

GRUPO II – CLASSE IV – PLENÁRIO

TC-004.599/2010-1

Natureza: Tomada de Contas Especial

Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

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); Medcommerce Com. de Med. e Prod. Hospitalares Ltda. (37.396.017/0006-24)

Interessado: Secretaria Municipal de Saúde No Estado de Goiás (25.141.524/0001-23)

Advogados constituídos nos autos: Marcus Vinicius L. L. de Freitas (OAB/GO 14.282); Suraya Mamede Sulaimem (OAB/GO 28.352)

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

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás (SES/GO), a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em decorrência de realização de pagamentos irregulares à empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., no valor total de R\$ 17.151,13, para aquisição de medicamentos de alto custo com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 004/2006, promovido pela SES/GO para a aquisição de medicamentos para abastecimento da Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa, continha previsão em seu item 5.3 de que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS (fls. 224-v. 1).

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

4. A comissão de tomada de contas especial calculou a diferença paga a maior à empresa, chegando aos valores registrados na tabela a seguir.

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago (R\$)	Valor Indevido (R\$)
048125	18/09/2006	156,00	26,52
047762	18/09/2006	20.936,70	3.559,44

048041	18/09/2006	20.936,70	3.559,44
048939	23/4/2007	58.857,22	10.005,73
			17.151,13

5. Nos pagamentos seguintes às apurações, verificou-se que a SES/GO passou a reter os valores indevidamente lançados nas notas fiscais.

6. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu pela existência de dano, consoante a tabela supra, e a responsabilização do ex-Secretário de Saúde e do ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO por autorizaram os pagamentos, bem como do ex-Pregoeiro e da empresa beneficiária (fls. 1049/1074-v.5).

7. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Sr^a Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (fls. 1080/1083-v. 5).

8. No âmbito deste Tribunal, foram citados solidariamente o Sr. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário Estadual de Saúde, o Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, o Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, e a empresa Medcommerce Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.

9. As alegações de defesa foram examinadas pela Secex/GO em análise que reproduzo a seguir em seus trechos essenciais e com ajustes de forma (fls. 1191/1199-v. 5):

“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 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 **Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.** apresentou suas alegações de defesa (fls.1122/1155), acompanhada de documentos (fls.1156/1159). A defesa apresentou um breve resumo das teses que pretende defender (fls. 1123/1128): I – Apresentou proposta, de forma clara e expressa, sem a oneração do ICMS, portanto não existe débito a ser ressarcido; II – Caso haja condenação, o percentual de devolução corresponderia à 10% e não aos 17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6º, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE; III – Em caso de condenação acredita que os valores em referência devem ser cobrados da SES/GO – e não da Medcommerce, sob pena desta sofrer um *bis in idem*. Em seguida, após tecer considerações iniciais (fl. 1126) adentrou a fundamentação de sua defesa.

9. De início, foi alegada em sua defesa que houve erro por parte do Corpo Técnico do TCU ao citá-la pela quantia correspondente a R\$ 17.151,13 (dezessete mil, cento e cinquenta e um reais e treze centavos). Segundo o defendente este valor estaria retido pela Secretaria de Estado da Saúde/GO, conforme declaração do Senhor Secretário Estadual de Saúde de Goiás constante nos autos à folha 1034. Entretanto tal declaração tem conteúdo genérico e não especifica valores, de outro modo, na conclusão do Relatório Conclusivo n.º 006/2009 (fl.1071), que serviu de base para se chegar ao débito quantificado, tem-se o Relatório detalhado de todas as quantias pagas. Sendo que a defendente não demonstrou a alegação apresentada, permanecendo o valor quantificado.

10. Em seguida, foi demonstrada a tempestividade da defesa (fl.1128). Na sequência, alegou que o entendimento do TCU encontra-se completamente equivocado (fl.1129). Porém não apresenta suporte material à defesa.

11. Dando seguimento, a empresa apresentou justificativas quanto ao fato de poucas empresas participarem do certame (fl.1130/1133), seria a exigência contida no item 5.1.13 do Pregão n.º 004/2006, dispondo que as empresas deveriam conter Carta de Credenciamento junto ao detentor do registro do medicamento no Ministério da Saúde, no caso de distribuidores, conforme artigo 5º, § 3º, da portaria n.º 2.814 – GM/98 do Ministério da Saúde. [

12. De fato, a explicação dada traz elementos aos autos para explicar a participação da citada no certame de forme legal, porém não suficientes para afastar o débito imputado.

13. Na alegação seguinte, sobre a desoneração do preço ofertado (fls.1133/1148), a citada apresenta fundamento na doutrina (fl.1135) para criticar a pretensão da Administração em modificar o entendimento firmado à época da licitação, no qual afirma que apresentou sua proposta com os preços desonerados do valor correspondente ao ICMS, seguindo orientação da Gerência de Orientação Tributária da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, conforme Parecer n.º 104/04-GOT (fl.1136). Assim, a Administração estaria ferindo os princípios constitucionais do Ato Jurídico Perfeito, da Segurança Jurídica e demais princípios administrativos como a presunção de legitimidade dos atos administrativos (1140) e equilíbrio da equação econômico-financeira das propostas (1143).

14. 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, ter 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 n.º 87/2002.

15. 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 n.º 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 regula 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.

16. Deve ser observado que o Ato Jurídico Perfeito tem incluso no seu conceito o instituto da perfeição, ou seja, livre de vícios ou ilegalidades. No presente caso, apontando-se a irregularidade cometida à época, não se pode invocar a perfeição dos atos que estão maculados na origem. No mesmo sentido, o princípio da Segurança Jurídica conspira de maneira contrária aos atos praticados pela Administração em conjunto com a conduta da contratada, que juntos acabaram por lesar o Erário. De tal modo, também o equilíbrio financeiro não pode ser invocado para corroborar práticas que promovam prejuízo ao Erário, ou seja, que apresentem custos para a Administração sem a devida contrapartida de bens ou serviços. Assim, não cabe acolhimento aos argumentos apresentados pela responsável.

17. Na discussão sobre o percentual de devolução (fls.1148/1154), caso seja condenada, alega a defesa que este percentual corresponderia à 10% e não aos 17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6º, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE; (fl.1153/1154), a defesa tenta demonstrar, por meio de discussões tributárias que a empresa Medcommerce, por ter adotado uma tarifa de desconto de 17%, quando na verdade teria direito a descontar apenas 10%, possui um crédito com a SES/GO de 7%.

18. (...) Veja que a interpretação de que os impostos inclusos são os incidentes e não os isentos é uma interpretação unilateral feita pela citada. Pois o edital prediz o contrário ao dispor sobre a inclusão de todos os impostos. Além do que, a legislação específica reforça que os preços devem ser oferecidos incluindo-se o valor da alíquota do ICMS, para ser destacado na Nota Fiscal, com o fim de abatimento, em função da isenção dada pelo Convênio CONFAZ ICMS n.º 87/2002. Portanto, não há dúvida quanto a essa interpretação legal a ser dada ao edital e ao Convênio que rege a matéria. Fato que impossibilita o acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa.

19. Entretanto, nos autos, está sendo preservado o direito de desoneração de 17% referente ao ICMS garantido pelo Convênio CONFAZ ICMS n.º 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.

20. Ademais, o benefício fiscal pretendido pela defesa não é cumulativo, conforme § 1º da Cláusula primeira do mesmo diploma apresentado por ela (TARE n.º 037/04-GSF). Portanto, não cabe acolhimento às justificativas apresentadas.

21. Os argumentos trazidos pela citada não foi diferente da apresentada pelas demais citadas, pretendendo demonstrar que suas propostas iniciais já consideravam a desoneração da alíquota de 17% referente ao ICMS. Assim, sob os fundamentos legais de que a prática utilizada pela citada no recebimento de sua fatura restou contrária ao previsto tanto no edital quanto na legislação específica, por não desonerar o valor correspondente ao ICMS incluso no preço inicial, refuta-se o acolhimento das razões oferecidas.

22. Por fim, a citada requer, em caso de condenação, que os valores a serem ressarcidos sejam cobrados da SES, em função do valor retido por aquele Órgão (fls.1154). Entretanto, tal expectativa de quitação de débito não parece ser o caminho legal a ser dado, uma vez que a SES não está sendo imputada como devedora, nem tampouco o TCU tem o Órgão Estadual na sua jurisdição. Fatos que poderiam gerar outros tipos de conflitos financeiros entre a citada e o aquele Órgão Estadual. De maneira que o conflito poderia ser resolvido com a devolução do débito imputado pela própria citada, ou pelos responsáveis solidários. Portanto, não cabe acolhida ao pedido da defesa.

23. Na sequência dos autos, foi apresentada em conjunto a defesa dos responsáveis, senhor **Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges** (fls.1161/1180), acompanhada de documentos (fls.1181/1187), referente à solidariedade com a empresa Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.

24. Inicia-se a defesa trazendo um breve **relato dos fatos**, constantes nos autos. Em seguida apresentam as **providências administrativas adotadas pelos gestores** em questão, a partir do conhecimento dos fatos, com finalidade de se obter o valor pago indevidamente (fl.1162/1164).

25. Na sequência (fls.1164/1166), 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.

26. 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.

27. Outro ponto tocado na defesa é a **discussão do direito** (fl.1166/1172), 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.

28. Ante as explanações, 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 n.º 005/2008 (fls. 1529 e 1534)) nas Planilhas referentes às duas empresas envolvidas, 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.

29. Ainda, em defesa (fl.1172), 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** (fl.1173) da TCE.

30. 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.

31. A defesa segue (fls.1174/1176), alegando a **ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa**. Quanto à ausência de dolo, está 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.

32. Ainda em defesa, é apresentada a **contestação da responsabilização solidária dos gestores** nestes autos (fls.1176/1177). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp n.º 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.

33. Veja que é clara a responsabilidade dos gestores, o senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela **autorização** para os pagamentos feitos à empresa MEDCOMERCE – COMERCIAL DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES (pregão n.º 004/2006 - fl.1049), 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 mesma empresa (pregão n.º 004/2006 - fl.1049), 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.

34. 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 com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe colhida aos argumentos apresentados pela defesa.

35. Quanto às **ações esperadas por homem médio** (fl.1177/1178), 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.

36. Por fim, a defesa alega boa fé na troca de fontes orçamentárias(fl.1179). 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.

37. Porquanto, e apenas supondo ser entendida a boa fé dos gestores, enquanto os recursos não forem devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde resta configurado débito para com a União.

CONCLUSÃO

38. Com efeito, 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 devido ao fato do ato por ele cometido, durante a realização do pregão, 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.

39. 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 à empresas envolvida e **recebimentos irregulares** por parte desta (pregão n.º 004/2006 - fl.1049), levando-se em consideração que o valor dos produtos considerado para efeito de

pagamento constante nas Notas Fiscais estava onerado com o valor do ICMS, sendo que as empresas deveriam ter recebido o valor do medicamento considerando-se a dedução do valor referente ao ICMS, fato irregular por contrariar o disposto no Edital e no Convênio CONFAZ ICMS n.º 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

40. 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 n.º 8.443/92).

PROPOSTA

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

I - irregulares, nos termos do artigo 16, III, “C”; c/c artigo 19 da Lei de n.º 8.443/92, as presentes contas, condenando o senhor **Cairo Alberto de Freitas**, ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, CPF: 216.542.981-15; em solidariedade com o senhor **Antônio Durval de Oliveira Borges**, ex-Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde –GO, CPF: 194.347.401-00 e a empresa **MEDCOMERCE – Comercial de Medicamentos e 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 pela terceira de pagamentos indevidos (pregão n.º 004/2006), 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 n.º 87/2002, que se concretizou nos débitos apurados.

DÉBITO (fl.1063): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa MEDCOMERCE – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido
048125	18/09/2006	R\$ 156,00	R\$ 26,52
047762	18/09/2006	R\$ 20.936,70	R\$ 3.559,44
048041	18/09/2006	R\$ 20.936,70	R\$ 3.559,44
048939	23/4/2007	R\$ 58.857,22	R\$ 10.005,73
			R\$ 17.151,13

II - fixar o prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir do recebimento da notificação, para que os responsáveis comprovem perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea "a" do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Saúde;

III - aplicar aos responsáveis, senhor Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, CPF: 216.542.981-15; senhor Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde –GO, CPF: 194.347.401-00 e à empresa MEDCOMERCE – COMERCIAL DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES; a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/92, no valor a ser arbitrado pela Egrégia Corte de Contas, individualmente, em razão das irregularidades praticadas na condução da execução dos contratos originados do pregão n.º 004/2006, ocasionando débito injustificado ao Erário, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, a, do RI/TCU), o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, acrescida da correção monetária calculada a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação, caso não atendida a notificação;

IV - autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

V- O encaminhamento de cópia do Acórdão, Voto e Relatório a serem proferidos ao Ministério Público da União, para subsídio ao possível ajuizamento das ações civis e penais cabíveis".

10. O MP/TCU concordou com a proposta de excluir a responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, porém divergiu do restante das proposições da Secex/GO por considerar cabível efetuar-se o arquivamento do processo, conforme defendido no parecer que segue transcrito (fls. 1201 v. 5).

"3. Quanto ao responsável Adriano Kennen de Barros, pregoeiro incumbido da licitação em exame, a unidade técnica manifesta-se pela exclusão de sua responsabilidade, considerando que o ato por ele cometido durante a realização do pregão, mais especificamente na etapa de classificação, não trouxe impacto no resultado da irregularidade ora apurada, que ocorreu no ato do pagamento.

4. No mérito, o Ministério Público aquiesce, em linhas gerais, às conclusões da unidade técnica, inclusive no que se refere à exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros em relação aos fatos mencionados nesta TCE.

5. Entretanto, observo que o débito, atualizado monetariamente até 03/12/2010, sem a inclusão de juros, totaliza a importância de R\$ 20.624,84 (vinte mil, seiscentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos), conforme demonstrativo de débito anexado nesta oportunidade aos autos.

6. Como visto, tal quantia é inferior ao limite mínimo de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), fixado pela IN TCU 56/2007 para a instauração e encaminhamento de TCE para julgamento do TCU e que também é utilizado como parâmetro para o arquivamento de tomadas de contas especiais já constantes no Tribunal, por economia processual.

7. Desse modo, considerando que a recomposição do dano ao erário deve pautar-se pelos princípios da racionalização administrativa e da economia processual, de modo a evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Ministério Público entende, com as vênias de estilo, que a melhor solução, neste caso concreto, é o arquivamento do processo, sem julgamento de mérito, com base na orientação expressa no subitem 9.2 do Acórdão 2.647/2007 - Plenário, c/c os artigos 5º, § 1º, inciso III, e 10 da referida IN TCU 56/2007.

8. Ante o exposto, este representante do MP/TCU, com fundamento no subitem 9.2 do Acórdão 2.647/2007 - Plenário, c/c os artigos 5º, § 1º, inciso III, e 10 da referida IN TCU 56/2007, sugere a exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros e o arquivamento dos presentes autos, dando-se ciência da deliberação a ser proferida ao órgão instaurador da TCE e aos responsáveis."

11. Em que pese os autos já contarem com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, determinei, conforme despachos de página 53 da peça 24, e peça 27, o retorno do processo à unidade técnica, seguindo a mesma linha adotada no TC-004.589/2010-6, em 4/4/2011, com vistas a conferir tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, em decorrência da realização de pagamentos às empresas contratadas sem a dedução do valor referente ao ICMS, em desacordo com as regras fixadas nos editais dos respectivos pregões.

12. Em nova análise, a Secex/GO assim se pronunciou (peças 29-30):

"Superfaturamento de medicamentos

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

preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora – conforme inclusão expressamente determinada pelo Relator –, passariam a responder pelo débito.

7. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. A comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 004/2006 (peça 2, p. 2, 8 e 22; peça 3, p. 9, 12, 16 e 36-38) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 11, p. 11-15), indica que a aquisição (exceto o item 7 – deserto) se deu em observância ao parâmetro previamente estabelecido.

Cobrança indevida de tributo

8. 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.

9. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema 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. Apesar da resposta apresentada negar a ocorrência de retenção (peça 28), tem-se a considerar que a referida empresa não é responsabilizada neste processo.

10. Resta abordar sobre uma questão levantada em 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 dupla incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício (peça 5, p. 25), cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do imposto. Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contemplou a incidência do tributo, 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.

11. Entende-se, portanto, que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. Entende-se que a estimativa de preços promovida dentro da licitação possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa a imputação de débito constante dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

12. Por fim, ressalte-se que o valor do débito ora discutido, atualizado até a presente data, totaliza R\$ 23.147,17, estando, portanto, acima do valor fixado no art. 11 da IN TCU 56/2007.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a merecer uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica não se diferencia da anterior, mesmo considerando que a data correlativa à nota fiscal 048939, indicada na última

instrução, não é a de 23/4/2007 e sim de 18/9/2006, conforme indica planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 22, p. 13). De qualquer modo, mantém-se a data anterior para evitar alegação de que a mudança da data poderia acarretar prejuízo ao exercício de defesa dos responsáveis.

14. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 24, p. 41-48), 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 e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, ‘b’ e ‘c’ da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos à aludida empresa, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 004/2006, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

c) condenar os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como a empresa Medcommerce – Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento da dívida que se lhes refere ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas 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
048125	26,52	18/9/2006
047762	3.559,44	18/9/2006
048041	3.559,44	18/9/2006
048939	10.005,73	18/9/2006

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

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

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

13. O Ministério Público/TCU, desta vez representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, assim se manifestou, conforme excerto a seguir (peça 31):

“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.

Assim, o Ministério Público, revendo seu posicionamento anterior, entende que, apesar de

o débito tratado neste processo, atualizado monetariamente até a data da autuação desta TCE, ser inferior ao estabelecido na IN TCU 56/2007, não há falar em arquivamento dos autos, visto que, se consideradas todas as TCEs instauradas por força do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, a soma dos débitos imputados aos responsáveis ora arrolados, decorrentes do esquema acima descrito, em muito superam aquele valor.

Outrossim, os exames que tratem de fatos em comum aos processos podem sempre ser aproveitados.

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

‘Ignora a unidade técnica que esse assunto foi detalhadamente discutido no parecer anterior do Ministério Público [...], em que se demonstrou que, comparando-se os preços cobrados pela empresa Hospfar com preços de referência obtidos da revista especializada Simpro, estes devidamente desonerados de ICMS, tal como previsto na legislação, verifica-se expressivo superfaturamento, superior a R\$ 1,5 milhão.

Então, não só não há elementos nos autos que demonstrem que o preço cobrado pela Hospfar estivesse abaixo do preço de mercado, como os há demonstrando exatamente o contrário! Ou seja, que a falta da desoneração prevista na legislação conduziu à ocorrência de superfaturamento’.

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

‘A pretexto de cumprir essa condição, a Hospfar e a Prodiel, ao emitir suas notas fiscais, elevaram os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos preços contratados. Ora, como estes já continham o ICMS incluso, de acordo com as disposições editalícias e contratuais mencionadas, as empresas praticaram desoneração apenas aparente, pois, na verdade, mantiveram intocados os preços contratados’.

Tendo em vista 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 a alegada ‘retenção de crédito’, segundo a resposta encaminhada pela SES/GO (peça 28), em atenção à diligência promovida pela Secex/GO, ao cumprir o despacho de Vossa Excelência, o débito apurado persiste.

III

O edital do Pregão 4/2006 – CPL/SES, que precedeu a contratação das empresas Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Ltda., determinava expressamente que (peça 5, p. 24):

‘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 custos diretos e indiretos necessários ao cumprimento do objeto ora licitado, inclusive os decorrentes de troca de produto dentro do prazo de garantia, se for o caso.’

A mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 5, p. 25):

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

O Contrato 47/2007, firmado com a Medcommerce, igualmente, trazia essa exigência (peça 13, p. 38):

‘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.’

Os medicamentos adquiridos estavam, portanto, isentos de ICMS. Apesar da clareza desses dispositivos, a contratada 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.

O Convênio ICMS 87/2002 esclarecia 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.’

A pretexto de cumprir essa condição, a Medcommerce, ao emitir suas notas fiscais, elevava 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, a empresa praticava desoneração apenas aparente, pois, na verdade, mantinha intocados os preços contratados.

Portanto, a empresa cobrava da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, sendo que a legislação determinava que os preços deveriam ser desonerados desse imposto.

A defendente alegou, em sua defesa, 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 4/2006 – CPL/SES contém a seguinte observação (peça 5, p. 25):

‘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).

É claro, então, que o edital não previa a incidência de ICMS sobre os produtos a serem adquiridos, 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.

A contratada, ainda, 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.

A empresa prossegue declarando que, desde o início do procedimento licitatório, deixou claro que seus preços estavam cotados sem a inclusão de ICMS.

Porém, isso é uma meia-verdade. A Medcommerce emitiu duas declarações que teriam sido

encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 13.3.2006, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 (peça 9, p. 40), a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 9, p. 24):

‘Nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irredutíveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta, e/ou conforme Lei 8.666, de 21 de junho de 1993’.

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

Na verdade, a contratada indicava apenas um valor em suas propostas e, só na execução contratual, informava 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.

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

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

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

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

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

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

No entanto, apesar de o edital determinar que os preços devessem ser desonerados do ICMS, a empresa contratada cobrava da SES/GO preços indevidamente acrescidos desse imposto.

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 indigência desse argumento é manifesta. Afinal, por que motivo alguma empresa, podendo vender seus produtos com abatimento de 17% de tributos, optaria por vendê-los abatendo apenas 7%? Isso, além de desarrazoado, é vedado por lei. A Lei 4.852/1997, na alínea ‘b’ do citado inc. VIII, estabelece que:

‘b) o benefício não se aplica à operação:

1. já contemplada com outra redução de base de cálculo ou concessão de crédito outorgado, sendo facultada a opção pelo benefício mais favorável;’

(Redação dada pelo Decreto 5.067, de 25.6.1999, com vigência de 1º.5.1999 a 31.7.2008).

Assim, já estando totalmente isenta de ICMS, a empresa não pode pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%. A própria empresa, aliás, demonstra estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%.

Destaca, em suas alegações, 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. Ao se consultar 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%').

Ocorre que, como já amplamente discutido neste parecer, a empresa deveria ter cobrado preços desonerados de ICMS, como determina a legislação. Logo, para avaliar a adesão dos preços cobrados pela empresa aos preços de mercado, estes últimos devem ser cotados com exclusão do ICMS.

IV

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 24, pp. 10/40), 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.

V

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
048125	26,52	18/9/2006

047762	3.559,44	18/9/2006
048041	3.559,44	18/9/2006
048939	10.005,73	18/9/2006

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

É o relatório.