primeiro caso. Entretanto, **o entendimento aqui esboçado é o de que a administração tem crédito com as empresas que receberam os valores totais pagos nas Notas Fiscais, uma vez que o valor a ser pago deveria ter sido aquele com o desconto da alíquota de 17% referente ao ICMS destacado na nota, como no caso concreto aqui apresentado.** Portanto, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

21. Na sequência, a defesa lançou a mão da tese de preclusão administrativa, 'II.II - Desclassificação da Proposta Inexistente – Preclusão' (fl. 1151); diante da qual a administração não poderia exercitar a faculdade discricionária de avaliar a conveniência da licitação e das propostas, pelo fato de inexistirem fatos novos que pudessem produzir alteração do juízo de conveniência exercido na ocasião da homologação e retificação da homologação do edital.

22. Todavia, como já demonstrado na discussão antecedente, não se trata de modificar entendimento anterior, pelo contrário, a questão envolve erro no pagamento feito em algumas Notas Fiscais, levando-se em conta o entendimento, conforme o Ato de Retificação de Homologação, datado de 03/out/2006, referente ao Pregão Presencial 117/06 (fl. 1146). Portanto, não cabe acolhida ao argumento apresentado.

23. Na tese seguinte, 'II.III - Desoneração - Impossibilidade de aplicação de sanção legalidade' (fl. 1155), a defesa pretende demonstrar a impossibilidade de aplicação de sanção pelo fato de a empresa ter apresentado em sua proposta os preços dos produtos já com os valores desonerados.

24. Novamente, esbarra-se a discussão na controvérsia sobre a inclusão ou não do valor referente ao ICMS nos preços ofertados. Segundo a empresa contratada, os preços constantes na sua proposta vencedora estavam desonerados do valor referente ao ICMS. Segundo a Auditoria Interna da Secretaria de Estado da Saúde, em obediência ao edital, tais preços propostos deveriam estar onerados do valor do ICMS; para, posteriormente, na etapa do pagamento, terem estes valores destacados na Nota Fiscal e abatidos do valor total da nota, chegando-se ao preço correto de pagamento, em obediência ao prescrito no edital e no Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002.

25. É sabido que a isenção fiscal corresponde à não incidência legalmente qualificada, como no caso em questão. Porquanto, a regulamentação da isenção fiscal, dada pelo Convênio

CONFAZ ICMS nº 87/2002, dispõe na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único daquele convênio destinados aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas.

Porém, condiciona esta isenção no § 1º c/c inciso III a que 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. Portanto, a própria legislação específica, que trata da isenção fiscal, também regulamenta o seu *modus operandi*. E neste, está claro que o valor referente ao ICMS deveria constar na Nota Fiscal, para ser abatido no ato do pagamento. Ainda, o edital previa a apresentação dos preços com a inclusão de todos os impostos inclusive o ICMS. Assim, fica difícil aceitar a tese apresentada pela citada de que o valor pago pela Administração corresponde ao valor ofertado pela contratada, que já levou em conta a desoneração do ICMS no seu preço.

26. Posteriormente, a defesa apresenta ainda a tese de que teria o direito de desoneração do ICMS em 10%, por ser atacadista, 'II.IV - Direito a desonerar ICMS em 10% das distribuidoras' (fl. 1167). Assim, a defesa alega em seu favor que a empresa tem o direito de desoneração do ICMS em 10% (dez por cento), em função do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE nº 037/04-GSF) deferido aos distribuidores atacadistas de medicamentos no Estado de Goiás; conforme doc. 17 (fls. 1272/ 1273).

27. Entretanto, nos autos, está sendo preservado o direito de desoneração de 17% referente ao ICMS garantido pelo Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002. Acontece que essa desoneração foi utilizada como instrumento de subsídio nos preços dos medicamentos complexos de grande relevância social para o Estado de Goiás.

28. Ademais, o benefício fiscal pretendido pela defesa não é cumulativo, conforme § 1º da Cláusula primeira do mesmo diploma apresentado por ela (TARE nº 037/04-GSF). Portanto, não cabe acolhimento ao argumento da defesa.

29. Ainda, apresenta a defesa a alegação (fl. 1169) de que o repasse de recursos federais para a saúde é fixo e insuficiente para cobrir o valor das aquisições. Com tal alegação a defesa pretende demonstrar que não existe prejuízo à União, uma vez que os gastos com medicamentos são complementados com verbas estaduais. Estando, no seu entendimento, o procedimento avaliado fora de qualquer possibilidade de prejuízo ao Erário.

30. Embora as explicações acerca dos repasses de recursos federais referentes à saúde mereçam atenção por parte das autoridades criadoras de políticas públicas nesse segmento, tais explicações não servem de fundamento para elidir as irregularidades aqui debatidas. Observa-se que estão sendo cobradas as parcelas indevidamente pagas exclusivamente com recursos públicos federais, conforme planilha financeira demonstrativa de fonte de recursos (fl. 1160). Portanto, não cabe acolhimento dos argumentos levantados pela defesa.

31. Em seguida, o citado aduz ao princípio da Boa Fé (fl. 1171), alegando em sua defesa que caso tenha ocorrido alguma irregularidade, esta ocorreu por conta dos gestores públicos, que a empresa se ateve a respeitar os ditames legais e atender o interesse público.

32. Em sua defesa, apresenta julgados do TCU, Decisão 326/95 e Ac. 027 /96- Plenário. Interessante que ambos julgados referem-se à absolvição de gestores públicos em casos envolvendo, o primeiro, questão jurídica de alta complexidade, e, o segundo, o afastamento de hipótese de locupletamento por parte de gestores. Portanto, julgados, cujas análises e resultados não afetam a situação da empresa citada, um ente privado, que se beneficiou das quantias pagas de maneira indevida.

33. Diante do exposto, a defesa apresentada pela empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., não logrou êxito em nenhum dos pontos discutidos, permanecendo o débito sob sua responsabilidade.

34. Os responsáveis, senhor **Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges** apresentaram defesa em conjunto (fls. 1287/1307), acompanhada de documentos (fls.

1308/1318). Inicia-se a defesa trazendo um breve **relato dos fatos**, constantes nos autos. Em seguida apresentam as providências administrativas adotadas pelos gestores em questão, a partir do conhecimento dos fatos, com finalidade de se obter o valor pago indevidamente (0.1289/1291).

35. Na sequência (fls. 1291/1293), a defesa busca demonstrar **a boa-fé dos gestores** na questão envolvendo o ICMS, neste caso. Em resumo, as ações dos gestores foram a de continuidade na compra dos medicamentos devido ao alcance social de extrema relevância vital à população beneficiada, porém seguida de medida preventiva para resguardar o Estado quanto aos débitos apurados nos pagamentos feitos indevidamente.

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

37. Outro ponto tocado na defesa é a **discussão do direito** (fl.1294/1299), cuja explanação da defesa percorre doutrinas agasalhadas pelo direito administrativo pátrio, como a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, opera-se pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim como a responsabilidade civil objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.

38. Ante as explanações, diante da retificação da homologação daquele edital, buscando benefício das empresas, não parece claro que os gestores não agiram com dolo. Porém, como a própria defesa argumentou, aos gestores cabiam a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 003/2008 (fl.1059/1060) na Planilha B, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Assim, a boa-fé dos gestores é discutível, porém sana-se o problema com a devolução das verbas públicas cobradas aos cofres da União de maneira definitiva.

39. Ainda, em defesa (fl. 1299), os citados alegam que houve **saneamento da falha**, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfar promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na **perda do objeto** da TCE.

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

41. A defesa segue (fls. 1300/1303), alegando **a ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa**. Quanto à ausência de dolo, esta já foi discutida anteriormente, nestes autos. Quanto à ausência de improbidade administrativa, este assunto não é tratado nestes autos, que se restringe à competência do TCU em buscar os responsáveis por danos causados ao Erário. Improbidade administrativa é alvo circunscrito à competência do Ministério Público Federal. Portanto, os argumentos levantados pela defesa sobre este assunto não alcançam a TCE em questão.

42. Ainda em defesa, é apresentada a **contestação da responsabilização solidária dos gestores** nestes autos (fls. 1303/1304). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp nº 881426 do Estado de São Paulo, apresentado pela defesa encontra-se a solução para o deslinde sobre a devida responsabilização desta TCE, ou seja, os defendentes só podem ser condenados na medida de sua responsabilidade e extensão.

43. Veja, é clara a responsabilidade dos gestores, o senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela **autorização** para os pagamentos feitos à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (pregão nº 117/2006 - fl. 1041), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela **execução de pagamentos** feitos à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (pregão nº 117/2006 – fl. 1041), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado.

44. Os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém sem gerar prejuízos ao Estado. Assim, não cabe colhida aos argumentos apresentados pela defesa.

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

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

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

(...)"

9. Com essa análise das alegações de defesa, a Secex/GO concluiu a instrução alvitando o julgamento pela irregularidade das contas, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea "c", da Lei 8.443/1992, a condenação dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e da empresa Hospfar ao pagamento do débito solidário, em montante original calculado em R\$ 44.556,87, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora pertinentes, e a aplicação da multa prevista no art. 57 da mesma lei a esses responsáveis. Segundo a análise do parecer da secretaria, apesar da revelia do proferido, esse deveria ser excluído da relação processual.

10. Os autos foram então remetidos ao Ministério Público/TCU, lá recebendo o parecer do Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin (peça 49, p. 7-11), vazado nos seguintes termos principais:

"(...)

4. Ressalte-se que, estando o processo neste Gabinete aguardando a intervenção do MPTCU, foram encaminhados pela unidade técnica requerimentos subscritos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

5. O primeiro deles, inserto aos autos à fl. 1331, solicita o retorno dos autos à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás 'para que requeira o posicionamento da Secretaria de Fazenda do Estado

de Goiás sobre a desoneração promovida pela empresa ora Requerente, solicitando que aquela Pasta Fazendária proceda esta análise técnica do procedimento e promova manifestação na forma de parecer.’

6. Entendo que a referida solicitação de prova deva ser indeferida, vez que manifestamente desnecessária. A própria interessada, ao apresentar suas alegações de defesa, fez juntar aos autos dois pareceres emitidos pela Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (fls. 1230/1239), cujo objetivo foi efetivamente analisar os procedimentos legais quanto à dedução do ICMS na aquisição de medicamento com isenção do imposto.

7. Além disso, o que se questiona nesta TCE não é o procedimento de emissão da nota fiscal, mas se a cotação de preços apresentada pela empresa encontrava-se ou não desonerada do ICMS, a justificar o procedimento de inclusão da alíquota de 17% no preço homologado, para depois abatê-lo no valor final, mantendo-se, assim, o preço contratado.

8. Importante consignar que o indeferimento em questão não macula o princípio da ampla defesa e do contraditório, vez que a jurisprudência pátria consagra a discricionariedade do magistrado no exame de pleitos de produção de provas. A autoridade julgadora pode negar os pedidos considerados inúteis, protelatórios ou desnecessários, desde que em decisão devidamente fundamentada. Nesse sentido, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 20.716/SP e o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.090.943, ambos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

9. O outro requerimento, ora acostado à contracapa do processo, dá notícia da existência de retenções de pagamento realizados pela Secretaria Estadual de Saúde de Goiás, no montante de R\$ 17.327.090,94, o que, segundo a empresa Hospfar, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário, em virtude da ausência de pagamento da parcela questionada.

10. Observo que os documentos acostados pela responsável, no presente momento, não se revelam eficazes para indicar a ausência de débito a ser apurado nesta TCE. Não há demonstração de que tenha havido a compensação pretendida, em virtude da irregularidade objeto deste processo, uma vez que eventuais anulações de liquidação não se prestam a comprovar a referida compensação.

11. Além disso, o documento não informa o exato montante dos valores retidos relacionados ao tema desoneração do ICMS, haja vista a declaração da Secretaria Estadual de Saúde de que os valores bloqueados não se referem somente a essa questão. Não contém, ainda, a indicação de sua fonte orçamentária, o que possibilitaria verificar se os aludidos recursos são federais ou estaduais, já que na última hipótese esse cancelamento não teria nenhuma serventia para reposição dos recursos federais dilapidados.

12. No mérito, o Ministério Público aquiesce, em linhas gerais, às conclusões da unidade técnica.

13. Os responsáveis não conseguiram afastar as irregularidades apontadas neste processo. O edital da respectiva licitação previa que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS (cláusula 5.3 - fl. 72, vol. principal), estabelecendo mais adiante, no item 5.3.1, que **‘a empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/03 CONFAZ, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825 de 05.09.2003 (...), que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal, deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.’**

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

15. A empresa Hospfar, ao participar da licitação em exame, apresentou em sua proposta de preços declarações conflitantes em relação aos tributos incidentes em sua cotação. Em uma delas, afirma textualmente que *'nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei'*, apresentando, inclusive, a alíquota de ICMS aplicável ao Estado de Goiás, de 17% (fl. 415, vol. 2). Em outras duas, dá conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto Estadual nº 5.825/2003 e, de forma mais explícita, afirma que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (fl. 423/424, vol. 2).

16. Conquanto a referida proposta não tenha sido desclassificada ou mesmo saneada pelo Pregoeiro, dado ser a única concorrente para o item em questão da licitação, não há como se acatar a alegação da empresa de que teria ocorrido a denominada 'coisa julgada administrativa', equivalente à preclusão, impedindo que a Administração revogasse ato já produzido com efeitos válidos, equivalentes à entrega total dos medicamentos contratados.

17. Não se trata aqui de revogar ato regular da Administração por motivos de conveniência e oportunidade, mas antes de anular parcialmente ato cujos efeitos não se subsumiram inteiramente aos ditames legais, consubstanciados no edital e respectivo contrato, causando lesão aos cofres públicos, a cujo ressarcimento se pretende condenar os envolvidos.

18. Questão que merece ser enfrentada diz respeito às divergências de posicionamentos entre a Secretaria da Fazenda e a Procuradoria-Geral do Estado e, até mesmo, entre os setores desta última, acerca da forma como deveria ser implementada a desoneração de ICMS prevista nos Convênios 87/2002 e 26/2003, fato esse reconhecido no próprio Relatório Conclusivo nº 3/2008 da Comissão de TCE (fl. 1051, vol. 5).

19. Referido problema, aparentemente, só seria solucionado com o Despacho 1.298/2007, emitido pela Procuradoria-Geral do Estado de Goiás (fls. 1250/1256), ao estabelecer o regramento de conduta nas hipóteses de isenção de ICMS, adotado pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, por intermédio da Portaria 28/2007 - GAB/SES (fls. 1258/1260).

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

21. O Parecer 104/2004 da Gerência de Orientação Tributária da Secretaria da Fazenda de Goiás (fls. 1237/1239), mencionado pela empresa responsável, cujas conclusões respaldariam o procedimento por ela adotado, qual seja, acrescentar no valor dos produtos o ICMS para, em seguida, abatê-lo do valor total das mercadorias, não pode ser aplicado ao presente caso.

22. O referido pronunciamento parte do pressuposto de que o edital foi omissivo quanto ao procedimento a ser adotado ou que exigiu que os preços cotados estivessem desonerados de ICMS, o que ino correu no caso vertente, em que o edital estabeleceu expressamente que os preços cotados deveriam incluir todos os tributos, inclusive o ICMS e, ainda, apresentou explicação sobre como deveria ser desonerado o ICMS no momento da emissão da nota fiscal, em atendimento à legislação fiscal.

23. A afirmação da empresa Hospfar de que, sendo distribuidora atacadista de medicamentos, estaria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10%, garantida pela Lei 4.852/97 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII, demonstra sua intenção de minimizar eventual prejuízo decorrente da restituição de valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado. Entretanto, tal argumento não pode ser acatado, já que a empresa, em sua proposta de preços, destacou que a alíquota de ICMS aplicável era de 17% (fl. 415, vol. 2).

24. Importante destacar, também, a improcedência do argumento da empresa responsável de que inexistiria dano ao erário, a justificar a presente TCE, uma vez que a Secretaria de Estado de Saúde Goiás teria atestado que os preços dos medicamentos fornecidos na licitação estariam de acordo com o preço de mercado.

25. Há uma grave falha estrutural no raciocínio da empresa. Realmente, o Relatório Conclusivo nº 3/2008 da Comissão de TCE afirma que não haviam sido verificados indícios de superfaturamento ou de dano ao erário, 'no tocante aos valores contratados', ante sua compatibilidade com a estimativa de preços da licitação e com os valores de mercado (fls. 1046/1048, vol. 5). Porém, as tabelas utilizadas como paradigmas para essa afirmação (*idem, ibidem*) referem-se a valores de mercado com ICMS incluso.

26. Sobre o tema, esclarecedor é o Parecer 589/2007-GJ/SES (fls. 821/822, vol. 4), onde a Gerência Jurídica da Secretaria Estadual de Saúde destaca o seguinte, *verbis*:

'Ora, as propostas apresentadas já estavam oneradas com todos os impostos, inclusive ICMS, logo, os preços a serem pagos pelo Estado de Goiás com isenção de ICMS relativo à sua pessoa seriam de 5,84. Uma vez que o referido Convênio beneficia o Estado, não o fornecedor, exigindo que este '...abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal' (Cláusula Primeira. Inciso III).

Corroborando para este entendimento o fato de as estimativas oficiais de tais licitações, nos termos da Portaria 143/2006-GAB/SES e anteriores, reportarem-se sempre aos preços médios estabelecidos nas revistas especializadas de medicamentos, tais como a Revista K@iros, Simpro, e outras do gênero, todas com referência expressa às alíquotas de 17%. 18% e 19% de ICMS.'

27. Assim, considerando que o preço cotado pela empresa Hospfar reproduziu a estimativa de preços do certame licitatório, ou seja, **7,04** (inclusos os 17% de ICMS, na forma já demonstrada), resta evidenciado que o raciocínio de que a cotação da empresa já previa a isenção daquela alíquota torna o valor proposto 17% acima do preço de mercado, o que não seria razoável afirmar, até porque, ante a ausência de lances para o item adjudicado à referida empresa, tal preço foi diretamente negociado pelo Pregoeiro com a empresa, conforme documento de fl. 571, vol. 2.

28. Dessa forma, ao contrário do alegado pela empresa, a verificação dos preços de mercado também demonstra que o procedimento adotado no faturamento pela empresa, em flagrante desacordo com o edital da licitação, causou o prejuízo ao erário apurado nestes autos.

29. Finalmente, também não procede a afirmação da empresa de que o prejuízo ao erário federal não se configuraria, vez que 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, cujas importâncias não são suficientes para cobrir nem sequer 70% dos custos de aquisição dos medicamentos. Assim, uma vez que tais valores são fixos e que aquele ministério não aplicou verbas adicionais, não se configuraria mau uso de verbas federais.

30. Não obstante a proporção em que se dividam as despesas com os medicamentos de alto custo, tanto a União como o Estado de Goiás sofreram prejuízo com o pagamento de preço acima do valor de mercado, prejuízo esse que deve ser recomposto pela empresa fornecedora e pelos demais responsáveis.

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

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

33. As medidas adotadas pelos gestores, com vistas a solucionar o problema, não se revelaram eficazes, uma vez que não há nos autos demonstração de que tenha havido a compensação pretendida. Os documentos acostados à defesa dos envolvidos, referentes a anulações de liquidação (fls. 1316/1318) não se prestam a comprovar a referida compensação.

34. Finalmente, entendo correta a proposta da unidade técnica quanto à exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros em relação aos fatos mencionados nesta TCE. O então pregoeiro, inobstante não tenha originalmente desclassificado a proposta da empresa Hospfar, negociou com ela cotação mais vantajosa para a Administração, considerando a ausência de outro licitante para o item do qual se sagrou vencedora, a partir da estimativa de preços inserta no certame licitatório, que já incluía a alíquota do ICMS. Tendo a empresa aderido ao valor estimado onerado com aquele imposto, entendo que a conduta do responsável efetivamente não trouxe impacto no resultado da irregularidade ora apurada, que, de fato, ocorreu no ato do pagamento.

III

35. Desse modo, ante os elementos constantes nos autos e considerando adequada e suficiente a análise efetuada pela unidade técnica às fls. 1320/1329, o Ministério Público/TCU manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento apresentada à fl. 1328.”

11. Em que pese os autos já contar com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, determinei, conforme despacho de página 12 da peça 49, o retorno do processo à unidade técnica para que realizasse nova análise dos autos em face da documentação remetida pela empresa Hospfar, momento no qual autorizei a realização de novas diligências que se fizessem necessárias.

12. A instrução que se seguiu, elaborada pela Secex/GO (p. 13/14, peça 49 e 1/10, da peça 50), trouxe em seu corpo a análise já efetuada em instrução anterior, acrescentando-se o seguinte posicionamento sobre a nova documentação acostada:

“(…)

NOVOS ELEMENTOS

48 Foi apresentada pela empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., após a análise de mérito feita pela Secex/GO, como novos elementos, requerimento juntado à fl. 1331 (vol. 6) e, mais tarde, documentação (com requerimentos e pareceres) que constituiu o anexo 2. Despacho oriundo do gabinete da relatoria (fl. 1337) restituiu os autos à Secex/GO para nova instrução considerando aqueles novos elementos.

49 O requerimento inicial (fl.1331) refere-se à solicitação para que o TCU requeira, por meio de parecer, a Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, posicionamento acerca do procedimento de desoneração promovida pela empresa ora requerente.

50. Entretanto, como bem observou o representante do Ministério Público junto ao TCU (fl.1332), tal solicitação é manifestamente desnecessária, diante de dois pareceres da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, constante nos autos, que, depois de analisada, não logrou trazer benefício à requerente.

51. Desse modo, não cabe o acolhimento da alegação feita pela empresa com apoio nesta solicitação, por tratar-se de assunto já debatido na instrução precedente (fls. 1320-1328).

52. Um requerimento apresentado depois (fls. 01-09, Anexo 2) trata de retenção unilateral promovida pela Secretaria de Saúde de créditos da requerente. Entretanto, tal matéria refoge à competência desta Egrégia Corte de Contas.

53. Portanto, por não interferir no mérito destas contas, também este requerimento deve ser indeferido.

54. O requerimento seguinte (fls. 10-132 - Anexo 2) refere-se à apresentação de pareceres da lavra de dois juristas com o intuito de reforçar a tese de regularidade nos procedimentos em questão.

55. O primeiro parecer discorre na área administrativa (fls. 10-61 - Anexo 2) e outro discorre na área tributária (fls. 62-132 - Anexo 2). Sendo os expedientes analisados de forma separada como se segue.

56. Marçal Justen filho inicia sua preleção (fl. 10-22 - Anexo 2) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria o parecerista debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

57. O jurista traz aos autos discussão envolvendo a conduta da empresa licitante e a disciplina que envolve a não incidência do ICMS. Ao discorrer sobre as nuances que envolve a matéria (fl. 22-29 - Anexo 2), em resumo busca demonstrar que a empresa agiu de maneira legal ao apresentar seus preços excluídos do ICMS tanto no edital quanto no contrato, uma vez que este fato estava explicitado por meio de declaração da empresa licitante.

58. Este ponto é o momento mais importante da matéria tratada, como já observado na análise anterior, ou a empresa não apresentou o preço cheio (incluso o imposto) e a administração se equivocou em buscar o ressarcimento referente à porcentagem equivalente ao referido imposto. Ou a empresa apresentou o preço cheio e de maneira espúria obteve da administração e em conivência com ela a locupletação do equivalente ao imposto.

59. Quanto à ausência de irregularidade alegada (fl. 29-32 - Anexo 2), o parecerista ofereceu a tese de que a consulente apresentou a fatura de cobrança com o mesmo valor que ofertou na licitação e no contrato.

60. De fato esse entendimento foi observado nesta análise, porém, a discussão nos autos refere-se ao fato de que a empresa contratada deveria receber o valor correspondente ao valor apresentado na licitação abatido do valor correspondente ao ICMS. Assim, o alegado no parecer contraria o entendimento esboçado nesta peça instrutória e não foi suficiente para o convencimento adverso. De modo que não cabe acolhida aos argumentos apresentados no parecer.

61. O parecerista continua sua homilia no tópico V-A ausência de competência para alterar a vontade privada (fl. 32-33 - Anexo 2). Segue afirmando que a proposta apresentada pela contratada, acompanhada da declaração de que os seus preços não estavam inclusos, tornou-se imodificável, uma vez que a administração a aceitou e homologou o certame.

62. No entanto, o edital previa que os preços deveriam ser apresentados inclusos todos os impostos, portanto também o ICMS. De outra feita, essa declaração não é documento legal exigido no edital e, caso tenha sido realmente apresentada, não configuraria objeto de análise das propostas. Por esse motivo, sua existência é dúbia e os efeitos dela decorrentes sem validade.

63. Da eficácia de atos administrativos perfeitos (fl. 34-35 - Anexo 2). O jurista defende a tese de que os atos administrativos se aperfeiçoaram com a homologação do certame licitatório, alegando que as propostas não contemplavam a carga do ICMS.

64. Se as propostas não contemplavam a carga do ICMS, a administração está a perseguir um débito que não existe. Mas, o entendimento esboçado nesta TCE é o contrário, ou seja, de que as propostas contemplavam a carga do ICMS. Este fato é o único vínculo de causa e efeito para se chegar ao débito imputado.

65. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É óbvio que se provar-se que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.

66. Quanto à alegação de vedação à conduta administrativa contraditória (fls.35-40 - Anexo 2), o jurista pretende demonstrar que mantidos inalterados os fatores de uma determinada relação jurídica, não poderá a Administração desconsiderar seus atos anteriores, para assumir conduta diversa contraditória. Segundo sua análise, não poderia a administração, neste momento, querer modificar o entendimento anterior de que os preços apresentados estavam desonerados e agora emitir novo juízo de que estes preços não estavam desonerados, redundando em débito.

67. No entanto, somente a empresa responsabilizada é que a firma, unilateralmente, que seus preços estavam desonerados. É fato que a administração pagou os preços cobrados pela contratada conforme contratados. Entretanto, só agora ficou claro para a Administração que os medicamentos estavam sendo pagos de maneira onerada, vez que não foi feita a devida desoneração do imposto no momento do pagamento da fatura. Portanto, não ocorreu conduta administrativa contraditória, apenas a Administração tenta corrigir o erro consumado no momento do pagamento das faturas.

68. Em seguida, o parecerista alega o decurso de prazo (40-43 - Anexo 2), invocando a decadência ou a prescrição, que segundo seu entendimento é de cinco anos.

69. De fato o prazo de cinco anos tanto para a decadência quanto para a prescrição aplicar-se-ia ao caso se a matéria se referisse à desconstituição de atos administrativos, regidos pelo direito administrativo. Entretanto, a matéria aqui tratada refere-se ao ressarcimento de valores subtraídos do Erário Federal de maneira ilícita: portanto, sujeita à tutela desta Egrégia Corte, onde o instituto da decadência e da prescrição tem o prazo de 10 anos para os casos ocorridos após a publicação do código civil em 2003 e vintenária para os casos anteriores. De modo que não há como recepcionar a alegação daquele prazo quinquenal para estes institutos.

70. Na sequência, o jurista trata do descabimento da autotutela pela Administração Pública (fls. 3-47 - Anexo 2). Neste assunto, o Tribunal não deve se manifestar porque a retenção financeira feita pelo Estado de Goiás não ocorreu em decorrência de atuação desta Corte de Contas, conforme entendimento esboçado no parágrafo 54 desta instrução. Esse entendimento também supre o alegado quanto à configuração de desvio de finalidade (fls. 47-48 - Anexo 2).

71. Quanto à ausência do devido processo legal (fls. 18-52- Anexo 2), esse assunto, a retenção de valores realizada de maneira unilateral pela Administração Estadual, sem a realização de contraditório e ampla defesa não ocorreu mediante a tutela desta Egrégia Corte de Contas.

72. Destarte, a oportunidade de defesa perante o TCU está sendo dada nestes autos.

73. Em resumo, o parecer emitido pelo eminente jurista Marçal Justen Filho trouxe elementos aos autos, porém sem repercussão nestes, uma vez que o TCU não determinou a retenção de valores, tampouco deixou de oportunizar o contraditório e a ampla defesa; assim como não alcançam ao caso concreto os institutos da prescrição e decadência. Resta respaldada a quantificação do débito no parâmetro de desconto correspondente à alíquota de 17% não observado pela empresa licitante.

74. Ives Gandra da Silva Martins, por sua vez, inicia sua homilia (fls. 63-132 - Anexo 2) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria o parecerista também debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

75. Este parecer, traz, como elementos novos, além dos assuntos já discutidos nos autos e no parecer do jurista Marçal Justen Filho, a discussão sobre o percentual da alíquota a ser cobrada. Segundo o parecerista, a alíquota a ser cobrada é de 10,35% porque a empresa consulente é titular do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE). Portanto, esta seria a alíquota a ser cobrada no caso.

76. De fato, assistiria razão ao parecerista, caso a empresa houvesse, no momento do recebimento e emissão da fatura, optado pela alíquota de 10,35%. No entanto, a alíquota utilizada na fatura que a empresa utilizou para os recebimentos, demonstrada na documentação acostada aos autos, foi de 17%. Portanto, não assiste razão aos argumentos trazidos no parecer em questão.

77 Desse modo, não cabe o acolhimento da alegação feita pela empresa com apoio na documentação apresentada como novos elementos, que na verdade refere-se a assunto já tratado na instrução precedente (fls. 1320-1328).

CONCLUSÃO

78 O senhor Adriano Kennen de Barros, embora sob os efeitos da revelia por ter não apresentado alegações de defesa, teve a sua responsabilidade afastada nos autos. Isso devido ao fato do ato por ele cometido (durante a realização do pregão, na etapa de classificação) não ter provocado impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento, quando algumas Notas fiscais foram pagas de acordo com a legislação e outras em desacordo.

79. Quanto aos demais citados, as justificativas apresentadas por eles não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, em especial aquelas pertinentes à autorização, execução de pagamentos feitos às empresas envolvidas e recebimentos irregulares por parte destas (pregão 117/2006 - nº 1041), pois o valor dos produtos considerado para efeito de pagamento, constante das Notas Fiscais, estava onerado com o valor do ICMS; sendo que as empresas deveriam ter recebido o valor do medicamento considerando-se a dedução do valor referente ao ICMS. A irregularidade existe por contrariar o disposto no Edital e no Convênio CONFAZ ICMS 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

80. A tese de que as propostas apresentadas foram classificadas a preço de mercado e de que estas propostas estariam desoneradas do valor do ICMS é insustentável, porque, na formação do preço de mercado, as empresas levam em consideração o valor do ICMS, uma vez que o mercado não está sujeito a qualquer benefício de isenção fiscal.

81. O conjunto das irregularidades consignadas leva à conclusão de que houve injustificado dano ao Erário, o que autoriza a aplicação de multa aos responsáveis (art. 57 da Lei 8.443/1992).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

82. Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, opinando pelo seu encaminhamento ao relator, Excelentíssimo Senhor Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti por intermédio do Ministério Público junto a este Tribunal, a teor do disposto no art. 81, II, da Lei 8.443/1992, com a proposta para este Tribunal:

I - rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares, nos termos do artigo 16, III, 'c'; c/c artigo 19 da Lei de 8.443/1992, as contas dos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, condenando-os, solidariamente com a empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., ao pagamento das quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor; em função da autorização pelo primeiro, da execução pelo segundo e do recebimento pelo terceiro de pagamentos indevidos (pregão 117/2006 - 11.1041), levando-se em consideração que o valor dos produtos pago estava onerado com o valor do ICMS, sendo que o pagamento correto deveria ter sido feito considerando a dedução do valor referente ao ICMS, fato inobservado pelos agentes envolvidos, contrariando o Convênio CONFAZ ICMS 87/2002, que se concretizou nos débitos apurados.

DÉBITO (fls. 1060-1061):

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido
131601	21/11/2007	R\$ 67.372,80	R\$ 11.453,38
137201	09/08/2007	R\$ 126.720,00	R\$ 21.542,40
127464	21/11/2007	R\$ 68.006,40	R\$ 11.561,09
			R\$ 44.556,87

II - aplicar individualmente aos responsáveis, senhor Cairo Alberto de Freitas, ex-secretário de Estado da Saúde - GO, senhor Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-superintendente de Administração e Finanças - Secretaria da Saúde - GO e empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992,

no valor a ser arbitrado pela Egrégia Corte de Contas, em razão das irregularidades praticadas na condução da execução do contrato originado do pregão 117/2006, ocasionando débito injustificado ao Erário, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, a, do RI/TCU), o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, acrescida da correção monetária calculada a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação, caso não atendida a notificação;

III - autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

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

13. Novamente solicitado a se pronunciar neste feito, o Ministério Público/TCU, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, ratificou as propostas anteriores no sentido do julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, conforme a seguir (peça 50, p. 13-14):

“Retornam os autos a este Ministério Público, em atenção ao r. despacho de fl. 1337, ante a apresentação de novos elementos de defesa pela Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos autos da tomada de contas especial instaurada pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, para aquisição de medicamentos de alto custo destinados a atender à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/CMAC/SES-GO.

2. Em relação aos requerimentos de fl. 1331 e o constante da contracapa deste processo, repetido às fls. 01/09 do anexo 2 deste processo, este MP/TCU já se manifestou sobre os pleitos, no parecer de fls. 1332/1336, cujo excerto peço vênia para transcrever literalmente:

‘4. Ressalte-se que, estando o processo neste Gabinete aguardando a intervenção do MPTCU, foram encaminhados pela unidade técnica requerimentos subscritos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

5. O primeiro deles, inserto aos autos à fl. 1331, solicita o retorno dos autos à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás para que requeira o posicionamento da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás sobre a desoneração promovida pela empresa ora Requerente, solicitando que aquela Pasta Fazendária proceda esta análise técnica do procedimento e promova manifestação na forma de parecer.’

6. Entendo que a referida solicitação de prova deva ser indeferida, vez que manifestamente desnecessária. A própria interessada, ao apresentar suas alegações de defesa, fez juntar aos autos dois pareceres emitidos pela Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (fls. 1230/1239), cujo objetivo foi efetivamente analisar os procedimentos legais quanto à dedução do ICMS na aquisição de medicamentos com isenção do imposto.

7. Além disso, o que se questiona nesta TCE não é o procedimento de emissão da nota fiscal, mas se a cotação de preços apresentada pela empresa encontrava-se ou não desonerada do ICMS, a justificar o procedimento de inclusão da alíquota de 17% no preço homologado, para depois abatê-lo no valor final, mantendo-se, assim, o preço contratado.

8. Importante consignar que o indeferimento em questão não macula o princípio da ampla defesa e do contraditório, vez que a jurisprudência pátria consagra a discricionariedade do magistrado no exame de pleitos de produção de provas. A autoridade julgadora pode negar os pedidos considerados inúteis, protelatórios ou desnecessários, desde que em decisão devidamente fundamentada. Nesse sentido, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 20.716/SP e o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.090.943, ambos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

9. O outro requerimento, ora acostado à contracapa do processo, dá notícia da existência de

retenções de pagamento realizados pela Secretaria Estadual de Saúde de Goiás, no montante de R\$ 17.327.090,94, o que, segundo a empresa Hospfar, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário, em virtude da ausência de pagamento da parcela questionada.

10. Observo que os documentos acostados pela responsável, no presente momento, não se revelam eficazes para indicar a ausência de débito a ser apurado nesta TCE. Não há demonstração de que tenha havido a compensação pretendida, em virtude da irregularidade objeto deste processo, uma vez que eventuais anulações de liquidação não se prestam a comprovar a referida compensação.

11. Além disso, o documento não informa o exato montante dos valores retidos relacionados ao tema desoneração do ICMS, haja vista a declaração da Secretaria Estadual de Saúde de que os valores bloqueados não se referem somente a essa questão. Não contém, ainda, a indicação de sua fonte orçamentária, o que possibilitaria verificar se os aludidos recursos são federais ou estaduais, já que na última hipótese esse cancelamento não teria nenhuma serventia para reposição dos recursos federais dilapidados’

3. O outro documento juntado posteriormente aos autos pela interessada diz respeito à apresentação de pareceres da lavra de dois juristas, com a finalidade de reforçar a tese de regularidade nos procedimentos em questão.

4. Em sua manifestação de fls. 1338/1351, a Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás tece acurado estudo sobre ambos os pareceres, cujas conclusões, em linha gerais, corroboro desde já.

5. Em relação ao parecer emitido pelo Prof. Marçal Justen Filho, além das ponderações exaradas pela unidade técnica, destaco, por relevante, que o ponto fulcral daquela manifestação reside no pressuposto de que a Administração teria aceitado a proposta apresentada pela empresa Hospfar, com expressa menção de que sua cotação estaria desonerada do ICMS, após o que não teria competência para unilateralmente alterá-la.

6. Entretanto, duas circunstâncias afastam o paradigma eleito, induzindo o equívoco das conclusões do reconhecido parecerista.

7. A primeira delas, já evidenciada em minha manifestação anterior, diz respeito ao fato da empresa Hospfar, ao participar da licitação em exame, haver apresentado em sua proposta de preços declarações conflitantes em relação aos tributos incidentes em sua cotação. Em uma delas, afirma textualmente que ‘*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*’, indicando, inclusive, a alíquota de ICMS aplicável ao Estado de Goiás, de 17% (fl. 415, vol. 2). Em outras duas, dá conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, e, de forma mais explícita, afirma que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (fls. 423/424, vol. 2).

8. A outra, mais importante, refere-se ao fato de que a proposta da licitante não foi aceita pela Administração, mas antes, a própria Hospfar, em negociação direta com o pregoeiro administrativo, em virtude da ausência de outros lances no certame para o item por ela adjudicado, aderiu à estimativa de preços do edital convocatório, ou seja, **7,04**, neste montante já inclusos os 17% de ICMS, na forma da Cláusula 5.3 do edital (fl. 72, vol. principal).

9. Logo, não foi a Administração quem aceitou a proposta da empresa Hospfar, antes, foi a própria Hospfar quem concordou, após negociação, com o preço constante do ato convocatório, nele já incluído o mencionado imposto.

10. De idêntico modo, entendo que o parecer exarado pelo Prof. Ives Gandra da Silva Martins também não socorre ao interessado, não trazendo aos autos, a meu ver, argumentos suficientes para justificar eventual mudança em minha manifestação anterior, à luz dos fatos constantes destes autos.

11. Em vista do exposto, ante os elementos constantes nos autos e considerando adequada e suficiente a análise efetuada pela unidade técnica, o Ministério Público/TCU, ratificando seu pronunciamento anterior de fls. 1332/1336, manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento apresentada à fl. 1328, sugerindo seja ali consignado que o débito deverá ser recolhido à conta do Fundo Nacional de Saúde.”

14. Em 5/10/2011 (peça 49, p. 15) restituí os autos novamente à secretaria para que conferisse tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, notadamente, diante do despacho que proferi no TC-004.589/2010-6, no qual determinei:

14.1 – a análise dos valores dos medicamentos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar, envolvendo os mesmos produtos;

14.2 – a comparação entre 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;

14.3 – que se solicitassem 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 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.;

14.4 – que se apresentasse nova instrução nos autos, retificando ou ratificando as conclusões anteriormente oferecidas.

15. No despacho que proferi naqueles autos (TC-004.589/2010-6) deixei consignado o seguinte (peça 59):

“Entendo que as notas fiscais relacionadas às transações comerciais de que cuidam os autos deveriam espelhar o valor dos produtos farmacêuticos e indicar expressamente o valor do ICMS a ser abatido, ou não incluído, conforme determina o § 1º, c/c inciso III, da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002, que estabeleceu a isenção de ICMS sobre alguns medicamentos quando adquiridos por órgãos da administração federal, estadual ou municipal.

Entretanto, o descumprimento de tal procedimento não implica, por si só, que os produtos foram vendidos com ICMS incluso, especialmente quando a empresa vendedora havia estabelecido em sua proposta comercial que os valores anunciados já se encontravam desonerados do valor referente ao ICMS, quando sagrou-se vencedora na licitação com esses valores, e quando constam das notas fiscais valores idênticos aos constantes da proposta.

Ademais, se o Estado de Goiás procedeu qualquer glosa em pagamentos realizados à Hospfar tendo por fundamento o pagamento irregular de ICMS relativo às transações sob análise, então os responsáveis e a referida empresa não seriam mais devedores.”

16. À Peça 60 foi juntado aos autos o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e Ofício 8946/2011-GAB/SES, no qual consta a informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho “GAB” 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal.

17. Às Peças 62/63, por sua vez, consta juntada aos autos de Ofício PR/GO 5779/2011, da Procuradoria da República, no qual são encaminhados laudos periciais confeccionados pela Polícia Federal em inquérito instaurado para apurar a realização de pagamentos indevidos por parte da Secretaria Estadual de Saúde, em benefício de empresas farmacêuticas, em processos de aquisição de medicamentos de alto custo.

18. Finalmente, o processo foi reinstruído pela Secex/GO, conforme peça 64, vazada nos seguintes termos:

“EXAME TÉCNICO
Superfaturamento de medicamentos

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

8. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. Apesar da comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 117/2006 (peça 5, p. 9) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 22, p. 1-4), indicar que o item relativo ao medicamento 'ziprasidona' foi adquirido com preço superior à referência, a aquisição só foi homologada porque houve a averiguação de sua compatibilidade a parâmetros estabelecidos por normativo expedido no âmbito da SES/GO (Portaria 21/2006 – peça 61). A referida portaria estabelece que a estimativa de preços seria dada pela média encontrada pelo preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizar outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado. Nesse mister, houve negociação relativa ao mencionado item de medicamento, do que resultou na redução de seu valor de R\$ 7,70 para R\$ 7,04 (peça 21, p. 19). De qualquer forma esse valor é compatível com a referência de preço ao consumidor, constante dos autos (peça 3, p. 4), e dessa forma justificativa resultou a adjudicação.

9. Não nos parece adequado questionar-se 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 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.

10. 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 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).

11. 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. Entende-se que a ação de controle que compete a esta Corte na presente TCE, bem como nos processos análogos, deve se ater a critérios jurídicos sobre cuja exigibilidade não haja qualquer tergiversação.

12. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra (peça 5, p. 9) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinado item (peça 3, p. 4) dá sustentabilidade à justificação de que trata o pelo art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000. Dessa forma, entende-se que os presentes autos configuram uma situação distinta da assinalada nos autos acima aludidos, porquanto nestes há intervenção formal da administração

pública no sentido de reafirmar a compatibilidade ao mercado, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como parâmetro de referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.

Cobrança indevida de tributo

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

14. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 50, p. 15 e peça 59) 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 117/2006. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 60, p. 1-2). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pela empresa fornecedora dos valores indevidamente faturados, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

15. Resta abordar sobre uma questão levantada no despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de bitributação, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do tributo (peça 6, p. 49). Há nos autos prova de que a empresa não só tinha conhecimento da disposição, como também afirmava tê-la cumprido (peça 15, p. 14). E mesmo que não houvesse tal declaração, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

16. Entende-se, portanto, que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. 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 a imputação de débito constante dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

Laudo pericial

17. 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 colher esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 117/2006 (peça 63).

18. 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 (peça 63, p. 20-21), para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

19. 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, não só porque as empresas, sobre o tema, apresentaram declarações contraditórias, como também porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido expressamente arguida pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

20. 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 uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica ratifica as anteriores, em conformidade com as análises já realizadas por esta unidade técnica e pelo MP/TCU.

21. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos auto ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 49, p. 13-14 e peça 65-90), em conformidade com 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 e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamento indevido à referida empresa, decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 117/2006, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;
- c) condenar, solidariamente, os srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento da dívida ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizada monetariamente e acrescida dos 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;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
131601	11.453,38	21/11/2007
137201	21.542,40	9/8/2007
127464	11.561,09	21/11/2007

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem perante este Tribunal (art. 214, III, alínea 'a' do Regimento Interno) o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

f) encaminhar cópia do relatório, voto e acórdão a serem proferidos à Procuradora 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.”

19. O titular da unidade técnica se manifestou de acordo com as conclusões e propostas da instrução (peça 65).

20. O Ministério Público/TCU, desta vez representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou-se também em consonância com a análise efetuada pela secretaria, divergindo, todavia, na parte em que se propõe desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, pois entende o Procurador que é possível reconhecer a boa-fé dos gestores, e, assim, conceder-lhes novo e improrrogável prazo para o recolhimento da dívida atualizada monetariamente, sem a incidência de juros moratórios nesta etapa processual (peça 67). O judicioso Parecer do Ministério Público foi vazado nos seguintes termos principais:

“(…)

II

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

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

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

‘Ignora a unidade técnica que esse assunto foi detalhadamente discutido no parecer anterior do Ministério Público [...], em que se demonstrou que, comparando-se os preços cobrados pela empresa 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’.

Notadamente em relação ao Pregão 117/2006, em exame nestes autos, o Ministério Público destaca também, que, para se chegar ao valor adotado como referência de preços, houve intensa pesquisa de preços de mercado (peça 2, p. 8, até peça 3, p. 5), devido à determinação da SES/GO de que o valor de referência a ser adotado (por produto) deveria ser o preço de fábrica praticado no mercado (peça 2, p. 11).

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 60), o débito apurado ainda persiste.

III

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 66), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCs 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 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.

Esse argumento já havia sido trazido aos autos pela contratada por ocasião da resposta ao ofício citatório, oportunidade em que anexou aos autos duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 17.7.2006, 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 (peça 45, pp. 22/3).

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.

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 17.7.2006, em que a empresa afirma textualmente que *“nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei”* (peça 15, p. 14). 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.

No 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. 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. Advogado constituído 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 8 7/2002, 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’.

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 57/10, 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 117/2006 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 117/2006, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 6, p. 48).

‘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 6, p. 49).

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

A minuta de contrato e o contrato, igualmente, traziam essa exigência (peça 7, p. 19 e peça 28, p. 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 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 Hospfar.

IV

No que tange à defesa inicialmente apresentada pela Hospfar, cabe tecer algumas considerações.

Após algumas preliminares que foram adequadamente refutadas pela Secex/GO, a Hospfar alegou 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 117/2006 contém a seguinte observação (peça 6, p.49):

‘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 empresa 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 empresa 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 indignação 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 1/2008 da Comissão de TCE, que embasa todas as TCEs instauradas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário e juntado ao TC-001.922/2009-5, 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.

Após a apresentação de suas alegações de defesa, a empresa retornou aos autos, trazendo novos elementos (peças 52/7). Nestes, alegou, basicamente, 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 pareceres de dois alentados 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 do Hospfar, o qual já foi devidamente analisado e rebatido neste parecer.

V

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 47, p.13, até peça 48 p. 13), alegam basicamente que, tão logo tomaram conhecimento da irregularidade em questão, determinaram a realização de auditoria e a adoção de providências para a apuração e compensação dos valores pagos em excesso à Hospfar.

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

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

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

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

VI

Pelo exposto, o Ministério Público manifesta-se no sentido de que o Tribunal de Contas da União:

a) rejeite as alegações de defesa oferecidas pelos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, com fulcro nos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 202, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, fixando-lhes novo e improrrogável prazo de quinze dias, a contar da ciência, para que comprovem o recolhimento das importâncias abaixo especificadas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente, a partir das datas indicadas, até a data do seu efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
131601	11.453,38	21/11/2007
137201	21.542,40	9/8/2007
127464	11.561,09	21/11/2007

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

É o relatório.