

GRUPO II - CLASSE IV - PLENÁRIO

TC-027.019/2010-1

Natureza: Tomada de contas especial

Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

Responsáveis: 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); Milenio Distribuidora de Prod Farm e Hospitalares Ltda. (03.553.585/0001-65); Prodiet Farmacêutico S.A. (81.887.838/0001-40)

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

Advogados constituídos nos autos: Luiz Fernando Pereira (OAB/PR 22.076), Fernando Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738), 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), Marcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5.795), Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB/GO 25.000), Sueli Pereira de Souza (OAB/GO 25.750), Jacqueline Amarilio de Sousa (OAB/DF 35.446), 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), Mariana Costa Guimarães (OAB/PR 36.785), Bruna Lícia Pereira Marchesi (OAB/PR 69.457), e Éria Miranda dos Santos Requi (OAB/PR 54.482).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS FEDERAIS DO SUS. SES/GO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. REALIZAÇÃO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. ACRÉSCIMO DO ICMS AO VALOR FATURADO NÃO OBSTANTE ESSE JÁ ESTIVESSE ONERADO PELO IMPOSTO. ABATIMENTO DO VALOR ACRESCIDO SOB ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DA DIFERENÇA PELO FORNECEDOR. CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS RESPONSÁVEIS PELO PAGAMENTO E DAS EMPRESAS FORNECEDORAS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA 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 às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Prodiet Farmacêutica Ltda., para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 224/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 224/2005, 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. 49, 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 (Convênios 26/2003-Confaz). No caso da Prodiet, a empresa faturou os medicamentos como mercadorias comuns, sem isentá-los do ICMS. A SES/GO realizou os pagamentos das notas fiscais sem corrigir tal falha.

4. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu serem responsáveis pelo dano os ex-Secretários de Saúde Fernando Passos Cupertino e Cairo Alberto de Freitas, os ex-Superintendentes de Administração e Finanças da SES/GO, Luiz Antônio Aires da Silva e Antônio Durval de Oliveira Borges, o ex-Pregoeiro Adriano Kennen de Barros e as empresas beneficiárias Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiet Farmacêutica Ltda. (fl. 37, peça 24).

7. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Sr^a Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (fls. 48, peça 24 e 3, peça 25).

8. No âmbito deste Tribunal, após instrução e citação inicial (fls. 6-16, peça 25), retificações nos valores e rol de responsáveis, foram citados, Fernando Passos Cupertino, Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Prodiet Farmacêutica Ltda. (peça 43).

9. A unidade ressaltou que excluiu do rol de responsáveis a empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. porque o débito ao erário federal seria de apenas R\$ 96,61 (peça 43), conforme o seguinte excerto:

“4. A instrução técnica inicial, com base no relatório do tomador de contas, definiu quatro imputações de débito cada qual atribuída a um específico grupo de responsabilidade solidária, envolvendo as empresas fornecedoras e os servidores responsáveis pelos pagamentos: Cairo Alberto de Freitas (secretário de saúde), Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro) e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. - R\$ 52.935,33; Cairo Alberto de Freitas e Prodiet Farmacêutica Ltda. - R\$ 4.926,59; Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Prodiet Farmacêutica Ltda. - R\$ 30.028,20; e, por último, somente a Prodiet Farmacêutica Ltda. - R\$ 14.545,21. As citações foram realizadas por intermédio dos ofícios Secex/GO 1.506 a 1.514/2010 (peça 25, p. 38-57).

5. Para o grupo de responsabilidade envolvendo a empresa Hospfar, bem como os senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, as respostas apresentadas constam, respectivamente, nas seguintes peças: peças 28-33 e 41; e peça 34, p. 1-28. Com relação à responsabilidade solidária entre a empresa Prodiet e Cairo Alberto de Freitas, as respostas apresentadas constam respectivamente nas seguintes peças: peça 27, p. 7-23; peças 34, p. 29-51 e 35, p. 1-3. Com relação à solidariedade entre a empresa Prodiet, bem como Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, as respostas apresentadas constam respectivamente nas seguintes peças: peça 27, p. 24-40; e peça 35, p. 4-29. Com relação à imputação de débito que somente responsabiliza a empresa Prodiet a resposta apresentada consta da peça 27, p. 7-23.

EXAME TÉCNICO

6. Há de se registrar, inicialmente, que as citações envolvem dívidas apuradas no fornecimento de medicamentos promovidos pelas empresas Hospfar e Prodiet. O relatório do tomador de contas informa que também foi apurada dívida para com o erário federal no fornecimento promovido pela empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (peça 24, p. 25). Contudo, apurando-se a proporcionalidade de recursos federais no pagamento indevido da nota fiscal, verifica-se que o débito é de apenas R\$ 96,61, o que inviabiliza sua cobrança.

7. Com relação à empresa Hospfar, a quantificação de débito que se correlaciona com o seu grupo de solidariedade está incorreto. A citação realizada aponta apenas três notas fiscais, ao passo que o quadro apurado pelo tomador de contas aponta muitas outras notas fiscais para as quais

houve pagamento indevido (peça 24, p. 20-22). Portanto, deve-se renovar a citação solidária da empresa e dos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em substituição aos ofícios Secex/GO 1.506, 1.507 e 1.508/2010, sendo que a quantificação correta da dívida, de acordo com a participação de recursos federais no pagamento indevido de cada nota fiscal, consta da proposta de encaminhamento.

8. Com relação à empresa Prodiet, verifica-se que a dívida que se lhe refere envolve de fato três grupos de solidariedade, mas não da forma constante da instrução inicial, uma vez que num primeiro grupo há solidariedade com Fernando Passos Cupertino de Barros (secretário de saúde durante o período compreendido entre 27/7/1999 e 30/6/2006); num segundo grupo, solidariedade com Cairo Alberto de Freitas (gestor da pasta a partir de 1/7/2006 até 31/3/2008); e num terceiro grupo, solidariedade com Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro a partir de 1/8/2006 até 24/7/2008).

9. Concernente ao primeiro grupo, não nos parece satisfatório o argumento constante na instrução inicial de que o senhor Fernando Passos Cupertino de Barros deva ter excluída sua responsabilidade por conta do baixo valor da dívida que se lhe refere, do que resultou proposta de citação somente da empresa Prodiet. Entende-se que a sua responsabilidade permanece, de forma que a citação constante do ofício Secex/GO 1.509/2010 deve ser substituído por outra citação. Quanto à solidariedade entre a empresa Prodiet e Cairo Alberto de Freitas nada há para se reparar (ofícios Secex/GO 1.510 e 1.511/2012). Todavia, o mesmo não ocorre com relação às citações promovidas com relação ao grupo de solidariedade formado pela aludida empresa e os senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges. O quadro de débito que se lhes refere, apontado na instrução inicial está correto, nada obstante este quadro não foi repetido em sua inteireza pelos ofícios de citação 1.512, 1.513 e 1.514/2010 (peça 25, p. 50-57). Faltou-lhes o débito referente à nota fiscal 281962 de R\$ 7.272,60. Portanto, os referidos expedientes devem ser retificados por novos ofícios citatórios.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. A proposta abaixo busca retificar citações anteriormente promovidas (ofícios Secex/GO 1.506, 1.507, 1.508, 1.509, 1.512, 1.513 e 1.514/2010).

11. Isto posto, propõe-se:

a) citação solidária dos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. para apresentarem alegações de defesa ou recolherem ao Fundo Nacional de Saúde os valores imputados, devidamente atualizados (em substituição aos ofícios Secex/GO 1.506, 1.507 e 1.508/2010);

- ato impugnado: pagamentos indevidos à empresa Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 224/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores adjudicados em licitação e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

- Débito:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
099734	5.509,85	21/2/2007
099925	2.921,08	21/2/2007
099563	15.993,27	21/2/2007
099060	20.843,54	21/11/2007
102775	11.960,18	21/2/2007
101464	13.763,52	21/2/2007
104142	4.323,20	21/2/2007
106046	29.560,72	21/2/2007
109849	19.303,55	21/2/2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
110056	4.732,14	21/2/2007
111429	4.907,41	21/2/2007
110783	12.006,54	21/2/2007
112253	1.145,42	21/2/2007
115408	17.918,54	21/2/2007
115376	4.381,61	21/2/2007
117551	40.859,66	21/2/2007
117552	11.693,35	21/2/2007
116915	1.402,32	21/2/2007

b) citação solidária do senhor Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como da empresa Prodiet Farmacêutica Ltda. para apresentarem alegações de defesa ou recolherem ao Fundo Nacional de Saúde os valores imputados, devidamente atualizados (em substituição ao ofício Secex/GO 1.509/2010);

- ato impugnado: pagamentos indevidos à empresa Prodiet Farmacêutica Ltda., decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 224/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores adjudicados em licitação e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

- Débito:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
251113	8.445,60	29/3/2006
254129	3.519,00	9/5/2006
255818	2.580,60	9/5/2006

c) citação solidária dos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Prodiet Farmacêutica Ltda. para apresentarem alegações de defesa ou recolherem ao Fundo Nacional de Saúde os valores imputados, devidamente atualizados (em substituição aos ofícios Secex/GO 1.512, 1.513 e 1.514/2010);

- ato impugnado: pagamentos indevidos à empresa Prodiet Farmacêutica Ltda., decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 224/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores adjudicados em licitação e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

- Débito:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
269345	1.173,00	1/9/2006
267777	1.173,00	1/9/2006
270528	2.346,00	1/9/2006
271860	2.346,00	1/9/2006
273508	2.346,00	5/12/2006
276707	4.926,60	5/12/2006

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
275665	3.519,00	5/12/2006
281962	7.272,60	5/12/2006
281963	4.926,60	5/12/2006

.”

10. Em nova instrução, a Secex/GO assim se pronunciou (peças 88-89):

“2. A tomada de contas especial de que tratam estes autos apresenta indícios de irregularidade concernentes à prática de atos de gestão causadores de débito. Conforme expõe o conteúdo da instrução técnica inicial (peça 25, p. 7-16), foi constatada má aplicação dos recursos públicos federais geridos por meio do Pregão SES/GO 224/2005 (aquisição de medicamentos), decorrente da apuração promovida por comissão de tomada de contas especial da Secretaria da Saúde do Estado de Goiás (peça 24, p. 4-41).

3. Os responsáveis arrolados no âmbito do tomador de contas envolvem tanto servidores da secretaria estadual de saúde, como também as empresas fornecedoras dos medicamentos. A conduta irregular que se lhes correlaciona diz respeito à exigência contida em edital, por meio do item 5.3 (peça 2, p. 35), segundo a qual os preços dos medicamentos propostos deveriam contemplar a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, mas que, por ocasião da emissão das notas fiscais, a licitante vencedora deveria excluir do seu valor a parcela referente a este último, em razão da existência de isenção tributária (Convênio ICMS 87/02, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825/2003). Portanto, o fato das empresas fornecedoras, por ocasião da emissão das notas fiscais, fazerem incidir sobre os preços cotados o acréscimo de 17%,

correspondente à alíquota do imposto, para promoverem em seguida sua dedução, o que levou ao pagamento sem a necessária desoneração, configurou indício de débito.

4. A instrução técnica inicial, com base no relatório do tomador de contas, definiu quatro imputações de débito cada qual atribuída a um específico grupo de responsabilidade solidária, envolvendo as empresas fornecedoras e os servidores responsáveis pelos pagamentos: Cairo Alberto de Freitas (secretário de saúde), Antônio Durval de Oliveira Borges (superintendente financeiro) e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. - R\$ 52.935,33; Cairo Alberto de Freitas e Prodiet Farmacêutica S.A. - R\$ 4.926,59; Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Prodiet Farmacêutica S.A. - R\$ 30.028,20; e, por último, somente a Prodiet Farmacêutica S.A. - R\$ 14.545,21. As citações foram realizadas por intermédio dos ofícios Secex/GO 1.506 a 1.514/2010 (peça 25, p. 38-57).

5. O exame técnico que se seguiu, todavia, reconheceu a necessidade de se renovar boa parte dos expedientes citatórios, em decorrência de equívocos de ordem quantitativa e subjetiva (peça 43). Foram expedidos os ofícios Secex/GO 894 e 900 a 906/2012 (peças 46 a 53), em substituição aos ofícios Secex/GO 1.506, 1.507, 1.508, 1.509, 1.512, 1513 e 1.514/2010. Além das citações promovidas pelos renovados ofícios, permanecem válidas as citações anteriores realizadas pelos ofícios Secex/GO 1.510 e 1.511/2010 (peça 25, p. 46-49).

6. Desse modo, os quatro grupos de responsabilidade alcançaram as seguintes formações e imputações de débito, com valores já atualizados: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. - R\$ 297.760,63; Cairo Alberto de Freitas e Prodiet Farmacêutica S.A. - R\$ 9.223,35; Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Prodiet Farmacêutica S.A. - R\$ 40.607,61; Prodiet Farmacêutica S.A. e Fernando Passos Cupertino de Barros - R\$ 19.895,86. Foram apresentadas respostas aos ofícios citatórios, cujo exame passa a ser objeto do tópico que se segue.

EXAME TÉCNICO

Alegações de defesa dos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e respectiva análise

7. Ambos responsáveis eram servidores da SES/GO, o primeiro enquanto dirigente da pasta e o segundo enquanto superintendente financeiro, e respondem conjuntamente por duas imputações solidárias de débito: uma com a empresa Hospfar (ofícios Secex/GO 900/2012 e 902/2012) e a outra com a empresa Prodiet (ofícios Secex/GO 894/2012 e 906/2012). As correspondentes alegações de defesa concentram-se numa única peça de defesa (peça 85). Há ainda a imputação de débito envolvendo tão somente o senhor Cairo Alberto de Freitas em solidariedade com a empresa Prodiet (ofício Secex/GO 1.510/2010), cuja correspondente alegação de defesa consta em peça processual previamente apresentada (peça 34, p. 29-51 e peça 35, p. 1-3). Considerando que ambas as peças de defesa apresentam argumentos análogos, a descrição do conteúdo das alegações e a correspondente análise se realizarão de modo conjunto.

8. Os servidores públicos responsáveis pelos pagamentos tidos como indevidos fazem menção, inicialmente, à existência de retenção financeira, promovida no âmbito da SES/GO, quanto aos pagamentos devidos às empresas Hospfar e Prodiet, no valor de R\$ 92.680,87 e R\$ 22.108,22, respectivamente. A referência a tais retenções de pagamento é feita em contexto que se presta a enaltecer, primeiro, a atuação de ambos os responsáveis, no sentido de terem adotado as providências apuratórias tão logo tiveram conhecimento da irregularidade, incluindo não só a instauração da presente tomada de contas especial como também várias outras, e, segundo, para considerarem que a imputação de débito estaria prejudicada por não ter levado em conta parcelas não pagas.

9. No entendimento dos defendentes, a conduta de ambos, ao promoverem pagamentos das notas fiscais tidas como indevidamente faturadas, estariam informadas pela boa-fé, além não se correlacionar com qualquer indício de culpa e dolo, do que resultaria na impossibilidade de lhes ser cominada qualquer dívida. Também entendem que não haveria que se falar em ressarcimento ao

Fundo Nacional de Saúde por parte dos mesmos, bastando apenas ao atual gestor do Fundo Estadual de Saúde promover a reparação. A respeito do ressarcimento buscam demonstrar, em acréscimo, que a obrigação alcançaria somente as empresas beneficiadas e não os gestores. Suas condutas, aliás, foram no sentido de apurar toda a irregularidade tão logo foi descoberta. Por fim, defendem ainda o argumento de que é controversa a fundamentação jurídica que sustenta a presente TCE, tendo em vista a alegação das empresas fornecedoras, no sentido de que suas propostas já estariam desoneradas do tributo. Desse modo, não tendo a administração pública, durante a ocasião licitatória, promovido devida desclassificação, não haveria legitimidade para qualquer cobrança ulterior.

10. A respeito do conteúdo das alegações de defesa, mormente quanto aos aspectos da boa-fé e da ausência de dolo ou culpa em suas condutas, há de se considerar sua inaptidão jurídica para afastar a cominação que lhes é dirigida. Isso porque lhes era exigível a fiel observância do preceito editalício em foco, de modo que as faturas jamais poderiam ser pagas em valores superiores aos que eram previstos em edital. Ou seja, o faturamento deveria observar o valor proposto em licitação, desonerado do correspondente ICMS. Na medida em que contribuíram decisivamente para a configuração da irregularidade suas condutas tornaram-se solidariamente imputáveis.

11. Resta esclarecer, todavia, que a irregularidade se materializa quando do pagamento das faturas, razão por que não procede sua alegação concernente às retenções financeiras em desfavor das empresas fornecedoras. Mesmo que tenham sido promovidas, referem-se a ocasiões de compra diferentes das tratadas nestes autos. As notas fiscais relacionadas ao débito relativo a esta TCE tiveram seus valores pagos, não tendo havido retenção alguma a seu respeito. Portanto, se os valores correspondentes ao ICMS ali embutidos são indevidos, consuma-se a obrigação de que sejam restituídos.

Alegações de defesa do senhor Fernando Passos Cupertino de Barros e respectiva análise

12. Citado pelo Ofício Secex/GO 903/2012 (peça 49), em solidariedade com a empresa Prodiet, o ex-secretário estadual de saúde responde pelo pagamento indevido durante o seu período de gestão. Inicialmente, considera a cominação descabida por já estar prescrita a respectiva faculdade de persecução que, segundo seu entendimento, estaria limitada a cinco anos. O argumento não pode ser aceito porque não se aplica ao exercício do controle externo a prescrição quinquenal alegada pelo defendente (peça 72).

13. Quanto ao conteúdo material de sua defesa, o ex-secretário se adere a uma interpretação particular do edital sob análise, mormente quanto ao item 5.3 (peça 2, p. 35), para considerar lícita a iniciativa das empresas fornecedoras em eximirem dos valores apresentados em suas propostas licitatórias a incidência do ICMS. Desse modo, perfeitamente normal teria sido o fato de fazerem incluir o tributo no faturamento para então deduzir a respectiva parcela no documento fiscal. Refuta a tese a simples e elementar leitura dos itens 5.3 e 5.3.1 do edital e da expressa observação que os acompanha, pois se há referência de que a operação é isenta do tributo, isso serve tão somente para demonstrar a razão jurídica para que o documento de faturamento destacasse o valor correspondente ao tributo e o eximisse do valor a ser pago. Em nenhum momento anula a obrigação de que a proposta licitatória o incluísse.

14. Quanto aos demais argumentos apresentados, notam-se entre eles alusões a irregularidades para as quais o responsável teria concorrido ao homologar a aludida licitação. O tema do superfaturamento de medicamentos, aludido em outras tomadas de contas especiais (TC-004.562/2010-0 e outras), que envolve irregularidades cometidas durante o curso licitatório, não é explorado nestes autos. A irregularidade aqui tratada diz respeito a sua autorização dos pagamentos em descuido à obrigação de comprovar a legitimidade dos valores faturados - pressuposto básico à regularidade do ato administrativo. Suas alusões quanto à existência de boa-fé não eliminam a decorrente imputação jurídica.

Alegações de defesa da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e respectiva análise

15. Em resposta ao Ofício Secex/GO 901/2012 (peça 47), a empresa apresenta novas alegações de defesa (peça 83), cujo conteúdo começa por recapitular os argumentos apresentados em defesas anteriores (peças 28-33 e peça 41). Considerando que as alegações produzidas em última oportunidade apresentam argumentos análogos às anteriores, a descrição do conteúdo da defesa e a correspondente análise se realizarão de modo conjunto.

16. A alegação de nulidade do primeiro ato de citação, aventada em oportunidade inicial de defesa por conta da descrição incorreta em ofício de dispositivo legal violado, não mais se aplica diante da renovação do ofício citatório. Também não se sustenta a alegação preliminar de que a inexistência de um contrato devidamente formalizado no âmbito administrativo estadual inviabilizaria a continuidade desta tomada de contas especial. Mesmo que a Procuradoria Geral do Estado de Goiás não o tenha outorgado, conforme reza o formalismo estadual, a licitação produziu efeitos jurídicos materiais, suscetíveis à apreciação desta instância de controle.

17. A defendente também procura descaracterizar a legitimidade do processo, por conta da atipicidade do ato impugnado, conforme consta em ofício citatório. Segundo a mesma, norma regulamentar (Convênio Confaz nº 87/2002) teria obrigado a empresa licitante a adotar um procedimento diverso do que estipulava o item 5.3 do edital. O argumento que se expõe na sequência das alegações explora justamente este suposto conflito entre a exigência editalícia e a regulamentação do ICMS, no sentido de que ao licitante pesava a obrigação, não de cumprir aquela disposição, mas a norma regulamentar, o que a levou a apresentar sua proposta de preços sem a incidência do ICMS. Declarações constantes dos autos, as quais acompanharam a documentação licitatória pertinente à empresa Hospfar, comprovariam, segundo a defesa, que os preços cotados já estariam desonerados do ICMS. Dessa feita, atribui a exigência editalícia ao equivocado entendimento jurídico de quem elaborou o edital e diante da evidência de que o valor pago pelas notas fiscais não contemplava qualquer parcela de ICMS, não haveria outra conclusão a alcançar, senão a de que faltam pressupostos elementares para imputação de débito.

18. Insiste em apontar eventual conflito de interpretação quanto ao texto normativo do Convênio ICMS nº 87/2002, uma vez que haveria necessidade de que as notas fiscais expressamente discriminassem o valor correspondente ao imposto isento. Desse modo, segundo a defesa, a SES/GO entendeu que os preços cotados na licitação deveriam contemplar a incidência do imposto para que fosse deduzido na nota fiscal, enquanto a Secretaria da Fazenda manifestou o entendimento de que aos licitantes poderia ser permitida a cotação de preços com a desoneração do referido imposto. Nesse mesmo sentido, parecer de lavra da procuradoria do Estado também confirmaria o entendimento exposto pela defendente.

19. Alega ainda que a licitante não poderia ser prejudicada por irregularidades restritas ao âmbito obrigacional da administração pública. Se as propostas contrariavam expressamente disposição editalícia, impunha-se a ação de desclassificação. Do mesmo modo, caberia à administração pública, caso entendesse a desconformidade dos documentos de despesa com as cláusulas do pregão, o questionamento do seu teor antes de realizar os pagamentos.

20. Faz menção à existência de legislação tributária que lhe propiciaria o direito de reduzir a base de cálculo para incidência do ICMS, de modo que, em prevalecendo o entendimento de que foi indevida a majoração do imposto, conforme apontada em nota fiscal, a devolução há de ser realizada considerando a alíquota de 10% e não de 17%, o que tornaria menor o valor da dívida. Também argumenta que a participação do TCU na apuração da dívida não é propriamente legítima, porquanto os recursos federais não foram suficientes para a aquisição dos medicamentos promovidos em nível estadual, de modo que não haveria de se cogitar prejuízo à União.

21. A par de requerer o acolhimento de suas alegações, no especial sentido de que a cobrança da dívida é descabida, argumenta que as ações adotadas pela empresa sempre foram

informadas pela boa-fé. Faz juntar, ainda, dois pareceres jurídicos, cujos teores versam sobre o assunto tratado nestes autos. As conclusões alcançadas pelos pareceristas confirmariam as teses demonstradas nas alegações de defesa.

22. Quanto ao conjunto de argumentos acima expostos, deter-se-á, inicialmente, na questão da interveniência de órgão de controle federal na cobrança da dívida, tendo em vista a coparticipação do orçamento estadual na aquisição dos medicamentos. Tem-se a dizer, a respeito, que o tema está devidamente esclarecido desde a instrução inicial, levando-se em conta que o débito foi calculado com base na proporcionalidade de participação dos recursos federais.

23. Sobre as demais alegações, especialmente aquelas relacionadas à efetiva exigibilidade da disposição inscrita em edital, tem-se a considerar que o busílis é de simples solução e diz respeito à adequada compreensão da finalidade jurídica que a legislação empresta ao edital licitatório. A disciplina da modalidade pregão é dada pela Lei 10.520/2002, cujo teor relega unicamente ao edital a competência para estabelecer as normas que regerão o procedimento, incluindo a prerrogativa exclusiva de determinar os critérios de aceitação das propostas (arts. 4º, III e 3º, I). A hermenêutica de tais dispositivos, conforme preceitua o art. 9º da mencionada lei, tem correlação com o estatuto geral das licitações e contratos, entre cujos princípios basilares consta o dever de estrita vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º da Lei 8.666/1993). Portanto, a rigidez interpretativa que se impõe às cláusulas editalícias não cumpre apenas uma mera formalidade jurídica, mas se trata de um princípio fundamental da licitação pública.

24. O edital sob comento é inequívoco sobre a exigência de que as propostas incluíssem a incidência de todos os tributos, particularmente o ICMS. E o faz com um grau de minudência que talvez não fosse absolutamente necessário, mas que se mostrou oportuno para explicar aos interessados que se aplicavam ao fornecimento do produto licitado as disposições contidas no Convênio ICMS nº 87/2002 Confaz, cujo teor estabelece que o valor correspondente ao ICMS, ainda que isento, deveria ser destacado no ato de emissão do documento fiscal.

25. Ora, diante dessa particularidade tributária, não há absolutamente nada de controverso na iniciativa da SES/GO de incluir a referida disposição editalícia. Se o valor correspondente ao imposto deveria aparecer na nota fiscal, ainda que não cobrado, é muito mais simples, coerente e de mais fácil controle que a cotação do produto já se fizesse com a inclusão do mesmo, para que, quando da sua entrega, fosse simplesmente deduzido da nota fiscal. Não há contradição alguma entre a referida norma tributária e o item do edital, nem conflito de posicionamentos técnicos entre órgãos distintos da administração estadual que pudesse inviabilizar a legitimidade da exigência, como a empresa procura defender.

26. Resta saber sobre a repercussão da declaração da empresa licitante, segundo a qual admitiria expressamente que não estava cumprindo a referida exigência editalícia em sua proposta de preço. Importa afirmar, a respeito, que a adjudicação e a homologação do aludido pregão significaram a prevalência de sua própria disciplina, já que a mencionada declaração de modo algum teria aptidão jurídica para revogar a lei interna da licitação.

27. Sendo assim, não há respaldo para se acolher a pretensão da defendente de se ver contemplada por uma alíquota de imposto reduzida, o que importaria numa menor imputação de débito. Não somente porque se trata de um tema próprio ao foro especificamente tributário, mas também porque, sob o ponto de vista formal, tal informação deveria constar de sua própria proposta de preço.

28. A empresa Hospfar ainda reitera, por meio de manifestação complementar (peça 41), a invalidade da exigência contida em edital, no sentido de que seria juridicamente inadmissível a incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, nas propostas de preços. Baseia-se, dessa vez, em decisório recentemente proferido no âmbito desta Corte (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P; TC-009.625/2011-9), segundo o qual é reconhecida a inconstitucionalidade de semelhante exigência, do que culminou recomendação ao Conselho Nacional de Política Fazendária para que alterasse disposição contida no Convênio ICMS 87/2002, de forma a prever que as

propostas dos licitantes contemplem preço isento de ICMS. Segundo argumenta a empresa, semelhante recomendação atestaria a lisura de sua conduta promovida no pregão sob comento, no sentido de que a apresentação de preços desonerados de ICMS estaria juridicamente respaldada. Desse modo, restaria sem fundamento toda a imputação de débito.

29. Ainda que a exigência contida em edital efetivamente desse cumprimento à aludida norma expedida pelo Confaz, tem-se a considerar que o entendimento desta Corte a respeito de sua constitucionalidade não visa desconstituir a legitimidade jurídica de editais licitatórios anteriores. Entende-se que a força vinculante do edital é garantida pelo ordenamento jurídico vigente à época em que foi produzido, cujo conteúdo, em nenhum momento, foi formalmente contestado pela empresa licitante. Conforme apurado, o argumento de que a exigência editalícia era descabida só foi aventado depois de reconhecido que o faturamento dos medicamentos fraudava as regras licitatórias.

30. Deve-se reconhecer, outrossim, que o juízo de inconstitucionalidade contido no Acórdão 140/2012 - P não se limita à questão da incidência de ICMS nas propostas de preços relativas às licitações para aquisição de medicamentos, mas alcança também uma outra exigência reiteradamente aplicada pela SES/GO em seus editais e que ocasionou vantagens competitivas à empresa Hospfâr: a carta de credenciamento. Conforme dispõe o item 1.7.1 do referido decisório, foi também recomendado ao Ministério da Saúde a revogação de semelhante exigência prevista na Portaria GM/MS 2.814/1998, em face de sua inconstitucionalidade. De fato, conforme se percebe no item 3.2 do edital sob análise, bem como em ata licitatória (peça 1, p. 46 e peça 13, p. 42), a empresa Hospfâr foi beneficiada por uma exigência considerada agora pelo TCU como inconstitucional, no sentido de não sofrer a concorrência daquelas empresas que não dispusessem da carta de credenciamento. A prevalecer o argumento da empresa Hospfâr, dever-se-ia igualmente serem declaradas nulas todas as licitações em que a exigência da carta de credenciamento constituiu-se em critério decisivo para afastar propostas de concorrentes que continham ou poderiam conter preços mais vantajosos. Assim como a pretensão aqui deduzida, trata-se, obviamente, de repercussão que não possui amparo jurídico.

31. Por fim, faz-se menção às alegações produzidas em última oportunidade de defesa, segundo as quais a unidade técnica não teria dado cumprimento a despacho proferido pelo Ministro-Relator, no sentido de tornar a pesquisa mercadológica de preços em critério decisivo para se apurar se houve ou não incidência de ICMS em sua proposta de preço. Tem-se a dizer, a respeito, que o teor do referido despacho não alcança este processo e que, além disso, a fundamentação jurídica à imputação de débito vincula-se tão somente a descumprimento de norma de direito público consubstanciada em edital licitatório. Quanto à alegação de retenção no pagamento de faturas devidas a Hospfâr, faz-se alusão a exame similar concernente à defesa dos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, no sentido de esclarecer que as notas fiscais apontadas em citação referem-se a um único procedimento licitatório e que já foram pagas. A questão da eventual retenção de pagamento em faturas outras não impede nem prejudica o regular curso desta TCE.

Alegações de defesa da empresa Prodiel Farmacêutica S.A. e respectiva análise

32. Em resposta aos ofícios Secex/GO 904 e 905/2012 (peças 51 e 52), a empresa apresentou duas peças processuais de mesmo conteúdo (peças 81 e 82). Quanto ao Ofício Secex/GO 1.511/2010 (peça 25, p. 48), a correspondente defesa, de conteúdo análogo, já se encontrava atuada (peça 27, p. 7-23).

33. Basicamente dois são os argumentos defendidos pela empresa Prodiel: a expressa admissão, em proposta licitatória, de que os valores cotados não incluíam a incidência do ICMS confirmaria a regularidade do faturamento e do pagamento; a existência de retenção de pagamento de suas faturas, em outros processos de compra, refletiria na necessidade de dedução dos valores de débito imputados neste processo.

34. O mérito dessas alegações já foi devidamente apreciado por ocasião do exame relativo à defesa dos demais responsáveis, especialmente da empresa Hospfar e dos senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, do que resulta a manutenção da proposta de imputação de débito.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

35. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o seu curso processual, no sentido de estarem habilitados a merecer formulação de proposta de mérito.

36. Isto posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha a seguinte proposta de deliberação:

a) julgar irregulares as contas dos senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Prodiel Farmacêutica S.A., nos termos dos arts. 16, III, 'b' e 'c', 19 e 23, III, 'a' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresas, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 224/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores adjudicados em licitação e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

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 comprovem, 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.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
099734	5.509,85	21/2/2007
099925	2.921,08	21/2/2007
099563	15.993,27	21/2/2007
099060	20.843,54	21/11/2007
102775	11.960,18	21/2/2007
101464	13.763,52	21/2/2007
104142	4.323,20	21/2/2007
106046	29.560,72	21/2/2007
109849	19.303,55	21/2/2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
110056	4.732,14	21/2/2007
111429	4.907,41	21/2/2007
110783	12.006,54	21/2/2007
112253	1.145,42	21/2/2007
115408	17.918,54	21/2/2007
115376	4.381,61	21/2/2007
117551	40.859,66	21/2/2007
117552	11.693,35	21/2/2007
116915	1.402,32	21/2/2007

b.2) solidariedade entre Fernando Passos Cupertino de Barros e Prodiel Farmacêutica S.A.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
251113	8.445,60	29/3/2006
254129	3.519,00	9/5/2006
255818	2.580,60	9/5/2006

b.3) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Prodiel Farmacêutica S.A.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
269345	1.173,00	1/9/2006
267777	1.173,00	1/9/2006
270528	2.346,00	1/9/2006

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
271860	2.346,00	1/9/2006
273508	2.346,00	5/12/2006
276707	4.926,60	5/12/2006

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
275665	3.519,00	5/12/2006
281962	7.272,60	5/12/2006

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
281963	4.926,60	5/12/2006

b.4) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Prodiel Farmacêutica S.A.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
265346	703,80	31/7/2006
265486	1.698,50	31/7/2006
263538	1.173,00	31/7/2006
266343	1.351,29	31/7/2006

c) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Fernando Passos Cupertino de Barros e às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Prodiel Farmacêutica S.A. 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 Procuradoria da República no Estado de Goiás, bem como ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás.”

11. O MPTCU manifestou-se nos seguintes termos, no que interessa ao deslinde da questão (peça 90):

“Em que pese o minucioso exame empreendido pela unidade instrutora, O Ministério Público entende necessário reforçar alguns pontos e destacar alguns aspectos que mereceram menor atenção da unidade técnica.

Nas diversas TCEs instauradas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 - Plenário, foi verificado o mesmo esquema de superfaturamento nos preços dos medicamentos, no qual as empresas cobraram da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, sendo que a legislação determinava que os preços deveriam ser desonerados desse imposto.

Essa determinação se deu, tão somente, no intuito de dar maior celeridade processual. Contudo, as irregularidades identificadas em cada processo não devem ser apreciadas de forma isolada, motivo pelo qual os exames que tratam de fatos em comum aos processos podem sempre ser aproveitados.

Considerando que o TC-001.922/2009-5 [TC-027.019/2010-1] é uma dessas TCEs, a manifestação do Ministério Público naqueles autos pode ser aplicada para o caso que ora se examina, pois, como visto, em todos os pregões para aquisição de medicamentos isentos de ICMS, ocorreu o mesmo procedimento:

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

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

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

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

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

III

O edital do Pregão 224/2005 - CPL/SES, que precedeu a contratação da Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares e da Pro Diet Farmacêutica Ltda. determinava expressamente que (peça 2, p. 34):

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

A mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 2, p. 35):

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

O Convênio ICMS 87/2002 esclarecia 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.’

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

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

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

A fragilidade desse argumento é evidente. No item 5.3.1, o edital do Pregão 224/2005 - CPL/SES contém a seguinte observação (peça 2, p. 35):

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

(Grifo e negrito no original).

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

As empresas alegam, basicamente, que, se as propostas desatendiam os requisitos do edital, deveriam ter sido desclassificadas de imediato pela SES/GO. Como isso não ocorreu, teria incidido a chamada ‘coisa julgada administrativa’, de efeito semelhante ao da preclusão, de modo que a Administração não mais poderia revogar o ato que surtiu efeitos válidos, com a entrega total dos medicamentos contratados.

Esse argumento também é de precariedade evidente. É claro que não se trata, no caso, de revogação de ato regular pela Administração, por motivos de conveniência, oportunidade e razoabilidade. O que há é anulação parcial de atos cujos efeitos não se conformaram inteiramente à lei, representada, no caso, pelo edital e pelo contrato. E, o que é pior, trata-se, outrossim, de ato que deu causa a lesão ao erário, atraindo sobre si a aplicação da Lei 8.443/1992 e dos dispositivos constitucionais pertinentes, notadamente aquele do art. 37, § 5º, que define como imprescritíveis as ações de ressarcimento nos casos de ilícitos que causem prejuízo ao erário. Ante a imprescritibilidade dessas ações, inequivocamente reconhecida pelo STF (MS 26.210-9/DF) e por esta Corte (Acórdão 2.709/2008 - TCU - Plenário), falecem os argumentos da responsável em prol da suposta ‘preclusão’ aplicável à espécie.

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

Porém, isso é uma meia-verdade. As contratadas emitiram declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 e afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peças 7, pp. 11, 18 e 19, e 9, p. 37):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sabedoras do inteiro teor do certame.

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

Precavendo-se contra a previsível derrocada de seus argumentos anteriores, a Hospfar tenta ao menos minimizar seu possível prejuízo, lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, é beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10%, garantida pela Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII. Assim, na eventualidade de 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%.

A indigência desse argumento é manifesta. Afinal, por que motivo alguma empresa, podendo vender seus produtos com abatimento de 17% de tributos, optaria por vendê-los abatendo apenas 7%? Isso, além de desarrazoado, é vedado por lei. A Lei 4.852/1997, na alínea 'b' do citado inc. VIII, estabelece que:

‘b) o benefício não se aplica à operação:

1. já contemplada com outra redução de base de cálculo ou concessão de crédito outorgado, sendo facultada a opção pelo benefício mais favorável;’

(Redação dada pelo Decreto 5.067, de 25.6.1999, com vigência de 1º.5.1999 a 31.7.2008).

Assim, já estando totalmente isenta de ICMS, a empresa não pode pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%.

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

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

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

Em relação aos pareceres de dois alentados eminentes juristas Marçal Justen Filho e Ives Gandra da Silva Martins, juntados aos autos pela Hospfar (peças 31/3), a unidade técnica analisou-os adequadamente, de modo geral, concluindo, por fim, que não são suficientes para descaracterizar a irregularidade observada neste processo.

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

De fato, o citado convênio prevê apenas que:

‘Cláusula Primeira - (...)

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

(...)

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

O ilustre parecerista prossegue, apontando que a exigência de inclusão do ICMS nos

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

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

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

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

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

O fato de a Hospfar insistir em descumprir o edital mesmo depois de ter sido vencida, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, na sua pretensão de impugná-lo, longe de demonstrar lealdade com a Administração, revela audácia e pretensão de exercer seus supostos direitos por seus próprios meios, desprezando as vias legais.

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

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

IV

A empresa Hospfar juntou elementos adicionais de defesa (peça 41), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 - Plenário.

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

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

A responsável aduz que tanto ela quanto os demais fornecedores da SES/GO, *‘apresentavam suas propostas desoneradas do ICMS, declarando tal situação expressamente na*

abertura do certame, e, assim, os preços julgados eram os desonerados’.

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

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

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).

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 224/2005 e os contratos dele decorrentes, pois foram realizados em época que o dispositivo impugnado sequer existia e, por imperativo lógico, não os regeu.

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

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

V

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peças conjuntas (peças 34, pp. 29/51, 35, pp. 1/3, e 85), alegam basicamente que, tão logo tomaram conhecimento da irregularidade em questão, determinaram a realização de auditoria e a adoção de providências para a apuração e compensação dos valores pagos em excesso à Hospfar. Embora o problema não tenha sido solucionado em sua gestão, destacam que deixaram saldo contratual mais que suficiente para arcar com o débito apurado. Finalmente, anexam cópias de atos da SES/GO que determinaram a retenção de valores nos processos que envolviam desoneração de ICMS, para compensação de valores pagos indevidamente.

Por conseguinte, nas alegações de defesa, não se encontram elementos suficientes para elidir o débito atribuído aos responsáveis.

Considerando, entretanto, que, desde a época de suas gestões até hoje, os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges têm envidado esforços para obter a compensação do dano apurado, o Ministério Público, em consonância com seu posicionamento no TC-001.922/2009-5 (uma vez que Vossa Excelência determinou que fosse aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO), e dissentindo, em parte, da proposta da unidade técnica, entende cabível o reconhecimento da boa-fé destes responsáveis. Por conseguinte, propõe, nos termos dos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 203, §§ 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, a rejeição de suas alegações de defesa e a fixação de novo e improrrogável prazo de quinze dias para recolhimento do débito.

VI

O Sr. Fernando Cupertino de Barros, na condição de Secretário da Saúde, foi quem homologou o procedimento licitatório e assinou o instrumento contratual firmado com a empresa Hospfar. Além disso, autorizou pagamentos à contratada. Teve participação decisiva na consumação das irregularidades ao homologar o procedimento licitatório sem que houvesse clareza sobre a adesão da licitante vencedora à exigência editalícia de que as propostas incluíssem o valor do ICMS. E também, por ocasião dos pagamentos, ao permitir que a Hospfar descumprisse a exigência de excluir o ICMS dos preços contratados, expressos nas ordens de fornecimento.

Em suas alegações (peças 34 e 72), o responsável argumenta que não tinha motivos para não acreditar na regularidade do processo licitatório e que, nos termos do art. 80, § 2º, do Decreto-lei 200/1967, não pode ser responsabilizado por atos de agentes subordinados que exorbitaram as ordens recebidas.

Mas nada disso procede. O ato de homologação de processo licitatório por parte da autoridade superior de determinado órgão não é meramente formal. Muito pelo contrário, implica no expresse assentimento da autoridade aos procedimentos levados a cabo durante o processo licitatório e à sua legalidade, sem o qual este não pode consumir-se, com a assinatura do contrato. Essa verificação da legalidade dos procedimentos pela autoridade superior é de natureza vinculante, tornando-a responsável na hipótese de serem posteriormente verificadas irregularidades. É responsabilidade inerente ao ônus de assumir posição de direção e destaque na Administração Pública.

Nessa mesma ocasião, é responsabilidade do dirigente verificar todos os atos de seus subordinados, independentemente de terem ou não exorbitado ordens recebidas, e anular ou corrigir todos aqueles que não se tenham pautado pelos ditames legais.

Em sua defesa, o Sr. Fernando alega que os pagamentos foram realizados de acordo com a legislação vigente à época.

Isso não é verdade, pois, como visto ao longo deste parecer, tanto o edital quanto o contrato não deixavam dúvida de que as propostas deveriam apresentar preços onerados com o ICMS, que seria abatido por ocasião dos pagamentos.

Fica evidenciada, pois, a responsabilidade do Sr. Fernando na gestão e consumação dos pagamentos irregulares, de modo que suas alegações não merecem ser acolhidas, com o resultado julgamento pela irregularidade de suas contas.

Por isso, a proposta de fixação de novo e improrrogável prazo para a quitação do débito não pode ser estendida ao Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, pois as ações para obter o ressarcimento do dano somente foram iniciadas depois de encerrada a sua gestão.

VII

Pelo exposto, o Ministério Público manifesta-se no sentido de que o Tribunal de Contas da União:

a) rejeite as alegações de defesa oferecidas pelos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, com fulcro nos arts. 12, § 1º, da Lei 8.443/1992 e 202, § § 2º e 3º, do Regimento Interno do TCU, fixando-lhes novo e improrrogável prazo de quinze dias, a contar da ciência, para que comprovem o recolhimento das importâncias abaixo especificadas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente, a partir das datas indicadas, até a data do seu efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

a1) srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges em solidariedade com Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
099734	5.509,85	21.2.2007
099925	2.921,08	21.2.2007
099563	15.993,27	21.2.2007
099060	20.843,54	21.11.2007
102775	11.960,18	21.2.2007
101464	13.763,52	21.2.2007
104142	4.323,20	21.2.2007
106046	29.560,72	21.2.2007
109849	19.303,55	21.2.2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
110056	4.732,14	21.2.2007
111429	4.907,41	21.2.2007
110783	12.006,54	21.2.2007
112253	1.145,42	21.2.2007
115408	17.918,54	21.2.2007
115376	4.381,61	21.2.2007
117551	40.859,66	21.2.2007
117552	11.693,35	21.2.2007
116915	1.402,32	21.2.2007

a.2) srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges em solidariedade com Prodiet Farmacêutica S.A.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
269345	1.173,00	1.9.2006
267777	1.173,00	1.9.2006
270528	2.346,00	1.9.2006
271860	2.346,00	1.9.2006
273508	2.346,00	5.12.2006

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
276707	4.926,60	5.12.2006
275665	3.519,00	5.12.2006
281962	7.272,60	5.12.2006
281963	4.926,60	5.12.2006

a.4) srs. Cairo Alberto de Freitas em solidariedade com Prodiet Farmacêutica S.A.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
265346	703,80	31.7.2006
265486	1.698,50	31.7.2006
263538	1.173,00	31.7.2006
266343	1.351,29	31.7.2006

b) comunique aos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges que a liquidação tempestiva dos débitos, atualizados monetariamente, saneará o processo e permitirá que as respectivas contas sejam julgadas regulares com ressalvas, dando-lhes quitação, nos termos dos arts. 12, § 2º, da Lei 8.443/1992 e 202, § 4º, do Regimento Interno do TCU.”

É o relatório.