

## PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Conforme visto no relatório precedente, trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 130/2006, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento de medicamentos para a Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO.

2. A irregularidade tratada neste processo foi descrita inicialmente pela equipe de inspeção da Secex/GO e reportada no relatório que precedeu o referido acórdão, ensejando a determinação para instauração de tomada de contas especial por parte da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO) para cada um dos pregões relativos à aquisição de medicamentos, o que foi efetuado pela referida unidade.

3. A principal irregularidade apontada, a partir da qual se apurou dano ao erário, consistiu na constatação de que não teria havido efetiva desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados às empresas contratadas, e, em especial neste processo, não houve a desoneração do ICMS, por ocasião dos pagamentos (desoneração devida em razão de isenção fiscal). As empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. haveriam apresentado notas fiscais para fins de faturamento dos valores contratados para o fornecimento dos medicamentos Infiximab 100 mg, Levedopa 250 mg + Carbidopa 25 mg, Levotiroxina Sódica 50 mcg, Octreotida 0,1 mg, Quetiapina 100 mg, Riluzol 50 mg e Rivastigmina 4,5 mg sem considerar a desoneração do imposto em relação às suas propostas, de modo a gerar o abatimento do tributo no momento do pagamento.

4. Segundo apurado inicialmente na representação examinada por meio do Acórdão 45/2008 - Plenário (representação da 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás), as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS, e, por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater, na nota fiscal, o ICMS embutido, em razão de isenção do tributo nas operações de fornecimento ao Estado, de forma que o valor bruto com impostos só serviria para fins de julgamento e comparação entre propostas, pois o valor líquido para efetivo pagamento pelo contratante e recebimento pela contratada, seria aquele valor resultante da dedução da alíquota de ICMS em operações com venda de medicamentos, seja quando a empresa fosse situada no Estado de Goiás (operações internas com ente estatal), seja em razão da dispensação excepcional de alguns medicamentos, tudo em face do disposto em normas de isenção do ICMS explicitadas no edital (Convênios do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz).

5. Todavia, conforme verificado neste específico caso, as empresas Hospfar e Medcommerce, por ocasião dos pagamentos, aduziram que os preços por elas ofertados o haveriam sido pelo valor já desonerado do ICMS, ou seja, livre do imposto, de forma que não deveriam deduzir dos valores de suas propostas finais o correspondente ICMS, o qual já haveria sido deduzido por ocasião da proposta. Assim, pleitearam o pagamento do exato valor constante de suas propostas comerciais, no que foram, inicialmente, atendidas pela SES/GO, resultando nos débitos objeto desta TCE. Saliente-se, por oportuno, que em razão de questionamentos posteriores surgidos em torno da matéria, a SES/GO chegou a cogitar a retenção dos valores em discussão, relativos ao ICMS, em várias faturas, o que foi realizado temporariamente, em relação ao Pregão sob exame, sobre faturas apresentadas pela Medcommerce.

6. Restou afastada, no entanto, a ideia que cheguei a levantar em momento precedente nestes autos, de que a medida adotada pela SES/GO pudesse haver saneado débitos aqui tratados, tendo em vista a informação, obtida junto à SES/GO, de que aquele órgão estadual acatou parecer da Procuradoria Geral do Estado de Goiás quanto à “impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal, sendo que o ressarcimento deveria ser perseguido pelos meios legais” (fls. 2, peça nº 46). Registre-se, a propósito, o aspecto de tal dúvida somente se haver configurado, no caso ora

examinado, em relação à empresa Medcommerce. Sobre a questão do cancelamento de tais retenções, ademais, voltarei a tratar um pouco mais adiante.

7. Cumpre ainda destacar que os débitos tratados nesta tomada de contas especial representam apenas os valores efetivamente pagos por ocasião do levantamento efetuado pela comissão instauradora da tomada de contas especial e referentes à parcela dos recursos federais despendidos, haja vista que as despesas em questão foram custeadas por duas fontes de recursos: i) federal, pela “fonte 23”; e ii) estadual, pela “fonte 00”. Até aquele momento, não teria havido o pagamento integral dos valores faturados (liquidados) constantes das notas fiscais. Assim, a comissão instauradora chegou a segregar suas conclusões em montantes de “dano potencial” e “dano efetivo”, sendo o dano potencial relativo aos valores liquidados e não pagos e o dano efetivo relativo aos valores liquidados e efetivamente pagos (conforme Relatório Conclusivo da Comissão de Tomada de Contas Especial, às fls. 37/52, peça nº 31, e fls. 1/20, peça nº 32), observando-se, em relação às empresas Hospfar e Medcommerce, a seguinte situação:

<b>Empresa</b>	<b>“Dano potencial” (R\$)</b>	<b>“Dano efetivo” (R\$)</b>
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	55.157,49	106.186,47
Medcommerce Com. de Medicamentos e Prod. Hospitalares Ltda.	1.482.269,99**	610.653,55**

\* No caso da Hospfar, o dano efetivo chegou a superar o dano potencial.

\*\* Nesse caso, considerando-se apenas os valores atinentes aos cofres públicos federais, cujo percentual de participação foi estimado em 79,14%.

8. Além disso, concentram-se nos pagamentos efetuados às empresas Hospfar e Medcommerce, uma vez que a comissão instauradora apurou que, no tocante à empresa Comercial Cirúrgica Rioclarense, os pagamentos pelos fornecimentos dos itens de medicamento a ela adjudicados (Levotiroxina Sódica 100 mcg e Sinvastatina 20 mg) resultaram em dano efetivo de R\$ 307,68, frente ao potencial de R\$ 2.157,41, ambos suportados exclusivamente com recursos da fonte estadual. Já quanto à fornecedora de outro item do edital (Sinvastatina 40 mg), a empresa Sanval Comércio e Indústria Ltda., o dano potencial decorrente da não desoneração seria da ordem de apenas R\$ 194,40; todavia, não teria havido dano efetivo, porquanto os valores pagos não refletiram os valores pleiteados, ou seja, até aquele momento, não houvera pagamento integral das notas fiscais, conforme pleiteado. Assim, a citação de ambas foi descartada neste processo, conforme proposta da instrução inicial dos autos.

9. As informações a respeito de danos potenciais e efetivos, extraídas do relatório do tomador de contas (fls. 37/52, peça nº 31, e fls. 1/20, peça nº 32), são aqui destacadas em razão da constatação de que as retenções de pagamentos efetuadas no âmbito da SES/GO, diante das discussões em torno da oneração ou desoneração das propostas das licitantes fornecedoras de medicamentos, não puderam ser mantidas, conforme consta da peça 46 destes autos, de modo que, se o Tribunal decidir pela existência dos danos apurados nesta tomada de contas especial, levando em consideração que os preços apresentados já se encontrariam onerados de ICMS, haverá necessidade de se determinar àquele órgão estadual que instaure processos de tomada de contas especial para reaver os valores federais despendidos nos pagamentos ulteriores àqueles apurados nesta tomada de contas especial, haja vista a possível concretização dos danos potenciais apontados pela comissão instauradora desta TCE.

10. Quanto ao mérito, acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de danos ao erário, os quais se imputam em solidariedade aos agentes públicos e às empresas fornecedoras dos medicamentos Infiximab 100 mg, Levotiroxina Sódica 50 mcg, Quetiapina 100 mg, Riluzol 50 mg e Rivastigmina 4,5 mg, ou seja, a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e a Medcommerce Com. de Medicamentos e Prod. Hospitalares Ltda., conforme razões que exporei a seguir. Em relação aos medicamentos

Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg e Octreotida 0,1 mg, análises adicionais conduziram-me a concluir de modo diverso, conforme também explanarei mais à frente.

11. Quanto à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante. Como visto no relatório precedente, a unidade técnica não a reconhece, propondo desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, ao passo que o Ministério Público, que também vinha se posicionando nesse sentido, conforme os pareceres exarados pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, alterou seu posicionamento, passando, com o parecer produzido pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, a reconhecer a boa-fé dos gestores, de modo que propõe a rejeição das alegações de defesa desses com a concessão de novo e improrrogável prazo para o recolhimento do débito atualizado.

#### I - Da origem do débito apontado

12. O débito apontado nos autos tem origem no confronto entre as propostas apresentadas e o disposto no edital da licitação. O Pregão 130/2006 foi lançado pela SES/GO visando à aquisição de 10 tipos de medicamentos, licitados por itens, conforme a seguir (consoante fls. 32, peça nº 5): 1) Infliximab 100 mg - inj.; 2) Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg; 3) Levotiroxina Sódica 100 mcg; 4) Levotiroxina Sódica 50 mcg; 5) Octreotida 0,1 mg / ml - inj.; 6) Queatipina 100 mg; 7) Riluzol 50 mg; 8) Rivastigmina 4,5 mg; 9) Sinvastatina 20 mg; 10) Sinvastatina 40 mg.

13. O custo estimado da contratação, levantado na fase interna com base em pesquisas realizadas pela SES/GO, foi de R\$ 12,53 milhões, sendo R\$ 10,13 milhões relativos ao fornecimento do item 1 da licitação (medicamento Infliximab 100 mg - inj.), vencido pela empresa Medcommerce. Importante ressaltar que o débito em discussão neste processo não abrange os itens 3 (medicamento Levotiroxina Sódica 100 mcg), 9 (medicamento Sinvastatina 20 mg) e 10 (medicamento Sinvastatina 40 mg), tendo em vista aquilo que já foi consignado a respeito das empresas Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda. e Sanval Comércio e Indústria Ltda., bem como relembrar o aspecto de ele somente se referir aos denominados “danos efetivos” identificados quando da instauração desta TCE.

14. O edital previa que, para os fins da licitação, as empresas deveriam apresentar suas propostas com todos os impostos e demais encargos incluídos, inclusive o ICMS, ainda que os fornecimentos pudessem ser realizados com isenção desse imposto, ante as seguintes disposições editalícias (fls. 20, peça nº 5):

“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.” (destaquei)

“OBS: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame, deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825 (...) e no que couber, ao Convênio ICMS nº 87/02, que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal, deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo” (destaque do original)

15. Por esses dispositivos, a licitante deveria apresentar o preço onerado pelo ICMS, mesmo não sendo a SES contribuinte do imposto, e, na emissão da nota fiscal, deveria atender aos termos dos referidos convênios do Confaz, relativos ao produto cotado, de modo a incluir na nota o destaque da correspondente isenção do tributo. Ou seja, na nota fiscal, apresentaria o valor bruto da proposta e a

dedução correspondente ao ICMS objeto da isenção, chegando-se ao valor líquido da nota, para fins de liquidação e pagamento.

16. O edital do pregão em questão, portanto, fazia referência às isenções presentes em dois diferentes convênios Confaz (fls. 49/56, peça nº 30, e fls. 1/4, peça nº 31):

16.1. o primeiro deles, mais antigo (Convênio ICMS 87/02), concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional (dentre os quais o Infiximab, a Levodopa + Carbidopa, a Levotiroxina Sódica, a Octreotida, o Riluzol, a Rivastigmina e a Sinvastatina), desde que observadas certas condições (e. g.: que os medicamentos também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal);

16.2. o segundo (Convênio ICMS 26/03) previa isenção de ICMS nas operações internas relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas fundações e autarquias, também com condicionantes, tais como: desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado; indicação desse desconto no documento fiscal; e comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de importação.

17. Portanto, sem olvidar que os medicamentos objeto do fornecimento poderiam eventualmente contar com isenção concedida mediante dois diferentes convênios do órgão de política fazendária, o edital previa que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS, tributo esse que seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a SES não seria contribuinte do tributo, ou, em outras palavras, uma vez que o produto gozaria de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais, como é o caso.

18. Para extirpar qualquer dúvida sobre a forma como se deveriam dar os pagamentos, face à proposta, o edital do pregão também previu o seguinte, no tópico “XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO”:

“11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota (s) Fiscal (is) será (ão) emitida (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total do (s) faturado (s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Convênio ICMB 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto 5.825 de 05.09.2003 e Convênio ICMS 87/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço  
(-) Desoneração do ICMS  
= Total a pagar”

19. Resta evidente, portanto, que as propostas deveriam ser formuladas com ICMS embutido, porém, por ocasião das faturas (notas fiscais), haveria o desconto, o abatimento, a desoneração do ICMS, vez que não seria devido: a) nas operações internas, como era caso das empresas Hospfar e Medcommerce, já que sediadas em Goiânia/GO (Convênio ICMS 26/03), ou, ainda assim, b) mesmo que nas operações externas, se levado em consideração o Convênio ICMS 87/02, onde constam os medicamentos Infiximab, Levodopa + Carbidopa, Levotiroxina Sódica, Octreotida, Riluzol, Rivastigmina e Sinvastatina.

20. A licitante Hospfar, no pregão em tela, apresentou sua proposta para os itens 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 e 10 do certame (fls. 13/14, peça nº 7), vindo a sagrar-se vencedora dos itens 2 (Levedopa 250 mg + Carbidopa 25 mg), 4 (Levotiroxina Sódica 50 mcg), 5 (Octreotida 0,1 mg / ml - inj.), 7 (Riluzol 50 mg) e 8 (Rivastigmina 4,5 mg), pelos preços unitários, respectivamente, de R\$ 0,26, R\$ 0,42, R\$ 34,50, R\$ 25,28, R\$ 5,99 (conforme fls. 28/30, peça nº 12). Sua proposta, datada de 17/7/2006, foi acompanhada de declarações de mesma data, nas quais informou que:

a) 1ª declaração: “Nos preços propostos estão inclusos todos os custos diretos e indiretos, embalagens, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas por lei, para a entrega dos produtos no Centro de Medicamentos de Alto Custo (...)”, consignando, no mesmo documento, a seguinte declaração: “Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezesete por cento)”, conforme fls. 15, peça nº 7;

b) 2ª declaração: os preços ofertados estavam de acordo com o Decreto Estadual nº 5.707/2002 (fls. 21, peça nº 7), ou seja, de acordo com o Convênio ICMS 87/02;

c) 3ª declaração: que os preços também estavam de acordo com o Decreto Estadual 5.825/2003 (fls. 23, peça nº 7), e, portanto, conforme o Convênio ICMS 26/03;

d) 4ª declaração: porém, de forma contraditória, informou noutra declaração que “os preços cotados já estão contemplados com a redução do ICMS, conforme estabelecido pelo Confaz, através do Convênio 87/02, 118/02 e 126/02” (fls. 24, peça nº 7).

21. Por sua vez, a licitante Medcommerce apresentou sua proposta para todos os itens do certame em tela (fls. 52, peça nº 9, e fls. 1/2, peça nº 10). Somente se sagrou vencedora dos itens 1 (Infliximab 100 mg - Inj.) e 6 (Quetiapina 100 mg - comprimido), pelos preços unitários, respectivamente, de R\$ 3.016,51 e R\$ 6,03 (fls. 44/45, peça nº 12). Foi a única licitante a apresentar proposta de preço para os itens 1 e 6, também se verificando que os itens 7 e 8 somente foram contados por ela e pela Hospfar (fls. 30/35, peça nº 12). Sua proposta, datada de 20/7/2006 foi acompanhada de declaração de mesma data (fls. 3, peça nº 10), na qual, contraditoriamente, informou:

a) em um primeiro momento (item 6), 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”;

b) um pouco mais adiante (item 11), que: “Nos preços ofertados já está desonerado o ICMS”.

22. Não há dúvidas, a meu ver, de que diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia ao pregoeiro questionar referidas empresas se os seus preços haviam sido ofertados com incidência ou não de ICMS. No entanto, caso as propostas apresentadas efetivamente já se encontrassem desoneradas, consoante argumentam as empresas, caberia ao pregoeiro desclassificá-las por descumprimento ao item 5.3 do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, esse último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993. Nessa hipótese, havendo confirmação de que a intenção era realmente a de apresentar proposta sem ICMS, deveria o pregoeiro:

a) diante do fato de haver somente essas licitantes com proposta de preços para os itens 1, 6, 7 e 8, declarar a licitação fracassada para tais itens, utilizando-se, em seguida, do disposto no art. 48, inciso I e § 3º, da Lei 8.666/1993, segundo os quais: (a) “serão desclassificadas: I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação”; e (b) “§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis”;

b) após desclassificar as propostas das empresas aqui mencionadas para os demais itens, tendo em conta não atenderem às exigências do edital (inc. I do art. 48 da Lei 8.666/1993), proceder ao chamamento do próximo licitante classificado.

23. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas (fls. 45, peça nº 31). Conforme depoimento prestado à comissão, o pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, considerou que se ela declarasse estar de acordo com os termos do edital, esta declaração prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada. Tomando em consideração esse depoimento, mais a informação constante do item 5.3 do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com

inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no item 2.2 do edital havia previsão de que “a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis”, a comissão de instauração da TCE entendeu que, apesar da falha em não se ter procedido à desclassificação da proposta, permaneceu ela vinculada aos termos do edital e às declarações prestadas acerca da inclusão de todos os tributos, de modo que os preços ofertados, pela vinculação ao instrumento convocatório, deveriam ser reputados com inclusão do ICMS.

24. Em que pese as disposições editalícias e algumas das declarações prestadas, as empresas Hospfâr e Medcommerce pleitearam a realização de pagamentos com base na premissa de que os preços já se encontravam desonerados do ICMS. Desse modo, nas notas fiscais apresentadas, indicaram o preço da proposta e a ele acresceram o ICMS correspondente, para, logo em seguida, abatê-lo, de maneira que o valor cobrado, valor líquido da nota, correspondesse exatamente ao valor da proposta apresentada.

25. Em vez disso, o procedimento reputado correto na situação evidenciada nos autos, consistiria na emissão de nota fiscal pelo valor bruto, exatamente como indicado na proposta, para em seguida deduzir o ICMS, sendo o resultado líquido objeto de pagamento pela SES, o que não ocorreu, estando explicitada, dessa forma, a origem do débito, conforme entendimentos da comissão instauradora, da unidade técnica deste Tribunal, do Ministério Público/TCU e também deste Relator.

## II - De outros atos e fatos que confirmam, ou não, os preços onerados na proposta

### II.1 - Quanto ao item 1

26. Na sessão do Pregão 130/2006 realizada em 20/7/2006, o item 1, atinente ao medicamento “Infliximab 100 mg - Inj.”, cujo custo total de aquisição estimado correspondia a 80,8% do objeto e para o qual apenas a empresa Medcommerce havia apresentado proposta, chegou a ficar em aberto, em função de o preço unitário cotado, no valor de R\$ 3.167,34 (fls. 31, peça nº 12), encontrar-se “acima do orçado no processo e também superior ao da Portaria 21/2006 ASGAB-SES”. A adjudicação do item somente ocorreu após renegociação promovida pelo pregoeiro e a apresentação, em 7/8/2006, do preço de R\$ 3.016,51, que ainda estaria “acima do orçado”, mas corresponderia a “valor compatível com o da Portaria 21/2006” (fls. 51, peça nº 12).

27. Com efeito, a consulta aos documentos da fase interna da licitação revela que o custo unitário do referido item foi estimado em R\$ 2.910,57 (fls. 47, peça nº 2), podendo ser verificado que a a SES, na época em consonância com a Portaria 178/2005 - GAB /SES (fls. 36, peça nº 2), conforme explicitado no Despacho 3625/2005 - GS/SAF/SES-GO (fls. 48, peça nº 2), estimou os preços dos medicamentos a serem adquiridos por meio do certame com base nas médias entre os “preços médios de fábricas e máximos aos consumidores dos diversos laboratórios fabricantes”, ambos com ICMS incluso.

28. Oportuno esclarecer que, consoante explicitado nos autos e no referido despacho, a SES, no esforço de identificar parâmetros de preços para os medicamentos a adquirir, chegou a efetuar seguidas estimativas. Primeiramente, o levantamento de preços fundou-se em disposição da Portaria 616/2002 (fls. 39, peça nº 1), a qual tomava como parâmetro o preço de fábrica: “valor de referência adotado (por produto): preço de fábrica praticado no mercado e não o valor fixado pelo Ministério da Saúde”. Nesse sentido, a SES, após identificar todos os fabricantes de cada um dos produtos almejados, colacionou os respectivos preços de fábrica (PFAB), esses com indicativos de ICMS de 17% a 19% (fls. 42/50, peça nº 1, e fls. 1/30, peça nº 2), a fim de daí extrair os “preços médios unitários de fábrica”, para tanto adotando a faixa de preços correspondente à alíquota interna de Goiás para o ICMS, que é de 17%. O resultado desse trabalho, referente à posição de preços em novembro/2005, foi retratado na planilha constante às fls. 32 da peça nº 2, de que se extraem as seguintes informações:

Medicamento	Preço médio unitário de fábricas (R\$)
1) Infliximab 100 mg - Inj.	2.443,43
2) Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg	0,84
3) Levotiroxina Sódica 100 mcg	0,34
4) Levotiroxina Sódica 50 mcg	0,35
5) Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.	43,63
6) Quetiapina 100 mg	5,82
7) Riluzol 50 mg	19,75
8) Rivastigmina 4,5 mg	4,84
9) Sinvastatina 20 mg	1,41
10) Sinvastatina 40 mg	1,56

29. A ocasião do referido levantamento, no entanto, foi igualmente aproveitada para que fossem apuradas as médias dos “preços máximos aos consumidores (PMC)”, nesse caso também se utilizando de posições de preços com alíquotas de ICMS de 17% a 19% (fls. 42/50, peça nº 1, e fls. 1/30, peça nº 2). Do mesmo modo, os preços considerados foram aqueles correspondentes à alíquota de 17%, sendo os resultados explicitados na planilha acostada às fls. 32 da peça nº 2, de que se extrai o seguinte:

Medicamento	Preço médio unitário máximo ao consumidor (R\$)
1) Infliximab 100 mg - Inj.	3.377,70
2) Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg	1,16
3) Levotiroxina Sódica 100 mcg	0,47
4) Levotiroxina Sódica 50 mcg	0,48
5) Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.	60,32
6) Quetiapina 100 mg	8,04
7) Riluzol 50 mg	27,30
8) Rivastigmina 4,5 mg	6,70
9) Sinvastatina 20 mg	1,97
10) Sinvastatina 40 mg	2,16

30. O resultado do levantamento, com a opção pelo PFAB como parâmetro para estimativa de preços, em consonância com o instrumento regulamentar de que tinha conhecimento, foi comunicado às instâncias superiores da SES/GO por sua Gerência de Suprimentos, via Despacho 3421/2005 - GS/SAF/SES-GO (fls. 33, peça nº 2). Na oportunidade, contudo, aquela gerência acrescentou a informação de que, a título de colaboração, estariam também sendo apresentadas as médias dos preços máximos aos consumidores (PMC), ponderando quanto à necessidade de “uma **DELIBERAÇÃO A RESPEITO DA UTILIZAÇÃO OU NÃO**, do preço máximo ao consumidor ser considerado o limite máximo de preço a ser aceito para a adjudicação da proposta, no ato da abertura do Pregão Presencial, pela Comissão Permanente de Licitação”.

31. Em resposta, a Gerência de Suprimentos recebeu, via Despacho 16105/2005 - GAB/SES (fls. 35, peça nº 2), exemplar da Portaria 178/2005 - GAB/SES (fls. 36, peça nº 2), por intermédio da qual o Secretário de Saúde do Goiás estipulou nova metodologia para a estimativa dos valores para a aquisição de medicamentos, estabelecendo que “o valor estimado do produto a ser adquirido, será sempre a média encontrada entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, ou qualquer outro método/meio útil que comprove a realidade do mercado”.

32. À vista do novo regramento e valendo-se dos dados que já havia levantado, a Gerência de Suprimentos da SES/GO, conforme Despacho 3625/2005 - GS/SAF/SES-GO (fls. 48, peça nº 2), elaborou nova estimativa para o certame em tela, a partir da apuração das médias entre os preços de fábrica e os preços máximos ao consumidor encontrados em sua pesquisa (fls. 37/47, peça nº 2) -

cabendo lembrar que ambos se encontravam devidamente onerados pelo ICMS de 17% -, obtendo os resultados que podem ser retratados conforme a seguir (as eventuais diferenças de centavos decorrem de arredondamentos):

Medicamento	Preço Unitário de Fábrica (R\$)	Preço Unitário Máximo ao Consumidor (R\$)	Preço Médio (R\$)
1) Infiximab 100 mg - Inj.	2.443,43	3.377,70	2.910,57
2) Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg	0,85	1,17	1,01
3) Levotiroxina Sódica 100 mcg	0,35	0,48	0,41
4) Levotiroxina Sódica 50 mcg	0,35	0,49	0,42
5) Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.	43,64	60,32	51,98
6) Quetiapina 100 mg	5,82	8,05	6,93
7) Riluzol 50 mg	19,76	27,31	23,53
8) Rivastigmina 4,5 mg	4,85	6,70	5,78
9) Sinvastatina 20 mg	1,42	1,98	1,69
10) Sinvastatina 40 mg	1,56	2,16	1,86

33. A sistemática da Portaria 178/2005 - GAB/SES, quanto às estimativas de preços, veio a ser reiterada pela já mencionada Portaria 21/2006 - ASGAB-SES (vide cópia na peça nº 49), editada em 8/2/2006 e com efeitos retroativos a 1º/1/2006, constituindo, portanto, o normativo em vigor quando da promoção do Pregão 130/2006.

34. Retornando à oferta da Medcommerce para o item 1 do pregão em tela (medicamento “Infiximab 100 mg - Inj.”), o que se constata é que o preço estimado para tal contratação, constante do processo licitatório, era de R\$ 2.910,57 já incluso ICMS de 17% (média entre PFAB = R\$ 2.443,43 e PMC = R\$ 3.377,70), em que pese a SES/GO não ser contribuinte do imposto. Na sessão originária de apresentação das propostas de preços, contudo, o que se verificou foi de tal licitante cotar o item pelo valor de R\$ 3.167,34 (fls. 31, peça nº 12), oferta essa não acolhida pelo pregoeiro, situação que, conforme já adiantado, somente veio a solucionar-se quando a licitante aceitou oferecer o produto a preço que, ainda que superior ao orçado (R\$ 3.016,51), seria “compatível com o da Portaria 21/2006” (fls. 51, peça nº 12), ou seja, com valor que já comportava a inclusão de ICMS.

35. No caso específico dos fornecimentos do item 1, então, não há sequer como considerar a prevalência da declaração inicial da empresa de que os preços estariam desonerados de ICMS. Mesmo que não se levasse em conta o fato de que o edital exigia, para apresentação de propostas, a inclusão do tributo, a negociação havida com a empresa, para que baixasse seu preço, a fez aderir à faixa de preços estimados para licitação, sobre os quais já incidia o ICMS à alíquota de 17%, na forma da Cláusula 5.3 do edital.

36. Ademais, já não faz muito sentido, em relação a tal item, admitir que o pregoeiro, que sabia não poder efetuar a contratação a preço superior ao estimado e conhecia as condições do edital, considerasse o preço renegociado como sendo preço sem ICMS embutido. Caso tal suposição não baste, no entanto, ainda há que se ter em conta que, aceitar, na negociação, o valor de R\$ R\$ 3.016,51, como sem ICMS, seria o mesmo que concordar que a proposta apresentada representasse R\$ 3.634,35/unid com ICMS incluso, valor esse superior até mesmo ao PMC apurado, de R\$ 3.377,70.

## II.1 - Quanto aos itens 7 e 8

37. A propósito, raciocínio similar precisa ser aplicado também em relação aos itens 7 e 8. Naqueles casos, após a desclassificação da empresa Medcommerce, em função de “não apresentar carta de credenciamento exigida no edital” (fls. 35, peça nº 12), a empresa Hospfar passou a ser a única participante. Manteve ela suas propostas de preços unitários originais de R\$ 25,28 para o medicamento “Riluzol 50 mg - comp” e de R\$ 5,99 para o medicamento “Rivastigmina 4,5 mg - cápsula” (fls. 33/34,

peça nº 12), constando da ata o registro de que tais itens “foram adjudicados pelo pregoeiro tendo em vista o valor da proposta estar dentro da Portaria 021/2006 ASGAB SES” (fls. 35, peça nº 12).

38. Ora, conforme se pode verificar a partir das tabelas explicitadas acima, os preços estimados para os medicamentos o “Riluzol 50 mg - comp” e “Rivastigmina 4,5 mg - cápsula”, já com o ICMS de 17% embutido, foram, respectivamente, de R\$ 23,53 e R\$ 5,78, ambos inferiores aos valores cotados pela Hospfar, sendo difícil, igualmente, que se conceba que o pregoeiro os aceitaria sob qualquer suposição de estarem desonerados do ICMS. Além disso, igualmente nesses casos, acolher suposição nesse sentido equivaleria a reconhecer que os preços dos itens 7 e 8, “com a inclusão do ICMS”, seriam de R\$ 28,35 e R\$ 6,96, ou seja, ambos superiores até mesmo aos respectivos PMCs apurados, de R\$ 27,31 e R\$ 6,70.

### II.3 - Quanto ao item 4

39. A empresa Hospfar sagrou-se vencedora em relação ao item 4 (medicamento “Levotiroxina sódica 50 mcg”), sem necessidade da etapa de lances, ao propor exatamente o “preço médio” estimado, ou seja, R\$ 0,42. Igualmente aqui, portanto, inconcebível admitir-se que o pregoeiro haveria acolhido tal proposta como se desonerada do ICMS, novamente podendo afirmar-se que supor tal condição equivaleria a aceitar que o preço cotado, “com a inclusão do ICMS”, seria de R\$ 0,51, superior ao PMC identificado, de R\$ 0,49.

### II.4 - Quanto ao item 6

40. Mesmo no que se refere ao item 6 (medicamento “Queatipina 100 mg”), cotado unicamente pela empresa Medcommerce pelo preço de R\$ 6,03, ainda que se verifique tratar-se de preço inferior ao preço estimado, é possível identificar corresponder a valor situado entre o PFAB e o PMC estimados, de R\$ 5,82 e R\$ 8,05, uma vez mais se enfatizando que ambos já comportam a inclusão do ICMS de 17%.

### II.5 - Quanto ao item 2

41. Para o item 2 (medicamento “Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg”), um dos únicos em que aconteceu alguma disputa na fase de lances (o outro caso foi o do item 5), verificou-se situação distinta. Para o medicamento em questão, lograram habilitar-se as empresas Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., CNPJ 03.553.585/0001-65, Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21, Medcommerce Com. de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 37.396.017/0001-10, e Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda., CNPJ 67.729.178/0001-49. Já na fase de lances, contudo, a disputa verificou-se, unicamente, entre a Hospfar e a Milênio, vindo a primeira delas a sagrar-se vencedora, após reduzir sua oferta inicial de R\$ 0,36 para R\$ 0,26 (fls. 31, peça nº 12).

42. Ora, acerca das empresas Hospfar e Medcommerce, já tive a oportunidade, nesta Proposta de Deliberação, de expor o quadro contraditório de suas propostas, em relação à pretensa desoneração de seus preços quanto ao ICMS. De modo similar, a empresa Milênio, na documentação que acompanhou sua proposta comercial, também caracterizou situação contraditória, que deveria haver sido objeto de pedido de esclarecimento pela Comissão de Licitação. Por um lado, no documento intitulado genericamente de “declarações” (fls. 22, peça nº 9), constaram as assertivas de que:

“6. 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 irremovíveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta, e/ou conforme Lei 8.666, de 21 de junho de 1993;

7. Estamos de acordo e aceitamos todas as normas contidas no edital e seus anexos referentes a esta licitação, cujas especificações dos produtos independem de transcrição para que integrem nossa proposta, conforme o edital e/ou determinações deste órgão;

[...]

9. Declaramos que nos sujeitamos e aceitamos todas as exigências, normas e prazos estabelecidos neste edital;”

43. É certo que, do mesmo documento, ainda constou esclarecimento que, em princípio, até poderia ser arguido em defesa da tese dos defendentes, de que os preços estariam desonerados (fls. 22, peça nº 9):

“11. A desoneração do ICMS é devida em razão daqueles medicamentos dispostos nos convênios de ICMS nºs 140/2001, 087/2002, 118/2002, 126/2002, 026/2003, 045/2003, 046/2003, e suas alterações posteriores, e na Portaria MS/GM nº 1318 de 23 de julho de 2002”.

44. A procedência de tal linha de raciocínio, contudo, teria de superar o aspecto de os convênios referidos não corresponderem a leis, enquanto a empresa Milênio, explicitamente, declarou que seus preços incluiriam todos os impostos “instituídos em lei”. O mais adequado, portanto, seria extrair-se a conclusão de que a ressalva apresentada pela licitante se referiria à exigência do próprio edital, de que os preços fossem desonerados posteriormente, quando do faturamento.

45. De outra parte, no entanto, a empresa Milênio apresentou o documento denominado “declaração - ICMS”, onde asseverou, “para os devidos fins, que os preços ofertados estão desonerados do ICMS de acordo com o Decreto Estadual nº 5.825 de 05 de Setembro de 2003” (fls. 28, peça nº 9), deixando, portanto, contraditório o seu posicionamento.

46. Tais condições conduziriam à necessidade de diligências, por parte da Comissão de Licitações, com vistas a verificar qual, efetivamente, seria a situação do preço de tais empresas (Hospfar, Medcommerce e Milênio) quanto ao item 2 e, caso viesse a confirmar o quadro de desoneração do ICMS, desclassificá-las, pela desconformidade com o edital, procurando, em seguida, verificar se a outra licitante habilitada contaria com proposta em consonância com o instrumento convocatório.

47. A situação da Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda., contudo, revelou-se peculiar. Única das quatro que não é sediada no estado de Goiás, não poderia ela beneficiar-se do Convênio ICMS 26/03, atinente apenas a operações internas. O medicamento requerido no item 2, no entanto, era abrangido pelo Convênio ICMS 87/02, também aplicável a operações interestaduais. Verificou-se, então, de a Rioclarense ser a única das participantes, ao menos no que se refere ao item 2, que deixou clara, sem declarações contraditórias, a questão de seus preços, ao afirmar que (fls. 20, peça nº 11):

“[...] os medicamentos constantes no Convênio ICMS nº 87 e suas posteriores alterações, encontram-se desonerados de ICMS, portanto os preços propostos para estes medicamentos são líquidos”.

48. A princípio, portanto, caso confirmada a situação de desoneração quanto às outras três e considerando os termos da proposta da Rioclarense, todas as licitantes deveriam haver sido desclassificadas e o item 2 considerado deserto. O fato de se haver, então, prosseguido com a licitação e, posteriormente, aceitar-se como desonerado do ICMS preço que deveria haver sido apresentado onerado, conduziria a que os pagamentos referentes ao item também fossem considerados na composição do débito. Considero, contudo, que a realidade observada quanto a tal item orienta para encaminhamento diverso.

49. Dos medicamentos aqui considerados para efeito de imputação de débito envolvendo recursos federais, aquele identificado pelo item 2 foi o único em que, desde as ofertas iniciais, somente foram ofertados preços (R\$ 0,32, R\$ 0,36, R\$ 0,30 e R\$ 0,36) significativamente inferiores ao PFAB identificado para o medicamento (R\$ 0,84). Nem mesmo seria absurdo, no caso, diferentemente do que

se verificou nos demais itens abordados, admitir-se que o preço final da licitante vencedora (R\$ 0,26) se encontrava efetivamente desonerado e que se estaria pagando, com a incidência do ICMS, o valor unitário de R\$ 0,31, já que este ainda seria significativamente inferior ao do menor preço de fábrica constante da amostra utilizada para estimativa do PFAB (R\$ 0,6536 - vide fls. 44/48, peça nº 1).

50. Em assim sendo, embora sem deixar de entender como incorreta a conduta de haver-se permitido o prosseguimento do certame em relação a item em que todas as propostas se encontravam em desacordo com o edital, entendo que, dadas as circunstâncias mencionadas, a parcela de débito atinente ao item 2 deva ser desconsiderada do débito relativo às vendas da empresa Hospfar.

## II.6 - Quanto ao item 5

51. Para o item 5 (medicamento “Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.”), desconsiderada a empresa Medcommerce (desclassificada “por não apresentar carta de credenciamento exigida no edital” - fls. 35, peça nº 12), restaram habilitadas apenas as empresas Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21, e Sociedade Mercantil Centro Norte Ltda., CNPJ 01.989.691/0001-60, entre as quais veio a travar-se intensa disputa de lances, com a vitória da Hospfar, após a redução de seu preço original de R\$ 53,87 para R\$ 35,50 (fls. 33/33, peça nº 12).

52. A partir das ofertas iniciais das duas licitantes habilitadas, a conclusão não poderia ser muito diversa daquela a que cheguei com relação aos itens 1, 4, 6, 7 e 8, ou seja, de que os preços propostos se encontrariam devidamente onerados com o ICMS. Quanto a isso, o valor unitário cotado inicialmente pela Centro Norte, de R\$ 65,00, foi até superior à média de preços unitários máximos ao consumidor apurada (R\$ 60,32), esta sabidamente já onerada do ICMS pela alíquota de 17%. Por sua vez, o valor ofertado de início pela Hospfar (R\$ 53,87), embora inferior ao PMC (R\$ 60,32), ainda era superior ao preço orçado (R\$ 51,98) e significativamente maior que o PFAB (R\$ 43,64), ambos, consoante aqui já reiterei, já devidamente onerados pelo ICMS de 17%. Assim, caso a definição da empresa vencedora se fundasse diretamente em tais ofertas iniciais, hipótese em que a menor cotação já foi a da empresa Hospfar, não teria dúvidas em aqui também identificar a reiteração do quadro de sobrepreços configurado em relação aos medicamentos indicados nos itens 1, 4, 6, 7 e 8.

53. Neste caso específico, contudo, considero que a intensa disputa verificada na fase de lances, em que se obteve, em relação à oferta inicial da Hospfar, um decréscimo de 35,96%, findou por modificar substancialmente o quadro. O preço final obtido, de R\$ 34,50, é inferior ao PFAB (R\$ 43,64) e, ainda que se o vá considerar como efetivamente desonerado do ICMS para aferir que valor se estaria pagando pelo item com a devida incidência do imposto, se chegaria ao importe de R\$ 41,56, importância também menor que o PFAB identificado.

54. Em assim sendo, igualmente entendo que os pagamentos relativos ao item 5 devam ser desconsiderados do débito a ser imputado à empresa Hospfar.

## III - Da comparação com os preços de referência - mercado

55. Aliás, questão importante no exame da matéria consistiu na averiguação da real adequação dos preços praticados pelas empresas nas licitações envolvendo a aquisição de medicamentos, cujos termos dos editais, no Estado de Goiás, vinham sempre indicando aos fornecedores a necessidade de formulação das propostas com ICMS incluso, nada obstante a incidência de isenções, as quais deveriam ser consideradas como abatimento para fins de liquidação e pagamento, com discriminação dessa dedução na nota fiscal.

56. Por diversas vezes, com vistas a privilegiar ao máximo a busca da verdade material e o esclarecimento dos fatos, oportunizando a mais ampla defesa e o contraditório, restituí os autos para exame de novos documentos apresentados pelas partes, ou esclarecimentos de questões que pudessem influir no exame do feito.

57. Conforme constou do relatório precedente, em uma das ocasiões (fls. 92, peça nº 42) restituí os autos novamente à secretaria para que conferisse tratamento similar aos processos que

cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, notadamente, diante do despacho que proferi no TC-004.589/2010-6, no qual determinei, dentre outras providências, 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.

58. Minha preocupação foi externada em despacho que proferi nos autos do TC-004.589/2010-6, envolvendo outro pregão da SES/GO, no qual deixei consignado o seguinte pensamento, em exame preliminar da matéria (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 nº 87/2002, que estabeleceu a isenção de ICMS sobre alguns medicamentos quando adquiridos por órgãos da administração federal, estadual ou municipal.

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

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

59. Acerca da glosa referida no despacho, tratarei em outro ponto específico mais adiante. No mais, apesar de agora, em exame mais aprofundado dos autos, entender que as propostas só se reputariam válidas se obedecido o claro comando editalício de que fossem apresentadas com inclusão do ICMS, não posso deixar de consignar que a preocupação externada nesse despacho residia no fato de que, se porventura alguma das empresas fornecedoras de medicamentos houvesse de fato apresentado seus preços sem ICMS, esses seriam facilmente demonstrados por uma comparação com os preços de mercado, pois haveria entre os preços propostos e aqueles praticados no mercado, no mínimo, uma diferença de 17%, correspondente ao referido tributo.

60. A preocupação tem fundamento, e foi inclusive abordada em tópico da segunda instrução produzida pela unidade técnica ao rebater alegações de defesa da empresa responsável, conforme trecho a seguir (a íntegra da instrução foi transcrita no relatório precedente):

“66. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio que se provar-se que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.” (fls. 84, peça nº 42).

61. Todavia, a questão foi assim tratada pela Secex/GO em sua derradeira instrução:

#### **“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

havia 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.

[...]

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.”

62. Reputo bastante, neste específico caso, considerar, como referido pela unidade técnica, os preços estimativos como parâmetro de comparação, consoante, inclusive, já procedi no segmento “II” desta Proposta de Deliberação. Conforme ali lembrei, os preços estimativos por item da licitação foram tomados com base na média entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, ambos com ICMS incluso.

63. Ora, tomando por parâmetro esses valores, já tive a oportunidade de ressaltar, no referido segmento “II”, que, em diversos dos medicamentos licitados no certame em tela, mais especificamente nos itens 1, 4, 7 e 8, se acaso considerássemos os valores das propostas aceitas pelo pregoeiro como desoneradas, chegaríamos à conclusão de que os preços unitários propostos pelas empresas, acrescidos do ICMS, para efeitos de comparação com as tabelas de preços ao consumidor, seriam, respectivamente, de R\$ 3.634,35, R\$ 0,51, R\$ 28,35 e R\$ 6,96, todos eles superiores aos preços máximos ao consumidor correspondentes. Seria o caso de inquirir-se, então, se haveria algum sentido em a administração, em especial considerando tratar-se de volume de compra considerável, pagar preços superiores aos preços máximos ao consumidor.

64. Justamente em sentido oposto, o próprio senso comum já sinaliza que, pelos volumes adquiridos pelo órgão estadual, seria de se esperar, no mínimo, que os preços oferecidos pelas empresas se aproximassem mais dos preços de fábrica dos medicamentos que dos preços máximos ao consumidor, situação mais aceitável, ainda que recentemente este Tribunal haja alertado o Ministério da Saúde acerca da possível existência de superdimensionamentos em preços de fábrica, conforme subitem 9.1 do Acórdão 3.016/2012 - Plenário. No entanto, se acolhidos os argumentos das defendentes em relação aos itens 1, 4, 7 e 8, seriam pagos valores acima dos preços máximos ao consumidor, situação inadmissível.

#### IV - Da inequívoca forma de pagamento prevista no edital

65. Outro ponto que merece relevo, a corroborar a irregularidade causadora de dano, refere-se à fórmula de pagamento prevista no edital, a qual não deixa dúvidas sobre como deveria ocorrer a desoneração do ICMS (conforme fls. 25/26, peça nº 7):

#### “XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO

(...)

11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota (s) Fiscal (is) será (ao) emitido (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total do (s) faturado (s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Convenio ICMS 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5825 de 05.09.2003<sup>1</sup> e Convenio ICMS 87/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço

(-) Desoneração do ICMS

=Total a pagar”

66. A lógica nessa fórmula não prevê operações de soma de ICMS ao preço e, depois, seu abatimento, como fizeram as empresas. Era evidente, portanto, que as empresas receberiam valor inferior ao preço parâmetro da licitação e àqueles por elas ofertados em suas propostas, ou seja, que os preços das propostas seriam superiores aos preços dos efetivos pagamentos. Portanto, não há como acolher a alegação de que os preços já se encontrariam desonerados, se as empresas sabiam que, quando da emissão de suas notas fiscais, ainda teriam que deduzir de seus preços o ICMS.

#### V - Da suposta interferência do Acórdão 140/2012 - Plenário no débito apurado nos autos

67. A derradeira tentativa da empresa Hospfar de afastar o débito imputado nestes autos consistiu na apresentação de novos elementos pautados em deliberação deste Tribunal, havida em processo julgado por relação da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, sobre o qual foi lavrado o Acórdão 140/2012 - P (TC-009.625/2011-9). Por meio daquele julgado, o Tribunal entendeu ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

68. A questão foi bem examinada no último parecer proferido pelo representante do Ministério Público/TCU, cuja manifestação incorporo integralmente como razões de decidir, com o acréscimo de informações pertinentes sobre o tema, em relação aos pregões da SES/GO, que faço a seguir. Início reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

#### “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

<sup>1</sup> O correto é Decreto nº 5.858/03 e não como grafado no edital, pois editado no ano de 2003, após o Convênio ICMS 26/03, para fins de regulá-lo internamente, no Estado de Goiás.

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 Hospfár 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 Hospfár 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 irrealizáveis 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. Unidade: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Estado da Saúde de Goiás; Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná; Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal; Secretaria de Estado de Saúde Em Mato Grosso

1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

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

1.5. Advogado constituído nos autos: não há.

1.6. Determinar:

1.6.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, com fundamento na Cláusula Primeira do Convênio - 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 aos entes que as propostas dos licitantes devem contemplar a isenção do tributo;

1.6.2. à Secretaria Geral de Controle Externo que divulgue o teor desta decisão às Secretarias de Controle Externo estaduais para subsidiar a programação de auditorias de conformidade a serem realizadas com o objetivo de: (i) estabelecer metodologia de cálculo de valor de referência para os medicamentos selecionados, com base em pesquisa de preços devidamente fundamentada; (ii) apurar sobrepreços na aquisição dos medicamentos pelos entes federativos; (iii) verificar a regularidade das aquisições de medicamentos; (iv) avaliar a qualidade e confiabilidade dos controles internos empreendidos do recebimento dos produtos até a sua distribuição; (v) verificar as condições de armazenagem dos fármacos; (vi) verificar a alimentação do Banco de Preços em Saúde pelos entes federados;

1.7. Recomendar:

1.7.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que revogue o § 3º do art. 5º da Portaria - GM/MS 2.814/1998, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna;

1.7.2. ao Conselho Nacional de Política Fazendária, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que altere o § 6º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição entre eles considere este valor'.

Cumpra-se destacar que o § 6º, declarado inconstitucional pelo Tribunal, nos termos do *decisum* acima, foi acrescido à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002 pelo Convênio ICMS 57/10, com efeitos a partir de 23.4.2010:

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

§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal’ ([http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087\\_02.htm](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’.”

69. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 130/2006, dentre as quais a Hospfâr e a Medcommerce, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os convênios ICMS 87/2002 e 26/2003.

70. Os convênios do ICMS não dispunham, à época, como deveriam ser apresentadas as propostas de licitantes, como recentemente se fez na alteração havida no Convênio ICMS 87/2002. Aqueles convênios se limitavam a autorizar a concessão de isenção e a indicar que o valor dessa isenção deveria ser discriminado e destacado nas notas fiscais. Portanto, essas notas fiscais conteriam o valor bruto e o líquido, isento de ICMS, mas nada era disposto a respeito das propostas de licitantes.

71. O edital, portanto, era a regra absoluta a reger as licitações no tocante à forma de apresentação das propostas, e os convênios de concessão de ICMS só interferiam no momento da realização dos pagamentos, do faturamento (emissão de NF's), haja vista que a desoneração se

tornava obrigatória para os casos enquadrados nas isenções concedidas, sob pena de a apropriação do imposto pelo fornecedor se configurar enriquecimento ilícito, quando, em razão do produto ou do comprador, não houver sua incidência e, portanto, o repasse aos cofres do estado. A propósito, o seguinte trecho da instrução que fundamentou o Acórdão 140/2012 - P confirma essa constatação: “127. Este § 6º foi incluído pelo Convênio - Confaz 57/2010, ou seja, antes de abril de 2010 não havia previsão de como a isenção do ICMS deveria ser tratada nas licitações. Por conseguinte, a forma como a isenção seria tratada era regida pelo edital do certame.” (fls. 5, peça nº 31, TC-009.625/2011-9).

72. Logo, de se ver que o Acórdão 140/2012 - Plenário possui efeitos *ex nunc*, possuindo validade apenas a partir de sua prolação por este Tribunal, não afetando, assim, atos pretéritos praticados ou definidos em licitações anteriores na administração.

73. Ademais, o levantamento efetuado no processo paradigma indicado pela defendente analisou apenas a aplicação do Convênio ICMS 87/2002 do Confaz, o qual concede isenção a uma lista determinada de fármacos constantes de seu anexo, isenção com abrangência nacional que não se aplica à totalidade dos medicamentos consumidos no país. Conforme expressamente consignado na instrução técnica que fundamentou o Acórdão 140/2012 - Plenário, não foi analisada a aplicação do Convênio ICMS 26/2003, que trata, de forma ampla, da isenção de ICMS nas operações internas de quaisquer bens, mercadorias ou serviços adquiridos pela Administração Pública Direta e suas autarquias e fundações, o qual foi aprovado e ratificado internamente no Estado de Goiás pelo Decreto 5.825/2003. Isso porque o referido convênio abordava uma isenção aplicada dentro do estado, ou seja, fora da jurisdição do TCU (item 4.2 da instrução), de modo que as análises da unidade instrutiva não o levaram em consideração (fls. 6, peça nº 31, TC-009.625/2011-9). Se um medicamento não consta na lista do Convênio 87/2002, só terá isenção de ICMS se a operação for interna, ou seja, no caso de Goiás, garantiria isenção apenas aos fármacos produzidos dentro do próprio estado. Os demais, vindos de outros estados, ficariam, em tese, sujeitos à alíquota de origem.

74. Ocorre que os editais-padrão adotados no Estado de Goiás consideraram a hipótese de fornecimento de medicamentos abrangidos por ambos os convênios, não separando, em cada caso, editais específicos para compras de medicamentos constantes do Convênio ICMS 87/2002 de outros não integrantes de seu anexo. Ao considerar também nos editais a incidência do Convênio ICMS 26/2003, optou o Estado de Goiás por comparar propostas oneradas com ICMS, não importando se o medicamento estava ou não enquadrado, também, no Convênio ICMS 87/2002. Basta ler o que consta dos itens 5.3, 5.3.1 e respectiva observação, constantes do edital (fls. 20, peça nº 5).

75. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração, para fins de pagamento, por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento, portanto, passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012, que teve efeitos apenas *ex nunc*, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital, e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isto foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

#### VI - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

76. Conforme indicado no derradeiro parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a Hospfar tenta, em linha adicional de defesa, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,25%), 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%.

77. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são inconteste alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: “Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezesete por cento)”, conforme fls. 15, peça nº 8; b) os preços cotados pela licitante para os itens 4, 7 e 8 foram iguais ou superiores àqueles constantes da estimativa da licitação, os quais sabidamente estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Ademais, a aplicação do percentual referido pela defendente nas faturas objeto de impugnação carece de efetiva comprovação. Portanto, não se sustenta tal alegação de defesa.

#### VII - Das supostas retenções

78. Necessário ainda discorrer sobre a alegação, apresentada, entre outros, pelos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (vide fls. 35/36, peça nº 39), no sentido de que o Estado de Goiás havia procedido a retenções em montante correspondente aos pagamentos supostamente realizados a maior, o que, segundo alegam, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário.

79. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar: 1º) que conforme consta dos autos (fls. 47, peça nº 31, Relatório Conclusivo 005/2008), há indícios de que só houve retenções de recursos na fonte estadual (fonte 00); 2º) inexistente nos autos qualquer indicativo de que tais montantes retidos hajam sido recolhidos aos cofres públicos federais; 3º) conforme resultado de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o 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 (vide peça nº 46).

80. Portanto, mesmo as retenções (ou glosas) até então efetuadas foram tornadas insubsistentes no âmbito dos processos de pagamento, disso resultando não só a constatação de que o dano apurado nesta tomada de contas especial efetivamente restou configurado, como também possivelmente, a esta altura, é maior que o apurado inicialmente pela comissão responsável pela instauração desta tomada de contas especial.

81. Assim, além de refutar os argumentos apresentados, essa última informação trazida ao processo torna evidente a necessidade de que o Tribunal determine à SES/GO que instaure tomada de contas especial também para os débitos relativos aos pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 130/2006, com recursos federais.

#### VIII - Da existência/inexistência de boa-fé

82. Relativamente ao juízo acerca da existência ou não de boa-fé por parte dos gestores, lamento divergir do parecer por último exarado pelo Ministério Público/TCU, pois não entendo restar configurada, e, por isso, acompanho, nessa parte, a proposta de julgamento, desde logo, desta tomada de contas especial, conforme parecer produzido pela Secex/GO.

83. Examinando primeiramente a conduta do Sr. Cairo Alberto de Freitas, ordenador de despesas (então Secretário de Estado da Saúde) e responsável pela homologação do processo licitatório, pude constatar evidências de que não apenas inexistente demonstração de boa-fé desse gestor, mas, também, que há evidências de conduta desabonadora no trato da matéria, conforme consta registrado no relatório conclusivo da comissão de TCE (fls. 46/47 e 49, peça nº 31), conforme trechos que transcrevo a seguir:

No que se refere à empresa Hospfar:

“Ressaltamos, inicialmente, que os pagamentos a esta empresa foram iniciados antes mesmo da outorga do contrato, conforme Despacho nº 12312/2006 - GAB/SES (fls. 3093), onde o então Secretário de Estado da Saúde, Dr. Cairo Alberto de Freitas, autoriza excepcionalmente o pagamento sob a justificativa de evitar o desabastecimento e/ou prestação de serviço.

Destacamos que a problemática na majoração dos valores dos produtos para incluir novamente o ICMS foi objeto de discussão nos autos de pagamento em análise, de forma que o IGECONI, através do Despacho nº 9185/2006 (fls. 3098) alertou para a ausência de desoneração e asseverou que o pagamento ficaria a critério exclusivo de decisão de mérito do ordenador.

[...]

Destarte, verifica-se a ocorrência de dano aos cofres públicos em razão de ter havido pagamento superior ao adjudicado desonerado e, além disso, superior ao faturado pela Empresa, [...]”.

No que se refere à empresa Medcommerce:

“Ressaltamos, a princípio, que os pagamentos a esta empresa foram iniciados antes mesmo da outorga do contrato, embora a Chefia da Assessoria Técnica e Jurídica da SES tenha orientado no sentido de que se aguardasse a outorga, conforme Despacho nº 145/2006-Astecjur, acostado no verso das fls. 2065.

Ocorre que o então Secretário de Estado da Saúde, Dr. Cairo Alberto de Freitas, autorizou o pagamento excepcional de faturas anteriormente à outorga devida pelo Procurador-Geral do Estado, através do Despacho nº 12370 (fls. 2076).

A problemática da majoração dos preços foi detectada pela Superintendência de Administração e Finanças, conforme Despacho nº 047/2007-ASGAB-SAF (fls. 3030/3031), assinado pelas Senhoras Fernanda Cristina B. Bernardes e Maria Angélica Lourenço Gonçalves, vistado pelo Superintendente de Administração e Finanças, Antônio Durval de Oliveira Borges, que apresentaram, ainda, uma planilha anexada ao aludido documento que denota a majoração de valores, indicando, inclusive, pagamento efetuado acima do faturado nas Notas.”

84. Registre-se que a justificativa utilizada para autorizar a realização de pagamentos antes da outorga da Procuradoria Geral do Estado acerca da celebração dos contratos, de que se estaria com isso buscando evitar o desabastecimento das unidades hospitalares (fls. 13, peça nº 27), não se sustentaria nem mesmo sob a alegação, levantada em outras ocasiões pelo então Secretário de Saúde, de que atrasos no cumprimento dos contratos por prazo superior a noventa dias autorizariam a suspensão de sua execução. No caso em questão, conforme fls. 1, 9, 13, 18, e 20/21, peça nº 27, o lapso entre as datas das notas fiscais e demais procedimentos eram inferiores a noventa dias, não justificando o procedimento.

85. Portanto, divirjo do último posicionamento do Ministério Público/TCU, segundo o qual os esforços envidados pelo responsável Cairo Alberto de Freitas para obter a compensação do dano apurado qualificam seus atos de boa-fé. A adoção de providências nesse sentido só foi tomada depois de sucessivos questionamentos sobre a regularidade de tais atos.

86. A propósito, conforme indicado no trecho reproduzido retro e consoante evidências disponíveis nos autos, a questão da falta de desoneração nas notas da Hospfar e da Medcommerce já vinha sendo apontada por servidores da Superintendência de Administração e Finanças desde as primeiras notas fiscais, cujos pareceres chegaram ao conhecimento do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges. Há também nos autos evidências de que já por ocasião do primeiro pagamento efetuado esse responsável ignorou posicionamento da assessoria técnica e jurídica (Astecjur) no sentido do não pagamento.

87. Aliás, no caso da Hospfar, os pagamentos das primeiras notas fiscais foram autorizados ainda que diante do registro de que tais documentos não possuíam o atesto financeiro, circunstância sinalizada pela Geconi (vide fls. 18, peça nº 27).

88. Tais formas de proceder não condizem com condutas a que se possa atribuir boa-fé. Ademais, a adoção posterior de providências no sentido de tentar impedir a realização de novos pagamentos a maior, bem assim, de compensar aqueles já pagos, além de restarem frustradas, não representam, por si sós, elementos capazes de atestar suposta boa-fé. Depois de efetivamente documentada e apontada a falha no pagamento, não restaria outra alternativa aos responsáveis, senão cumprir seu dever legal de tentar obstar novos pagamentos.

89. Portanto, entendo não haver elementos que apontem a boa-fé dos responsáveis.

#### IX - Da não aplicação de multa proporcional ao dano

90. Em que pese isso, tomo por parâmetro os critérios de equidade e proporcionalidade na avaliação dos fatos e das condutas dos responsáveis solidários arrolados nestes autos, especialmente, com vistas à adoção de uma deliberação equilibrada face à divergência havida entre as propostas formuladas pelo *Parquet* especializado e pela unidade técnica.

91. Nesse sentido, forçoso reconhecer que, ao menos durante a gestão dos envolvidos, estes envidaram esforços no sentido de deixar saldo contratual suficiente à cobertura dos danos apontados na tomada de contas especial, por força, inclusive, de retenções que posteriormente restaram insubsistentes. Com efeito, foi a partir do reconhecimento de tais medidas, aqui consideradas com as devidas ponderações indicadas no item antecedente, que o nobre representante do Ministério Público, no último parecer exarado nos autos, ofereceu proposta parcialmente divergente da secretaria, no sentido do reconhecimento de boa-fé.

92. Assim considero que tais medidas, conquanto se traduzam insuficientes para a demonstração da boa-fé na prática do evento danoso, revelam condutas posteriores atenuantes para os fins de aplicação de sanção. Assim, tais fatos conduzem-me a deixar de propor que este Tribunal aplique a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

#### X - Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

93. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho os posicionamentos dos pareceres precedentes, no sentido de que o responsável, apesar de revel, deva ter sua responsabilidade excluída, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possui nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já este decorreria dos atos de pagamento.

#### XI - Laudo Pericial - Departamento de Polícia Federal

94. Por fim, conforme salientado pela unidade técnica, a Procuradoria da República em Goiás encaminhou a este Tribunal cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de colher esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela SES (peça nº 47). No entanto, conforme salientado pela unidade técnica na instrução constante da peça nº 50, a Tabela de Laudos Periciais indicativa de quais pregões foram objeto de perícia (peça nº 48) não faz referência ao Pregão 130/2006, objeto desta TCE. O elemento em questão, portanto, não carece de maiores considerações em relação a estes autos.

#### XII - Dos ajustes em relação aos débitos a serem imputados

95. Conforme discorri anteriormente, nas seções II.5 e II.6 desta Proposta de Deliberação, entendo necessário excluir, do débito a ser imputado à empresa Hospfar e aos responsáveis com ela

solidários, as parcelas decorrentes da aquisição dos itens 2 e 5, correspondentes, respectivamente, aos medicamentos “Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg” e “Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.”.

96. Quanto a isso, nesta TCE, a responsabilidade atribuída à empresa em questão decorreu de pagamentos que tiveram como referência quatro notas fiscais por ela emitidas, a saber, as de números 117554 (fls. 47, peça nº 26), 117555 (fls. 50, peça nº 26), 117556 (fl. 1, peça nº 27) e 114923 (fls. 9, peça nº 27). Verifica-se, no entanto, que apenas a de número 117556 envolveu o fornecimento dos itens 2 e 5, ali constando a discriminação de 36.000 unidades de “Levodopa + Carbidopa”, ao preço total de R\$ 11.277,11, e de 360 unidades de “Octreotida”, pelo valor total de R\$ 14.963,86, montantes esses que incluíam os acréscimos lançados a título de ICMS, abatidos ao final do documento fiscal. A metodologia utilizada para a apuração do débito, contudo, levou em consideração o valor originalmente proposto pela empresa como já onerado e computou como débito o ICMS não abatido.

97. Retomando, então, os valores cotados para tais itens, ter-se-ia, para 36.000 unidades do item 2, o valor total de R\$ 9.360,00 ( $36.000 \times R\$ 0,26 = R\$ 9.360,00$ ) e, conseqüentemente, a parcela de débito de R\$ 1.591,20 ( $17\% \times R\$ 9.360,00 = R\$ 1.591,20$ ). Para 360 unidades do item 5, estaria envolvido o valor total de R\$ 12.420,00 ( $360 \times R\$ 34,50 = R\$ 12.420,00$ ) e, conseqüentemente, a parcela de débito de R\$ 2.111,40 ( $17\% \times R\$ = R\$ 2.111,40$ ).

98. Em assim sendo, deverá ser abatida, da parcela de débito correspondente (até aqui sinalizada como sendo de R\$ 23.312,09), a importância de R\$ 3.702,60 ( $R\$ 1.591,20 + R\$ 2.111,40 = R\$ 3.702,60$ ). Relembro que, no que se refere à Hospfâr, todos os pagamentos abordados nesta TCE foram suportados por recursos federais.

99. Além disso, no que tange ao débito a ser imputado à empresa Medcommerce e solidários, identifiquei a necessidade de correção das datas de algumas das parcelas. Em relação a isso, ressalvo concordar com a sistemática utilizada pelas instâncias que me precederam de, em relação a cada nota fiscal, adotar como data para atualização e incidência de encargos aquela em que ocorreu o último pagamento, tendo em vista ser essa a situação mais favorável para os responsáveis, diante da dificuldade operacional em identificar-se qual desses pagamentos conteria o incremento indevido. No entanto, identifiquei, na proposta de encaminhamento apresentada pela unidade técnica, algumas incorreções na transcrição das datas de alguns desses pagamentos. Como, em todos os casos, a retificação é para data posterior, não se configura nem mesmo a necessidade de novo chamamento dos responsáveis, tendo em vista corresponder a quadro mais benéfico. As alterações a serem promovidas são retratadas no quadro a seguir, de que consta o número da nota fiscal, a data incorreta e a data retificada.

Nota Fiscal	Data incorreta	Data retificada
50434	23/11/2006	28/12/2006
51501	04/04/2007	23/04/2007
50620	23/11/2006	28/12/2006
50927	05/12/2006	23/04/2007
50925	05/12/2006	28/12/2006
50404	23/11/2006	28/12/2006

Nota Fiscal	Data incorreta	Data retificada
51650	04/04/2007	09/04/2008
55430	09/04/2007	09/04/2008
53200	04/04/2007	23/04/2007
54718	23/04/2007	09/04/2008
54175	23/04/2007	09/04/2008
54325	23/04/2007	09/04/2008

### Conclusão

Diante do exposto, ao acolher quanto ao mais, a fora as ponderações acima explicitadas e os ajustes de forma julgados pertinentes, os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público/TCU,



manifesto-me no sentido de que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de março de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI  
Relator