

GRUPO II - CLASSE IV - Plenário

TC-008.959/2009-7

Natureza: Tomada de contas especial

Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás/SES/GO

Responsáveis: Adriano Kennen de Barros, CPF 418.679.711-00; Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00; Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15; Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21; Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 37.396.017/0001-10.

Representação Legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO 11.703; Georges Louis Hage Humbert, OAB/BA 21.872; Marcus Vinicius Labre Lemos de Freitas, OAB/GO 14.282; e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. PAGAMENTOS EFETUADOS SEM EFETIVA DESONERAÇÃO DE ICMS. CITAÇÃO SOLIDÁRIA. NÃO DESONERAÇÃO POR OCASIÃO DO PAGAMENTO DA FATURA. ISENÇÃO FISCAL FICTICIAMENTE CONSIDERADA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. DETERMINAÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 130/2006, 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, consubstanciada no TC-017.576/2005-2, 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 (Hospfar, Milênio e Medcommerce), conforme consta registrado nos itens 61 a 63 da instrução integrante do relatório que precedeu o Acórdão 45/2008 - TCU - 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 à 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 - TCU - 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 130/2006-SES/GO. Para a produção de seu relatório, a comissão também tomou depoimentos de envolvidos no processo de aquisição dos medicamentos (fls. 40/47, peça nº 30).

6. O relatório conclusivo da Comissão de Tomada de Contas Especial (Relatório Conclusivo 005/2008) consta às folhas 37/52, peça nº 31, e 1/19, peça nº 32. Ali se consignou, primeiramente, que os itens licitados por intermédio do Pregão 130/2006 foram adjudicados a quatro empresas, a saber, Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Sanval Comércio e Indústria Ltda. e Comercial Cirúrgica Rioclarense. Após a análise de cada uma dessas contratações e da correspondente execução contratual, a comissão de TCE chegou às seguintes conclusões:

a) em relação à empresa Hospfâr, foi identificado um dano concreto no montante de R\$ 288.670,83, resultante da soma das importâncias de R\$ 55.157,49, decorrente da indevida oneração de preços com o ICMS, de R\$ 51.028,98, atinente ao pagamento superior ao total faturado pela empresa em suas notas fiscais, e de R\$ 182.484,36, relativo ao pagamento de notas fiscais que não possuem o atesto de recebimento e quantitativo de produtos - cabendo o registro de que, no caso dessa empresa, todos os pagamentos promovidos foram lastreados por recursos federais;

b) no que tange à empresa Medcommerce, apurou-se um dano concreto total de R\$ 771.611,77, resultante da soma das parcelas de R\$ 630.579,15, decorrente da indevida oneração de preços com o ICMS, e de R\$ 141.032,62, relativo ao pagamento superior ao total faturado pela empresa em suas notas fiscais - sendo que, do total de prejuízos atribuído à empresa, o montante de R\$ 610.653,55 foi lastreado por recursos federais, enquanto a diferença restante, de R\$ 160.958,21, foi suportada por recursos estaduais;

c) quanto à empresa Rioclarense, a comissão constatou um dano concreto de apenas R\$ 307,68, resultante da indevida oneração de preços com o ICMS, integralmente suportado por recursos estaduais;

d) no que se refere à empresa Sanval, não chegou a ser identificado um dano concreto, tendo em vista não haver ocorrido o pagamento integral do valor cobrado nas notas fiscais por ela emitidas.

7. Os responsáveis solidários pelo dano, no que se refere aos recursos federais envolvidos, 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; d) Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.; e) Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.

8. Instrução inicial da Secex/GO propôs a citação solidária desses responsáveis (fls. 37/44, peça nº 32). Com o transcurso do prazo para a apresentação das alegações de defesa, a unidade técnica novamente instruiu o feito (fls. 42/52, peça nº 40), com o seguinte posicionamento acerca do mérito destas contas (transcrição dos excertos principais, cabendo o registro de que as referências de folhas existentes no texto dizem respeito à numeração observada quando o processo ainda era físico):

“[...]”

4. Deve ser mencionado que, quanto aos débitos apurados, não se levou em conta o débito levantado no Relatório Conclusivo, referente às empresas: Rio Clarense, pelo fato de a fonte de recursos não ser federal (23); e Sanval, por não ter havido débito concreto.

[...]”

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 **Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.** apresentou suas alegações de defesa (fls. 1639/1667), acompanhada de documentos (fls. 1668/1721). A defesa apresentou um breve resumo das teses que pretende defender (fls. 1640/1641): 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 a 10% e não aos 17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6º, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE; 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. 1642), adentrou à fundamentação de sua defesa.

9. De início, foi demonstrada a tempestividade da defesa (fl. 1643). Em seguida, a empresa apresentou justificativas, quanto ao fato de poucas empresas participarem do certame (fl. 1644/1647), seria a exigência contida no item 5.1.8 do Pregão 130/2006, 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 2.814 - GM 98 do Ministério da Saúde.

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

11. Na alegação seguinte, sobre a desoneração do preço ofertado (fls. 1648/1661), a citada apresenta fundamento na doutrina (fl. 1649) 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 104/04-GOT (fl. 1651). 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 e equilíbrio da equação econômico-financeira das propostas.

12. Na discussão sobre o percentual de devolução (fls. 1661/1666), caso seja condenada, alega que este percentual corresponderia a 10% e não aos 17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6º, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE; (fl. 1423/1431), a defesa tenta demonstrar, por meio de discussões tributárias, que a empresa Milênio, 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%.

13. Sabe-se, porém, que a classificação das propostas está adstrita à obediência ao edital e à legislação específica, não cabendo o uso de interpretação espúria para se mudar o sentido legal que envolve o ato de contratar com a Administração. 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 87/2002. Portanto, não há dúvida quanto a interpretação legal a ser dada ao edital e ao Convênio que rege a matéria. Fato que impossibilita o acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa.

14. A defesa apresentada 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, não cabe acolhida aos argumentos apresentados.

15. 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. 1666/1667). 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.

16. A empresa **Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.** apresentou suas alegações de defesa (fls. 1742/1782), acompanhadas de documentos (fls. 1783/1889).

17. Em princípio, a defesa fundamentou-se em preliminares. A primeira delas 'I.I - Falta de correta tipificação - nulidade' (fls. 1742/1745), alega a citada que a tipificação correta para o caso seria a violação ao Convênio Confaz ICMS 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 26/2003.

18. De fato a especificidade dada pelo Convênio Confaz ICMS 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 infringidos.

19. Na segunda preliminar 'I.II - Falta de tipicidade para Tomada de Contas Especial' (fls. 1745/1747), a defesa alega (fl. 1745) que os preços dos medicamentos em questão vendidos no Pregão 130/2005 foram praticados de acordo com os preços de mercado à ocasião, salientando a observação constante no Relatório Conclusivo 005/2008 da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás de que houve economia com relação aos preços praticados em outros procedimentos. Continua sua defesa alegando que os preços apresentados já estavam desonerados do ICMS 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 a Tomada de Contas Especial. Nessa argumentação pretende demonstrar que a TCE não apresenta todos os elementos constitutivos necessários para o seu procedimento.

20. 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, os cobrados nesta TCE referem-se a valores pagos sem a desoneração do ICMS, conforme pode-se averiguar no Relatório Conclusivo 005/2008 (fl. 1518) nas Planilhas referentes à empresa envolvida, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Portanto, não se configura a descaracterização dos pressupostos de validade de instauração deste procedimento.

21. Superadas as preliminares, segue-se à análise do mérito (fls. 1751), II.I - Do Pregão 130/05 (fl. 1518); nas suas alegações iniciais, a defesa apresenta a tese de que praticou o preço já considerando a desoneração referente ao ICMS, seguindo as orientações ditadas por lei, portanto, não haveria que se questionar ilegalidade nesse ato. Para reforçar sua tese, apresenta Despacho da Procuradoria Geral do Estado 'AG' 007332 de 24/08/2007 (fl. 1754), 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.

22. Portanto, ou a administração pagou a mais nos pagamentos feitos considerando-se que os valores ofertados não estavam desonerados e teria crédito com as empresas, ou a administração estaria cobrando indevidamente das empresas caso os preços ofertados por elas já estivessem desonerados do valor do ICMS. 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.** Uma vez que, à luz da legalidade nos preços ofertados, o valor do ICMS deveria estar incluso, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

23. Na sequência, a defesa lançou a mão da tese de preclusão administrativa, II.II - Desclassificação da Proposta Inexistente - Preclusão (fl. 1759); 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.

24. 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 dado pela legislação específica. Portanto, não cabe acolhida ao argumento apresentado.

25. Na tese seguinte, II.III - Desoneração - Impossibilidade de aplicação de sanção legalidade (fl. 1776), 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.

26. 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 87/2002.

27. 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 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.

28. 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. 1776). 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.15 (fls. 1875/1877).

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

30. Ademais, o benefício fiscal pretendido pela defesa não é cumulativo, conforme § 1º da Cláusula primeira do mesmo diploma apresentado por ela (Tare 037/04-GSF). Portanto, não cabe acolhimento ao argumento da defesa.

31. Ainda, apresenta a defesa a alegação (fl. 1778) 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.

32. 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 referente à empresa envolvida (fl. 1529). Portanto, não cabe acolhimento dos argumentos levantados pela defesa.

33. Em seguida, o citado aduz o **princípio da Boa Fé** (fl. 1780), alegando em sua defesa que, caso tenha ocorrido alguma irregularidade, essa ocorreu por conta dos gestores públicos, que a empresa se ateu a respeitar os ditames legais e atender o interesse público.

34. 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.

35. 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.

36. Em seguida, foi apresentada em conjunto a defesa dos responsáveis, senhores **Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges** (fls. 1890/1910), acompanhada de documentos (fls. 1911/1918), referente à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Outra defesa (fls. 1919/1939), acompanhada de documentos (fls. 1940/1946 - fls. 1950/1959), referente à empresa Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. Sendo que as duas defesas têm o mesmo conteúdo material, apenas mudando o sujeito passivo solidário, será referenciada apenas a primeira defesa, estendendo-se sua análise à outra.

37. 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. 1893/1894).

38. Na sequência (fls. 1894/1896), 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.

39. 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.

40. Outro ponto tocado na defesa é a **discussão do direito** (fl. 1896/1902), 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.

41. 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 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.

42. Ainda, em defesa (fl. 1902), 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.

43. 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.

44. A defesa segue (fls. 1904/1906) 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.

45. Ainda em defesa, é apresentada a **contestação da responsabilização solidária dos gestores** nestes autos (fls. 1906/1907). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp. 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.

46. 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 (pregão 130/2006 - fl. 1559), 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 às duas empresas envolvidas (pregão 130/2006 - fl. 1559), 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.

47. 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 acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

48. Quanto às **ações esperadas por homem médio** (fl. 1907/1908), 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.

49. Por fim, a defesa alega boa-fé na troca de fontes orçamentárias (fls. 1908/1909). 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.

50. Porquanto, embora possa ser entendida a boa-fé dos gestores e inclusive as das empresas contratadas, enquanto os recursos não forem devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde resta configurado débito para com a União.

CONCLUSÃO

51. 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.

52. 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 130/2006 - fl. 1559), 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 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

53. 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. Este só é concedido no caso de vendas à Administração Pública.

54. 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 8.443/92).

[...]"

9. Com essa análise das alegações de defesa, a Secex/GO concluiu a instrução alvitrando 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 e Antônio Durval de Oliveira Borges e das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce -

Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. ao pagamento do débito solidário, em montantes originais calculados em R\$ 106.186,47, no que tange ao débito solidário com a empresa Hospfar, e em R\$ 610.653,55, no que se refere ao débito solidário com a empresa Medcommerce, atualizados monetariamente e acrescidos 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 pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, este deveria ser excluído da relação processual.

10. Os autos foram então remetidos ao Ministério Público/TCU, lá recebendo o parecer do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico (fls. 54/56, peça nº 40), vazado nos seguintes termos:

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada em decorrência de determinação contida no Acórdão 45/2008 - Plenário, visando a apurar irregularidades na aplicação de recursos federais do SUS por meio do Pregão 130/2006, realizado pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás /SES/GO para aquisição de medicamentos de alto custo.

Em linhas gerais, o débito consiste em pagamentos indevidos nos quais a empresa elevava artificialmente o valor inicial dos medicamentos expressos na ordem de fornecimento e, por ocasião da emissão da nota fiscal, destacava a isenção do ICMS em 17% (Convênio Confaz/ICMS 087/2002), de modo que o valor final resultava igual ao inicialmente expresso na ordem de fornecimento, ou seja, tornando inócua a isenção.

Após a instrução regular, a Secex/GO propôs, em síntese, a exclusão de responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, considerando que os atos por ele praticados na classificação das propostas não repercutiram nos pagamentos irregulares, e a irregularidade das presentes contas, condenando-se em débito os demais responsáveis, solidariamente com as empresas Hospfar e Medcommerce, além de aplicar-lhes multas.

Feito esse relato, manifestamo-nos, em essência, favoravelmente à proposta oferecida pela Secex/GO às fls. 1960/1970, sem prejuízo das seguintes considerações.

De início, cabe firmar a premissa de que os critérios para classificação de propostas são aqueles previstos no edital que, por sua vez, deve estar em conformidade com a legislação pertinente. No caso, inclusive, o ato convocatório foi bastante claro no sentido de que as propostas de preço deveriam incluir todos os tributos, e, mais especificamente, 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 5.825 de 05.09.2003 (...), que concede isenção do recolhimento do 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.’** (grifamos)

Ademais, as propostas de preço das empresas vencedoras foram negociadas e classificadas com base em planilha contemplando os valores tais como praticados no mercado e, sendo a isenção um benefício de caráter pessoal, naturalmente não é considerada na formação do preço de mercado. Insustentável, pois, o confuso procedimento aduzido pelos responsáveis de apresentação de uma proposta supostamente desonerada, a qual seria novamente onerada por ocasião do fornecimento, para então ser enfim novamente desonerada na emissão da nota fiscal.

Por outro lado, como outras razões independentes para improcedência da alegação dos responsáveis de que as propostas teriam sido apresentadas desoneradas do ICMS, ressaltamos que, sendo a isenção um benefício pessoal e revogável, não seria possível afirmar a sua ocorrência futura, quando poderia ter sido revogada ou ter seu percentual modificado até que ocorresse o fato gerador do tributo, o qual também materializa a isenção. Além disso, cabe considerar a possibilidade de que outro ente federado pretendesse aderir ao registro de preços da SES/GO para aquisição de medicamentos de seu interesse, hipótese na qual as diferenças interestaduais nas alíquotas do ICMS, ou mesmo da própria existência de isenção, desautorizariam a apresentação de propostas que não expressassem o valor de mercado, ou seja, sem quaisquer deduções.

Com efeito, independente das razões apresentadas pelos responsáveis, não cabe discutir se as propostas apresentadas estavam, ou não, desoneradas do ICMS em 17%, na medida em que a cotação de preços conforme o mercado - ou seja, incluindo todos os tributos - é a única conclusão respaldada no edital, no contrato e na legislação pertinente.

Assim, também não prospera a alegação de prejuízo em razão de uma suposta conformidade das propostas com os valores de mercado, pois a multicitada isenção de ICMS em 17% acabou sendo desconsiderada por ocasião dos pagamentos.

Quanto à pretensão das empresas de que ao menos seja considerada a isenção de ICMS para 10% em razão do fornecimento atacadista de medicamentos, com fulcro no art. 8º, inc. VIII, do Anexo IX da Lei Estadual 4.852/97, ressaltamos que tal isenção não foi mencionada nas propostas de preço e, de toda forma, não seria cumulativa com a isenção de 17% do ICMS em razão do fornecimento de medicamentos ao poder público, hipótese aplicável por ser mais abrangente, bem como por conta do princípio da especialidade.

Na avaliação das condutas, não se vislumbra a boa-fé por parte das empresas, pois receberam os pagamentos em valor superior ao contratualmente previsto e tiveram uma participação ativa no escuso procedimento consistente em elevar artificialmente os valores unitários expressos nas ordens de fornecimento, de modo que o posterior desconto da isenção não lograsse sua finalidade. Tampouco dos responsáveis pela SES/GO, pois autorizaram os pagamentos indevidos, inclusive após serem alertados pelo órgão jurídico estadual, sendo que as providências de bloqueios e retenções por eles posteriormente adotadas não foram eficazes, de modo definitivo, para obstar o dano ao erário federal.

Por outro lado, justifica-se a proposta da Secex/GO de exclusão pregoeiro, Adriano Kennen de Barros, uma vez que os elementos dos autos não permitem estabelecer um nexo causal entre a irregularidade ocorrida nos pagamentos e alguma ação ou omissão dele nas fases interna e externa da licitação. Perceba-se que afirmar a responsabilidade do pregoeiro fragilizaria a própria origem dos débitos, pois, numa interpretação a *contrariu sensu*, implicaria reconhecer alguma possibilidade de que as propostas de preço pudessem ter sido apresentadas desoneradas de ICMS, o que entendemos estar fora de cogitação.

Em vez disso, as propostas foram negociadas e classificadas em face de planilha orçamentária que refletia os valores de mercado - vale dizer, sem quaisquer deduções -, ao passo que a irregularidade surgia efetivamente nas etapas da liquidação e do pagamento, sob a responsabilidade dos outros agentes da SES/GO responsabilizados nesta tomada de contas especial.

Por fim, registramos que, ao tempo de nossa manifestação, foram encaminhadas pela empresa Hospfar petições (acostadas à contracapa) requerendo, em síntese, (1) a devolução dos autos para manifestação da Sefaz/GO acerca da desoneração de ICMS e (2) declaração de perda de objeto desta tomada de contas especial a pretexto de que as retenções de pagamentos devidos às empresas seriam suficientes para que se concluísse pela ausência de dano ao erário.

Quanto ao requerimento de remessa à SES/GO para manifestação da Sefaz/GO, registramos a inviabilidade, uma vez que o assunto já se encontra sob a apreciação do TCU, independentemente de qual venha a ser o entendimento de outros órgãos. De outra parte, a própria Hospfar já havia apresentado pareceres da Sefaz/GO questionando a forma de dedução do ICMS, os quais já foram considerados na análise da Secex/GO. Ademais, a origem do débito ora apurado não reside nas formalidades de emissão das notas fiscais, mas na definição de que as propostas apresentadas estavam desoneradas impostos, bem como de que a multicitada isenção do ICMS somente repercutiria nos valores dos medicamentos por ocasião da emissão das notas fiscais, quando se materializa o fato gerador do tributo e também a isenção.

Quanto às aludidas retenção de valores e anulação de liquidações pela SES/GO, ressaltamos que tais providências, por si, não justificam o arquivamento desta tomada de contas especial. Elas não afastam o débito, na medida em que não houve o recolhimento dos pagamentos indevidos já materializados, tampouco provas de uma possível compensação, bem como não se

pode afirmar que tais bloqueios tenham efetivamente assegurado o débito federal, vez que também asseguram débitos estaduais, e não foram individualizados os valores e nem a fonte desses recursos retidos.

Feitas essas considerações, **preliminarmente**, entendemos que os mencionados requerimentos podem ser indeferidos sem qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, ressaltando-se que o indeferimento de provas impertinentes constitui providência legítima da alçada da autoridade julgadora.

Desse modo, à vista dos elementos constantes dos autos, manifestamo-nos favoravelmente à proposta da Secex/GO às fls. 1960/1970, apenas sugerindo, em acréscimo, que o julgamento pela irregularidade das contas seja fundamentado no art. 16, III, 'b' e 'c' - e não apenas na alínea 'c' - da Lei 8.443/92, bem como seja notificada a Procuradoria da República no Estado de Goiás, em vez da menção genérica ao Ministério Público da União.”

11. Em que pese os autos já contarem com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, a Chefia de meu Gabinete, em atendimento a orientação de minha parte e com base em delegação de competência por mim outorgada, restituiu este processo à unidade técnica, a fim de que fosse promovida nova instrução, em face da documentação remetida pela empresa Hospfar, momento em que foi autorizada a realização de novas diligências que se fizessem necessárias (vide despacho às fls. 73 da peça nº 42).

12. A instrução que se seguiu, elaborada pela Secex/GO (fls. 75/88, peça nº 42), trouxe em seu corpo a análise já efetuada em instrução anterior, acrescendo-se o seguinte posicionamento sobre a nova documentação acostada:

“NOVOS ELEMENTOS

51. Foi apresentada pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., após a análise de mérito feita pela Secex/GO, como novos elementos, documentação juntada às folhas 1975/2104, que, remetida ao gabinete do Relator, por decisão daquela relatoria (fl. 2105), propiciou a restituição dos autos para nova instrução.

52. A documentação enviada refere-se a três requerimentos distintos, sendo o primeiro deles (fl. 1975) uma solicitação para que os autos sejam encaminhados à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, para que seja requerida junto à Secretaria da Fazenda uma análise técnica do procedimento em questão e manifestação daquele órgão na forma de parecer.

53. Todavia, como os autos referem-se a uma Tomada de Contas Especial no âmbito do TCU e por ele instaurada, não cabe a possibilidade de envio destes autos para outra instância administrativa. Assim, não cabe acolhida ao pedido da requerente.

54. O segundo requerimento (fls. 1796/1982) refere-se à quantificação do montante retido pela Administração Estadual em função da lide que a empresa trava com a Secretaria Estadual de Saúde. Entretanto, 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.

55. Portanto, embora possa ser entendida como ilegal a retenção feita pelo Estado sem o devido processo legal e o oferecimento de oportunidade à defesa, também não cabe nesta esfera administrativa o encontro de contas, pelo fato de a retenção feita pela Administração Estadual tratar-se de verbas incorporadas às finanças do Estado e o débito aqui apurado pertencer às finanças do Erário Federal. Destarte, não cabe acolhida ao pedido da petionária.

56. O terceiro requerimento (fls. 1983/1984) refere-se à apresentação de pareceres da lavra de dois juristas. O primeiro parecer discorre na área administrativa (fls. 1989/2034) e outro discorre na área tributária (fls. 2035/2304). Sendo os expedientes analisados de forma separada, como se segue.

57. Marçal Justen Filho inicia sua preleção (fls. 1989/1993) expondo os fatos a ele levados pela consultante 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.

58. 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 envolvem a matéria (1993/2002), 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.

59. Esse ponto é o momento mais importante da matéria tratada, como já observado na análise anterior, ou a empresa não apresentou o preço cheio (inclusive 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.

60. Quanto à ausência de irregularidade alegada (2002), o parecerista ofereceu a tese de que a consultante apresentou a fatura de cobrança com o mesmo valor que ofertou na licitação e no contrato.

61. 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.

62. O parecerista continua sua homilia no tópico V - A ausência de competência para alterar a vontade privada (fl. 2005). 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.

63. 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 como objeto de análise das propostas. Por esse motivo, sua existência é dúbia e os efeitos dela decorrentes sem validade.

64. Da eficácia de atos administrativos perfeitos (fl. 2007). 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.

65. De fato se as propostas não contemplavam a carga do ICMS, então 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. Esse fato é o único vínculo de causa e efeito para se chegar ao débito imputado.

66. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É óbvio que se se provar 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.

67. Quanto à alegação de vedação à conduta administrativa contraditória (fl. 2008), 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 e 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.

68. No entanto, somente a empresa responsabilizada é que afirma, 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.

69. Em seguida, o parecerista alega o decurso de prazo (fl. 2013), invocando a decadência ou a prescrição, que segundo seu entendimento é de cinco anos.

70. 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 resta pacífico o entendimento firmado por meio do Acórdão 2709/2008 - Plenário, no sentido de que 'o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis'. Também há corrente no TCU que defenda o entendimento 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 qualquer modo não há como recepcionar a alegação destes institutos.

71. Na sequência, o jurista trata do descabimento da autotutela pela Administração Pública (fl. 2016). 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 (2020).

72. Quanto à alegação de ausência do devido processo legal (fl. 2021), tal assunto já foi tratado nos parágrafos 54 e 55 desta instrução, sendo que 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 o caso concreto os institutos da prescrição e decadência.

74. Ives Gandra da Silva Martins inicia sua homilia (fls. 2035/2104) 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. Nesse parecer, como elementos novos, além dos assuntos já discutidos nos autos e no parecer do jurista Marçal Justen Filho, tem a novidade de se trazer à discussão 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 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 se refere a assunto já tratado na instrução precedente (fls. 1960/1971).

CONCLUSÃO

51. 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.

52. 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 130/2006 - fl. 1559), 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 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

53. 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 8.443/92).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

54. Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, opinando pelo encaminhamento dos autos ao relator, Excelentíssimo Senhor Ministro 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 o Tribunal:

a) rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares, nos termos do artigo 16, III, 'c'; c/c artigo 19 da Lei 8.443/92, as presentes contas, condenando o senhor Cairo Alberto de Freitas, em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce - 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 pelos terceiros de pagamentos indevidos (pregão 130/2006), 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 87/2002, que se concretizou nos débitos apurados;

DÉBITO (fl. 1529): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Débito
117554	16/04/2007	R\$ 64.691,29	R\$ 23.068,22
117555	16/04/2007	R\$ 85.295,82	R\$ 29.473,57
117556	16/04/2007	R\$ 108.351,13	R\$ 23.312,09
114923	16/04/2007	R\$ 117.146,54	R\$ 30.332,59
			R\$ 106.186,47

Obs.: sendo 100% dos recursos provenientes da fonte 23 (federal), sendo R\$ 55.157,49, em razão de majoração de valores pela empresa e R\$ 51.028,987, em razão de pagamento superior ao liquidado/faturado pela Nota Fiscal, portanto somando um débito de R\$ 106.186,47 (Cento e seis mil, cento e oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos).

DÉBITO (fls. 1532/1534): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido	Débito (79,14%) fonte 23
50434	23/11/006	R\$ 904.953,00	R\$ 153.842,01	R\$ 121.750,57
51501	4/4/2007	R\$ 132.123,14	R\$ 57.012,04	R\$ 45.119,33
50620	23/11/2006	R\$ 301.651,00	R\$ 51.280,67	R\$ 40.583,52
50927	23/4/2007	R\$ 409.304,44	R\$ 33.748,95	R\$ 26.708,92
50925	28/12/2006	R\$ 14.013,72	R\$ 2.382,33	R\$ 1.885,38
52634	27/12/2006	R\$ 66.061,57	R\$ 28.506,02	R\$ 22.559,66
50404	23/11/2006	R\$ 301.651,00	R\$ 51.280,67	R\$ 40.583,52
52531	27/12/2006	R\$ 7.148,69	R\$ 3.084,71	R\$ 2.441,24
52423	23/4/2007	R\$ 66.061,57	R\$ 28.506,02	R\$ 22.559,66
52322	23/4/2007	R\$ 66.061,57	R\$ 28.506,02	R\$ 22.559,66
52073	23/4/2007	R\$ 57.253,37	R\$ 24.705,23	R\$ 19.551,72
51920	23/4/2007	R\$ 44.041,06	R\$ 19.004,03	R\$ 15.039,79
51650	9/4/2008	R\$ 135.742,95	R\$ 10.557,79	R\$ 8.355,44
52448	23/4/2007	R\$ 8.874,23	R\$ 3.829,29	R\$ 3.030,50
53200	4/4/2007	R\$ 68.171,23	R\$ 6.325,64	R\$ 5.006,11
55430	9/4/2008	R\$ 814.457,70	R\$ 63.346,71	R\$ 50.132,59
54718	9/4/2008	R\$ 271.485,90	R\$ 21.115,57	R\$ 16.710,86
54175	9/4/2008	R\$ 95.020,06	R\$ 7.390,44	R\$ 5.848,79
54325	9/4/2008	R\$ 9.725,18	R\$ 756,40	R\$ 598,61
55538	18/3/2008	R\$ 488.674,62	R\$ 38.008,03	R\$ 30.079,55
57045	21/11/2007	R\$ 39.204,65	R\$ 3.049,25	R\$ 2.413,18
57124	21/11/2007	R\$ 38.292,91	R\$ 2.978,34	R\$ 2.357,06
56793	21/11/2007	R\$ 542.972,80	R\$ 42.232,14	R\$ 33.422,52
59657	18/3/2008	R\$ 589.124,40	R\$ 45.820,78	R\$ 36.262,57
58616	18/3/2008	R\$ 162.891,54	R\$ 12.669,34	R\$ 10.026,52
58763	18/3/2008	R\$ 407.228,85	R\$ 31.673,35	R\$ 25.066,29
			R\$ 771.611,77	R\$ 610.653,55

Obs.: sendo 79,14% dos recursos provenientes da fonte 23 (federal), portanto somando um débito de R\$ 610.653,55 (Seiscentos e dez mil, seiscentos e cinquenta e três reais e cinquenta e cinco centavos).

b) aplicar individualmente aos responsáveis senhores Cairo Alberto de Freitas e Durval de Oliveira Borges e às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 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 130/2006, 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;

c) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

d) encaminhar cópia do Relatório, do Voto e do Acórdão que vierem a ser proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para subsídio ao possível ajuizamento das ações civis e penais que entender cabíveis, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás, por também

envolver recursos públicos estaduais, e à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, para conhecimento.”

13. Novamente solicitado a se pronunciar neste feito, o Ministério Público/TCU, em parecer da lavra do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, após consignar que os novos elementos aportados pela empresa Hospfar, consistentes de pareceres doutrinários, não se prestaram para modificar suas conclusões pregressas, ratificou as propostas anteriores no sentido do julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, com a observação de que o fundamento para tal deliberação de mérito fossem as alíneas “b” e “c” do inc. III do art. 16 da Lei 8.443/1992 (fls. 91, peça nº 42).

14. No entanto, em 5/9/2011 (fls. 92, peça nº 42), restitui 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 (vide cópia na peça nº 45):

“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 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. Na peça nº 46, 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. Nas Peças 47 e 48, por sua vez, consta juntada aos autos do 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 nº 50, 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 (peça 42, p. 92), 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 130/2006 (peça 2, p. 47) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 12, p. 57-61), indicarem que os itens 1, 7 e 8 têm preços superiores 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 49). A referida portaria repete disciplina anterior, dada pela Portaria SES/GO 178/2005 (peça 2, p. 36), segundo a qual a estimativa de preços seria dada pela média encontrada pelo preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizarem outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado. Nesse mister, houve negociação visando à redução do preço relativo ao item 01, considerando ser o mais oneroso, do que resultou na redução de seu valor de R\$ 3.167,34 para R\$ 3.016,51 (peça 12, p. 31-51). De qualquer forma, este e os demais preços são compatíveis à referência de preço ao consumidor, constante dos autos (peça 2, p. 32) e dessa formal 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 de certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1146/2011 - 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 de certo modo contraditória ao decisório acima aludido, cujo teor parece indicar a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de cálculo para avaliação de preços, pautada por pesquisas de preços devidamente fundamentadas (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P, TC-009.625/2011-9).

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 2, p. 47) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinados itens (peça 2, p. 32) 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 das empresas fornecedoras, 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 42, p. 92 e peça 45) 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 130/2006. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 46, 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 pelas empresas fornecedoras dos valores indevidamente faturados, o que as 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 5, p. 20). Há nos autos prova de que as empresas não só tinham conhecimento da disposição, como também afirmavam tê-la cumprido (peça 7, p. 15 e peça 10, p. 3). E mesmo que não houvesse a contradição, 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. Interessante notar a esse respeito que foi exatamente em nome de uma simples formalidade editalícia, para cujo conteúdo esta Corte em dias atuais pronunciou-se contrariamente (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P, TC-009.625/2011-9), que a empresa Hospfar conseguiu fazer prevalecer sua oferta sobre a proposta apresentada por sua concorrente, cujo valor contemplava preços inferiores (peça 12, p. 35).

17. 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 as imputações de débitos constantes dos presentes autos remonta a fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

18. Não prejudica a imputação de débito, da forma exposta nos presentes autos, o fato assinalado no relatório do tomador de contas (peça 31, p. 48 e peça 32, p. 1), segundo o qual os valores indevidamente pagos às empresas incluíram não somente o valor especificamente correspondente à bitributação do ICMS, como também outros valores indevidamente incluídos na fatura. O tomador de contas faz essa observação, considerando que a obrigação da empresa fornecedora era o de utilizar nas suas faturas os preços dos medicamentos assinalados nas ordens de fornecimento para só então deduzir, no próprio documento fiscal, a alíquota de 17%. Ocorre que as empresas fornecedoras faturaram os preços dos medicamentos em valor ainda superior à parcela correspondente à inclusão indevida do tributo, segundo a alíquota normal, o que levou o tomador de contas a fazer a aludida distinção. De qualquer modo, tal constatação não modifica o entendimento de que houve faturamento indevido, e se o fornecedor o fez em percentual superior à alíquota pertinente ao ICMS, isso ainda reforça o entendimento que a majoração promovida é completamente arbitrária e passível de ressarcimento.

Alteração da imputação de débito

19. A imputação de débito que alcança a empresa Medcommerce, em solidariedade com os servidores responsáveis, consoante disposto nas instruções anteriores, foi elaborada com base em planilha e observações produzidas pelo tomador de contas (peça 31, p. 51-52 e peça 32, p. 1). Ali é dito que o somatório do valor indevidamente pago - com referência a todas as notas fiscais listadas - alcança o montante de R\$ 771.611,77, sendo que R\$ 610.653,55 teriam a cobertura de recursos federais, ou seja, 79,14%. Dessa feita, o cálculo de débito realizado por esta unidade técnica fez incidir o referido percentual sobre o valor indevidamente pago correspondente a cada nota fiscal para alcançar os quantitativos a serem devolvidos; cada qual correspondente a uma específica nota fiscal.

20. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta que o pagamento das notas fiscais contou com diferenciados percentuais de financiamento federal, o que conduz à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração da nova planilha de débito, abaixo exposta, demonstra que somente cinco notas fiscais requereram a apuração da proporcionalidade de participação da fonte federal '23' (NF's 50434, 50620, 50927, 50925 e 50404), considerando que as demais foram pagas em sua integralidade com recursos federais. De tal retificação metodológica resultou a constatação de que o débito apurado, no caso, soma o valor de R\$ 543.861,49.

21. A retificação do quadro de imputação de débito que envolve a Medcommerce, abaixo, também contou com a redefinição de algumas datas de pagamento, considerando a ocasião em que efetivamente foi dispendido o recurso federal ou, se o foi em mais de uma ocasião para a mesma nota fiscal, a data correspondente à parcela mais significativa. As alterações acima mencionadas serão levadas em conta no encaminhamento a ser proposto nesta instrução.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

22. 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 somente se diferencia da anterior pela redefinição, a menor, da dívida imposta à empresa Medcommerce em solidariedade com os servidores responsáveis, porquanto consideram-se igualmente rejeitadas as alegações de defesa já produzidas, em conformidade com as análises já realizadas por esta unidade técnica e pelo MP/TCU.

23. Por fim, resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 47), cujo teor assinala a existência de laudos periciais sobre preços de medicamentos produzidos pela Polícia Federal. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 48), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 130/2006.

24. Isso 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 42, p. 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 das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão da ocorrência de pagamento indevido às referidas empresas, decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 130/2006, 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 responsáveis ao recolhimento das dívidas que se lhes referem ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até a do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento do débito;

c.1) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
50434	30.768,40	23/11/2006
51501	57.012,04	4/4/2007
50620	10.256,13	23/11/2006
50927	13.027,23	5/12/2006
50925	476,46	5/12/2006
52634	28.506,02	23/4/2007
50404	10.256,13	23/11/2006
52531	3.084,71	23/4/2007
52423	28.506,02	23/4/2007
52322	28.506,02	23/4/2007
52073	24.705,23	23/4/2007
51920	19.004,03	27/12/2007
51650	10.557,79	4/4/2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
52448	3.829,29	23/4/2007
53200	6.325,64	4/4/2007
55430	63.346,71	9/4/2007
54718	21.115,57	23/4/2007
54175	7.390,44	23/4/2007
54325	756,40	23/4/2007
55538	38.008,03	18/3/2008
57045	3.049,25	21/11/2007
57124	2.978,34	21/11/2007
56793	42.232,14	21/11/2007
59657	45.820,78	18/3/2008
58616	12.669,34	18/3/2008
58763	31.673,35	18/3/2008

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
117554	23.068,22	16/4/2007
117555	29.473,57	16/4/2007
17556	23.312,09	16/4/2007
114923	30.332,59	16/4/2007

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e 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 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 nº 51).

20. Cabível o registro de que, quase dois meses após a conclusão dessa última manifestação da unidade técnica, a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., por intermédio de seu bastante procurador, apresentou a petição consubstanciada na peça nº 52, cujo objetivo, segundo informa, seria a juntada de documento a este feito.

21. O documento novo em questão corresponde a excerto do Acórdão 140/2012 - TCU - Plenário, por meio do qual esta Corte de Contas, entre outras medidas, haveria reconhecido a inconstitucionalidade da exigência de que, em certames licitatórios para a aquisição de medicamentos, os preços fossem apresentados onerados do ICMS, já que os entes interessados na aquisição de tais itens seriam isentos. Tal deliberação, segundo defende a Hospfar, comprovaria haver ela agido corretamente no certame licitatório aqui enfocado, reiterando sua assertiva de que seus preços estavam desonerados.

22. 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 nº 53). 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 130/2006, 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 1, p.41, até peça 2, p. 48).

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 emitirem 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 nº 46), 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 nº 52), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs atuadas 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 nº 38, pp. 34/5).

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 datada de 20.7.2006, em que a empresa afirma textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’ (peça 7, p. 15). 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 por 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.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da Medcommerce, apresentado em suas alegações de defesa, de que apresentou proposta de forma clara e expressa sem oneração do ICMS, visto que, na verdade, a declaração oferecida por ocasião da sua proposta trazia que ‘nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irremediáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta’ (peça 10, p. 3).

No que tange ao Acórdão 140/2012 - Plenário, pela sua pertinência, passa-se a transcrevê-lo:

‘ACÓRDÃO 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 LEVANTAMENTO)

1.1. Interessados: Ministério Público do Estado de Mato Grosso (00.000.000/0001-23); Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Goiás (01.409.598/0001-30)

1.2. Órgão/Entidade/Unidade: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Estado da Saúde de Goiás; Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná; Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal; Secretaria de Estado de Saúde Em Mato Grosso

1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.4. Unidade técnica: 4ª Secretaria de Controle Externo (Secex/4).

1.5. Representação Legal: não há.

1.6. Determinar:

1.6.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, com fundamento na Cláusula Primeira do Convênio - Comfaz 87/2002, que, no prazo de sessenta dias, oriente os gestores federais, estaduais e municipais acerca da aplicação da isenção do ICMS nas aquisições de medicamentos por meio de cartilhas, palestras, manuais ou outros instrumentos que propiciem uma repercussão ampla, alertando os 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 130/2006 e o contrato dele decorrente, pois foram realizados em época em 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 130/2006, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 5, p. 19):

‘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 5, p. 20).

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

O contrato, igualmente, trazia essa exigência (peça 14, p. 45):

‘Cláusula Quarta - Do valor

(...)

4.4 - Nos preços acima estão incluídos todos os impostos, seguros, despesas, custos e encargos devidos em razão da execução deste contrato’.

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

‘Assim, é verdade que prevalecia certa confusão na SES/GO sobre a desoneração de ICMS. Esse problema, aparentemente, só seria resolvido com a edição do Despacho 1.298/2007 da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, em 3.2.2007 (fls. 1.442/8, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp. 40/6], que definiu que, nas hipóteses de isenção de ICMS, as empresas devem apresentar na licitação tanto o preço normal de mercado do produto ou serviço (valor bruto), quanto o preço resultante da isenção de ICMS conferida (valor líquido), sendo que este último deve ser o preço considerado para julgamento. Na execução contratual, a empresa vencedora deve indicar na nota fiscal o ICMS incidente sobre o produto ou serviço e depois deduzi-lo, aplicando, assim, a devida isenção. A Portaria 28/2007 do Gabinete da SES/GO, de 8.2.2007 (fls. 1.450/2, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp. 48/50], determinou a aplicação desse critério no âmbito da Secretaria.

Embora a responsável cite esses pareceres e os tenha aportado aos autos, é bem claro que

seu procedimento foi inteiramente diverso, pois indicou apenas um valor em sua proposta e só na execução contratual informou com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS.

Isso diante de um edital e contrato que diziam com todas as letras e acima de qualquer dúvida que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que só na execução contratual se deveria indicar a desoneração do ICMS. Toda a longa peroração desfiada pela empresa até aqui soçobro diante desse fato. O edital é a lei interna das licitações. Toda empresa que delas participa sabe perfeitamente que tem a obrigação de cumpri-lo. Ao optar por não o fazer, sob pretextos variados, incorre nas sanções previstas em lei. É o que, em resumo, se observa no presente caso'.

Dessarte, os novos elementos juntados aos autos em nada 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 130/2006 contém a seguinte observação (peça 5, p.20):

'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 2709/2008 - 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 indigência desse argumento é manifesta. Afinal, por que motivo alguma empresa, podendo vender seus produtos com abatimento de 17% de tributos, optaria por vendê-los abatendo apenas 7%? Isso, além de desarrazoado, é vedado por lei. A Lei 4.852/1997, na alínea 'b' do citado inc. VIII, estabelece que:

'b) o benefício não se aplica à operação:

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

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

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

Destaca a empresa responsável que a SES/GO atestou que os preços dos medicamentos fornecidos na licitação considerada estavam de acordo com o preço de mercado. Logo, não haveria fato típico apto a motivar a TCE, eis que ausente o prejuízo ao erário.

O argumento é falacioso em sua origem. No Relatório Conclusivo 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 se refere aos valores de mercado com ICMS incluso. Nos preços de referência obtidos da revista especializada Simpro, por exemplo, está explícito que foi utilizada a média entre os preços de fabricação e os preços máximos ao consumidor, ambos com a inclusão de 17% de ICMS ('P. FAB. 17%' e 'PMC 17%').

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

Após a apresentação de suas alegações de defesa, a empresa retornou aos autos, trazendo novos elementos (peças 41 e 42). 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 no parecer anterior do Ministério Público, na mesma data em que encaminhou declarações com este teor à Administração, a Hospfar encaminhou outra, colacionada pela Comissão de TCE da Secretaria de Saúde de Goiás, em que afirmava textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’ (fl. 472, v.1).

De qualquer forma, o simples fato de comunicar à Administração a prática de ato em desconformidade com o edital de licitação não elide a irregularidade desta conduta. Note-se, além disso, que 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, merece um pouco mais de atenção a 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).

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

V

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 40, pp. 1/28), 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:

a.1) em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
50434	30.768,40	23/11/2006
51501	57.012,04	4/4/2007
50620	10.256,13	23/11/2006
50927	13.027,23	5/12/2006
50925	476,46	5/12/2006
52634	28.506,02	23/4/2007
50404	10.256,13	23/11/2006
52531	3.084,71	23/4/2007
52423	28.506,02	23/4/2007
52322	28.506,02	23/4/2007
52073	24.705,23	23/4/2007
51920	19.004,03	27/12/2007
51650	10.557,79	4/4/2007
52448	3.829,29	23/4/2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
53200	6.325,64	4/4/2007
55430	63.346,71	9/4/2007
54718	21.115,57	23/4/2007
54175	7.390,44	23/4/2007
54325	756,40	23/4/2007
55538	38.008,03	18/3/2008
57045	3.049,25	21/11/2007
57124	2.978,34	21/11/2007
56793	42.232,14	21/11/2007
59657	45.820,78	18/3/2008
58616	12.669,34	18/3/2008
58763	31.673,35	18/3/2008

a.2) em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
117554	23.068,22	16/4/2007
117555	29.473,57	16/4/2007
17556	23.312,09	16/4/2007
114923	30.332,59	16/4/2007

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.