

## GRUPO II - CLASSE IV - Plenário

TC-001.922/2009-5

Natureza: Tomada de contas especial

Unidade: Entidades/órgãos do Governo do Estado de Goiás

Responsáveis: Adriano Kennen de Barros (418.679.711-00); Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Fernando Passos Cupertino de Barros (195.630.601-30); Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21); Luiz Antonio Aires da Silva (118.366.601-20)

Interessada: Secretária de Saúde - GO (00.544.963/0001-56)

Advogados constituídos nos autos: Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089), Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703), Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805), Eduardo Taveira Pinheiro (OAB/GO 12.141), Antonio Henrique Jorge da Cunha (OAB/GO 27.773), Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267), Marcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5.795), Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB/GO 25.000), Sueli Pereira de Souza (OAB/GO 25.750), 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 DA EMPRESA FORNECEDORA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA PARA ALGUNS RESPONSÁVEIS. 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 de realização de pagamentos irregulares à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 223/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 223/2005, 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 (fl. 55, peça 1).

3. Todavia, foi constatado que a empresa Hospfar, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentou o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores

internos (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.

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

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago     |
|------|-------------------|----------------|
| 1    | 23/3/2006         | R\$ 108.388,44 |
| 2    | 27/9/2006         | R\$ 92.784,59  |
| 3    | 26/9/2006         | R\$ 497.547,25 |
| 4    | 23/3/2006         | R\$ 147.582,96 |
| 5    | 23/3/2006         | R\$ 63.302,44  |
| 6    | 23/3/2006         | R\$ 276,00     |
| 7    | 23/3/2006         | R\$ 49.292,54  |
| 8    | 4/5/2006          | R\$ 51.484,16  |
| 9    | 4/5/2006          | R\$ 5.076,93   |
| 10   | 4/5/2006          | R\$ 7.765,08   |
| 11   | 2/6/2006          | R\$ 1.920,00   |
| 12   | 27/12/2006        | R\$ 130.154,44 |
| 13   | 2/6/2006          | R\$ 182.974,13 |
| 14   | 2/6/2006          | R\$ 3.969,42   |
| 15   | 28/8/2006         | R\$ 84,00      |
| 16   | 12/6/2006         | R\$ 178.851,91 |

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago     |
|------|-------------------|----------------|
| 17   | 26/9/2006         | R\$ 715.743,63 |
| 18   | 28/8/2006         | R\$ 7.910,94   |
| 19   | 28/8/2006         | R\$ 92.423,52  |
| 20   | 28/8/2006         | R\$ 64.958,44  |
| 21   | 28/8/2006         | R\$ 7.910,94   |
| 22   | 28/8/2006         | R\$ 81.280,00  |
| 23   | 27/9/2006         | R\$ 115.529,40 |
| 24   | 27/9/2006         | R\$ 86.368,00  |
| 25   | 27/9/2006         | R\$ 1.909,15   |
| 26   | 19/10/2006        | R\$ 23.105,88  |
| 27   | 23/11/2006        | R\$ 165.366,49 |
| 28   | 23/11/2006        | R\$ 30.807,84  |
| 29   | 23/11/2006        | R\$ 12.720,00  |
| 30   | 23/11/2006        | R\$ 8.724,00   |
| 31   | 23/11/2006        | R\$ 351.374,63 |
| 32   | 23/11/2006        | R\$ 50.336,12  |

5. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu pela existência de dano, consoante a tabela supra, e a responsabilização dos ex-Secretários de Saúde, dos ex-Superintendentes de Administração e Finanças da SES/GO por autorizaram os pagamentos, bem como do ex-Pregoeiro e da empresa beneficiária (fls. 83-107, peça 12).

6. Para calcular o débito referente aos recursos federais, a SES/GO considerou que do total das notas fiscais apresentadas pela Hospfar (R\$ 10.000.045,48), somente havia sido paga a quantia de R\$ 8.841.440,75, sendo indevida a parcela paga a título de ICMS no montante de R\$ 1.041.403,02. Do montante indevido, 37,75% foi custeado com recursos federais, sendo o dano concreto calculado em R\$ 393.129,64 (fl. 94, peça 12). Os responsáveis solidários pelo dano foram assim identificados: a) Fernando Passos Cupertino de Barros e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Estado da Saúde e ordenadores de despesas; b) Luiz Antônio Aires da Silva e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendentes de Administração e Finanças; c) Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro e d) Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (fl. 102, peça 12).

7. A SES/GO identificou ainda pagamentos indevidos com recursos federais à empresa Prodiel e possível dano ao erário federal no valor de R\$ 16.905,74. Contudo, ressaltou que não foi efetuado o pagamento integral do montante cobrado nas notas fiscais, havendo crédito para empresa de R\$ 66.110,72. Em razão da possibilidade de compensação do valor pago indevidamente, a SES/GO não apurou débito, tendo concluído que a providência a ser adotada é a instauração de processo administrativo disciplinar (fls. 103-104, peça 12).

8. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Srª Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (fls. 112, 125-127, peça 12).

9. No âmbito deste Tribunal, em instrução inicial (fls. 3-9, peça 13), a Secex/GO aplicou o percentual de 17% aos “valores pagos” para calcular os respectivos “valores indevidos, conforme tabela abaixo”, e procedeu a citação dos responsáveis referidos no item 6 acima:

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido (R\$) |
|------|-------------------|------------------|----------------------|
| 1    | 23/3/2006         | 108.388,44       | 18.426,03            |
| 2    | 27/9/2006         | 92.784,59        | 15.773,38            |
| 3    | 26/9/2006         | 497.547,25       | 84.583,03            |
| 4    | 23/3/2006         | 147.582,96       | 25.089,10            |
| 5    | 23/3/2006         | 63.302,44        | 10.761,41            |
| 6    | 23/3/2006         | 276,00           | 46,92                |
| 7    | 23/3/2006         | 49.292,54        | 8.379,73             |
| 8    | 4/5/2006          | 51.484,16        | 8.752,31             |
| 9    | 4/5/2006          | 5.076,93         | 863,08               |
| 10   | 4/5/2006          | 7.765,08         | 1.320,06             |
| 11   | 2/6/2006          | 1.920,00         | 326,40               |
| 12   | 27/12/2006        | 130.154,44       | 22.126,25            |
| 13   | 2/6/2006          | 182.974,13       | 31.105,60            |
| 14   | 2/6/2006          | 3.969,42         | 674,80               |
| 15   | 28/8/2006         | 84,00            | 14,28                |
| 16   | 12/6/2006         | 178.851,91       | 30.404,82            |
| 17   | 26/9/2006         | 715.743,63       | 121.676,42           |

| Item  | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido (R\$) |
|-------|-------------------|------------------|----------------------|
| 18    | 28/8/2006         | 7.910,94         | 821,68               |
| 19    | 28/8/2006         | 92.423,52        | 15.712,00            |
| 20    | 28/8/2006         | 64.958,44        | 11.042,93            |
| 21    | 28/8/2006         | 7.910,94         | 0,41                 |
| 22    | 28/8/2006         | 81.280,00        | -                    |
| 23    | 27/9/2006         | 115.529,40       | 19.640,00            |
| 24    | 27/9/2006         | 86.368,00        | 14.682,56            |
| 25    | 27/9/2006         | 1.909,15         | -                    |
| 26    | 19/10/2006        | 23.105,88        | -                    |
| 27    | 23/11/2006        | 165.366,49       | -                    |
| 28    | 23/11/2006        | 30.807,84        | -                    |
| 29    | 23/11/2006        | 12.720,00        | -                    |
| 30    | 23/11/2006        | 8.724,00         | -                    |
| 31    | 23/11/2006        | 351.374,63       | -                    |
| 32    | 23/11/2006        | 50.336,12        | 1.980,82             |
| TOTAL |                   |                  | 444.204,04           |

10. As alegações de defesa foram examinadas pela Secex/GO em análise constante da peça 16, fls. 13-32. Naquela oportunidade, propôs a irregularidade das contas dos responsáveis, a imputação de débito e a aplicação de multa, exceto para os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges em razão do reconhecimento da boa-fé desses gestores.

11. O MP/TCU, em sua primeira intervenção, propôs reconhecer a boa-fé dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, a rejeição das suas alegações de defesa e a fixação de novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito (fls. 38-46, peça 16).

12. A empresa Hospfar acostou elementos adicionais de defesa, razão pela qual determinei o retorno dos autos à unidade técnica para nova manifestação (fls. 48-66, peça 16).

13. Reproduzo a seguir, com ajustes de forma, trechos da instrução da Secex/GO (peça datada de 14/03/2011, e fls. 67-84, peça 16):

“5 A análise prosseguiu de acordo com a ordem de apresentação das alegações de defesa nos autos, assim a primeira refere-se à defesa do senhor Luiz Antônio Aires da Silva (fls. 1278/1288), ex-superintendente de Administração e Finanças - Secretaria da Saúde -GO, no período de 13/10/2003 a 01/08/2006 (fls. 1171/1172), cujo ato impugnado foi a execução de pagamentos feita à empresa HOSPFAR, levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor dos medicamentos 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. Tendo violado a cláusula Primeira, § 1º, incisos I e II do Convênio 26/2003, gerando um débito de Débito: R\$ 393.129,64 (trezentos e noventa e três mil, cento e vinte e nove reais e sessenta e quatro centavos).

6 Alega em sua defesa a negativa de autoria, por não ser o responsável pelos pagamentos feitos. Na sua concepção a autorização para pagamento estava a cargo do Secretário de Saúde (fl.1282). O responsável apresenta, em forma de anexo, o Decreto 6.616, datado de 25/4/2007. Segundo sua interpretação, dentre as competências atribuídas à

Superintendência de Administração e Finanças, artigo 8º do capítulo V, não estaria inclusa a responsabilidade pela execução de pagamentos.

7 Cabe acolhimento quanto ao fato de que o Secretário de Saúde era o responsável pela autorização de pagamento, entretanto, como bem frisou o defendente, o processo de pagamento era um ato complexo, que requisitava vários avais, dentre eles o da Superintendência de Administração e Finanças, como se depreende na análise do Despacho nº 1.108/2006-GEFIN/SAF, divisão sob supervisão da Superintendência de Administração e Finanças (fl.1045). Deixando clara a co-responsabilidade do superintendente daquela pasta ao praticar atos de assessoramento ao Secretário de Saúde, como ordenador de despesa.

8 Ademais, o Decreto apresentado teve sua vigência deflagrada a partir de abril de 2007, já os atos questionados neste processo referem-se ao ano de 2006, portanto os efeitos do Decreto mencionado não alcançam a gestão questionada, muito embora, seu conteúdo expresse a competência de superintender os serviços de operações financeiras, conforme art. 8º, I, daquele diploma legal (fl.1294).

9 Desse modo, o citado não conseguiu elidir sua responsabilidade no caso, permanecendo o débito solidário a ele imputado.

10 Na sequência, tem-se a defesa do senhor Fernando Passos Cupertino de Barros (fls. 1319/1325). A defesa, por meio de advogado, alegou quatro matérias na tentativa de elidir sua responsabilidade.

11 A primeira refere-se à excusa de responsabilidade por ter homologado o procedimento licitatório, de maneira vinculada, ou seja, em sua opinião, o Secretário de Saúde não podia discordar da posição seguida pela Comissão de Licitação, que opinou pela regularidade do procedimento (fl.1320).

12 Entretanto, ao se tratar de licitação, o ato homologatório, de natureza discricionária, existe, para que a autoridade competente encerre o processo iniciado pela Comissão de Licitação, de maneira a ratificar os atos daquele comitê, homologando o processo; ou, tomando outras providências, que ensejem em retificação, quando possível, ou anulação do procedimento. De modo que, a regularidade do processo de licitação só adquire essa presunção após o ato de homologação conferido pela autoridade competente, nesse caso, o Secretário de Saúde. Com isso, o responsável poderia ter agido de maneira diversa, se para isso houvesse agido com atenção em sua análise. Portanto, o gestor foi, no mínimo, negligente, agindo com culpa.

13 Alegou, também, o responsável que foi induzido ao erro ao autorizar o pagamento à empresa, por acreditar que esta estava recolhendo os impostos de maneira devida (fl.1320).

14 Todavia, cabe ao gestor a responsabilidade por averiguar a regularidade nos processos de pagamento, de maneira consistente, com provas documentais. O gestor não pode conduzir a máquina administrativa com base na simples confiança de que os prestadores de serviço estejam agindo de maneira correta, acreditando que estejam dentro dos parâmetros legais. Nesse caso, ficou demonstrada a ilegalidade apontada nos autos. Sendo que a desoneração do ICMS, no momento do pagamento, estava prevista no edital de licitação. Portanto, se houve erro na conferência da regularidade do pagamento, tal erro denomina-se imperícia, que é elemento de culpa.

15 A defesa fundamentou, ainda, suas alegações, buscando elidir a responsabilidade do gestor, no Decreto-lei 200/67, o qual exime a responsabilidade do gestor no caso de atos cometidos por agente subordinado que exorbite das ordens recebidas (fl.1322). Porém, neste caso, os subordinados agiram conforme ordem do gestor, que homologou o procedimento licitatório e, posteriormente, autorizou o pagamento indevido ao prestador de serviço, de modo que sua responsabilidade é inconteste no caso.

16 Apresenta o gestor, em sua defesa, a invocação para que a matéria seja apreciada em acordo com o princípio da razoabilidade (fls. 1323/1324).

17 Deve ser enfatizado que órgão colegiado desta Egrégia Corte de Contas tem valido deste Princípio Constitucional desde os primórdios da aplicação da atual Constituição. Neste caso, a aplicação da razoabilidade está em se graduar a responsabilidade do gestor perante os atos por ele cometidos. Veja que o débito levantado só ocorreu porque houve a autorização do pagamento em desconformidade com a legislação estadual, que rege sobre o ICMS. Portanto, além do débito, cabível a multa ao gestor pela conduta, no mínimo culposa, negligente ou com imperícia. Destarte, o responsável não conseguiu elidir sua responsabilidade na conduta que poderia ter sido diversa.

18 A próxima defesa apresentada foi a da empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (fls. 1328/1366), que segue acompanhada de anexos (fls. 1367/1476), com representação por advogado.

19 A defesa começa sua preleção apresentando preliminares, alegando primeiramente a falta de elemento essencial à constituição processual da TCE, qual seja, a indelegável manifestação do Secretário de Saúde do Estado de Goiás, atestando haver tomado conhecimento das conclusões da sindicância sobre as contas e parecer do controle interno (fl.1328), com fundamento na Lei Orgânica, nos artigos 9º, inciso IV; e 52 e no Regimento Interno do TCU, nos artigos 198 e 212.

20 Assiste razão ao defendente quanto ao fato de que a assinatura constante no Despacho de ciência e manifestação quanto à TCE advindo da Secretaria de Estado da Saúde pertencer ao Chefe de Gabinete e não do Secretário de Estado (fl.1228). Entretanto, deve ser salientado que esse processo de TCE teve origem em função de determinação proveniente do Acórdão 45/2008-TCU-PL. Desse modo, a TCE em questão originou-se por iniciativa do próprio TCU e não por iniciativa da autoridade administrativa, sendo que a interpretação dada pela defesa quanto aos fundamentos apresentados refere-se aos processos de TCE instaurados por determinação da autoridade administrativa. Neste caso, cujo processo foi instaurado por iniciativa do TCU, não se exige a formalidade requerida para os processos advindos por determinação de autoridade administrativa, bastando a ciência, no caso, do Secretário de Estado, que foi atendida, uma vez que o próprio chefe de gabinete atuou no andamento processual, conforme demonstrado nos autos. Portanto, não há que se falar em falta de elemento essencial à constituição regular processual.

21 Ainda em sede preliminar, a defesa alega a falta de correta tipificação - nulidade - (fl.1331) argumenta que os dispositivos violados seriam do Convênio ICMS 87/02 (Publicado no DOU de 5/7/2002), medicamentos considerados de alta complexidade, ou, de alto custo; e não os do Convênio 26/2003.

22 Entretanto, é de bom alvitre salientar que a correta tipificação se faz necessária, para que seja enquadrada a conduta considerada ilícito diante da legislação pertinente, assim possibilitando a defesa do responsabilizado. Neste caso, a defesa não restaria prejudicada, uma vez que o próprio defendente salientou qual o dispositivo a ser balizado ao se analisar sua conduta comissiva, ficando clara a ciência do responsável quanto aos aspectos legais por ele infringido. Ademais, tanto o Convênio 26/2003 (fl.1086/1087) quanto o Convênio 87/02 (fls. 1088/1100) foram apontados nos autos (fls. 1191 e 1227), como dispositivos violados pela empresa citada.

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

valor do desconto (inciso II). Portanto, não merece acolhimento sua defesa em sede preliminar quanto a este ponto.

24 Em seguida, o citado apresentou a alegação, também como preliminar, de falta de tipicidade para a Tomada de Contas Especial (fl.1333). Para a defesa, como os preços ofertados pela empresa citada foram considerados compatíveis com o preço de mercado, conforme consta no Relatório Conclusivo 001/2008, não haveria dano ao Erário. Com esse argumento tenta desqualificar a tipicidade ‘dano ao Erário’ necessária para instauração da devida Tomada de Contas Especial.

25 A questão a ser debatida foi a imputação de que a empresa Hospfar causou danos ao erário ao majorar os preços dos produtos para incluir novamente o ICMS e, sob o pretexto de atender aos convênios nºs 87/2002 e 26/2003, ter informado no corpo da Nota Fiscal que estava desonerando o valor do imposto.

26 Portanto, debatendo a questão levantada pela defesa, quanto à inexistência de ‘dano ao Erário’, pelo fato dos preços estarem compatíveis com o preço de mercado, constata-se que o dano ao Erário ocorreu não pelo fato dos preços estarem em desacordo com o preço de mercado, mas pelo fato de terem sido onerados com o percentual equivalente ao ICMS pela empresa, descaracterizando a devida desoneração. Em resumo, a empresa citada beneficiou-se do valor equivalente ao percentual do ICMS que deveria ter sido desonerado, ou seja, dado em desconto, porque não seria cobrado pelo Estado, em função da isenção concedida. Assim não cabe acolhimento à alegação feita.

27 Superadas as preliminares, segue-se à análise do mérito (fl.1335). A empresa em sua defesa, alega que o valor pago pelo Estado é exatamente igual ao valor cotado, constante na ordem de fornecimento, apresentando tabela (fl.1336), que evidenciam este fato, demonstrando na coluna central o valor onerado, cuja desoneração em 17%, chega-se ao valor da ordem de serviço.

28 Não obstante, é exatamente esta conduta assumida e comprovada pela defesa que é considerada ilegal nesta TCE, conforme esclarecido no tópico anterior, última preliminar. Assim, a empresa citada não quer entender que essa conduta é ilegal e danosa para os cofres públicos, pois como o Estado a isenta do pagamento do ICMS, a empresa, embora não deva pagar o ICMS, deve promover o desconto equivalente à alíquota deste Imposto no preço da Ordem de Fornecimento, que no caso equivale a 17%. Ao não promovê-lo, a empresa citada acaba por receber do Estado quantia além da devida, conforme a legislação pertinente. Portanto, no mérito o débito permanece, agora, de maneira comprovada pela própria defesa.

29 A tese elaborada pela defesa de que o preço cotado já estaria desonerado do percentual de 17% relativo ao ICMS (fl.1341) é contraditória ao se afirmar que com a desoneração do imposto obter-se-iam preços compatíveis com os de mercado, uma vez que a desoneração serve como instrumento para que a Administração pague menos pelos produtos.

30 Veja que a isenção dada aos produtos farmacêuticos em questão foi estabelecida em convênio exatamente para que esses produtos, a preço de mercado, tornem-se mais baratos para aquisição pela Administração, uma vez que a Secretaria de Saúde não é arrecadadora do ICMS. Sendo que o sentido da legislação mencionada é o de tornar transparente o processo de aquisição de medicamentos, com a desoneração de imposto proposta, fato que beneficia a Administração nas ações relacionadas à saúde.

31 A defesa alega que sua atitude decorreu de cumprimento legal (inciso III do § 1º da Cláusula primeira do Convênio 87/02) (fl.1343). Entretanto, o entendimento aqui esboçado é o de que a administração tem crédito com as empresas que receberam os valores totais pagos nas notas fiscais, uma vez que o valor a ser pago deveria ter sido aquele com o desconto da alíquota de 17% referente ao ICMS destacado na nota, como no caso concreto aqui apresentado. Portanto, não há como acolher a alegação da defesa.

32 Ainda discutindo o mérito a defesa discorre sobre o procedimento de licitação e alega (fl.1348) a preclusão administrativa, pelo fato de a Administração ter conferido e pago os medicamentos sem questionar as notas fiscais emitidas e tê-las devolvido caso entendesse que não estavam de acordo com o edital ou com a própria lei. Para fundamentar sua preleção cita vários doutrinadores.

33 Porém, em sentido adverso, no resguardo do Bem Público, não há como invocar preclusão em ato administrativo que gerou débito ao Erário Federal. O ato ilegal não se convalida, eis que o pagamento do valor cheio dos produtos ofertados na operação de aparente desoneração do imposto foi acobertada pela Administração Estadual, fato que levou os gestores às devidas responsabilizações em conjunto com o particular beneficiado.

34 Na sequência da defesa, o citado alega a impossibilidade de aplicação de sanção ao caso, pelo fato de a empresa ter agido em conformidade com a legislação pertinente. Para explicar essa aludida legalidade, cita (fl.1349) o item 5.3.1 do edital que impõe ao licitante vencedor a obediência ao Convênio ICMS 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825/2003 e no que couber ao Convênio ICMS nº 87/02 e destaca: ‘quando da emissão da nota fiscal deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo’.

35 Com essa alegação e destaque a defesa aparenta estar certa do entendimento que tenta defender ou busca persuadir o controle externo para esse entendimento. Vários foram os pareceres de órgãos Estaduais trazidos aos autos, com o entendimento esboçado pelo citado, Parecer 104/04-GOT (fl.1353), Parecer 1198/2008-GPT (fl.1355).

36 Todavia, quanto mais se aprofunda na discussão, mais evidente se torna a ilegalidade na conduta da Administração ao autorizar e realizar o pagamento dos valores constantes nas Notas Fiscais, que deveriam, somente, destacar e excluir a parcela referente ao ICMS. No entanto, foi feita a majoração desta parcela no valor de cotação, para posterior desoneração, obtendo-se, novamente, o valor da cotação. A desconformidade de tal procedimento foi endossada por diversos órgãos do Estado. Portanto, o débito gerado nesta operação é exatamente o valor correspondente à parcela do ICMS, que não foi excluída do valor original de cotação, impondo um custo maior para o Erário.

37 A citada continua sua defesa alegando o Direito a desonerar ICMS em 10% das distribuidoras (fl.1361). Para a defesa, caso a Administração tivesse que cobrar a desoneração da citada, esta deveria ser no patamar de 10% e não de 17%, pelo fato de que as distribuidoras contam com esse benefício fiscal, por força de regulamentação fazendária (CT do Estado de Goiás, Lei 4.852/97, art. 8º, VIII do anexo IX). Em reforço à sua tese apresenta o Parecer Sefaz-GO GOT nº 545/2007 - DOC 18 (fl.1467/1472).

38 É interessante notar que os benefícios não são cumulativos, portanto o benefício concedido no processo de licitação foi de 17%. Por outro lado, no parecer apresentado pela defesa, encontra-se a forma correta de se obter o preço final a ser pago, corroborando o entendimento de que o valor do preço constante na Nota Fiscal deve ser o mesmo valor do preço adjudicado, de modo que o valor a ser pago é o valor da NF deduzido do percentual do ICMS a abater. Desse modo, fica a defesa derrotada no seu mérito.

39 Em seguida, o citado invocou em seu favor o princípio da boa-fé (fl.1364), alegando ter pautado sua conduta em acordo com a legislação. Entretanto, contrariamente, o que se depreende da documentação presente nos autos, é que a lei foi violada e o débito persiste. Outrossim, segundo entendimento desta Corte de Contas, não cabe a análise sobre a boa-fé de conduta de personalidade jurídica.

40 Complementando a primeira defesa, foi apresentada pela citada, defesa complementar (fl.1513/1551), trazendo a informação de que a participação das verbas da União nos Programas de Medicamentos Excepcionais gira em torno de 70% do custo desses medicamentos, tendo o Estado que arcar com a diferença. Entretanto, tal assertiva não traz novidades aos argumentos apresentados

anteriormente, nem mesmo na quantificação do débito apurado, uma vez que estão sendo analisados os débitos provenientes apenas dos recursos federais.

41 Assim sendo, a defesa apresentada não trouxe elementos suficientes para elidir as irregularidades levantadas neste feito, de modo a persistir o débito.

42 As alegações de defesa do senhor Cairo Alberto de Freitas e do senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foram apresentadas em conjunto (fls. 1477/1498). De início a defesa discorreu sobre a ocorrência dos fatos de maneira cronológica (fls. 1478/1480).

43 Em seguida foram apontadas as providências adotadas pelos gestores a partir do conhecimento dos fatos considerados ilícitos (fls. 1480/1481), dentre eles tem-se: a determinação de retenção da parcela de 17%, referente ao ICMS, nos pagamentos a serem feitos a partir do conhecimento do fato; a expedição da Portaria 028/2007-GAB/SES (fls. 1499/1501), datada de 8/2/2007, determinando a realização de Auditoria Interna para apuração de possíveis equívocos; a expedição da Portaria 001/2007-SAF/SES (fl.1502), datada de 12/4/2007, constituindo a Comissão responsável por apurar as diferenças do ICMS nas contratações da SES.

44 Na sequência da defesa, buscou-se demonstrar a boa-fé dos gestores citados, alegando que eles se mostraram diligentes em suas condutas, perante o caso, ao tomarem, de imediato, cerca de dois meses de gestão, as providências necessárias à elucidação dos fatos e solução da problemática (fl.1482).

45 Ainda, na busca de demonstrar a boa-fé, os citados apresentaram, em anexo, a Portaria 101/2009-GAB/SES/GO (fl.1505), que determina à SAF que promova a compensação dos valores pagos indevidamente caracterizando dano concreto ao Erário. Segundo os citados, essas seriam as medidas possíveis de serem adotadas levando-se em conta o pensamento do homem médio. Entretanto, tal compensação não foi comprovada, portanto não fica clara a demonstração de boa-fé dos citados neste caso.

46 Em seguida, a defesa adentra ao direito (fl.1484), narrando os pontos de vista das partes envolvidas, sem formar opinião própria, porém alega que devido às retenções, ao deixarem a função, restava saldo de R\$ 9,5 milhões da empresa Hospfar, para futura compensação. Com isso, chegando à conclusão de que os gestores foram cautelosos no trato da *res* Pública.

47 Continuam a defesa, alegando os responsáveis que, devido à retenção evidenciada nos autos, seguida da determinação para apuração e abatimento/compensação dos valores pagos a maior à contratada, por meio de documentos anexos, não há mais que se falar em dano ao Erário (fl.1490). Fato que cabe discordância, uma vez que tais compensações ainda não foram efetivadas.

48 Em sua defesa seguem os citados alegando que diante da recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfar teria ocorrido a perda do objeto da presente Tomada de Contas Especial (fl.1490).

49 No entanto, embora tenha havido a retenção, não foi demonstrada nos autos a compensação, que resultaria na devida extinção do débito junto ao Erário. Portanto, não há que se falar em ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, como invocado pela defesa.

50 No encadeamento da defesa, alegou-se a ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa.

51 Quanto à ausência de má-fé está demonstrada nos autos, especialmente pela diligência despendida pelos responsáveis, na condução do caso, conforme debatido anteriormente nesta peça.

52 No que se refere a ato de improbidade administrativa, tal conduta é tratada na esfera criminal, escapando à competência desta Egrégia Corte de Contas, portanto não sendo tratada nestes autos.

53 Quanto à ausência de dolo, esse elemento não é essencial à imputação das consequências àquele que causa dano ao Erário, basta que tenha dado causa (artigo 1º, inciso I, da Lei 8.443/1992), por culpa.

54 Na discussão do assunto abordado na alegação seguinte (fl.1494), onde os responsáveis tentam passar a exclusividade da responsabilidade pelo débito à empresa contratada, segue a interpretação legal de que os citados deram causa ao débito ao autorizarem e pagarem os valores indevidamente à empresa Hospfar, de modo que a solidariedade está demonstrada (artigo 16º, § 2º, alíneas 'a' e 'b', da Lei 8.443/1992).

55 Desse modo, não cabe acolhimento à defesa apresentada quanto ao débito imputado.

#### **NOVOS ELEMENTOS**

56 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 1551/1568 do vol. principal e fls. 124/247 do anexo 2, que remetida ao gabinete do Relator, por decisão daquela relatoria (fl.1569), propiciou a restituição dos autos para nova instrução.

57 A documentação enviada refere-se a três requerimentos distintos, sendo o primeiro deles (fl.1551) 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.

58 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.

59 O segundo requerimento (fls. 1560/1568) refere-se à quantificação do montante retido pela Administração Estadual em função da lide que 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.

60 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.

61 O terceiro requerimento (fls. 124/247 - 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, de autoria de Marçal Justen filho, discorre na área administrativa (fls. 124/175 - Anexo 2) e outro, da lavra de Ives Gandra da Silva Martins, discorre na área tributária (fls. 176/247 - Anexo 2). Sendo os expedientes analisados de forma separada como se segue.

62 Marçal Justen filho inicia sua preleção (fls. 124/135 - 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.

63 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. 135/143 - 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.

64 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.

65 Quanto à ausência de irregularidade alegada (fls. 143/146 - Anexo 2), o parecerista ofereceu a tese de que a consultante apresentou a fatura de cobrança com o mesmo valor que ofertou na licitação e no contrato.

66 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.

67 O parecerista continua sua homilia no tópico V- A ausência de competência para alterar a vontade privada (fl.146/147 - 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.

68 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.

69 Da eficácia de atos administrativos perfeitos (fl.148/149 - 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.

70 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.

71 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.

72 Quanto à alegação de vedação à conduta administrativa contraditória (fl.149/154 - 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, 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.

73 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.

74 Em seguida, o parecerista alega o decurso de prazo (fls. 154/157 - Anexo 2), invocando a decadência ou a prescrição, que segundo seu entendimento é de cinco anos.

75 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.

76 Na sequência, o jurista trata do descabimento da autotutela pela Administração Pública (fls. 157/161 - Anexo 2). Neste assunto, o Tribunal não deve se manifestar porque a retenção financeira feita pelo Estado de Goiás não ocorreu em decorrência de atuação desta Corte de Contas, conforme entendimento esboçado no parágrafo 54 desta instrução. Esse entendimento também supre o alegado quanto à configuração de desvio de finalidade (fls. 161/162 - Anexo 2).

77 Quanto à alegação de ausência do devido processo legal (fls. 162/166 - 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.

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

79 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.

80 Ives Gandra da Silva Martins inicia sua homilia (fls. 176/241 - 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.

81 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.

82 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.

83 Desse modo, não cabe o acolhimento da alegação feita pela empresa com apoio na documentação apresentada como novos elementos, que na verdade refere-se ao assunto já tratado na instrução precedente (fls. 1516/1531).

### **CONCLUSÃO**

84 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.

85 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 223/2005), 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.

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

### PROPOSTA DE ENCAMINAMENTO

87 Diante do exposto, submeto os autos à consideração superior, opinando pelo encaminhamento dos autos ao relator, Exmo Senhor Ministro Augusto Sherman, por intermédio do Ministério Público junto deste Tribunal, a teor do disposto no art. 81, II, da Lei 8.443/92, 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;

II - rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares estas contas, nos termos do artigo 16, III, 'c', c/c artigo 19 da Lei de nº 8.443/92, condenando os senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, solidariamente, com a empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., ao pagamento aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, em função da autorização pelo primeiro, da execução pelo segundo e do recebimento pelo terceiro de pagamentos indevidos (pregão nº 223/2005), 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:

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido(R\$) |
|------|-------------------|------------------|---------------------|
| 1    | 23/3/2006         | 108.388,44       |                     |
| 2    | 27/9/2006         | 92.784,59        | 15.773,38           |
| 3    | 26/9/2006         | 497.547,25       | 84.583,03           |
| 4    | 23/3/2006         | 147.582,96       |                     |
| 5    | 23/3/2006         | 63.302,44        |                     |
| 6    | 23/3/2006         | 276,00           |                     |
| 7    | 23/3/2006         | 49.292,54        |                     |
| 8    | 4/5/2006          | 51.484,16        |                     |
| 9    | 4/5/2006          | 5.076,93         |                     |
| 10   | 4/5/2006          | 7.765,08         |                     |
| 11   | 2/6/2006          | 1.920,00         |                     |
| 12   | 27/12/2006        | 130.154,44       | 22.126,25           |
| 13   | 2/6/2006          | 182.974,13       |                     |
| 14   | 2/6/2006          | 3.969,42         |                     |
| 15   | 28/8/2006         | 84,00            | 14,28               |
| 16   | 12/6/2006         | 178.851,91       |                     |
| 17   | 26/9/2006         | 15.743,63        | 121.676,42          |

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido(R\$) |
|------|-------------------|------------------|---------------------|
| 18   | 28/8/2006         | 7.910,94         | 821,68              |
| 19   | 28/8/2006         | 92.423,52        | 15.712,00           |
| 20   | 28/8/2006         | 64.958,44        | 11.042,93           |
| 21   | 28/8/2006         | 7.910,94         | 0,41                |
| 22   | 28/8/2006         | 81.280,00        |                     |
| 23   | 27/9/2006         | 115.529,40       | 19.640,00           |
| 24   | 27/9/2006         | 86.368,00        | 14.682,56           |
| 25   | 27/9/2006         | 1.909,15         |                     |
| 26   | 19/10/2006        | 23.105,88        |                     |
| 27   | 23/11/2006        | 165.366,49       |                     |
| 28   | 23/11/2006        | 30.807,84        |                     |
| 29   | 23/11/2006        | 12.720,00        |                     |
| 30   | 23/11/2006        | 8.724,00         |                     |
| 31   | 23/11/2006        | 351.374,63       |                     |
| 32   | 23/11/2006        | 50.336,12        | 1.980,82            |
|      |                   | Total Geral      | 308.053,76          |

III - rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares estas contas, nos termos do artigo 16, III, 'c', c/c artigo 19 da Lei de nº 8.443/92, condenando o senhor Luiz Antônio Aires da Silva, solidariamente, com a empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., ao pagamento aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo

recolhimento, na forma da legislação em vigor, em função da execução pelo primeiro e do recebimento pelo segundo de pagamentos indevidos (Pregão 223/2005), 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:

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido(R\$) |
|------|-------------------|------------------|---------------------|
| 1    | 23/3/2006         | 108.388,44       | 18.426,03           |
| 2    | 27/9/2006         | 92.784,59        |                     |
| 3    | 26/9/2006         | 497.547,25       |                     |
| 4    | 23/3/2006         | 147.582,96       | 25.089,10           |
| 5    | 23/3/2006         | 63.302,44        | 10.761,41           |
| 6    | 23/3/2006         | 276,00           | 46,92               |
| 7    | 23/3/2006         | 49.292,54        | 8.379,73            |
| 8    | 4/5/2006          | 51.484,16        | 8.752,31            |
| 9    | 4/5/2006          | 5.076,93         | 863,08              |
| 10   | 4/5/2006          | 7.765,08         | 1.320,06            |
| 11   | 2/6/2006          | 1.920,00         | 326,40              |
| 12   | 27/12/2006        | 130.154,44       |                     |
| 13   | 2/6/2006          | 182.974,13       | 31.105,60           |
| 14   | 2/6/2006          | 3.969,42         | 674,80              |
| 15   | 28/8/2006         | 84,00            |                     |
| 16   | 12/6/2006         | 178.851,91       | 30.404,82           |
| 17   | 26/9/2006         | 715.743,63       |                     |

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido(R\$) |
|------|-------------------|------------------|---------------------|
| 18   | 28/8/2006         | 7.910,94         |                     |
| 19   | 28/8/2006         | 92.423,52        |                     |
| 20   | 28/8/2006         | 64.958,44        |                     |
| 21   | 28/8/2006         | 7.910,94         |                     |
| 22   | 28/8/2006         | 81.280,00        |                     |
| 23   | 27/9/2006         | 115.529,40       |                     |
| 24   | 27/9/2006         | 86.368,00        |                     |
| 25   | 27/9/2006         | 1.909,15         |                     |
| 26   | 19/10/2006        | 23.105,88        |                     |
| 27   | 23/11/2006        | 165.366,49       |                     |
| 28   | 23/11/2006        | 30.807,84        |                     |
| 29   | 23/11/2006        | 12.720,00        |                     |
| 30   | 23/11/2006        | 8.724,00         |                     |
| 31   | 23/11/2006        | 351.374,63       |                     |
| 32   | 23/11/2006        | 50.336,12        |                     |
|      |                   | Total Geral      | 136.150,28          |

IV - rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares estas contas, nos termos do artigo 16, III, 'c', c/c artigo 19 da Lei de nº 8.443/92, condenando o senhor Fernando Passos Cupertino de Barros, solidariamente, com a empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.), ao pagamento aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, em função da autorização pelo primeiro e do recebimento pelo segundo de pagamentos indevidos (Pregão 223/2005), 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:

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido (R\$) |
|------|-------------------|------------------|----------------------|
| 1    | 23/3/2006         | 108.388,44       | 18.426,03            |
| 2    | 27/9/2006         | 92.784,59        | 15.773,38            |
| 3    | 26/9/2006         | 497.547,25       | 84.583,03            |
| 4    | 23/3/2006         | 147.582,96       | 25.089,10            |
| 5    | 23/3/2006         | 63.302,44        | 10.761,41            |
| 6    | 23/3/2006         | 276,00           | 46,92                |

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido (R\$) |
|------|-------------------|------------------|----------------------|
| 7    | 23/3/2006         | 49.292,54        | 8.379,73             |
| 8    | 4/5/2006          | 51.484,16        | 8.752,31             |
| 9    | 4/5/2006          | 5.076,93         | 863,08               |
| 10   | 4/5/2006          | 7.765,08         | 1.320,06             |
| 11   | 2/6/2006          | 1.920,00         | 326,40               |
| 12   | 27/12/2006        | 130.154,44       | 22.126,25            |

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido (R\$) |
|------|-------------------|------------------|----------------------|
| 13   | 2/6/2006          | 182.974,13       | 31.105,60            |
| 14   | 2/6/2006          | 3.969,42         | 674,80               |
| 15   | 28/8/2006         | 84,00            | 14,28                |
| 16   | 12/6/2006         | 178.851,91       | 30.404,82            |
| 17   | 26/9/2006         | 715.743,63       | 121.676,42           |
| 18   | 28/8/2006         | 7.910,94         | 821,68               |
| 19   | 28/8/2006         | 92.423,52        | 15.712,00            |
| 20   | 28/8/2006         | 64.958,44        | 11.042,93            |
| 21   | 28/8/2006         | 7.910,94         | 0,41                 |
| 22   | 28/8/2006         | 81.280,00        |                      |
| 23   | 27/9/2006         | 115.529,40       | 19.640,00            |

| Item | Data do Pagamento | Valor Pago (R\$) | Valor Indevido (R\$) |
|------|-------------------|------------------|----------------------|
| 24   | 27/9/2006         | 86.368,00        | 14.682,56            |
| 25   | 27/9/2006         | 1.909,15         |                      |
| 26   | 19/10/2006        | 23.105,88        |                      |
| 27   | 23/11/2006        | 165.366,49       |                      |
| 28   | 23/11/2006        | 30.807,84        |                      |
| 29   | 23/11/2006        | 12.720,00        |                      |
| 30   | 23/11/2006        | 8.724,00         |                      |
| 31   | 23/11/2006        | 351.374,63       |                      |
| 32   | 23/11/2006        | 50.336,12        | 1.980,82             |
|      |                   | Total Geral      | 444.204,04           |

V - aplicar individualmente aos responsáveis senhores Cairo Alberto de Freitas e Durval de Oliveira Borges, Luiz Antônio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros e à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor a ser arbitrado pela Egrégia Corte de Contas, em razão das irregularidades praticadas na condução da execução do contrato originado do Pregão 223/2005, 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 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;

VI - 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;

VII - 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 MP/TCU, em seu segundo pronunciamento, se manifestou nos seguintes termos (fls. 85-89, peça 16):

“(…)

Em sua primeira instrução de mérito (fls. 1.516/36, v.5), a Secex/GO propôs julgar as presentes contas irregulares, com fundamento no art. 16, inc. III, ‘c’, da Lei 8.443/1992, condenando os responsáveis, solidariamente, a recolherem, aos cofres do Fundo Nacional de Saúde - FNS, a diferença correspondente ao ICMS não abatido pela Hospfar em diversas notas fiscais emitidas durante o ano de 2006. Propôs também aplicar aos responsáveis a multa do art. 57 da referida lei, excetuados os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, cuja boa-fé reconheceu.

Encaminhados os autos ao Ministério Público, este representante proferiu parecer (fls. 1.541/9, v.5), em que propôs, nos termos dos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 202, § 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, reconhecer, de semelhante modo, a boa-fé dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, rejeitar suas alegações de defesa e fixar-lhes novo e improrrogável prazo para que comprovem o recolhimento das importâncias devidas aos cofres do FNS.

Em seguida, a empresa Hospfar apresentou novos elementos de defesa (a.2 e fls. 1.551/68, v.5), intempestivamente. Apesar disto, V.Exª proferiu despacho (fl. 1.569, v.5), em que determinou

à Secex/GO que promovesse nova instrução dos presentes autos, autorizando, inclusive, a realização das diligências que a unidade técnica julgasse necessárias para seu saneamento.

Mesmo sem realizar as diligências sugeridas, a Secex/GO promoveu nova instrução dos autos (fls. 1.570/87, v.5), em que propôs considerar revel o Sr. Adriano Kennen de Barros, mas excluir sua responsabilidade, e julgar irregulares as contas dos demais responsáveis, com fundamento no art. 16, inc. III, 'c', da Lei 8.443/1992, condenando-os, solidariamente, ao pagamento do débito acima mencionado, bem como ao recolhimento da multa do art. 57 da referida lei, desta feita, sem exceções.

## II

Como relatado acima, o Ministério Público, no parecer anterior, propusera a concessão de novo e improrrogável prazo aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, para recolhimento dos débitos que lhes foram atribuídos, notadamente em razão de providências tomadas por estes responsáveis para a compensação dos prejuízos causados ao erário federal, as quais depõem a favor de sua boa-fé. No entanto, também foi registrado pelo *Parquet* que as evidências colacionadas pelos responsáveis mostraram-se apenas indiciárias, sem chegar a demonstrar conclusivamente o fato alegado. A unidade técnica preferiu não empreender diligências para esclarecer a questão e mudou sua proposta de mérito, sugerindo, agora, não só a aplicação de débito como também a de multa aos citados responsáveis.

A Hospfar trouxe aos autos novos elementos de defesa (fls. 1.551/68, v.5), em que apresenta argumentos semelhantes aos dos srs. Cairo e Antônio Durval, alegando, em essência, que a Secretaria de Saúde de Goiás cancelou empenhos de produtos já fornecidos pela empresa, no valor de R\$ 564.956,63, que é superior ao débito de R\$ 450.310,09, cobrado da empresa nestes autos. No entanto, primeiro, o simples cancelamento parcial de empenho não prova que a compensação devida tenha sido definitivamente realizada, pois remanesce a possibilidade de novo empenho dos recursos. Segundo, os documentos apresentados não esclarecem se a fonte dos recursos empenhados era federal ou estadual, sendo que, apenas no primeiro caso, por óbvio, haveria possível compensação do prejuízo causado aos cofres do FNS. Registre-se que a Hospfar aponta o cancelamento do empenho 192, o mesmo indicado pelos srs. Cairo e Antônio Durval, sendo que a nota de cancelamento anexada por estes (fl. 1.540, v.5) era atinente à fonte de recursos '00', cuja origem é estritamente estadual, como mencionado no parecer anterior do Ministério Público.

Como os elementos trazidos pela Hospfar revelam-se insuficientes, o Ministério Público entende que a situação dos autos manteve-se tal como se encontrava por ocasião da expedição de seu parecer anterior, havendo indícios de que os srs. Cairo e Antônio Durval tomaram providências que podem ter resultado na compensação dos prejuízos causados ao FNS. Deste modo, permanece cabível, nos termos dos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 202, § 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, o reconhecimento de sua boa-fé, a rejeição de suas alegações de defesa e a concessão de novo prazo e improrrogável prazo para recolhimento do débito que lhes foi atribuído.

## III

A unidade técnica procedeu a nova análise das alegações de defesa dos responsáveis, reiterando, de modo geral, as conclusões formuladas na instrução anterior. Sobre o caso do Sr. Adriano Kennen de Barros, que não tinha sido especificamente tratado naquela ocasião, observou, tal como fizera o Ministério Público, que o responsável deve ser considerado revel. Ponderou, contudo, que, como pregoeiro, ele não teve participação na irregularidade tratada nos autos, que ocorreu por ocasião dos pagamentos, em que alguns foram realizados em desacordo com a legislação. Por isto, propõe a exclusão de sua responsabilidade.

Efetivamente, o pregoeiro não tinha como saber, ao conduzir a licitação, que a Hospfar

estava a considerar os preços de sua proposta como desonerados de ICMS, em desconformidade com o edital. Não há comprovação nos autos de que tenha tido ciência das declarações contraditórias expedidas pela empresa, ora afirmando que seus preços estavam desonerados, ora afirmando o contrário (fls. 472, v. 1; 1.422/3, v. 5), que foram encaminhadas, genericamente, à Secretaria Estadual de Saúde. Por isto, não tinha como antever que a empresa deixaria de abater o tributo, depois, ao emitir as notas fiscais, de modo a poder tomar qualquer medida preventiva, durante a realização do certame. Por este motivo, o Ministério Público anui à proposta da unidade técnica quanto à exclusão da responsabilidade do pregoeiro.

#### IV

A empresa Hospfar anexou aos autos dois alentados pareceres dos eminentes juristas Marçal Justen Filho (a. 2, fls. 126/75) e Ives Gandra da Silva Martins (a. 2, fls. 176/247). A unidade técnica analisou-os adequadamente, de modo geral, concluindo, por fim, que não são suficientes para descaracterizar a irregularidade observada neste processo. O Ministério Público entende necessário, todavia, reforçar alguns pontos e destacar alguns aspectos que mereceram menor atenção da unidade técnica.

O Sr. Marçal Justen Filho argumenta que o Convênio ICMS 87/2002, recepcionado pelo Decreto Estadual 4.852/1997, não exigia inclusão do ICMS nos preços das propostas, nas licitações relativas a operações realizadas com medicamentos beneficiados com isenção, mas apenas previa que houvesse expressa indicação no documento fiscal do abatimento de valor equivalente ao ICMS que seria devido.

De fato, o citado convênio prevê apenas que:

‘Cláusula Primeira - (...)

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

(...)

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

O ilustre parecerista prossegue, apontando que a exigência de inclusão do ICMS nos preços das propostas só viria a ser adotada a partir da edição do Convênio ICMS 57/2010, que revogou, com efeitos somente a partir de 23.4.2010, o citado inc. III do § 1º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002, acrescentando um § 6º, com a seguinte redação:

‘O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal’.

Daí que a cláusula editalícia da licitação em comento, vencida pela Hospfar, que exigia a apresentação dos preços das propostas com a inclusão do ICMS seria antijurídica, por falta de fundamento legal (na verdade, como mencionado acima, havia duas cláusulas com esta exigência, os itens 5.1.5 e 5.3, fls. 93/4, v.p.).

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

Ambos os pareceristas insistem em que a Hospfar agiu lealmente perante a Administração, tendo declarado expressa e inequivocamente que os preços de sua proposta já estavam desonerados

de ICMS. Esta afirmativa, no entanto, é falsa, pois, como já apontado no parecer anterior do Ministério Público, na mesma data em que encaminhou declarações com este teor à Administração, a Hospfar encaminhou outra, colacionada pela Comissão de TCE da Secretaria de Saúde de Goiás, em que afirmava textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’ (fl. 472, v.1).

De qualquer forma, o simples fato de comunicar à Administração a prática de ato em desconformidade com o edital de licitação não elide a irregularidade desta conduta. Note-se, além disto, que o fato de a Hospfar insistir em descumprir o edital mesmo depois de ter sido vencida, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, na sua pretensão de impugná-lo, longe de demonstrar lealdade com a Administração, revela audácia e pretensão de exercer seus supostos direitos por seus próprios meios, desprezando as vias legais.

Destaque-se que, ao contrário do que defendem os pareceristas, também o Contrato 38/2006 - GJ/SES deixava claro que o ICMS estava incluso nos preços:

‘Cláusula Quarta - Do valor

(...)

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

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

Em sua instrução mais recente, explorando outra vertente do tema, a unidade técnica observa que:

‘71. 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.’

Ignora a unidade técnica que esse assunto foi detalhadamente discutido no parecer anterior do Ministério Público (fls. 1.546/8, v.5), 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.

Finalmente, merece um pouco mais de atenção a assertiva de ambos os pareceristas de que não é correto considerar que o percentual de ICMS incidente sobre os produtos fornecidos pela contratada seja de 17%, notadamente por ser esta signatária de Termo de Acordo de Regime Especial - Tare, o que resultaria na aplicação de alíquota de 10% ou de 10,35% (os pareceres hesitam entre estes dois percentuais).

Além da observação consignada no parecer anterior do Ministério Público de que o beneficiário de isenção de ICMS é obrigado, por força de lei estadual, a optar pelo benefício mais favorável (fl. 1.546, v.5), note-se que a adesão da contratada ao Tare está longe de estar

comprovada nos autos. A única prova é uma cópia incompleta (faltam as páginas iniciais) do Tare 37/04-GSF (fls. 1.464/5, v.5), assinada pelo Sr. Giuseppe Vecchi, na qualidade de Secretário da Fazenda, e pelo Sr. Brandão de Souza Rezende, na qualidade de sócio da Hospfar, que não informa a respectiva base legal, não especifica qual a redução da base de cálculo aplicada e nem sequer contém data.

A alíquota de 17% para ‘operação e prestação internas’, que é exatamente do que se trata no caso vertente, está prevista no art. 20, inc. I, do Decreto Estadual 4.852/1997. Além disto, a empresa declarou expressamente que era este o percentual aplicável (fl. 472, v.1) e o utilizou, de fato, ao simular a desoneração de ICMS, na emissão de suas notas fiscais. Como a empresa não comprova que era efetivamente signatária de Tare que rebaixasse a alíquota deste tributo, à época da contratação considerada, não há motivo algum para aplicar percentual diverso.

## V

Por todo o exposto, o Ministério Público reitera sua proposta anterior, formulada à fl. 1.549, v.5.”

15. Em que pese os autos já contar com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, determinei, conforme despacho de página 90 da peça 16, o retorno do processo à unidade técnica, consoante despacho proferido 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 (peça 23).

16. Em nova análise, a Secex/GO assim se pronunciou (peças 27-29):

### **‘Superfaturamento de medicamentos**

8. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 - P, conforme dispõe despacho prolatado nos presentes autos (peça 16, p. 90), 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 não haviam observado as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora - conforme inclusão expressamente determinada pelo relator -, passaram a responder pelo débito.

9. 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 223/2005 (peça 1, p. 42) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 7, p. 65-67), indicarem que os itens 1, 2 e 6 vencidos pela empresa Hospfar têm preços superiores à referência, a aquisição só foi homologada porque houve uma formal justificativa produzida no âmbito da SES/GO, segundo a qual todos os preços ofertados estavam dentro de certos parâmetros de preços (peça 7, p. 41). Não nos parece adequado questionar sobre a correção da referida justificativa, porque isso levaria a uma investigação de difícil solução, no sentido de identificar qual seria a referência correta de preços para aquisição de medicamentos no setor público. Sob o ponto de vista jurídico, essa questão encontrou uma referência normativa de certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 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 1, p. 42) lastreou-se em aquisição anteriormente realizada e, segundo o critério exposto no art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, ela vincula o acolhimento das propostas de preços, salvo a existência de justificativas. A estimativa de preço, por definição legal, é o dado objetivo ao qual deve se fiar o controle de conformidade da licitação para declarar a compatibilidade ou não compatibilidade de preços. O Anexo I do Decreto 3.555/2000, em seu art. 8º, inciso II, expressamente lhe confere essa finalidade, a ponto de exigir, no art. 11, inciso XI, a análise de conformidade dos preços ofertados antes de se prosseguir a licitação.

13. Dessa constatação normativa inicial, tem-se que muitas dificuldades levantadas nestes autos podem ter sua solução alcançada por rigoroso raciocínio jurídico. 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. Se o edital é inequívoco ao positivar a exigibilidade de que as propostas de preços contemplem a incidência do tributo de ICMS, conforme item 5.3 (peça 1, p. 98), disso decorre que a estimativa de preço previamente elaborada e que, por injunção legal deve ter seu conteúdo comparado com o das propostas, também indique preços contemplando a incidência do tributo, salvo expressa menção em contrário. Não se pode alcançar qualquer comparação, utilizando-se de diferentes critérios.

14. A constatação de que a estimativa de preços pressupõe a inclusão do ICMS não resulta diretamente de uma eventual pesquisa nas inúmeras bases de dados então existentes, mas sim de uma expressa definição legal. No presente processo, tal definição encontra respaldo na própria justificativa de preços produzida ao tempo em que a administração reconheceu a existência de preços propostos superiores aos estimados (peça 7, p. 41), uma vez que seu teor demonstra que os preços estimados para a licitação adequavam-se às referências utilizadas na referida justificativa, as quais expressamente consignavam a incidência do ICMS.

15. Dessa forma, entende-se que os presentes autos configuram uma situação distinta da assinalada nos autos acima aludidos, porquanto nestes há intervenção formal da administração pública no sentido de reafirmar a compatibilidade ao mercado, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como parâmetro de referência às compras promovidas no âmbito da administração pública. Por isso que a proposta de imputação de débito, naqueles outros autos, havia se restringido, inicialmente, aos servidores que geriram a licitação, pois foi seu descuido com a forma legal que gerou a adjudicação em limite superior ao permitido.

### **Cobrança indevida de tributo**

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

17. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 23) 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 223/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 24, p. 1-2). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pela empresa fornecedora dos valores devidos, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

18. Resta abordar sobre uma questão levantada no despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de bitributação, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do tributo. Como visto, há nos autos prova de que o licitante não só tinha conhecimento da disposição, como também afirmava tê-la cumprido, consoante afirma o MP/TCU em seu parecer (peça 16, p. 86 - item III). E mesmo que não houvesse a contradição, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital.

19. Interessante notar a esse respeito que foi exatamente em nome de uma simples formalidade editalícia, para cujo conteúdo esta Corte em dias atuais pronunciou-se contrariamente (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P; TC-009.625/2011-9), que a empresa Hospfar conseguiu fazer prevalecer sua oferta sobre a proposta apresentada por sua concorrente, cujo valor contemplava preços inferiores (peça 6, p. 63).

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

### **Alteração da imputação de débito**

21. Percebe-se, pela instrução inicial (peça 13, p. 3-9), que o débito imputado à responsabilidade dos srs. Fernando Passos Cupertino de Barros e Adriano Kennen de Barros, em solidariedade da empresa Hospfar, é quantificado no valor total do débito apurado, conforme discrimina planilha elaborada no âmbito da SES/GO (peça 12, p. 92/93). O fundamento da imputação decorreria de suas participações no procedimento licitatório. Ocorre que a exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, conforme última proposta de mérito (peça 16, p. 67-84), acima comentada, decorreu justamente do entendimento de que o débito se materializa a partir do pagamento. Pelas mesmas razões e considerando os períodos de permanência dos responsáveis nos seus cargos, assinalados em instrução inicial com base nos respectivos atos de

nomeação e exoneração (peça 12, p. 68-73), não poderia o Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros responder pelo total do débito e sim apenas com relação às parcelas a que autorizou pagamento enquanto secretário estadual de saúde, as quais coincidem com as parcelas imputadas ao Sr. Luiz Antônio Aires da Silva.

22. Outro detalhe passível retificação diz respeito à parcela de débito relativa ao item 23 do quadro de dívida discriminado aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em solidariedade com empresa Hospfar (peça 16, p. 79). Sua quantificação faz referência à nota fiscal 109848, discriminada em planilha (peça 12, p. 92-93), a qual, assim como as demais, seguiu a proporcionalidade da participação dos recursos federais (fonte 23). Da aplicação do índice de proporcionalidade (20 %) sobre o valor indevidamente pago para a nota fiscal (R\$ 114.799,99) resulta o débito de R\$ 22.960,00 e não de R\$ 19.640,00, conforme indicado. Dessa feita, as alterações acima mencionadas serão objeto de apreciação no encaminhamento a ser proposto.

#### **Novos elementos de defesa**

23. As peças 18, 19 e 20, embora tenham referência numérica posterior ao último despacho do Ministro-Relator (peça 16, p. 90), dizem respeito ao 'anexo 2' do processo físico e tratam de assunto já analisado pela unidade técnica em última instrução e também pelo MP/TCU.

A peça 22, por sua vez, refere-se a mais uma adição de novos elementos de defesa e requer, ao final, a juntada de documentos considerados influentes à instrução dos autos, bem como providências relacionadas à pesquisa e à comparação de preços.

24. Seguindo-se os tópicos elencados na renovada petição de defesa, tem-se a constatar que o tema da retenção de tributo, nas especificidades relacionadas a alíquotas ou a compensações, diz respeito propriamente à jurisdição tributária e nada altera o quadro fático de que, para a presente tomada de contas especial, basta o reconhecimento de que a empresa percebeu valores indevidamente faturados, porquanto resultantes de inclusão expressamente vedada em instrumento convocatório. Mesmo que não tivesse sido constatado, conforme apontou o MP/TCU, que a empresa mantinha na documentação licitatória declarações contraditórias sobre a incidência do ICMS em seus preços ofertados, não pode a vontade particular não manifesta pelos meios apropriados - porque se o fizesse teria sido impugnado o edital - querer sobrepor-se a uma norma de direito público, e isso somente depois que a irregularidade foi descoberta. Portanto, sobre o tema da retenção de tributo e a correlativa atuação da procuradoria jurídica do Estado de Goiás tem-se a dizer que, além de não tocarem a materialidade do débito, foram objeto de manifestação da SES/GO, cujo teor afirma não existir retenção (peça 24).

25. Sobre a questão do comparativo de preços, o exame acima realizado procura demonstrar que a pesquisa sobre uma suposta realidade objetiva de mercado, além da que é juridicamente definida pelo decreto regulamentador do pregão, não somente é inviável, como também não pode conduzir à elucidação de mérito. Sobre tal entendimento já se obteve a anuência do próprio Ministro-Relator, quando autorizou em despacho o prosseguimento das providências relativas à instrução do TC-004.596/2010-2, em cujo teor já se continha apreciação técnica análoga.

#### **CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

26. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica somente se diferencia das anteriores pela redefinição dos grupos de solidariedade, porquanto consideram-se igualmente rejeitadas as alegações de defesa, em conformidade com as análises já realizadas por esta unidade técnica e pelo MP/TCU.

27. Com efeito, o fato do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros passar a responder pela dívida a ele imputada, em solidariedade com a empresa Hospfar e o Sr. Luiz Antonio Aires da Silva, se trata apenas de uma rearticulação formal dos níveis de solidariedade, em nada prejudicando o exercício do direito de defesa dos responsáveis. Os temas que dizem respeito ao mérito das contas já foram analisados na amplitude necessária. Em termos quantitativos, nada se

altera em relação aos dois últimos responsáveis e com relação ao primeiro, a imputação da dívida diminuiu. Portanto, não se mostra exigível a renovação da citação. Com relação ao outro grupo de solidariedade, identificou-se que a correção do cálculo implicou em pequena alteração da dívida, para maior, o que poderia demandar a renovação do ato formal de citação. Entende-se, todavia, que a diferença quantitativa é insignificante, em face do valor total da dívida apurada, e sequer cobriria os custos de administrativos e operacionais de fazer o processo retornar a sua fase inicial. Dessa feita, para que se preservem os direitos individuais dos responsáveis, entende-se que a formulação de mérito possa manter o valor anterior.

28. Por fim resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 25), cujo teor assinala a existência de laudos periciais sobre preços de medicamentos produzidos pela Polícia Federal. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 26), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 223/2005.

29. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 16, p. 67-84), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

a) excluir o Sr. Adriano Kennen de Barros do rol de responsáveis;

a) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamento indevido à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 223/2005, 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;

b) 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 comprove, perante este Tribunal, o recolhimento do débito;

b.1) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

| Valor (R\$) | Data      |
|-------------|-----------|
| 0,41        | 28/8/2006 |
| 11.042,93   | 28/8/2006 |
| 821,68      | 28/8/2006 |
| 14,28       | 28/8/2006 |

| Valor (R\$) | Data      |
|-------------|-----------|
| 15.712,00   | 28/8/2006 |
| 121.676,42  | 26/9/2006 |
| 84.583,03   | 26/9/2006 |
| 14.682,56   | 27/9/2006 |

| Valor (R\$) | Data       |
|-------------|------------|
| 19.640,00   | 27/9/2006  |
| 15.773,38   | 27/9/2006  |
| 1.980,82    | 23/11/2006 |
| 22.126,25   | 27/12/2006 |

b.2) solidariedade entre Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

| Valor (R\$) | Data      |
|-------------|-----------|
| 18.426,03   | 23/3/2006 |
| 25.089,10   | 23/3/2006 |
| 10.761,41   | 23/3/2006 |
| 46,92       | 23/3/2006 |

| Valor (R\$) | Data      |
|-------------|-----------|
| 8.379,73    | 23/3/2006 |
| 8.752,31    | 4/5/2006  |
| 863,08      | 4/5/2006  |
| 1.320,06    | 4/5/2006  |

| Valor (R\$) | Data      |
|-------------|-----------|
| 326,40      | 2/6/2006  |
| 31.105,60   | 2/6/2006  |
| 674,80      | 2/6/2006  |
| 30.404,82   | 12/6/2006 |

c) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que 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;

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

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

17. Em seu terceiro parecer, o MP/TCU assim se manifestou, no que interessa ao deslinde da questão (peça 30):

“(…)

O Ministério Público, em sua primeira intervenção, concordou, em linhas gerais, com as análises efetuadas pela unidade instrutiva, no entanto, apresentou a seguinte proposta ao Tribunal (peça 16, pp. 38/46):

(…)

A empresa Hospfar autuou elementos adicionais de defesa, e, por ordem de Vossa Excelência, a unidade técnica realizou novo exame técnico, no qual manteve, de maneira geral, as mesmas imputações de débito, acrescentando a proposta de aplicação de multa aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges. Todavia, propôs a exclusão da responsabilidade relativa ao Sr. Adriano Kennen de Barros (peça 16, pp. 67/84).

Em seu segundo pronunciamento, o Ministério Público anuiu à proposta da unidade técnica, incluída a sugestão de exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, pois *‘não tinha como antever que a empresa deixaria de abater o tributo, depois, ao emitir as notas fiscais, de modo a poder tomar qualquer medida preventiva, durante a realização do certame’*.

Assim, ao negar acolhimento aos novos elementos de defesa apresentados pela empresa, o Ministério Público reiterou seu encaminhamento anterior (peça 16, pp. 85/9).

Em seguida, Vossa Excelência fez referência ao despacho prolatado no TC-004.589/2010-6, em 4.4.2011, no sentido de que seu conteúdo balizasse um novo pronunciamento da unidade técnica, com o objetivo de 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 (peça 16, p. 90).

(…)

Em atendimento à solicitação, a unidade instrutora, em sua derradeira instrução, assim se manifestou:

‘As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 23) 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 223/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 24, pp. 1/2). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pela empresa fornecedora dos valores indevidos, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

[...]

20. [...] eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. Conforme acima defendido, a estimativa de preços possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode

alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa as imputações de débitos constantes dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

[...]

25. Sobre a questão do comparativo de preços, o exame acima realizado procura demonstrar que a pesquisa sobre uma suposta realidade objetiva de mercado, além da que é juridicamente definida pelo decreto regulamentador do pregão, não somente é inviável, como também não pode conduzir à elucidação de mérito. Sobre tal entendimento já se obteve a anuência do próprio Ministro-Relator, quando autorizou em despacho o prosseguimento das providências relativas à instrução do TC-004.596/2010-2, em cujo teor já se continha apreciação técnica análoga. (Grifos acrescidos).

A respeito do comparativo de preços e da existência de débito, o Ministério Público já havia se manifestado (peça 16, p.88):

‘Ignora a unidade técnica que esse assunto foi detalhadamente discutido no parecer anterior do Ministério Público (fls. 1.546/8, v.5), 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’.

Dessarte, ao ver do Ministério Público, a comparação de preços já estava evidenciada nestes autos e, por conseguinte, caracterizado o dano.

Ainda sobre a configuração do débito, o Ministério Público destacou que (peça 16, p. 39):

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

Levando-se em conta que não houve ‘retenção de crédito’ da empresa Hospfar, o débito apurado ainda persiste.

## II

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 29), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 - Plenário.

A contratada alega que este Tribunal de Contas proferiu o Acórdão 140/2012, da lavra do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, TC-009.625/2011-9, entendendo ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

Argumenta que a mencionada decisão foi proferida ‘*após a constatação deste Tribunal que o assunto referente ao ICMS é completamente desconhecido pelos gestores públicos e que, a exigência de apresentação de propostas ‘oneradas’ é absolutamente inconstitucional, pois fere de morte o princípio da igualdade*’.

A responsável aduz que tanto ela quanto os demais fornecedores da SES/GO, ‘*apresentavam suas propostas desoneradas do ICMS, declarando tal situação expressamente na abertura do certame, e assim, os preços julgados eram os desonerados*’.

Afirma, então, que ‘*a questão relativa ao ICMS era, à ocasião dos pregões, por demais*

*controversa e desconhecida pelos gestores públicos, conforme reconhecido pelo Acórdão 140/2012, que entendeu pela inconstitucionalidade da conduta que a SES/GO adotava, de exigir a apresentação de propostas ‘oneradas’, tendo ademais, recomendado a alteração do Convênio Confaz ICMS 87/2002, para que conste expressamente que as propostas devem ser apresentadas sem a inclusão do imposto’.*

O Ministério Público repisa que não pode ser reconhecida a boa-fé da empresa Hospfâr por ocasião da apresentação de suas propostas, pois, ao contrário do que afirma, nem sempre declarou que os preços ofertados estavam desonerados do ICMS, conforme já analisado por este Ministério Público:

‘Apesar da clareza desses dispositivos, a Hospfâr emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, juntamente com a empresa Prodiet Farmacêutica Ltda.’ (peça 16, p. 39).

‘A empresa prossegue declarando que, desde o início do procedimento licitatório, deixou claro que seus preços estavam cotados sem a inclusão de ICMS. Anexa aos autos duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 19.10.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (fls. 1422/3, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp.20/1].

Porém, isso é uma meia-verdade, porque a Comissão de TCE da SES/GO colacionou uma outra declaração, também, curiosamente, do mesmo dia 19.10.2005, em que a empresa afirma textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’ (fl. 472, v. 1) [após a conversão, peça 5, p.83]. Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplica diante de sua postura ambígua e contraditória’ (peça 16, p.88).

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’.

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

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

§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal’ ([http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087\\_02.htm](http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087_02.htm)).

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 223/2005 - CPL/SES e o Contrato 38/2006 - GJ/SES, analisados nos presentes autos, pois ocorreram em época que o dispositivo impugnado sequer existia e, por imperativo lógico, não os regeu.

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

Até então, havia certa controvérsia acerca do tema, ao se interpretar o texto do Convênio ICMS 87/2002 de forma isolada.

No entanto, no caso do Pregão 223/2005 - CPL/SES, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame, que precedeu o Contrato 38/2006 - GJ/SES, determinava expressamente que (peça 1, p. 97).

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

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 1, p. 98)

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

O contrato, igualmente, trazia essa exigência (peça 8, p. 2):

‘Cláusula Quarta - Do valor

(...)

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

Sobre esse assunto, o Ministério Público já se pronunciou (peça 16, pp. 42/3):

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

Embora a responsável cite esses pareceres e os tenha aportado aos autos, é bem claro que seu procedimento foi inteiramente diverso, pois indicou apenas um valor em sua proposta e, só na execução contratual, informou com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS.

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

Dessarte, os novos elementos juntados aos autos em nada alteram o posicionamento anterior deste Ministério Público acerca da responsabilidade da empresa contratada.

### III

O Ministério Público, em sua primeira atuação nestes autos, em relação aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, consignou (peça 16, pp. 45/6):

‘Por conseguinte, nem nas alegações de defesa, nem nos elementos posteriormente acrescentados, encontram-se elementos suficientes para elidir o débito atribuído aos responsáveis. Considerando, entretanto, que, desde a época de suas gestões até hoje, têm envidado esforços para obter a compensação do dano apurado, o Ministério Público entende cabível o reconhecimento de sua boa-fé. Por conseguinte, propõe, nos termos dos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 203, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, a rejeição de suas alegações de defesa e a fixação de novo e improrrogável prazo de quinze dias para recolhimento do débito.

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

Considerando que ainda não foi concedido novo e improrrogável prazo aos mencionados responsáveis, o Ministério Público, reitera sua proposta anterior, formulada à peça 16, p. 46.”

É o relatório.