

## VOTO

Esta tomada de contas especial foi instaurada em atendimento ao Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, proferido em processo de representação, formulada pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás, que tratou de irregularidades em certames licitatórios promovidos pela Secretaria de Estado da Saúde (SES/GO) para a aquisição de medicamentos custeados com recursos transferidos pela esfera federal à conta do SUS.

2. Nos trabalhos realizados por equipe da Secex/GO no âmbito do processo de representação, foi apurada a ocorrência da mesma irregularidade relativa à oneração do ICMS nas propostas de preço apresentadas em diversos certames. Como resultado, o Acórdão 45/2008-Plenário determinou a instauração de uma tomada de contas especial para cada um dos pregões relativos à aquisição de medicamentos.

3. O caso em tela se refere ao Pregão 259/06, vencido pela empresa **Cellofarm Ltda.** para fornecer os medicamentos Calcitriol 0,25mg (248.400 comprimidos) e Micofenolato Mofetil 500 mg (432.000 cápsulas); e pela empresa **Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.** para fornecer o medicamento Roacutan 20 mg (262.800 comprimidos).

4. Conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (fl. 2, peça 2), o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Esse valor onerado com o ICMS tinha o propósito de servir apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto. Ainda, de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela.

5. Todavia, quando do faturamento, as empresas contratadas acresciam novamente o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprir a isenção tributária aplicável. Como resultado, as empresas embolsavam a totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente a diferença entre o valor adjudicado e o valor do imposto originalmente incluído na proposta.

6. No âmbito deste Tribunal, foram responsabilizados solidariamente pelo débito, com proposta de aplicação de multa, o Sr. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário Estadual de Saúde; Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, e as duas empresas contratadas. A unidade técnica também propôs a exclusão da responsabilidade da Srª Sunária Aparecida Alves de Brito, ex-pregoeira, e Srª Maria Lúcia Carnellosso, Superintendente Executiva/SES por ausência de nexo causal entre suas condutas e o dano (fls. 16, peça 31).

7. O MP/TCU, em sua primeira manifestação, concordou com a proposta apresentada pela unidade técnica, sugerindo, entretanto, o julgamento pela irregularidade das contas das responsáveis Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnellosso, condenando-as ao débito solidário com os demais envolvidos e aplicando-lhes a multa prevista no art. 57 da LO/TCU, em virtude do impacto de suas condutas no resultado da irregularidade ora apurada (fls. 26/28 P. 31).

8. Seguindo a linha adotada no TC-004.589/2010-6, em 4/4/2011, determinei o retorno dos autos à unidade técnica 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 35).

9. Em nova manifestação, a Secex/GO manteve sua proposta de encaminhamento anterior (peças 39-40), ponderando que a estimativa de preços promovida na licitação possui legitimidade jurídica para servir como referência de mercado.

10. O MP/TCU, por sua vez, revendo o posicionamento anterior e divergindo da Secex/GO, propôs o reconhecimento da boa-fé dos responsáveis, a rejeição das alegações de defesa e a fixação de novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito (peça 41).

11. 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 às empresas **Cellofarm Ltda.** e **Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A.**, conforme razões que exporei a seguir. Quanto à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante.

12. Cumpre, por fim, registrar a importância do tema aqui tratado, que aparenta simplicidade ante a quantia envolvida na presente TCE. No entanto, conforme noticiado no portal do Ministério Público do Estado de Goiás em maio/2010, apurações conduzidas pelo MPF e pelo MPE contabilizaram prejuízos da ordem de R\$ 13 milhões aos cofres públicos em fraudes nas compras de medicamentos feitas pela SES/GO nos anos de 2002 a 2008. Nesse contexto, deve ser enfatizado que já se encontram em tramitação nesta Corte diversas tomadas de contas especiais relacionadas a esses fatos.

## **II - Cellofarm Ltda. - alegações de mérito: os valores de seus produtos não estavam onerados pelo ICMS no momento do faturamento do empenho.**

13. O principal argumento trazido pela empresa Cellofarm Ltda. (fls. 3/4, peça 29) constituiu-se na alegação de que os valores de seus produtos não estavam onerados pelo ICMS no momento do faturamento do empenho. Alegou também que o medicamento Ostriol 0,25mg cx 30 caps. não goza do referido incentivo fiscal.

14. Verifica-se, todavia, que os elementos contidos no processo contradizem essas afirmações. Em sua proposta, a Cellofarm cotou o preço do medicamento genérico Calcitriol, mencionando logo abaixo o nome Ostriol (fls. 21/22, p. 8). De fato, ao consultar os termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz, não se encontra referência ao medicamento Ostriol, porém, seu genérico, Calcitriol, encontra-se relacionado entre aqueles com direito a isenção do ICMS.

15. Quanto à oneração pelo ICMS, veja-se que o edital previa expressamente a inclusão do tributo nos preços propostos, bem como a necessidade de destacar a isenção na nota fiscal e excluir o montante do valor a ser pago, como a seguir transcrito.

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

(...)

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

**5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.**

**OBS.: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame deverá atender aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e, no que couber, ao Convênio 26/03, 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.”**

16. A propósito, veja-se que o Convênio ICMS 87/02 concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional, desde que observadas certas condições (e. g.: que os medicamentos

também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI) e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal.

17. Então, tem-se que o edital previa que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS. Também preceituava que o tributo seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a SES/GO não seria contribuinte do tributo, já que os produtos licitados gozariam de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais.

18. É certo que constava na proposta de preços da empresa Cellofarm (fls. 21/22, p. 8) a afirmativa de que “apresentamos total submissão às condições previstas no Edital” e de que nos preços estavam incluídas todas as despesas relativas ao objeto da licitação, o que significa que a empresa aceitou a exigência de inclusão do ICMS nos preços ofertados. Contudo, veja-se que, nesta mesma página da proposta constava declaração em sentido contrário afirmando que o preço dos produtos cotados está desonerado do ICMS conforme convênio 87/2002.

19. Diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia à pregoeira 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 do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, esse último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993.

20. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas. Nos termos do depoimento prestado à comissão de TCE, a pregoeira, Srª Sunária Aparecida Alves de Brito (fls. 41, peça 26), independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, afirmou que “não se atentou à apresentação das propostas desoneradas, que emitiu ordens de fornecimento com os valores onerados e desonerados em razão da portaria emitida pelo Sr. Secretário. Que as ordens de fornecimento foram emitidas levando em consideração as propostas das empresas que afirmavam ter apresentado os valores desonerados em razão do convênio 87/2002, que isenta alguns medicamentos da incidência do ICMS”.

21. Tomando em consideração esse depoimento, mais a informação constante do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no 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, a empresa permaneceu 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 (Relatório Conclusivo 006/2008, fls. 1332/1359).

22. De todo modo, verifica-se que as primeiras declarações, que foram formuladas especificamente para expor os preços ofertados no Pregão 259/2006 e detalhar o fornecimento, apresentava teor inequívoco de que o ICMS estava incluído, motivo pelo qual se rejeita a alegação da defendente.

23. Também há que se destacar que a desoneração estaria reconhecida no contrato assinado com a SES/GO. Isso porque a cláusula quarta, item 04.4, estabelecia que os preços incluíam todos os impostos (fl. 55, peça 14). Ao mesmo tempo, a cláusula sexta, item 06.5, determinava o procedimento a ser adotado quanto ao ICMS, ou seja, a utilização da alíquota interna de origem no produto cotado e a aplicação do Convênio ICMS 26/03 na emissão da nota fiscal, exatamente como preceituado no edital (fl. 2, peça 15).

24. Verifico, portanto, que a linha de argumentação da empresa se baseia na premissa de que a sua proposta já continha os preços desonerados, daí decorrendo, por meio do contrato, uma equação econômico-financeira, que seria quebrada caso prevaleça o entendimento da unidade técnica. Ocorre que tal premissa não é verdadeira. Ao contrário, a partir das informações dos autos, está claro que a proposta apresentada incluía o ICMS, logo, utilizando o exemplo da Cellofarm, a sua remuneração foi maior do que o respectivo encargo, o que desequilibra a equação econômico-financeira em desfavor do erário, sendo necessária a recomposição.

### **III - Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. - alegações de mérito: o preço proposto já contemplava a desoneração de ICMS, fato esse expressamente informado na proposta de preços.**

25. O principal argumento trazido pela empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. constituiu-se na alegação de que o preço proposto já contemplava a desoneração de ICMS, nos seguintes termos (fls. 1559/1565):

“No referido certame, o preço proposto originalmente pela Roche para fornecimento da isotretinoína 20 mg foi de R\$ 0,95 (noventa e cinco centavos de real) por cápsula, conforme se verifica da anexa cópia da proposta de preços (doc. 03).

Frise-se que o preço proposto já contemplava a desoneração de ICMS, fato este expressamente informado na proposta de preços.

Durante a sessão pública do certame, esta empresa apresentou lances reduzindo o valor desonerado originalmente proposto, tendo seu lance no valor de R\$ 0,75 (setenta e cinco centavos de real) por cápsula sido classificado em primeiro lugar, repise-se, valor este já desonerado do ICMS.

Não restam dúvidas, portanto, que o preço unitário de 0,75 (setenta e cinco centavos de real) é o preço do produto sem a incidência do ICMS, conforme expressamente informado na proposta de preços da empresa e ratificado no Contrato Administrativo nº 63/2007.

Diante deste fato, verifica-se claramente que todas as Notas Fiscais, apontadas no relatório em comento, contemplaram corretamente o preço desonerado no valor total da nota.

Em todas as notas fiscais foram faturadas 23.880 cápsulas (796 caixas contendo 30 cápsulas) pelo valor de R\$ 0.75 (setenta e cinco centavos de real) perfazendo o valor total de R\$ 17.910,00 (dezesete mil, novecentos e dez reais), valor este idêntico em todos os faturamentos.”

26. Considerando que a essência das alegações de defesa da empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. é a mesma apresentada pela empresa Cellofarm Ltda. adoto, no que for pertinente, as mesmas considerações já delineadas no **tópico II**, retro, para refutá-las.

### **IV - Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges**

27. Solidariamente com as empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., foram citados os Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário Estadual de Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, por terem autorizado e executado, respectivamente, os pagamentos contemplando o procedimento irregular de desoneração.

28. Em síntese, a defesa conjunta dos responsáveis alega que, quando tomaram conhecimento dos fatos, adotaram providências para apuração e retenção do valor de 17% relativo ao ICMS. Os ex-gestores dão a entender também que a questão da oneração/desoneração do ICMS era controversa, como estaria demonstrado pelos pareceres jurídicos então expedidos e pelo depoimento da pregoeira.

29. Os elementos contidos nos autos não dão razão aos responsáveis.

30. No verso das Notas Fiscal relacionadas às fls. 955/1212, que originaram diversos pagamentos indevidos, constou o atesto de recebimento dos fármacos pela Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa e o seguinte encaminhamento feito pela direção da unidade:

“Ouvir [a] Superintendência de Administração e Finanças quanto à especificação da Nota Fiscal, descontos, cálculos de impostos [e] desoneração.

O Atesto da Unidade refere-se ao quantitativo de medicamentos efetivamente recebidos.”  
[destaquei].

31. Resta evidenciado que a necessidade de efetuar a desoneração era de conhecimento das unidades envolvidas, que havia a obrigação de verificar a correção da desoneração procedida na nota fiscal e que houve encaminhamento específico dirigido ao setor chefiado pelo Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges solicitando que fosse efetuada verificação nesse sentido.
32. Ao se examinar a documentação expedida na ocasião do pagamento, constata-se que esse foi realizado sem que fosse expedido o pronunciamento específico solicitado. Em outras palavras, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges autorizaram a realização de pagamento de forma irregular, pois não foram adotadas as medidas fiscalizatórias prévias necessárias para verificar e assegurar a correção dos valores despendidos.
33. Assim, verifica-se que o exame feito não atendeu integralmente à solicitação encaminhada pela Central de Medicamentos. Embora se possa admitir que tenham sido confrontadas as especificações gerais lançadas nas notas fiscais com a ordem de fornecimento (descrição e quantidades), veja-se que não houve pronunciamento específico quanto à questão dos impostos. Por conseguinte, pode-se concluir que os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges autorizaram os respectivos pagamentos sem que fossem adotadas medidas de supervisão suficientes para assegurar a adequação dos valores pagos ao fornecedor.
34. Nesse contexto, não socorre os responsáveis a alegação de que adotaram providências para apuração e retenção dos valores indevidos lançados, uma vez que tais medidas foram executadas posteriormente, por provocação dos órgãos de controle, e se fizeram necessárias porque, na origem dos pagamentos, não foi observado o procedimento fiscalizatório devido.
35. No tocante à suposta controvérsia quanto à oneração/desoneração do ICMS, tal argumento também não procede, porque os documentos presentes nos autos, a exemplo da declaração da empresa Cellofarm (fls. 21/22, p. 8) onde há a afirmativa de que “apresentamos total submissão às condições previstas no Edital” e de que nos preços estavam incluídas todas as despesas relativas ao objeto da licitação, demonstram que a oneração das propostas, tal como previsto no edital, era de conhecimento geral.
36. O fato de as empresas terem apresentado propostas com declaração de que os preços estavam desonerados de ICMS não afastam o débito, visto que, conforme os termos do edital, ao qual estavam vinculadas, nos preços oferecidos deveriam estar somados todos os impostos, incluído o ICMS.
37. Outras alegações suscitadas na defesa - responsabilidade do agente político, culpa, boa-fé, solidariedade com a empresa, precedentes jurisprudenciais, entre outras - foram adequadamente rejeitadas na instrução da Secex/GO, motivo pelo qual faço remissão às análises transcritas no relatório supra.
38. Finalmente, os responsáveis alegaram que teria ocorrido a perda de objeto da TCE, visto que a SES/GO teria editado norma em 2009 determinando o bloqueio de pagamentos aos fornecedores de fármacos e a compensação dos valores pagos indevidamente.
39. Essa alegação não lhes socorre, porque não há provas de que tenha sido realizada uma possível compensação, com a devolução dos recursos aos cofres federais, não havendo discriminação dos valores e da fonte dos eventuais recursos retidos. Consequentemente, não há comprovação de que tais bloqueios tenham efetivamente assegurado o débito federal objeto desta TCE.
40. Por essas razões, subsiste a responsabilidade dos gestores pelos pagamentos indevidos efetuados.

#### **V - Sr<sup>as</sup>. Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnellosso**

41. Com relação à responsabilidade da ex-pregoeira e da Superintendente Executiva/SES, Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnellosso, respectivamente, acompanho a proposta de excluí-las desta tomada de contas especial, uma vez que os elementos contidos no processo não

permitem estabelecer o nexo causal entre a irregularidade ocorrida nos pagamentos e suas condutas nas fases interna e externa da licitação.

42. Embora deva ser criticada a falta de zelo das servidoras na condução e homologação do certame, já que não atentaram para a dubiedade das declarações apresentadas pelas empresas licitantes, deixo de propor-lhes a imposição de multa, por entender que os termos das citações não abordaram esse aspecto e que o retorno dos autos para novas audiências não se mostra conveniente.

#### **VI- Existência/Inexistência de Boa-Fé**

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

44. De acordo com a análise empreendida na seção IV retro, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges autorizaram a realização de pagamentos de forma irregular, sem a devida supervisão/fiscalização, mesmo sabendo da obrigação de verificar a correção da desoneração procedida na nota fiscal, bem como somente adotaram providências para apuração dos pagamentos irregulares após a provocação por parte dos órgãos de controle.

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

#### **VII - Da não aplicação de multa proporcional ao dano**

46. 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.

47. Nesse sentido, reconheço que, ao menos durante a gestão dos envolvidos, ainda que após a atuação dos órgãos de controle, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges envidaram esforços para apurar as irregularidades e solucionar o problema. 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.

48. 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 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.

#### **VII - Conclusão**

49. De todo exposto, conclui-se que o débito objeto desta TCE decorreu da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital do Pregão 259/06, que previa claramente que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Conforme constatado, as empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., sob a alegação de que apresentaram preços desonerados, emitiram notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhes permitiu receber pagamentos com valores indevidamente majorados.

50. Diante do não acolhimento das alegações de defesa das empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A. e dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, cumpre julgar as respectivas contas irregulares e condenar os responsáveis solidariamente em débito.



Pelo exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 4 de março de 2015.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI  
Relator