

VOTO

Conforme visto no relatório precedente, trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás - SES/GO por meio do Pregão 223/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento de medicamentos para a Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES/GO.

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

3. A principal irregularidade apontada, a partir da qual se apurou dano ao erário, consistiu na constatação de que não teria havido efetiva desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados às empresas contratadas (desoneração devida em razão de isenção fiscal). As empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Pro-diet Farmacêutica Ltda. teriam apresentado notas fiscais para fins de faturamento dos valores contratados para fornecimento de medicamentos sem considerar a desoneração do imposto em relação às respectivas propostas, de modo a gerar o abatimento do tributo no momento do pagamento.

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

5. Todavia, conforme verificado neste específico caso, as empresas Hospfar e Pro-diet, por ocasião dos pagamentos, aduziram que os preços ofertados já teriam sido desonerados do ICMS, ou seja, livres do imposto, de forma que essas empresas não deveriam deduzir do valor de sua proposta final o correspondente ICMS, o qual já teria sido deduzido por ocasião da proposta. Assim, pleitearam o pagamento do exato valor constante de sua proposta comercial, no que foi, inicialmente, atendida pela SES/GO, resultando no débito objeto desta TCE. Saliente-se, por oportuno, que em razão de questionamentos posteriores surgidos em torno da matéria, a SES/GO chegou a cogitar a retenção dos valores em discussão, relativos ao ICMS, em várias faturas, o que foi realizado temporariamente, conforme se deduz dos autos (peça 24), retenções essas que não impactam o débito ora em discussão, conforme demonstrarei adiante, seja porque efetuadas somente na fonte estadual, seja por não se terem tornado definitivas.

6. Cumpre ainda destacar que o débito tratado nesta tomada de contas especial, calculado pela SES/GO, da ordem de R\$ 393.129,64 em valores originais, representa apenas os valores efetivamente pagos a empresa Hospfar por ocasião do levantamento efetuado pela comissão instauradora da tomada de contas especial e referentes à parcela dos recursos federais despendidos, haja vista que a despesa foi custeada por duas fontes de recursos: i) federal, pela “fonte 23”; e ii) estadual, pela “fonte 00”. Até aquele momento não teria havido o pagamento integral dos valores faturados (liquidados) constantes das notas fiscais. Assim, a comissão instauradora apontou, considerando a soma dos valores federais e estaduais envolvidos, um dano potencial de R\$ 1.700.007,73, e um dano efetivo de R\$ 1.041.403,02 (37,75% atinente a recursos federais – R\$ 393.129,64), sendo o dano potencial relativo aos valores

liquidados e não pagos e o dano efetivo relativo aos valores liquidados e efetivamente pagos (conforme relatório do tomador de contas, à peça 12, p. 121-123).

7. No tocante ao contrato com a empresa Pro-diet, a comissão instauradora apurou que os pagamentos pelos fornecimentos do item de medicamento a ela adjudicado resultaram em dano efetivo de R\$ 16.905,74, na “fonte 23”. Contudo, a comissão ressaltou a possibilidade de compensação, visto que não foi efetuado o pagamento integral das notas fiscais, havendo crédito para a empresa de R\$ 66.110,72. Assim, a SES/GO não apurou débito em relação ao contrato com a Pro-diet, optando pela instauração de processo administrativo disciplinar (fls. 103-104, peça 12).

8. Essas informações extraídas do relatório do tomador de contas (peça 12, p. 80-112) são aqui destacadas em razão da constatação de que as retenções de pagamentos efetuadas no âmbito da SES/GO, diante das discussões em torno da oneração ou desoneração das propostas das licitantes fornecedoras de medicamentos, não puderam ser mantidas, conforme consta da peça 24 destes autos, de modo que, se o Tribunal decidir pela existência do dano apurado nesta tomada de contas especial, levando em consideração que os preços apresentados já se encontrariam onerados de ICMS, haverá necessidade de se determinar àquele órgão estadual que instaure processos de tomada de contas especial para reaver os valores federais despendidos nos pagamentos ulteriores àqueles apurados nesta tomada de contas especial, haja vista a possível concretização do dano potencial apontado pela comissão instauradora desta TCE.

9. Quanto às preliminares suscitadas e ao mérito, acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de dano ao erário, o qual se imputa em solidariedade aos agentes públicos e à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., conforme razões que exporei a seguir.

10. Quanto à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante. Como visto no relatório precedente, a unidade técnica não a reconhece, propondo desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, ao passo que o Ministério Público propôs reconhecer a boa-fé dos Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde e ordenador de despesas, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, de modo a rejeitar as suas alegações de defesa e conceder novo e improrrogável prazo para o recolhimento do respectivo débito atualizado.

I - Da origem do débito apontado

11. O débito apontado nos autos tem origem no confronto entre as propostas apresentadas e o disposto no edital da licitação. O Pregão 223/2005, lançado pela SES/GO, foi vencido pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. para fornecer os medicamentos Atorvastina 20 mg (288.000 comp.), Cloridrato de Raloxifeno 60 mg (492.240 comp.), Donepezil 10 mg (26.544 comp.), Interferon Beta L A 12.000.000 UI (44MCG, 8.640 um.), Lamotrigina 100 mg (288.000 comp.), Leflunomide 20 mg (42.120 comp.) e Mesalazina 400 mg (156.600 comp.). A empresa Pro-diet Farmacêutica Ltda. venceu o certame para fornecimento apenas do medicamento Gabapentina 300 mg (comp.).

12. O débito em discussão neste processo se refere apenas aos medicamentos fornecidos pela Hospfar. Como já indicado, somente houve dano efetivo, de acordo com o Relatório da TCE, com relação a parte dos pagamentos efetuados à empresa Hospfar.

13. O edital previa que, para os fins da licitação, as empresas deveriam apresentar suas propostas com todos os impostos e demais encargos incluídos, inclusive o ICMS, ainda que os fornecimentos pudessem ser realizados com isenção desse imposto, ante as seguintes disposições editalícias (peça 1, p. 55):

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

5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais.” (destaquei)

“OBS: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame, deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825 de 05.09.2003, que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal, deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo” (destaque do original)

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

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

16. Portanto, o edital previa que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS, tributo esse que seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a SES não seria contribuinte do tributo, ou, em outras palavras, uma vez que o produto gozaria de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais, como é o caso.

17. Para extirpar qualquer dúvida sobre a forma como deveria se dar os pagamentos, face à proposta, o edital do pregão também previu o seguinte, no tópico “XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO” (peça 1, p. 104):

“11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota (s) Fiscal (is) será (ao) emitido (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total do (s) faturado (s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Decreto Estadual nº 5.707/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

= Preço de Fábrica

(-) Desconto Ofertado

= Sub-total

(-) Desoneração do ICMS

=Total a pagar”

18. Resta evidente, portanto, que as propostas deveriam ser formuladas com ICMS embutido, porém, por ocasião das faturas (notas fiscais), haveria o desconto, o abatimento, a desoneração do ICMS, vez que não seria devido.

19. A licitante Hospfar, no pregão em tela, apresentou sua proposta para a maioria dos itens do certame (peça 5, p. 81-82). Sua proposta, datada de 19/10/2005 foi acompanhada de declarações de mesma data, nas quais informou que:

a) 1ª declaração: *“Nos preços propostos estão inclusos todos os custos diretos e indiretos, embalagens, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas por lei, para a entrega dos produtos no Centro de Medicamentos de Alto Custo (...)”* (destaquei), consignando no mesmo documento a seguinte declaração: *“Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)”*, conforme peça 5, p. 83;

b) 2ª declaração: os preços ofertados estavam de acordo com o Decreto Estadual nº 5.825/2003 (peça 5, p. 90), ou seja, de acordo com o Convênio ICMS 26/03;

c) 3ª declaração: porém, de forma contraditória, informou noutra declaração que “os preços cotados já estão contemplados com a redução do ICMS, conforme estabelecido pelo Confaz, através do Convênio 87/02, 118/02 e 126/02” (peça 5, p. 91).

20. Não há dúvidas, a meu ver, que diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia ao pregoeiro questionar a empresa se seus preços foram ofertados com incidência ou não de ICMS. Caso a proposta apresentada já se encontrasse desonerada, caberia ao pregoeiro desclassificá-la por descumprimento ao item 5.3 do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, este último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993.

21. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas (peça 12, p. 89). Conforme depoimento prestado à comissão, o pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, considerou que se ela declarasse estar de acordo com os termos do edital, essa declaração prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada. Tomado em consideração esse depoimento, mais a informação constante do item 5.3 do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no item 2.2 do edital havia previsão de que “a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis”, a comissão de instauração da TCE entendeu que, apesar da falha em não se ter procedido à desclassificação da proposta, permaneceu ela vinculada aos termos do edital e às declarações prestadas acerca da inclusão de todos os tributos, de modo que os preços ofertados, pela vinculação ao instrumento convocatório, deveriam ser reputados com inclusão do ICMS.

22. Em que pese as disposições editalícias e algumas das declarações prestadas, a empresa Hospfar pleiteou a realização de pagamentos com base na premissa de que os preços já se encontravam desonerados do ICMS. Desse modo, nas notas fiscais apresentadas, indicou o preço da proposta e a ela acresceu o ICMS correspondente, para, logo em seguida, abatê-lo, de maneira que o valor cobrado, valor líquido da nota, correspondesse exatamente ao valor da proposta apresentada.

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

II - Do cálculo do débito

24. Como dito no item 6 acima, a SES/GO calculou o montante dos pagamentos indevidos na “fonte 23” em R\$ 393.129,64.

25. Já a Secex/GO calculou o débito da ordem de R\$ 444.204,76 (fls. 3-9, peça 13), conforme citado no relatório precedente. Para o cálculo, foi aplicado o percentual de 17% considerado indevido sobre cada pagamento na “fonte 23” constante da planilha elaborada pela Comissão da TCE. Tais valores constaram dos ofícios citatórios.

26. Registro que, em sua última instrução (peça 27), a unidade verificou pequena inconsistência no seu cálculo do débito, pois haveria uma diferença referente à nota fiscal 109848, que implicaria em um aumento de R\$ 3.320,00. Por economia processual, o débito proposto foi mantido em R\$ 444.204,76.

27. Entendo que a forma de cálculo utilizada pela Secex é mais fidedigna, pois separou os valores indevidos pela “fonte 23” e por nota fiscal, estando de acordo com os pagamentos relacionados no relatório “contas pagas” com a situação de “quitado”, elaborado no âmbito da SES/GO (fls. 82-84, peça 11).

III - Da comparação com os preços de referência - mercado

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

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

30. Conforme constou do relatório precedente, em uma das ocasiões (peça 16, p. 90) restituí os autos novamente à secretaria para que conferisse tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela SES/GO, notadamente, diante do despacho que proferi no TC-004.589/2010-6, no qual determinei, dentre outras providências, a análise dos valores dos medicamentos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar, envolvendo os mesmos produtos.

31. Minha preocupação foi externada em despacho que proferi nos autos do TC-004.589/2010-6, envolvendo outro pregão da SES/GO, no qual deixei consignado o seguinte pensamento, em exame preliminar da matéria:

“Entendo que as notas fiscais relacionadas às transações comerciais de que cuidam os autos deveriam espelhar o valor dos produtos farmacêuticos e indicar expressamente o valor do ICMS a ser abatido, ou não incluído, conforme determina o § 1º, c/c inciso III, da Cláusula Primeira do Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, que estabeleceu a isenção de ICMS sobre alguns medicamentos quando adquiridos por órgãos da administração federal, estadual ou municipal.

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

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

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

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

“70. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio que se provar-se que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve

elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.” (peça 16, p. 76).

34. Todavia, a questão foi assim tratada pela Secex/GO em sua derradeira instrução constante do relatório (peças 27-29):

“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 de certo modo contraditória ao decisório acima aludido, cujo teor parece indicar a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de cálculo para avaliação de preços, pautada por pesquisas de preços devidamente fundamentadas (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P, TC-009.625/2011-9).

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

12. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra (peça 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 Hospfâr 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.”

35. Reputo bastante, neste específico caso, considerar os preços estimativos da licitação (peça 1, p. 42), como referido pela unidade técnica, e pesquisa de preços de mercado constante do Despacho 3.298/2005, emitido no âmbito da Superintendência de Administração e Finanças da SES/GO (peça 7, p. 41).

36. Os preços adjudicados no Pregão para os itens de maior representatividade no pregão (itens 1, 2 e 6) estavam acima dos preços estimativos, mas compatíveis com os preços de mercado, considerando incluso o ICMS de 17%.

37. No caso dos itens 2 e 6 (que representam 76,87% do orçamento estimativo – peça 1, p. 42), se considerássemos que os valores propostos e adjudicados não incluíam o ICMS (respectivamente, R\$ 5,44 e R\$ 641,83, peça 5, p. 81-82), chegaríamos à conclusão de que tais valores, acrescidos do referido imposto (R\$ 6,36 e R\$ 750,94) seriam substancialmente superiores ao preço de mercado (R\$ 5,76 e R\$ 744,28, conforme peça 7, p. 41).

38. Ou seja, mesmo considerando o preço máximo ao consumidor, os valores praticados, se acaso fossem considerados como desonerados de imposto, estariam claramente eivados de sobrepreço. Tal situação representaria a aquisição de medicamentos por preços superiores ao preço máximo ao consumidor à época, desonerado de ICMS, em que pese a escala de contratação, da ordem de 492.240 e 8.640 unidades dos itens 2 e 6, respectivamente.

39. Sem muito esforço é possível concluir que, pelo volume adquirido pelo órgão estadual, seria de se esperar, no mínimo, que o preço oferecido pela empresa se aproximasse mais do preço de fábrica do medicamento do que do preço máximo ao consumidor, em que pese recentemente este Tribunal ter alertado o Ministério da Saúde sobre a possível existência de superdimensionamentos em preços de fábrica, conforme subitem 9.1 do Acórdão 3.016/2012 - Plenário. No entanto, se acolhidos os argumentos da empresa, seriam pagos valores acima dos preços máximos ao consumidor, situação inadmissível. *In casu*, somente é crível considerar que a empresa aceitou fornecer o medicamento ao preço parâmetro do instrumento convocatório, já incluso o ICMS.

40. Logo, vê-se que não se sustenta também sob o prisma da comparação entre o preço adjudicado e preço de mercado, a alegação de inexistência de dano ao erário. Destaco que também no parecer do Ministério Público constante da peça 16, pg. 44/46, foi realizada análise com o condão de demonstrar que os preços contratados, caso não incluíssem o ICMS, seriam incompatíveis com os valores de mercado. Todavia, no presente caso, conforme referido pela unidade técnica, a imputação de débito já seria suficiente com base na constatação de que a proposta da empresa só poderia ser reputada aceita se aderente aos termos do edital, o qual previa a apresentação de propostas com

inclusão de ICMS, que seria deduzido no momento do pagamento, resultando em valores inferiores de faturamento, tudo discriminado na nota fiscal.

41. *A contrario sensu*, conforme referido pelo *Parquet* especializado, a pretexto de cumprir a determinação constante do edital acerca de se destacar a dedução do ICMS na nota fiscal, a Hospfar, ao emitir suas notas fiscais, elevou os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos dos valores propostos, negociados e adjudicados. Como esses já continham o ICMS incluso, de acordo com as disposições editalícias, a empresa praticou desoneração apenas aparente, pois, na verdade, manteve intocados os preços da proposta.

IV - Da inequívoca forma de pagamento prevista no edital

42. Outro ponto que merece relevo, a corroborar a irregularidade causadora de dano, refere-se, à fórmula de pagamento prevista no edital, já citada anteriormente, a qual não deixa dúvidas sobre a desoneração do ICMS e sobre o fato de que o preço da proposta, no caso específico dos editais de compra de medicamentos pelo Estado de Goiás, deveria contemplar descontos sucessivos a partir do preço parâmetro até chegar a um valor líquido, livre de ICMS, de forma a deixar inequívoca a consideração de que o valor objeto de pagamento seria valor inferior ao valor da proposta:

“XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO

(...)

11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota (s) Fiscal (is) será (ao) emitido (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total do (s) faturado (s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Decreto Estadual nº 5.707/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço de Fábrica - revista¹

(-) Desconto Ofertado

= Sub-total

(-) Desoneração do ICMS

=Total a pagar”

43. Cumpre notar que o edital discriminava que, por ocasião da emissão das notas fiscais, seriam elas emitidas partindo-se do preço de fábrica, sobre o qual se evidenciaria o desconto do licitante (desconto ofertado), para chegar-se ao sub-total (proposta da licitante), a partir da qual ainda haveria a desoneração (abatimento) do ICMS, resultando no valor a pagar menor que a proposta e menor que o preço de fábrica.

44. *In casu*, resta claro que, por ocasião dos pagamentos, da emissão da nota fiscal, a Hospfar deveria indicar o preço de fábrica, o preço estimativo da licitação (média entre fábrica e preço máximo ao consumidor), o desconto ofertado (se aplicável), chegando-se ao total da proposta (preço ainda onerado pelo ICMS) e, em seguida, indicar o abatimento do ICMS correspondente, chegando a um valor líquido, livre do imposto, para fins de recebimento. Quando muito, deveria partir do preço da proposta e abater dela o ICMS para se chegar ao “total a pagar”. Só há conta de subtração. A lógica nessa fórmula não prevê operações de soma de ICMS ao preço, e depois, seu abatimento, como fez a empresa. Era evidente, portanto, que a empresa receberia valor inferior ao preço parâmetro da licitação e também ao preço oferecido com desconto. Era evidente que o preço da proposta seria superior ao preço do efetivo pagamento. Portanto, não há como acolher a alegação de que os preços já se encontrariam desonerados, se a empresa sabia que além de desconto sobre o preço parâmetro da licitação ainda haveria que deduzir o ICMS, por ocasião dos pagamentos.

¹ A Portaria 616/2002 determinava que o preço estimado deveria ser o preço de fábrica. No Pregão 223/2005, como dito anteriormente, essa orientação foi descumprida, tendo-se adotado, como estimativa, o valor da aquisição anterior dos medicamentos.

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

45. A derradeira tentativa da empresa Hospfar de afastar o débito imputado nestes autos consistiu na apresentação de novos elementos pautados em deliberação deste Tribunal (peça 29), havida em processo julgado por relação da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, sobre o qual foi lavrado o Acórdão 140/2012 - Plenário (TC-009.625/2011-9). Por meio do julgado o Tribunal entendeu ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

46. A questão foi bem examinada no último parecer proferido pelo representante do Ministério Público/TCU (peça 30), cuja manifestação incorporo como razões de decidir, com o acréscimo de informações pertinentes sobre o tema, em relação aos pregões da SES/GO, que faço a seguir. Início reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

“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 TCEs autuadas [por] força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 - Plenário.

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

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

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

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

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

‘Apesar da clareza desses dispositivos, a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, juntamente com a empresa Prodiel 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 os entes que as propostas dos licitantes devem contemplar a isenção do tributo;

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

1.7. Recomendar:

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

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

Cumprido destacar que, o § 6º, declarado inconstitucional pelo Tribunal, nos termos do *decisum* acima, foi acrescido à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002 pelo Convênio ICMS

57/10, com efeitos a partir de 23.4.2010:

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

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

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 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'.”

47. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 223/2005, dentre as quais, a Hospfar, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os Convênios ICMS 87/2002 e 26/2003.

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

49. O edital, portanto, era a regra absoluta a reger as licitações no tocante à forma de apresentação das propostas, e os convênios de concessão de ICMS só interferiam no momento da realização dos pagamentos, do faturamento (emissão de NFs), haja vista que a desoneração se tornava obrigatória para os casos enquadrados nas isenções concedidas, sob pena de a apropriação do imposto pelo fornecedor se configurar enriquecimento ilícito.

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

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

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

53. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração, para fins de pagamento, por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento, portanto, passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012 - Plenário, que teve efeitos apenas *ex nunc*, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois

isso foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

VI - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

54. Conforme indicado no parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a empresa tenta, conforme argumentos aduzidos, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,35%), garantida pela Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII. Assim, na eventualidade de ter de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado, pleiteia que esses valores não sejam calculados com base no percentual de 17%, como se fez na presente TCE, mas sim de 10%.

55. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são inconteste alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: “*Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezesete por cento)*”, conforme peça 5, p. 83; b) os preços aceitos pela licitante, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordou a empresa após negociação com o pregoeiro, estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Em adição, o MP/TCU adequadamente arremata que “assim, já estando totalmente isenta de ICMS, a empresa não pode pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%” (peça 5, p. 43). Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.

VII - Das supostas retenções

56. A questão das retenções foi repetidamente suscitada ao longo da defesa. Destaco que os valores federais utilizados para custear as aquisições advindas do Pregão 223/2005 foram integralmente empenhados e pagos, ou seja, não foram objeto de retenção, conforme os seguintes documentos: relatório de contas pagas da SES/GO com recursos federais (fls. 82-84, peça 11), Relatório da TCE (peça 12, p. 92) e Despacho 68/2006 da Superintendência da Administração e Finanças (“... de forma que os pagamentos na fonte federal, por não representarem a integralidade dos recursos comprometidos na nota fiscal a ser paga, serão efetuados no valor integral”, peça 10, p. 41). Por conseguinte, essa questão não se refere ao presente processo.

57. Vale mencionar que, conforme resultado de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES, de 5/12/2011, e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, no qual consta a informação de que a Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho “GAB” 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal (peça 24, pp. 2-3).

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

59. Assim, além de refutar os argumentos apresentados, essa última informação trazida ao processo torna evidente a necessidade de que o Tribunal determine à SES/GO que instaure tomada de contas especial também para os débitos relativos aos pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 223/2005, no que tange aos pagamentos efetuados às empresas com recursos federais.

VIII - Sr. Luiz Antônio Aires da Silva, ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, no período de 13/10/2003 a 1º/8/2006 (peça 13, p. 3)

60. Manifesto-me de acordo com a análise da Secex/GO quanto à rejeição dos argumentos do responsável à peça 13, pp. 51-61. Os processos de pagamento ora em análise eram atos complexos, que recebiam supervisão da Superintendência de Administração e Finanças, da qual era titular o referido gestor, o que evidencia sua corresponsabilidade com o Secretário de Saúde. Registro que, em depoimento à Comissão de TCE (peça 12, p. 45), o superintendente afirmou que, juntamente com o Secretário, tomava a decisão sobre quais pagamentos seriam efetuados, bem como que a liquidação das notas era feita pela Gerência Financeira, unidade que, conforme se extrai dos autos, era vinculada à Superintendência de Administração e Finanças (peça 8, p. 98).

IX - Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, ex-Secretário da SES/GO, no período de 27/7/1999 a 30/6/2006

61. Concordo com a análise da unidade técnica no sentido de que não procedem os argumentos de que a homologação e a autorização de pagamento só ocorreram porque o responsável acreditou na regularidade do processo licitatório e que a empresa estava recolhendo os impostos da maneira devida, tendo sido induzido a erro. Também não procede a tentativa de elidir a responsabilidade com a justificativa de que seus subordinados exorbitaram de suas atribuições (peça 91-98). É certo que o Sr. Fernando Passos dependia da atuação de seus subordinados para realizar tarefas vinculadas ao ato final de autorização de pagamento da despesa, como a preparação do respectivo processo e a atestação da entrega do material, entre outras. No entanto, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento. Como os processos seguiram seu curso e resultaram na concretização de pagamentos indevidos, conclui-se que, ou o gestor agiu com negligência deixando de efetuar verificações mínimas quando da autorização, ou concordou com o procedimento, atuando de forma conivente.

62. Por conseguinte, considerando que o Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros não adotou providências que garantissem a observância dos termos do edital, de modo a impedir a efetivação de pagamentos indevidos e a concretização do dano ao erário, não há como afastar sua responsabilidade sobre o débito.

X - Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, respectivamente, ex-Secretário da SES/GO, no período de 30/6/2006 a 31/3/2008, e ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, no período de 1º/8/2006 a 22/7/2008 (peça 15, pp. 75-96)

63. Os responsáveis apontaram, em peça única, as providências adotadas na gestão para retenção da parcela de 17% referente ao ICMS, bem como para realizar auditoria interna e para constituir comissão responsável por apurar as diferenças do ICMS nas contratações da SES. Buscaram demonstrar a sua boa-fé no início da gestão para esclarecer as questões e para compensar os valores pagos indevidamente. Afirmaram que o erário foi recomposto tendo em vista as retenções e compensações. Por fim, alegaram a ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa, e que a responsabilidade pela recomposição do débito é da empresa contratada.

64. Concordo com a análise da unidade técnica no sentido de que os responsáveis não lograram êxito em comprovar que o erário federal foi ressarcido dos valores pagos indevidamente à Hospfâr, remanescendo o débito em questão. Por sua vez, as retenções foram temporárias. Quanto à conduta dos responsáveis e as medidas adotadas, no tocante à avaliação da boa-fé, tratarei em seção específica a seguir.

XI - Da existência/inexistência de boa-fé

65. Relativamente ao juízo acerca da existência da boa-fé por parte dos gestores e da empresa Hospfâr, entendo não restar configurada e, por isso, acompanhado, nessa parte, a proposta de julgamento, desde logo, desta tomada de contas especial, conforme parecer produzido pela Secex/GO, com as vênias por divergir do parecer exarado pelo Ministério Público/TCU.
66. Quanto aos Srs. Luiz Antônio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros, as considerações sobre a conduta negligente dos responsáveis expendidas nas seções anteriores e no relatório precedente indicam os motivos pelos quais resta afastado o reconhecimento da boa-fé.
67. No caso da Hospfâr, impedem o juízo pela boa-fé a expedição de declarações contraditórias quanto à inclusão do imposto em seus preços e a adoção de procedimento contrário ao edital, não obstante a previsão de que a participação na licitação implicava concordância com as respectivas cláusulas.
68. Em relação à conduta dos Srs. Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas, a adoção posterior de providências no sentido de tentar impedir a realização de novos pagamentos a maior e de compensar aqueles já pagos, além de restarem frustradas, não representam, por si sós, elementos capazes de atestar suposta boa-fé. Depois de efetivamente documentada e apontada a falha no pagamento, não restaria outra alternativa aos responsáveis, senão cumprir seu dever legal de tentar obstar novos pagamentos.
69. Portanto, entendo não haver elementos que apontem a boa-fé dos responsáveis.

XII - Da multa proporcional ao dano

70. Em que pese isso, tomo por parâmetro os critérios de equidade e proporcionalidade na avaliação dos fatos e das condutas dos responsáveis solidários arrolados nestes autos, especialmente, com vistas à adoção de uma deliberação equilibrada face à divergência havida entre as propostas formuladas pelo *Parquet* especializado e pela unidade técnica.
71. Nesse sentido, forçoso reconhecer que ao menos durante a gestão dos Srs. Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas, esses envidaram esforços no sentido de deixar saldo contratual suficiente à cobertura dos danos apontados na tomada de contas especial, por força, inclusive, de retenções que ulteriormente restaram insubsistentes. Com efeito, foi a partir do reconhecimento de tais medidas, aqui consideradas com as devidas ponderações indicadas no item antecedente, que o nobre representante do Ministério Público, no último parecer exarado nos autos, ofereceu proposta parcialmente divergente da Secretaria, no sentido do reconhecimento de boa-fé.
72. Penso que, conquanto tais medidas se traduzam insuficientes para a demonstração da boa-fé na prática do evento danoso, revelam condutas posteriores atenuantes para os fins de aplicação de sanção. Assim, tais fatos conduzem-me a deixar de propor, somente para os Srs. Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas, que este Tribunal aplique a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.
73. Com relação aos Srs. Luiz Antônio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros, tendo em vista as irregularidades, o injustificado dano ao erário federal e a não adoção de medidas para sanar tais ocorrências, bem como para recompor o erário federal, entendo haver motivos suficientes para aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.
74. No mesmo sentido, tendo em vista o conjunto de irregularidades e o dano causado, considero adequada a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 à empresa Hospfâr, a ser estipulada em montante equivalente ao valor total do débito apurado nos autos.

XIII - Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

75. Em relação ao pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, de acordo com os pareceres, o responsável, apesar de revelar, deveria ter sua responsabilidade excluída, pois o ato por ele cometido não

teria trazido impacto no resultado da irregularidade observada nos autos. Segundo tais pareceres, a irregularidade causadora do dano teria ocorrido no ato do pagamento. Com base nas propostas formuladas, considero adequada a exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen.

XIV - Laudo Pericial - Departamento de Polícia Federal

76. Registro o 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.

77. Por último, exalto a qualidade dos trabalhos de ordem técnica e jurídica lançados nas instruções da Secex/GO e pareceres do Ministério Público/TCU, os quais encerraram percucientes exames sobre a matéria ora debatida nos autos.

Com essas considerações adicionais, acolho os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público/TCU, com os ajustes considerados pertinentes, e manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de abril de 2015.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

Relator