GRUPO II - CLASSE IV - Plenário
TC-016.826/2009-5
Natureza: Tomada de Contas Especial
Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás
Responsáveis: Adriano Kennen de Barros (418.679.711-00); Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Benevides Mamede Júnior (324.122.311-68); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21); Milenio Distribuidora de Prod Farm e Hospitalares Ltda. (03.553.585/0001-65); Prodiet Farmacéutico S.A. (81.887.838/0001-40)
Interessada: Secretária de Saúde - GO (00.544.963/0001-56)
Advogados constituídos nos autos: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805); Milena Gilberti (OAB/GO 21.795E); Luiz Fernando Pereira (OAB/PR 22.076); Fernanda Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Marcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB/GO 25.000); Sueli Pereira de Souza (OAB/GO 25.750); Fabrício David de Souza Gouveia (OAB/GO 22.784); Marcos de Araújo Cavalcanti (OAB/DF 28.560); Romildo Olgo Peixoto Júnior (OAB/DF 28.361); Sérgio Tourinho Dantas (OAB/DF 22.163); Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872).

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

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás (SES/GO), a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em decorrência da realização de pagamentos irregulares às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiet Farmacêutica Ltda., no valor histórico total de R$ 103.915,29, para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 314/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 314/2005, promovido pela SES/GO para a aquisição de medicamentos para abastecimento da Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa, continha previsão em seu item 5.3 de que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS (fls. 33, peça 2).

3. Todavia, foi constatado que as empresas Hospfar e Milênio, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentaram o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênios 26/2003-Confaz). No caso da Prodiet, a empresa faturou os medicamentos como mercadorias comuns, sem isentá-los do ICMS. A SES/GO realizou os pagamentos das notas fiscais sem corrigir tal falha.

4. A comissão de tomada de contas especial calculou a diferença paga a maior à empresa, chegando aos seguintes valores históricos: Hospfar - R$ 90.493,67, Milênio - R$ 6.717,16 e Prodiet - R$ 6.704,46 (fls. 62-66, peça 23 e 1-7, peça 24).

5. Para calcular o débito referente aos recursos federais, a SES/GO considerou que do total das notas fiscais apresentadas pela Hospfar (R$ 677.562,08), somente havia sido feito o pagamento de R$ 625.838,76, sendo indevida a parcela paga a título de ICMS no montante de R$ 90.493,67, integralmente custeado com recursos federais. Em relação à empresa Milênio, o valor total das notas fiscais foi de R$ 313.740,90, tendo sido paga a quantia de R$ 280.697,32. Do montante indevido (R$ 20.467,43), 32,82% foi custeado com recursos federais, sendo o dano concreto calculado em R$ 6.717,16. Quanto à empresa Pro-diet, do valor total das notas fiscais (R$ 100.044,00), somente havia sido efetuado o pagamento de R$ 43.696,80, sendo indevida a parcela paga a título de ICMS no montante de R$ 6.704,46, integralmente custeado com recursos federais.

6. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu serem responsáveis pelo dano os ex-Secretários de Saúde Fernando Passos Cupertino e Cairo Alberto de Freitas, o ex-Superintendente-Executivo da SES/GO Benevides Mamede Júnior, o ex-Pregoeiro Adriano Kennen de Barros e as empresas beneficiárias (fls. 39-40, peça 23).

7. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (fls. 26 e 33-35, peça 24).

8. No âmbito deste Tribunal, foram citados, conforme instrução da Secex/GO (fls. 36-88, peça 24, 3-59, peça 25, 1-6, peça 26), solidariamente o Sr. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, Benevides Mamede Júnior, ex-Superintendente-Executivo da SES/GO e Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, bem como as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiet Farmacêutica Ltda.

9. A unidade ressaltou que excluiu do rol de responsáveis o Sr. Fernando Passos Cupertino, em razão dos pagamentos terem sido realizados na gestão do Sr. Cairo Alberto de Freitas, à exceção do valor referente à nota fiscal 53152, o qual foi excluído do cálculo do débito (peça de 14/03/2011). Por esta razão, o débito da empresa Milênio foi reduzido de R$ 6.717,16 para R$ 5.838,66 (peça 5, fls. 37).

10. As alegações de defesa foram examinadas pela Secex/GO em análise constante da peça 16, fls. 13-32. Naquela oportunidade, propôs afastar a responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, a irregularidade das contas dos demais responsáveis, a imputação de débito e a aplicação de multa (fls. 33-48, peça 33).

11. O MP/TCU, em sua primeira intervenção, registrou os requerimentos da empresa Hospfar para devolver os autos para análise por parte da Secretaria de Fazenda de Goiás, bem como para declaração de perda do objeto da TCE em face das alegadas retenções. Propôs, preliminarmente, indeferir tais pedidos e, no mérito, manifestou-se de acordo com a proposta da Secex/GO, acrescentando como fundamento para irregularidade das contas a alínea "b" do art. 16, inciso III, da Lei 8.443/1992 (fls. 50-52, peça 33).

12. A empresa Hospfar acostou elementos adicionais de defesa, razão pela qual determinei o retorno dos autos à unidade técnica para nova manifestação (fls. 53-65, peça 33 e 1-6, peça 34).

13. As alegações de defesa foram examinadas pela Secex/GO em análise que reproduzo a seguir em seus trechos essenciais e com ajustes de forma (peça de 14/03/2011, e fls. 7-26, peça 34):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

"8 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 praticado, durante a realização do pregão, etapa de classificação, conclui-se que não trouxe impacto no resultado da irregularidade relatada 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.

9 A empresa Prodiet Farmacêutica Ltda. apresentou suas alegações de defesa (fls. 1323/1338). No início dos debates, apresentou um breve histórico dos fatos. Em seguida, alegou que os preços ofertados por ela já estavam desonerados do ICMS, conforme informado à época da classificação de sua proposta no certame (fls. 1326/1328). Portanto, segundo a defendente, a cobrança referente ao valor do ICMS, que não foi destacado na Nota Fiscal apresentada por eles configuraria um *bis in idem*, pois se estariam cobrando o valor referente ao ICMS de um preço que já se levou em conta a desoneração daquele imposto.

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

11 É sabido que a isenção fiscal corresponde à não incidência legalmente qualificada, como no caso em questão. Porquanto, a regulamentação da isenção fiscal, dada pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, dispõe na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único daquele convênio destinados aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas. Porém, condiciona esta isenção no § 1º c/c inciso III a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal. Portanto, a própria legislação específica, que trata da isenção fiscal, também, regulamenta o seu *modus operandi*. E neste, está claro que o valor referente ao ICMS deveria constar na Nota Fiscal, para ser abatido no ato do pagamento. Ainda, o edital previa a apresentação dos preços com a inclusão de todos os impostos inclusive o ICMS. Assim, fica difícil aceitar a tese apresentada pela citada de que o valor pago pela Administração corresponde ao valor ofertado pela contratada, que já levou em conta a desoneração do ICMS no seu preço.

12 Em seguida, a defesa alega a impossibilidade de se alterar a proposta (fls. 1328/1334). A defesa insiste na tese de que apresentou os preços desonerados do valor referente ao ICMS em sua proposta. No seu entendimento, a dedução referente a esse tributo nestes autos representa uma afronta à legalidade (§ 1º do artigo 58 da Lei 8.666/1993) e à Constituição Federal (inciso XXI do artigo 37), que asseguram o direito de inalterabilidade das propostas classificadas. Para robustecer sua tese acrescenta vasta doutrina e inclusive trecho de julgado do TCU (Acórdão 865/2006-PL) e outro de julgado do STJ (REsp 216018/DF de 5/6/2001, DJ 10/09/2001 p.370), todos tratando da imutabilidade referente ao aspecto econômico-financeiro do contrato.

13 Interessante observar que a Administração está se valendo do mesmo argumento, manutenção da equação econômico-financeiro da proposta, para cobrar os valores considerados por ela indevidamente pagos às empresas. Segundo a Administração no preço contratado já estava incluso o valor referente ao ICMS, em consequência da previsão editalícia e em obediência à norma específica sobre o assunto. Porquanto, a citada, embora apresente

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

declaração de que seus preços de propostas estavam desonerados do valor correspondente ao ICMS, não é esse o entendimento esboçado nestes autos, pois tal conduta é contrária ao disposto no edital e na legislação específica, não cabendo acolhida aos argumentos apresentados.

14 Em seguida, tem-se a alegação de que a 'Interpretação do Edital foi acolhida na esfera da licitação' (fls. 1334/1336). Segundo a defesa, a discussão a respeito da apresentação da proposta com valores já abatidos do montante correspondente ao ICMS foi suplantada no momento da classificação da proposta pela Administração no âmbito da licitação. Alega, ainda, que a cláusula 4.4 do contrato, prevendo que nos preços acima estão inclusos todos os impostos, é uma cláusula geral. Sendo que a interpretação a ser dada é a de que no preço estão incluídos todos os impostos incidentes e não aqueles que são isentos.

15 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 nº 87/2002. Portanto, não há dúvida quanto a essa interpretação legal a ser dada ao edital e ao Convênio que rege a matéria. Fato que impossibilita o acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa.

16 Por último, a defesa pretende a compensação com créditos titularizados pela Prodiet (fls. 1336/1337). Entretanto, os créditos da empresa são com o Estado e o débito levantado nesta TCE refere-se a recursos da União. Ainda, os recursos devem ser devolvidos aos cuidados do Fundo Nacional de Saúde - MS. Portanto, não cabe a compensação requerida pela parte. Com isso, permanece a responsabilidade da empresa pelo débito levantado.

17 A empresa Milenio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. apresentou suas alegações de defesa (fls. 1340/1359), acompanhada de documentos (fls. 1360/1373). A defesa apresentou um breve relato dos fatos, em seguida, adentrou ao mérito (fls. 1341).

18 De início, a defesa enfatizou a obrigatoriedade da observância às regras do Edital num processo de licitação. Seguiu seu debate no intuito de demonstrar que formalidades inúteis devem ser eliminadas, a bem do interesse público, conforme jurisprudências do Poder Judiciário apresentadas (fls. 1343/1344). No mesmo sentido, apresenta a Decisão 695/99 de origem desta Egrégia Corte de Contas (fls. 1345). Com isso pretende demonstrar a citada que a interpretação dada pelo Órgão de Controle Interno tomada em nome do formalismo e vinculação ao instrumento convocatório não pode servir para sustentar uma decisão que, no seu entender, é absurda e prejudicial à seleção da melhor proposta.

19 Em resumo, a tese da defesa é a de que apresentou declarações na fase de apresentação de propostas de que os preços de seus produtos estavam desonerados do ICMS e que apresentou a proposta mais vantajosa, com preços abaixo do valor estimado, portanto, compatíveis com o valor de mercado, não tendo, por isso, causado lesão aos cofres públicos.

Quer a defesa demonstrar, também, que o interesse fazendário não é o interesse público, com suporte no julgamento do REsp.382.736-SC (fls. 1348).

20 Na tese seguinte, a citada argumenta que o ICMS somente deveria incidir nos preços ofertados quando fosse devido, o que, para ela, não é o caso (fls. 1351), em função do benefício legal. Portanto, a contratada teria agido pautada nos procedimentos legais exigidos, desqualificando a retenção de numerário para efeito de compensação.

21 Na discussão sobre a Natureza Jurídica do benefício fiscal da isenção do ICMS nas vendas destinas ao Órgão público da Administração Direta, incluindo suas autarquias e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

fundações (fls. 1352/1358), 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%.

22 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. 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 nº 87/2002. Assim, 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. Portanto, 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 pela defesa.

23 Em seguida, foi apresentada em conjunto a defesa dos responsáveis, senhor Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (fls. 1398/1417), acompanhada de documentos (fls. 1418/1424), referente à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Outra defesa (fls. 1425/1444), acompanhada de documentos (fls. 1445/1451), referente à empresa Prodiet Farmacêutica Ltda. e outra defesa (fls. 1454/1473), acompanhada de documentos (fls. 1474/1480), referente à empresa Milênio distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares. Sendo que as três defesas têm o mesmo conteúdo material, apenas mudando o sujeito passivo solidário, será referenciada apenas a primeira defesa, estendendo-se sua análise às demais.

24 Inicia-se a defesa trazendo um breve relato dos fatos, constantes nos autos. Em seguida apresentam as providências administrativas adotadas pelos gestores em questão, a partir do conhecimento dos fatos, com finalidade de se restituir o erário do valor pago indevidamente (fls. 1399/1402).

25 Na sequência (fls. 1402/1404), a defesa busca demonstrar a boa-fé dos gestores na questão envolvendo o ICMS, neste caso. Em resumo, as ações dos gestores foram a de continuidade na compra dos medicamentos devido ao alcance social de extrema relevância vital à população beneficiada, porém seguida de medida preventiva para resguardar o Estado quanto aos débitos apurados nos pagamentos feitos indevidamente.

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

27 Outro ponto tocado na defesa é a discussão do direito (fls. 1404/1410), cuja explanação da defesa percorre doutrinas agasalhadas pelo direito administrativo pátrio, como a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU opera-se pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico assim como, a responsabilidade civil objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.

28 Ante as explanações, diante da retificação da homologação daquele edital, proporcionando o benefício das empresas, não parece claro que os gestores não agiram com dolo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

Porém, como a própria defesa argumentou, aos gestores cabiam a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 001/2008 (fls. 1153, 1157, 1171) nas Planilhas referentes às três empresas envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Assim, a boa-fé dos gestores é discutível, porém sana-se o problema com a devolução das verbas públicas cobradas aos cofres da União de maneira definitiva.

29 Ainda, em defesa (fls. 1410), 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.

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

31 A defesa segue (fls. 1411/1414), alegando a ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa. Quanto à ausência de dolo, esta já foi discutida anteriormente nestes autos. Quanto à ausência de improbidade administrativa, este assunto não é tratado nestes autos, que se restringe à competência do TCU em buscar os responsáveis por danos causados ao Erário. Improbidade administrativa é alvo circunscrito à competência do Ministério Público Federal, portanto, os argumentos levantados pela defesa sobre este assunto não alcançam a TCE em questão.

32 Ainda em defesa, é apresentada a contestação da responsabilização solidária dos gestores nestes autos (fls. 1414/1415). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp nº 881426 do Estado de São Paulo, apresentado pela defesa, encontra-se a solução para o deslinde sobre a devida responsabilização desta TCE, ou seja, os defendentes só podem ser condenados na medida de sua responsabilidade e extensão.

33 Veja, é clara a responsabilidade dos gestores, o senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela autorização para os pagamentos feitos às três empresas envolvidas (pregão nº 314/2005 - fls. 1141), 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 três empresas envolvidas (pregão nº 314/2005 - fls. 1141), 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 ora apurado.

34 Os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

35 Quanto às ações esperadas por homem médio (fls. 1415/1416), na situação discutida nos autos, a defesa apresenta o Acórdão 217/2007 - 2ª Câmara - da relatoria do 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

Erário. Ao contrário, a ação tomada pelos gestores questionados nestes autos foi a de a continuidade nos pagamentos perniciosos, que redundaram em danos ao Erário. De modo que, não cabe acolhida aos argumentos apresentados neste ponto.

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

37 Porquanto, não pode ser entendida a boa-fé dos gestores, tendo em vista que os recursos não foram devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, restando configurado o débito para com a União.

38 A empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. apresentou suas alegações de defesa (fls. 1481/1531), acompanhada de documentos (fls. 1532/1639).

39 Em princípio, a defesa fundamentou-se em preliminares. A primeira delas 'I.I - Inexistência de contrato. Efeitos' (fls. 1481/1485). Em sua defesa, a empresa alega que não foi formalizado em contrato o procedimento decorrente do Pregão 314/2005 - fls. 1141, ante a recusa da Procuradoria Geral do Estado em outorgar os contratos (fls. 1481). Com isso, pretende o citado demonstrar que sendo declarada a nulidade do procedimento, todo o certame restaria prejudicado, assim como todos os atos jurídicos dele decorrentes, não podendo ser alcançado por aplicação de quaisquer sanções.

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

41 Na segunda preliminar 'I.II - Falta de correta tipificação - nulidade' (fls. 1485/1487), alega a citada que a tipificação correta para o caso seria a violação ao Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, pelo caráter de especificidade deste convênio que indica os medicamentos questionados em seu anexo único, em detrimento da tipificação realizada na citação, referente ao Convênio Confaz ICMS nº 26/2003.

42 De fato a especificidade dada pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002 habilita esta norma para efeitos de tipificação nestes autos. Todavia, a tipificação serve de orientação na busca do enquadramento do fato com finalidade de se buscar a verdade real destes, oportunizando à defesa e à acusação o debate sobre o fato ocorrido, para que os argumentos/alegações sejam acatados ou refutados no decorrer da análise processual, que culmina com a obtenção do mérito a ser proferido no julgamento das contas, de modo que, uma vez trazida à tona a correta tipificação das irregularidades ocorridas, tendo inclusive a defesa apresentado alegações no sentido de rebater tal tipificação, tal rigor formalista não tem o poder de dissuadir a irregularidade cometida pela citada, que resultou em débito ao erário federal, e não redundou em prejuízo à defesa daquela.

43 Na terceira preliminar 'I.III - Falta de tipicidade para Tomada de Contas Especial' (fls. 1488/1490), a defesa alega (fls. 1488) que os preços dos medicamentos em questão vendidos no Pregão 314/2005 foram praticados de acordo com os preços de mercado à ocasião, salientando a observação constante em parecer da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás (fls. 1490) de que houve economia com relação aos preços praticados em outros procedimentos. Continua sua defesa, alegando que os preços apresentados já estavam com os valores correspondentes ao ICMS desonerados e que os preços apresentados, portanto, por estarem compatíveis com os de mercado, não apresentam indícios de superfaturamento ou qualquer outra irregularidade que pudesse dar causa à Tomada de Conta Especial. Nesta argumentação pretende demonstrar que a TCE não apresenta todos os elementos constitutivos necessários para o seu procedimento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

44 A questão seria favorável à defesa, caso os indícios de prejuízo ao erário não fossem demonstráveis. Contudo, o que se apresenta nos autos é o oposto, pois dos diversos pagamentos feitos à empresa, alguns foram feitos de maneira correta, ou seja, com o valor referente ao ICMS desonerado, outros, porém, os cobrados nesta TCE, referem-se a valores pagos sem a desoneração do ICMS, ou seja, valores com a Nota Fiscal cheia, conforme pode-se averiguar no Relatório Conclusivo nº 001/2008 (fls. 1153, 1157, 1171) nas Planilhas referentes às três empresas envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Portanto, não se configura a descaracterização dos pressupostos de validade de instauração deste procedimento.

45 Superadas as preliminares, segue-se à análise do mérito (fls. 1491), II.I - Do Pregão 314/05 (fls. 1495); 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 neste ato. Para reforçar sua tese apresenta Despacho da Procuradoria Geral do Estado 'AG' nº 007332 de 24/8/2007 (fls. 1499), 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.

46 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.

47 Na sequência, a defesa lançou mão da tese de preclusão administrativa, II.II - Desclassificação da Proposta Inexistente - Preclusão (fls. 1506); 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.

48 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 já esboçado. Portanto, não cabe acolhida ao argumento apresentado.

49 Na tese seguinte, II.III - Desoneração - Impossibilidade de aplicação de sanção legalidade (fls. 1511), 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.

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

51 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

Confaz ICMS nº 87/2002, dispõe na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único daquele convênio destinados aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas. Porém, condiciona esta isenção no § 1º c/c inciso III a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal. Portanto, como 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, posteriormente, 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.

52 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 (fls. 1524). Assim, a defesa alega em seu favor que a empresa tem o direito de desoneração do ICMS em 10% (dez por cento), em função do Termo de Acordo de Regime Especial (Tare nº 037/04-GSF) deferido aos distribuidores atacadistas de medicamentos no Estado de Goiás, conforme doc.17 (fls. 1625/1627).

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

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

55 Ainda, apresenta a defesa a alegação (fls. 1526) 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.

56 Embora as explanações 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 Planilhas referentes às três empresas envolvidas (fls. 1153, 1157, 1171). Portanto, não cabe acolhimento dos argumentos levantados pela defesa.

57 Em seguida, o citado aduz ao princípio da boa-fé (fls. 1529), alegando em sua defesa que caso tenha ocorrido alguma irregularidade, esta ocorreu por conta dos gestores públicos, que a empresa se ateve a respeitar os ditames legais e atender o interesse público.

58 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.

59 Outrossim, não há que se falar em Boa Fé em se tratando de empresa, personalidade jurídica, uma vez que a boa-fé só pode ser medido diante da conduta de pessoa física. Diante do exposto, a defesa apresentada pela empresa Hospfar Indústria e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. não logrou êxito em nenhum dos pontos discutidos, permanecendo o débito sob sua responsabilidade.

60 Em seguida, foi apresentada a defesa do responsável, senhor **Benevides Mamede Júnior** (fls. 1640/1649), referente à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Outra defesa (fls. 1650/1660), referente à empresa Milênio distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares. E outra defesa (fls. 1661/1671), referente à empresa Prodiet Farmacêutica Ltda. Sendo que as três defesas tem o mesmo conteúdo material, apenas mudando o sujeito passivo solidário, será referenciada apenas a primeira defesa, estendendo-se sua análise às demais defesas.

61 A defesa também apresenta a tese de que as propostas apresentadas estavam com os preços já considerando a isenção do ICMS, ou seja, com os valores desonerados. Acredita a defesa que a licitação foi realizada dentro da legalidade. Para isso colaciona aos autos algumas doutrinas aludindo ao fato da estrita conformidade com os princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório (fls. 1668). Nessa linha, a defesa se estende na busca de demonstrar que as regras do edital eram a de que os preços ofertados estariam desonerados por força da legislação e do próprio edital.

62 Porém, este entendimento é rebatido pelo Controle Interno, que busca fundamentação no preceituado no edital, item 5.3, que os preços devem ser apresentados considerando todos os impostos inclusos, inclusive o ICMS (fls. 83). Assim, as empresas alvo do benefício de isenção promovido pelo Convênio 87/2002, deveriam apresentar nas Notas Fiscais, para recebimento, os valores informados de forma idêntica ao proposto e adjudicado e promover a dedução do valor referente ao ICMS, sendo o resultado desta operação o valor faturado a ser pago pela SES. Mas não foi isso o que ocorreu. Portanto, tal alegação não cabe acolhimento diante do prescrito no Edital, permanecendo o débito para as empresas e o responsável solidário.

NOVOS ELEMENTOS

63 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 1689/1705 (vol. 7) e anexo 2, que remetida ao gabinete do Relator, por decisão daquela relatoria (fls. 1706), propiciou a restituição dos autos para nova instrução.

64 A documentação enviada refere-se a três requerimentos distintos, sendo o primeiro deles (fls. 1689) 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.

65 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.

66 O segundo requerimento (fls. 1697/1699) 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 do contraditório e da ampla defesa, não ocorreu mediante a tutela desta Egrégia Corte de Contas.

67 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 peticionária.

68 O terceiro requerimento (fls. 1/124 - Anexo 2) refere-se à apresentação de pareceres da lavra de dois juristas com o intuito de reforçar a tese de regularidade nos procedimentos em questão. O primeiro parecer, da autoria de Marçal Justen Filho, discorre na área administrativa (fls.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

1/52 - Anexo 2) e outro, da lavra de Ives Gandra da Silva Marins, discorre na área tributária (fls. 53/124 - Anexo 2). Sendo os expedientes analisados de forma separada como se segue.

69 Marçal Justen Filho inicia sua preleção (fls. 1/13 - Anexo 2) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria o parecerista debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

70 O jurista traz aos autos discussão envolvendo a conduta da empresa licitante e a disciplina que envolve a não incidência do ICMS. Ao discorrer sobre as nuances que envolve a matéria (fls. 13/20 - Anexo 2), em resumo busca demonstrar que a empresa agiu de maneira legal ao apresentar seus preços excluídos do ICMS tanto no edital quanto no contrato, uma vez que este fato estava explicitado por meio de declaração da empresa licitante.

71 Este ponto é o momento mais importante da matéria tratada, como já observado na análise anterior, ou a empresa não apresentou o preço cheio (incluso o imposto) e a administração se equivoca 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.

72 Quanto à ausência de irregularidade alegada (fls. 20/23 - Anexo 2), o parecerista ofereceu a tese de que a consulente apresentou a fatura de cobrança com o mesmo valor que ofertou na licitação e no contrato.

73 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.

74 O parecerista continua sua homilia no tópico V- A ausência de competência para alterar a vontade privada (fls. 23/24 - Anexo 2). Segue afirmando que a proposta apresentada pela contratada, acompanhada da declaração de que os seus preços não estavam inclusos, tornou-se imodificável, uma vez que a administração a aceitou e homologou o certame.

75 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.

76 Da eficácia de atos administrativos perfeitos (fls. 24/26 - Anexo 2). O jurista defende a tese de que os atos administrativos se aperfeiçoaram com a homologação do certame licitatório, alegando que as propostas não contemplavam a carga do ICMS.

77 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.

78 De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio 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.

79 Quanto à alegação de vedação à conduta administrativa contraditória (fls. 26/31 - Anexo 2), o jurista pretende demonstrar que mantidos inalterados os fatores de uma determinada relação jurídica, não poderá a Administração desconsiderar seus atos anteriores, para assumir conduta diversa e contraditória. Segundo sua análise, não poderia a administração, neste momento,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

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.

80 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.

81 Em seguida, o parecerista alega o decurso de prazo (31/34 - Anexo 2), invocando a decadência ou a prescrição, que segundo seu entendimento é de cinco anos.

82 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 2.709/2008-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.

83 Na sequência, o jurista trata do descabimento da autotutela pela Administração Pública (fls. 34/38 - Anexo 2). Neste assunto, o Tribunal não deve se manifestar porque a retenção financeira feita pelo Estado de Goiás não ocorreu em decorrência de atuação desta Corte de Contas. Esse entendimento também supre o alegado quanto à configuração de desvio de finalidade (fls. 38/39 - Anexo 2).

84 Quanto à alegação de ausência do devido processo legal (fls. 39/43 - Anexo 2), esse assunto, a retenção de valores realizada de maneira unilateral pela Administração Estadual, sem a realização de contraditório e ampla defesa não ocorreu mediante a tutela desta Egrégia Corte de Contas.

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

86 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 alcança o caso concreto os institutos da prescrição e decadência.

87 Ives Gandra da Silva Martins inicia sua homilia (fls. 53/124 - Anexo 2) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria o parecerista também debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

88 Neste 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.

89 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

90 Desse modo, não cabe o acolhimento da alegação feita pela empresa com apoio na documentação apresentada como novos elementos, que na verdade refere-se de assunto já tratado na instrução precedente (fls. 1672/1685).

CONCLUSÃO

91 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.

92 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 nº 314/2005 - fls. 1141), 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 nº 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

93 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 consideram 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.

94 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

95 Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, opinando pelo encaminhamento dos autos ao relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Augusto Sherman Calvalcanti, 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:

I - considerar revel, para todos os efeitos, nos termos no art. 202, § 8º, do Regimento Interno do TCU, o Sr. Adriano Kennen de Barros, excluindo-se sua responsabilidade nestes autos;

I I - rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares, nos termos do artigo 16, III, 'C'; c/c artigo 19 da Lei de nº 8.443/92, as presentes contas, condenando os senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Benevides Mamede Júnior, solidariamente, com as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda. e Pro Diet Farmacêutica Ltda. ao pagamento das quantias a seguir indicadas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, 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 nº 314/2005 - fls. 1141), levando-se em consideração que o valor pago pelos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que o pagamento correto deveria ter sido feito considerando a dedução do valor referente ao ICMS, obrigação não respeitada pelos agentes envolvidos, contrariando o Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, que se concretizou no seguinte débito apurado.

DÉBITO (fls. 1153): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Benevides Mamede Júnior, solidariamente, com a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido
99074	28/11/2007	R$ 91 486,00	R$ 15 552,62
111106	28/11/2007	R$ 84 556,00	R$ 14 374,52
115604	28/11/2007	R$ 21 350,74	R$ 3 442,93
117546	28/11/2007	R$ 285 453,20	R$ 48 527,04
117540	28/11/2007	R$ 50 568,00	R$ 8 596,56
			R$ 90 493,67

DÉBITO (fls. 1157): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Benevides Mamede Júnior, solidariamente, com a empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido	Débito 32,82% (fonte 23)
51343	01/09/2006	R$ 15 750,00	R$ 2 677,50	R$ 878,76
50374	01/09/2006	R$ 840,00	R$ 142,80	R$ 46,87
50373	01/09/2006	R$ 33 390,00	R$ 5 676,30	R$ 1 862,96
53152	26/06/2006	R$ 15 750,00	R$ 2 677,50	
55237	18/09/2006	R$ 6 877,50	R$ 1 169,18	R$ 383,72
62143	18/09/2006	R$ 9 240,00	R$ 1 570,80	R$ 515,54
62147	18/09/2006	R$ 5 565,00	R$ 946,05	R$ 310,49
62567	18/09/2006	R$ 1 575,00	R$ 267,75	R$ 87,88
65835	18/09/2006	R$ 1 367,40	R$ 234,45	R$ 76,95
65961	18/09/2006	R$ 13 860,00	R$ 2 356,20	R$ 773,30
68245	18/09/2006	R$ 3 150,00	R$ 535,50	R$ 175,75
70333	18/09/2006	R$ 13 020,00	R$ 2 213,40	R$ 726,44
			R$ 20 467,43	R$ 5 838,66

Obs.: Sendo que 32,82% dos recursos são provenientes da fonte 23 (federal), portanto somando um débito de R$ 5 838,66 (Cinco mil, oitocentos e trinta e oito reais e sessenta e seis centavos).

DÉBITO (fls. 1161), referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Benevides Mamede Júnior, solidariamente, com a empresa Pro Diet Farmacêutica Ltda.:

NF nº 285828, ano de 2007, com valor pago de R$ 39.438,00, sendo devido o valor de R$32.733,54, portanto com débito de R$ 6.704,46 (Seis mil, setecentos e quatro reais e quarenta e seis centavos), na data de 14/02/2007 (fls. 1062).

III aplicar individualmente aos responsáveis senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Benevides Mamede Júnior, e as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda. e Pro Diet Farmacêutica 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 nº 314/2005, 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação, caso não atendida a notificação;

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

V encaminhar cópia do Relatório, do Voto e do Acórdão que vierem a ser proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para subsídio a possível ajuizamento de ações civis e penais cabíveis."

14. O MPTCU manifestou-se nos seguintes termos (peça de 28/4/2011, fls. 28, peça 34):

"À vista dos elementos constantes dos autos, **ratificando, na íntegra, nossa manifestação de fls. 1686/1688**, anuímos à proposta lançada pela Secex/GO às fls. 1707/1723, com especial enfoque na análise daquela unidade técnica (fls. 1717/1720) sobre os novos elementos apresentados pela empresa Hospfar, consistentes na documentação de fls. 1689/1705, vol. 7, bem como nos pareceres doutrinários de fls. 3/52 e 53/124, anexo 2, sobre a matéria dos autos, acerca dos quais concordamos com a conclusão de que eles não modificam os fundamentos da proposta de irregularidade das contas, condenação em débito e aplicação de multa.

Em acréscimo, apenas sugerimos sejam as presentes contas julgadas irregulares, com fulcro no art. 16, III, alíneas 'b' e 'c' - em vez de apenas alínea 'c' -, da Lei 8.443/92, com vistas a também contemplar a grave infração às normas legais e regulamentares como fundamento da condenação."

15. Em que pese os autos já contarem com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, determinei, conforme despacho à peça de 28/04/2011 (fls. 29 da peça 34 e peça 40), o retorno do processo à unidade técnica, seguindo a mesma linha adotada no TC-004.589/2010-6, em 4/4/2011, com vistas a conferir tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, em decorrência da realização de pagamentos às empresas contratadas sem a dedução do valor referente ao ICMS, em desacordo com as regras fixadas nos editais dos respectivos pregões.

16. Em nova análise, a Secex/GO assim se pronunciou (peças 45-47):

"Superfaturamento de medicamentos

7. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 - P, decorre a possibilidade de existir nos presentes autos outro tipo de imputação de débito além do que se relaciona ao pagamento de tributo indevidamente faturado. De fato, as instruções técnicas pertinentes aos TCs 004.562/2010-0 e 004.596/2010-2 identificaram ocorrência de débito por conta de superfaturamento na aquisição dos medicamentos, tendo em vista que os valores unitários de alguns medicamentos adjudicados superaram as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora - conforme inclusão expressamente determinada pelo Relator -, 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 314/2005 (peça 2, p. 23) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 15, p. 22-23, 26 e 28), indicar que o item relativo ao medicamento 'atovarstatina' foi adquirido com preço superior à referência (preço médio entre preço de fábrica e preço ao consumidor), a aquisição só foi homologada porque houve a averiguação de sua

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

compatibilidade ao parâmetro de preço ao consumidor (peça 2, p. 4 e peça 15, p. 3), o que era permitido por norma expedida no âmbito da SES/GO (Portaria 21/2006 - peça 44). A referida portaria estabelece que a estimativa de preços seria dada pela média encontrada pelo preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizar outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado.

9. Não nos parece adequado questionar-se sobre a correção da referida justificativa, porque isso levaria a uma investigação de difícil solução, no sentido de identificar qual seria a referência correta de preços para aquisição de medicamentos no setor público. Sob o ponto de vista jurídico, essa questão encontrou uma referência normativa certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1.146/2011 - P, indicou as referências praticadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - CMED/Anvisa como parâmetro para o controle de preços.

10. Mesmo assim, o tema continua gerando muitas dificuldades. Segundo levantamento posteriormente realizado por esta Corte em vários estados da federação, sob a coordenação da 4ª Secex, entre cujos objetivos se encontrava a avaliação da tabela CMED enquanto instrumento hábil para aferição de preços, foram verificadas graves dificuldades na sua utilização como parâmetro nas aquisições de medicamentos processadas em âmbito público. Isso conduziu a uma deliberação certo modo contraditória ao decisório acima aludido, cujo teor parece indicar a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de cálculo para avaliação de preços, pautada por pesquisas de preços devidamente fundamentadas (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P; TC-009.625/2011-9).

11. Portanto, parece-nos de impossível solução a questão de se indicar uma específica referência de preços praticada pelo mercado, a qual possa balizar uma adequada apreciação sobre a conformidade dos preços praticados numa licitação de muitos anos atrás. Entende-se que a ação de controle que compete a esta Corte na presente TCE, bem como nos processos análogos, deve se ater a critérios jurídicos sobre cuja exigibilidade não haja qualquer tergiversação.

12. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra (peça 2, p. 23) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinado item (peça 2, p. 4) dá sustentabilidade à justificação de que trata o pelo art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000. Dessa forma, entende-se que os presentes autos configuram uma situação distinta da assinalada nos autos acima aludidos, porquanto nestes há intervenção formal da administração pública no sentido de reafirmar a compatibilidade ao mercado, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como 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 às irregulares condutas 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 34, p. 29 e peça 40) 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 314/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 41). 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

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 da dupla incidência do tributo, 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 4, p. 8). Há nos autos prova de que as empresas Hospfar e Milênio não só tinham conhecimento da disposição, como também afirmavam tê-la cumprido (peça 7, p. 20 e peça 5, p. 38). E mesmo que não houvesse tal declaração, não se reconhece à vontade particular capacidade derrogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

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

Alteração da imputação de débito

17. A responsabilização do Sr. Benevides Mamede Júnior nas proposições de imputação de débito se deve ao fato de ter homologado o procedimento licitatório, conforme dispõe o relatório do tomador de contas (peça 15, p. 20-21 e peça 24, p. 14). Ocorre que a exclusão da responsabilidade do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros (peça 24, p. 38) e do Sr. Adriano Kennen de Barros (peça 33, p. 37) decorreu justamente do entendimento de que o débito se materializa a partir do pagamento. Portanto, não há fundamentação jurídica para se prosseguir na responsabilização do Sr. Benevides Mamede Júnior.

18. Outro detalhe passível retificação diz respeito à imputação de débito que alcança a empresa Milênio, em solidariedade com os servidores responsáveis pelo pagamento das notas fiscais. Consoante disposto na instrução inicial (peça 24, p. 43), o cálculo da referida dívida baseou-se em planilha produzida pelo tomador de contas (peça 24, p. 3-4), cujo teor assinala que o quantitativo pago à empresa - com referência a todas as notas fiscais listadas - alcança o montante de R$ 280.697,32, sendo que R$ 96.357,90 com financiamento federal, ou seja, 34,33% (o relatório assinala o índice de 32,82%). 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.

19. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento das notas fiscais contou com diferenciados percentuais de financiamento federal, bem como o fato de que muitas notas fiscais, com expressivos valores, não ensejaram pagamento indevido. Tal constatação 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 51343, 50374, 50373, 53152 e 55237), 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$ 11.456,24.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

Laudo pericial

20. A Procuradoria da República em Goiás encaminhou a esta unidade técnica cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de se colherem esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 314/2005 (peça 43).

21. Em termos gerais, o laudo confirma o entendimento exposto nesta instrução, no sentido de que é inequívoca a exigibilidade dos pagamentos com base nos preços adjudicados, devendo ser subtraída a parcela financeira correspondente ao tributo de ICMS. Nada obstante, faz-se nesta oportunidade apenas uma ressalva a uma parte do teor da perícia (peça 43, p. 19), para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

22. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição das propostas das empresas que eventualmente declarassem contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, não só porque duas empresas, sobre o tema, apresentaram declarações contraditórias, como também porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido expressamente arguída pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

26. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estariam em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido obterem uma nova formulação de proposta de mérito, se não houvesse necessidade de se renovar a citação da empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e dos servidores que lhe são solidários. De fato, verificou-se que a citação promovida quantifica o montante de sua dívida em R$ 5.838,66, enquanto a metodologia de cálculo assinalada nesta instrução aponta para a dívida de R$ 11.456,24.

27. Isso posto, na forma do art. 12, II da Lei 8.443/1992, propõe-se seja providenciada a citação solidária da empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, da forma abaixo exposta:

Ato impugnado: pagamento indevido à empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 314/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

Débito:

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
51343	535,50	1/9/2006
50374	28,56	1/9/2006
50373	1.135,26	1/9/2006
53152	535,50	26/6/2006
55237	1.097,27	18/9/2006
62143	1.570,80	18/9/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
62147	946,05	18/9/2006
62567	267,75	18/9/2006
65835	234,45	18/9/2006
65961	2.356,20	18/9/2006
68245	535,50	18/9/2006
70333	2.213,40	18/9/2006

17. Em sua derradeira instrução a Secex/GO se manifestou nos seguintes termos (peças 69-70):

"8. As alegações de defesa apresentadas pela empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (peça 63) fazem menção, inicialmente, à existência de processo judicial em tramitação da Justiça Federal a respeito do mesmo tema, do que resultaria, segundo seu

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

entendimento, na inviabilidade da presente tomada de contas especial por conta de uma dupla cobrança. Afasta, ainda, a possibilidade de que sua conduta - a de ter cotado e faturado os medicamentos em desacordo com o edital - possa merecer juízo de reprovação, tendo em vista a flagrante ilegalidade da disposição editalícia, considerando tanto o Convênio Confaz 87/2002, quanto deliberação adotada por esta Corte (Acórdão 140/2012 - P), cujo teor considerou inconstitucional a exigência de que as propostas de preços em licitações públicas para compra de medicamentos fossem oneradas de ICMS.

9. Os servidores públicos responsáveis pelos pagamentos tidos como indevidos procuram rebater, inicialmente, a instrução técnica que primeiro analisou suas alegações de defesa (peça 65). Consideram que o exame não levou em conta a boa-fé de suas condutas e acabou lhes impingindo proposta condenatória desproporcional: julgamento de irregularidade, aplicação de multa e ressarcimento de dívida. Entendem que não haveria que se falar em ressarcimento ao Fundo Nacional de Saúde por parte dos mesmos, bastando apenas ao atual gestor do Fundo Estadual de Saúde promover a reparação. A respeito desse ressarcimento buscam demonstrar, em acréscimo, que a obrigação alcançaria somente a empresa beneficiada e não os gestores. Suas condutas, aliás, foram no sentido de apurar toda a irregularidade tão-logo foi descoberta. Por fim, defendem ainda o argumento de que alegação das empresas, no sentido de que suas propostas já estariam desoneradas do tributo, não pode ser desconsiderada, porquanto caberia à administração pública, durante a ocasião licitatória, promover a devida desclassificação.

10. Embora a empresa Hospfar não tenha sido formalmente convocada para novamente se manifestar, consta nos autos iniciativa de exercício adicional de defesa (peça 62). Defende a invalidade da exigência contida em edital, no sentido de que os preços ofertados já contemplassem a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS. Baseia-se em decisório recentemente proferido no âmbito desta Corte (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P; TC-009.625/2011-9), segundo o qual é reconhecida a inconstitucionalidade de semelhante exigência, do que culminou recomendação ao Conselho Nacional de Política Fazendária para que alterasse disposição contida no Convênio ICMS 87/2002, de forma a prever que as propostas dos licitantes contemplem preço isento de ICMS. Segundo argumenta a empresa, semelhante recomendação atestaria a lisura de sua conduta promovida no pregão sob comento, no sentido de que a apresentação de preços desonerados de ICMS estaria juridicamente respaldada. Desse modo, restaria sem fundamento toda a imputação de débito.

Análise

11. A respeito da argumentação apresentada pelos ex-dirigentes da pasta estadual de saúde, tem-se a constatar que não inovam no quadro de responsabilidades já delineado nos autos. A exigência contida em edital não vinculava somente a conduta das empresas, também sua própria conduta, no sentido de que os pagamentos se fizessem segundo as normas lá contidas: a saber: abatendo-se a alíquota do tributo de ICMS dos preços adjudicados em licitação. Por terem dado causa à irregularidade, juntamente com as empresas, devem responder solidariamente. Não prospera, conforme aludido em instrução anterior, o argumento de que o edital é inválido - trata-se de instrumento jurídico que vincula todo o procedimento de aquisição. A necessidade de recompor o Fundo Nacional de Saúde decorre da utilização de recursos federais para a realização dos pagamentos indevidos.

12. No tocante aos argumentos apresentados pelas empresas, faz-se menção, inicialmente, ao não cabimento da tese levantada pela Milênio, segundo a qual a existência de processo no âmbito do judiciário sobre o tema inviabilizaria a persecução promovida por esta Corte de Contas. O princípio de independência de instâncias assegura a legitimidade deste procedimento.

13. Quanto ao edital, ainda que a exigência ali contida desse cumprimento à norma expedida pelo Confaz (Convênio Confaz 87/2002), tem-se a considerar que o entendimento desta Corte a respeito de sua constitucionalidade não visa desconstituir a legitimidade jurídica de editais licitatórios anteriores. Entende-se que a força vinculante do edital é garantida pelo ordenamento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

jurídico vigente à época em que foi produzido, cujo conteúdo, em nenhum momento, foi formalmente contestado pelas empresas licitantes. Conforme apurado, o argumento de que a exigência editalícia era descabida só foi aventado depois de reconhecido que o faturamento dos medicamentos fraudava as regras licitatórias.

14. Deve-se reconhecer, outrossim, que o juízo de inconstitucionalidade contido no Acórdão 140/2012 - P não se limita à questão da incidência de ICMS nas propostas de preços relativas às licitações para aquisição de medicamentos, mas alcança também uma outra exigência reiteradamente aplicada pela SES/GO em seus editais e que ocasionou vantagens competitivas especialmente à empresa Hospfar: a carta de credenciamento. Conforme dispõe o item 1.7.1 do referido decisório, foi também recomendado ao Ministério da Saúde a revogação de semelhante exigência prevista na Portaria GM/MS 2.814/1998, em face de sua inconstitucionalidade. De fato, conforme se percebe no item 5.1.8 do edital sob análise, bem como na própria ata licitatória (peça 4, p. 7 e peça 15, p. 14), a empresa foi beneficiada por uma exigência considerada agora pelo TCU como inconstitucional, no sentido de ter conseguido invalidar as propostas daqueles concorrentes que não dispusessem da carta de credenciamento. A prevalecer o argumento da empresa Hospfar, dever-se-ia igualmente serem declaradas nulas todas as licitações em que a exigência da carta de credenciamento constituiu-se em critério decisivo para invalidar propostas de concorrentes que continham preços mais vantajosos. Assim como a pretensão deduzida, trata-se, obviamente, de repercussão que não possui amparo jurídico.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a merecer uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica só se diferencia da última proposta de mérito por conta da exclusão de um dos responsáveis e da alteração do valor de débito com relação à empresa Milênio.

16. 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 34, p. 7-26), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) excluir os Senhores Adriano Kennen de Barros e Benevides Mamede Júnior do rol de responsáveis;

b) julgar irregulares as contas dos Senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Prodiet Farmacêutica Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresa, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 314/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores adjudicados em licitação 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 Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
99074	15.552,62	28/11/2007
111106	14.374,52	28/11/2007

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
115604	3.442,93	28/11/2007
117546	48.527,04	28/11/2007
117540	8.596,56	28/11/2007

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
51343	535,50	1/9/2006
50374	28,56	1/9/2006
50373	1.135,26	1/9/2006
53152	535,50	26/6/2006
55237	1.097,27	18/9/2006
62143	1.570,80	18/9/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
62147	946,05	18/9/2006
62567	267,75	18/9/2006
65835	234,45	18/9/2006
65961	2.356,20	18/9/2006
68245	535,50	18/9/2006
70333	2.213,40	18/9/2006

c.3) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Prodiet Farmacêutica Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
285828	6.704,46	14/2/2007

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., Prodiet Farmacêutica Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

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

18. O MPTCU emitiu o seguinte parecer no que interessa ao deslinde da questão (peça 71):

"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:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

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

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

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

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

Tendo em vista que o dano aqui tratado decorre dessa mesma irregularidade e que as empresas atuavam com o mesmo *modus operandi*, as considerações acima, para fins de afirmar que o débito está devidamente evidenciado nos presentes autos, podem ser agora utilizadas.

Ainda, levando-se em conta que não houve a alegada '*retenção de crédito*', segundo a resposta encaminhada pela SES/GO (peça 41), em atenção à diligência promovida pela Secex/GO, ao cumprir o despacho de Vossa Excelência, o débito apurado persiste.

III

O edital do Pregão 314/2005 - CPL/SES, que precedeu a contratação Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares, Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. e Pro Diet Farmacêutica Ltda. determinava expressamente que (peça 4, p. 7):

'5.1.5. (...) No preço ofertado deverão estar incluídas todas as despesas que incidam ou venham a incidir, tais como fretes, impostos, taxas, encargos, enfim, todos os custos diretos e indiretos necessários ao cumprimento do objeto ora licitado, inclusive os decorrentes de troca de produto dentro do prazo de garantia, se for o caso.'

A mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 4, p. 8):

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

A minuta contratual e os contratos firmados com as fornecedoras, igualmente, traziam essa exigência (peças 4, p. 27; 17, pp. 7 e 19):

'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.'

O Convênio ICMS 87/2002 esclarecia que:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

'Cláusula primeira - (...)

§ 1º A isenção prevista nesta cláusula fica condicionada a que:

(...)

III - o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.'

A pretexto de cumprir essa condição, as contratadas, quando emitiam suas notas fiscais, elevavam os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos preços avençados. Ora, como estes já continham o ICMS incluso, de acordo com as disposições editalícias e contratuais mencionadas, as empresas praticavam desoneração apenas aparente, pois, na verdade, mantinham intocados os preços contratados.

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

A defendente alegou, em sua defesa, que, em respeito ao princípio da legalidade, o edital não poderia prever a incidência de ICMS sobre os preços dos itens licitados, se a lei estabelecia que eram isentos desse imposto (cf. Convênio ICMS 87/2002).

A fragilidade desse argumento é evidente. No item 5.3.1, o edital do Pregão 314/2005 - CPL/SES contém a seguinte observação (peça 4, p. 8):

'**OBS**: **a empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame** deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/2003 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual 5.825 de 5.9.2003, que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal, deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Saúde não é contribuinte deste tributo.'

(Grifo e negrito no original).

É claro, então, que o edital não previa a incidência de ICMS sobre os produtos a serem adquiridos, mas simplesmente que o valor desse tributo fosse incluído nos preços licitados, para, posteriormente, durante a execução contratual pela vencedora da licitação, ser destacado na nota fiscal e, aí sim, ser devidamente excluído do valor cobrado à SES/GO.

As empresas alegam, basicamente, que, se as propostas desatendiam os requisitos do edital, deveriam ter sido desclassificadas 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 à lesão ao erário, atraindo sobre si a aplicação da Lei 8.443/1992 e dos dispositivos constitucionais pertinentes, notadamente aquele do art. 37, § 5º, que define como imprescritíveis as ações de ressarcimento nos casos de ilícitos que causem prejuízo ao erário. Ante a imprescritibilidade dessas ações, inequivocamente reconhecida pelo STF (MS 26.210-9/DF) e por esta Corte (Acórdão 2.709/2008 - TCU - Plenário), falecem os argumentos da responsável em prol da suposta 'preclusão' aplicável à espécie.

Argumentam que deixaram claro que seus preços estavam cotados sem a inclusão de ICMS.

Porém, isso é uma meia-verdade. As contratadas emitiram declarações que teriam sido

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

encaminhadas à SES/GO, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 e afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peças 5, pp. 38 e 44; 7, pp. 20, 27 e 28):

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

Na verdade, as contratadas indicavam apenas um valor em suas propostas e, só na execução contratual, informavam com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS.

Isso diante de um edital e contrato que diziam, com todas as letras e acima de qualquer dúvida, que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que, só na execução contratual, se deveria indicar a desoneração do ICMS.

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

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

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

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

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

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

No entanto, apesar de o edital determinar que os preços devessem ser desonerados do ICMS, as empresas contratadas cobravam da SES/GO preços indevidamente acrescidos desse imposto.

Precavendo-se contra a previsível derrocada de seus argumentos anteriores, a Milênio e a Hospfar tentam ao menos minimizar seu possível prejuízo, lembrando que, como distribuidoras atacadistas de medicamentos, são beneficiadas 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 terem de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado, pleiteiam 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

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, as empresas não podem pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%.

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

O argumento é falacioso em sua origem. Ao se consultar as tabelas em que se baseia essa afirmação, percebe-se que a Comissão refere-se aos valores de mercado com ICMS incluso. Nos preços de referência obtidos da revista especializada Simpro, por exemplo, está explícito que foi utilizada a média entre os preços de fabricação e os preços máximos ao consumidor, ambos com a inclusão de 17% de ICMS ('P. FAB. 17%' e 'PMC 17%').

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

Em relação aos pareceres de dois alentados eminentes juristas Marçal Justen Filho e Ives Gandra da Silva Martins, juntados aos autos pela Hospfar (peças 36/8), 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 doutrinador 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

disposto no Convênio ICMS 87/2002. Ao contrário, o próprio fato de sua adoção pela legislação de 2010 demonstra que era razoável e adequada. Tanto que, como reconhece o ilustre parecerista, a Hospfar a impugnou tanto na via administrativa quanto na judicial, sem obter sucesso em nenhuma das duas.

Ambos os pareceristas insistem em que a Hospfar agiu lealmente perante a Administração, tendo declarado, expressa e inequivocamente, que os preços de sua proposta já estavam desonerados de ICMS. Esta afirmativa, no entanto, é falsa, pois, como já apontado, na mesma data em que encaminhou declarações com este teor à Administração, a Hospfar enviou outra, em que afirmava textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*'.

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.

Não resta dúvida, pois, de que, ao emitir notas fiscais sem abater o ICMS que estava incluído nos preços contratados, a Hospfar descumpriu regras editalícias e contratuais que estavam em perfeita conformidade com a legislação vigente, incorrendo, portanto, em irregularidade da qual tinha plena ciência e causando prejuízo aos erários federal e estadual.

Finalmente, em relação à assertiva de ambos os pareceristas de que não é correto considerar que o percentual de ICMS incidente sobre os produtos fornecidos pela contratada seja de 17%, notadamente por ser esta signatária de Termo de Acordo de Regime Especial - Tare, o que resultaria na aplicação de alíquota de 10% ou de 10,35% (os pareceres hesitam entre estes dois percentuais), o Ministério Público destaca que esse argumento já constava da defesa inicial do Hospfar, o qual já foi devidamente analisado e rebatido neste parecer.

IV

Depois da segunda manifestação do Ministério Público nos autos, a empresa Hospfar juntou elementos adicionais de defesa (peça 62), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 - Plenário.

A contratada alega que este Tribunal de Contas proferiu o Acórdão 140/2012 - Plenário, 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, como já analisado neste parecer.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

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

'ACÓRDÃO Nº 140/2012 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão ordinária de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 143, incisos III e V, alínea 'a', c/c o art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU, em arquivar o presente processo, sem prejuízo de fazer as seguintes determinações e recomendações, de acordo com o parecer da 4ª Secex:

1. Processo TC-009.625/2011-9 (RELATÓRIO DE LEVANTAMENTOS)

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

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

1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

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

1.5. Advogado constituído nos autos: não há.

1.6. Determinar:

1.6.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, com fundamento na Cláusula Primeira do Convênio - Confaz 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'.

Cumpre 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 § 6° 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

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 314/2005 e os contratos dele decorrentes, pois foram realizados em época que o dispositivo impugnado sequer existia e, por imperativo lógico, não os regeu.

Outrossim, importa ressaltar que, somente a partir da recente determinação proferida por este Tribunal, as propostas dos licitantes ficaram obrigadas a contemplar o preço isento de ICMS.

Dessarte, os novos elementos juntados aos autos não são aptos a afastar a responsabilidade da empresa Hospfar.

V

No que tange ao Sr. Benevides Mamede Júnior, de fato sua responsabilidade deve ser excluída dos autos, pois sua única atuação no processo foi a de homologar o procedimento licitatório, sendo que o entendimento que se defende nestes autos é de que o débito se materializa a partir do pagamento, conclusão que serviu de base para afastar a responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros e do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros.

VI

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peças conjuntas (peças 28, pp. 25/49; 29, pp. 3/49; 65), 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.

VII

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.

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 com Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
99074	15.552,62	28.11.2007
111106	14.374,52	28.11.2007
115604	3.442,93	28.11.2007

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
117546	48.527,04	28.11.2007
117540	8.596,56	28.11.2007

a.2) em solidariedade com Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
51343	535,50	1.9.2006
50374	28,56	1.9.2006
50373	1.135,26	1.9.2006
53152	535,50	26.6.2006
55237	1.097,27	18.9.2006
62143	1.570,80	18.9.2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
62147	946,05	18.9.2006
62567	267,75	18.9.2006
65835	234,45	18.9.2006
65961	2.356,20	18.9.2006
68245	535,50	18.9.2006
70333	2.213,40	18.9.2006

a.3) em solidariedade com Prodiet Farmacêutica Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
285828	6.704,46	14.2.2007

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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51308781.