

## VOTO

Conforme visto no relatório precedente, trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás - SES/GO por meio do Pregão 224/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento de medicamentos para a Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES/GO.

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

3. A principal irregularidade apontada, a partir da qual se apurou dano ao erário, consistiu na constatação de que não teria havido efetiva desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados às empresas contratadas (desoneração devida em razão de isenção fiscal). As empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiet Farmacêutica Ltda. teriam apresentado notas fiscais para fins de faturamento dos valores contratados para fornecimento de medicamentos sem considerar a desoneração do imposto em relação às respectivas propostas, de modo a gerar o abatimento do tributo no momento do pagamento. 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 (fl. 2, peça 43).

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

5. Todavia, conforme verificado neste específico caso, a empresa Hospfar, por ocasião dos pagamentos, aduziu que os preços ofertados já teriam sido desonerados do ICMS, ou seja, livres do imposto, de forma que a empresa entende que não deveria deduzir do valor de sua proposta final o correspondente ICMS, o qual já teria sido deduzido por ocasião da proposta. Assim, pleiteou o pagamento do exato valor constante de sua proposta comercial, no que foi, inicialmente, atendida pela SES/GO, resultando no débito objeto desta TCE. A Prodiet faturou os medicamentos como se fossem mercadorias comuns, não aplicando a devida desoneração do ICMS, havendo pagamento maior do que o devido.

6. Ressalto, por oportuno, conforme registro no Relatório desta TCE (fl. 15, peça 24), que os pagamentos na Fonte 23 (recursos federais) foram efetuados no valor integral, não tendo sido alvo de retenção pela SES/GO.

7. Cumpre ainda destacar que o débito calculado nesta tomada de contas especial pela SES/GO representa apenas os valores efetivamente pagos às empresas citadas por ocasião do levantamento efetuado pela comissão instauradora da tomada de contas especial e referentes à parcela dos recursos federais despendidos. Até aquele momento não teria havido o pagamento integral dos valores faturados (liquidados) constantes das notas fiscais.

8. Considerando essas informações extraídas do relatório do tomador de contas (fls. 53-66, peça 23 e 1-22, peça 24), faz-se necessário determinar à SES/GO que instaure processos de tomada de

contas especial para reaver eventuais valores federais despendidos de forma irregular em pagamentos ulteriores àqueles apurados no presente processo.

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

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

#### I - Da origem do débito apontado

11. O débito apontado nos autos tem origem no confronto entre as propostas apresentadas e o disposto no edital da licitação. O Pregão 224/2005, lançado pela SES/GO, foi vencido pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. para fornecer os medicamentos Micofenolato Sódico 360 mg, Olanzapina 5 mg, Molgramostina 300 mcg/Filgrastina 300mcg - Inj. F/A, Pramipexol 1 mg, Tacrolimos 1 mg, Sirolimus Sol. Oral 1 mg/ml. A empresa Milênio Produtos Hospitalares Ltda. venceu para fornecer Risperidona 1 mg e a Prodiet venceu para fornecer o medicamento Micofenolato Mofetil 500mg (fls. 44-45, peça 13).

12. Como já dito, os débitos em discussão neste processo se referem aos medicamentos fornecidos pelas empresas Hospfar e Prodiet. A unidade técnica não prosseguiu com a apuração referente à empresa Milênio porque o débito atinente aos recursos federais despendidos com essa fornecedora seria de apenas R\$ 96,61.

13. O edital previa que, para os fins da licitação, as empresas deveriam apresentar suas propostas com todos os impostos e demais encargos incluídos, inclusive o ICMS, ainda que os fornecimentos pudessem ser realizados com isenção desse imposto, ante as seguintes disposições editalícias (fl. 49, peça 1):

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

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

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

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

dedução correspondente ao ICMS objeto da isenção, chegando-se ao valor líquido da nota, para fins de liquidação e pagamento.

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

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

17. Para extirpar qualquer dúvida sobre a forma como deveria se dar os pagamentos, face à proposta, o edital do pregão também previu o seguinte, no tópico “XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO” (fl. 4, peça 2):

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

= Preço de Fábrica  
(-) Desconto Ofertado  
= Subtotal  
(-) Desoneração do ICMS  
=Total a pagar”

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

19. As licitantes Hospfâr (fl. 19 da peça 7) e Prodiet (fl. 37 da peça 9) declararam que nos preços ofertados já estava desonerado o ICMS. Contudo, veja-se que as mesmas empresas também declararam em sentido contrário afirmando que concordavam e se sujeitavam a todas as normas e exigências do edital, o que significa que as empresas aceitaram a exigência de inclusão do ICMS nos preços ofertados (fl. 11 da peça 7 e fl. 37 da peça 9). A empresa Hospfâr afirmou nesta mesma declaração que, em seus preços, estavam incluídos os impostos.

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

21. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas (peça 24). Conforme depoimento prestado à comissão, o pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, considerou que se ela declarasse estar de acordo com os termos do edital, essa declaração prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada. Tomado em consideração esse depoimento, mais a informação constante do item 5.3 do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no item 2.2 do edital havia previsão de que “a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis” (fl. 18, peça 24), a comissão de instauração da TCE entendeu que, apesar da falha em não se ter procedido à desclassificação das propostas, permaneceram elas vinculadas aos termos do edital acerca da inclusão de todos os tributos, de modo que os preços

ofertados, pela vinculação ao instrumento convocatório, deveriam ser reputados com inclusão do ICMS.

22. Em que pese às disposições editalícias e algumas das declarações prestadas, a Hospfar pleiteou a realização de pagamentos com base na premissa de que os preços já se encontravam desonerados do ICMS. Desse modo, nas notas fiscais apresentadas, indicaram o preço da proposta e a ela acresceu o ICMS correspondente, para, logo em seguida, abatê-lo, de maneira que o valor cobrado, valor líquido da nota, correspondesse exatamente ao valor da proposta apresentada. Já a Prodiet não aplicou a desoneração do ICMS, tendo sido pago o valor integral da nota fiscal, quando o valor deveria ser menor, desonerado do referido imposto.

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

## II - Do cálculo do débito e os preços de mercado

24. A Secex/GO, em sua instrução à peça 43, após retificações, calculou os débitos e apurou os respectivos responsáveis, conforme citado no relatório precedente. Foi realizada nova citação, conforme peças 46-53. O débito referente aos pagamentos à empresa Hospfar totaliza R\$ 223.225,90 e a soma das parcelas dos débitos referentes aos pagamentos à empresa Prodiet alcança R\$ 49.500,59.

25. Manifesto-me de acordo com a análise empreendida pela unidade técnica.

26. Quanto ao argumento de defesa referente a não realização da pesquisa mercadológica nestes autos, entendo, em sintonia com a unidade técnica, que a apuração das responsabilidades e do respectivo débito foi realizada de forma adequada e suficiente, com base nos elementos já constantes nos autos, considerando a constatação de que as propostas das empresas só poderiam ser reputadas aceitas se aderentes aos termos do edital, o qual previa a apresentação de propostas com inclusão de ICMS, que seria deduzido no momento do pagamento, resultando em valores inferiores de faturamento, tudo discriminado na nota fiscal.

## III - Da inequívoca forma de pagamento prevista no edital

27. Outro ponto que merece relevo, a corroborar a irregularidade causadora de dano, refere-se, à fórmula de pagamento prevista no edital, já citada anteriormente, a qual não deixa dúvidas sobre a desoneração do ICMS e sobre o fato de que o preço da proposta, no caso específico dos editais de compra de medicamentos pelo Estado de Goiás, deveria contemplar descontos sucessivos a partir do preço parâmetro até chegar a um valor líquido, livre de ICMS, de forma a deixar inequívoca a consideração de que o valor objeto de pagamento seria valor inferior ao valor da proposta (fl. 4, peça 2):

### “XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO

(...)

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

= Preço de Fábrica

(-) Desconto Ofertado

= Subtotal

(-) Desoneração do ICMS

=Total a pagar”

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

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

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

30. A empresa Hospfar tenta afastar o débito imputado nestes autos com base em deliberação deste Tribunal (peça 41), havida em processo julgado por relação da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, sobre o qual foi lavrado o Acórdão 140/2012 - Plenário (TC-009.625/2011-9). Por meio do julgado o Tribunal entendeu ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

31. A questão foi bem examinada no último parecer proferido pelo representante do Ministério Público/TCU (peça 71), cuja manifestação incorporo como razões de decidir, com o acréscimo de informações pertinentes sobre o tema, em relação aos pregões da SES/GO, que faço a seguir. Início reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

“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’.

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

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

§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal’

([http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087\\_02.htm](http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087_02.htm)).

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 314/2005 e os contratos dele decorrentes, pois foram realizados em época que o dispositivo impugnado sequer existia e, por imperativo lógico, não os regeu.

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

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

32. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 224/2005, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os Convênios ICMS já referidos.

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

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

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

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

37. Ocorre que os editais-padrão adotados no Estado de Goiás consideraram a hipótese de incidência do Convênio ICMS 26/2003, optando o Estado de Goiás por comparar propostas oneradas com ICMS. Basta ler o que consta dos itens 5.3, 5.3.1 e respectiva observação, constantes do edital (fl. 49, peça 1).

38. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração, para fins de pagamento, por conta de um convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento, portanto, passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da

isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012 - Plenário, que teve efeitos apenas *ex nunc*, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isso foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

#### V - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

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

40. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio das empresas defendentes, são incontestes alguns fatos contrários ao pleito: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa Hospfar (fl. 11, peça 7): “*Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezesete por cento)*”; b) os preços aceitos pelas licitantes, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordaram as empresas, estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%. Em adição, o MP/TCU adequadamente arremata que “*assim, já estando totalmente isenta de ICMS, as empresas não podem pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%*” (fl. 6, peça 90). Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.

#### VI - Das supostas retenções

41. A questão das retenções foi repetidamente suscitada ao longo da defesa dos responsáveis. Como já dito anteriormente, os valores federais utilizados para custear as aquisições advindas do Pregão 224/2005 foram integralmente empenhados e pagos, ou seja, não foram objeto de retenção, conforme informação constante do Relatório da TCE e Despacho 793/07 exarado no âmbito da Superintendência de Administração e Finanças (fls. 15, peça 24, e 28, peça 19).

42. Passo a tecer comentários adicionais sobre algumas questões suscitadas pelas defesas. Os demais argumentos foram adequadamente rejeitados na instrução da Secex/GO, motivo pelo qual faço remissão às análises transcritas no relatório supra.

#### VII - Prodiet Farmacêutica Ltda.

43. A empresa solicitou que, na eventualidade da condenação em débito, seja feita compensação com créditos que possui junto ao Município de Goiânia/GO (fl. 17, peça 82).

44. Como ressaltado pela Secex/GO, em sendo condenada a ressarcir o erário federal, a empresa deverá devolver os recursos em questão para o Fundo Nacional de Saúde - FNS, não sendo possível a compensação solicitada.

#### VIII - Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

45. As alegações de mérito da empresa partem do argumento básico de que os preços cotados foram apresentados na proposta desonerados do ICMS e na nota fiscal incluiu o valor referente ao imposto (peça 83).

46. Como já devidamente explicado nas análises até aqui realizadas, e conforme disposição editalícia, nos preços constantes das propostas e nos valores adjudicados já estavam incluídos todos os impostos, inclusive o ICMS. Logo, não poderiam as empresas acrescentar o ICMS quando da emissão da nota fiscal. Ao contrário, o valor do ICMS deveria ser abatido, pois, no preço já estava incluso o ICMS.

#### IX - Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros

47. Concordo com a análise da unidade técnica no sentido de que não procedem os argumentos de que a homologação e a autorização de pagamento só ocorreram porque o responsável acreditou na regularidade do processo licitatório e que a empresa estava recolhendo os impostos da maneira devida, tendo sido induzido a erro. Também não procede a tentativa de elidir a responsabilidade com a justificativa de que seus subordinados exorbitaram de suas atribuições (peça 72). É certo que o Sr. Fernando Passos dependia da atuação de seus subordinados para realizar tarefas vinculadas ao ato final de autorização de pagamento da despesa, como a preparação do respectivo processo e a atestação da entrega do material, entre outras. No entanto, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento. Como os processos seguiram seu curso e resultaram na concretização de pagamentos indevidos, conclui-se que, ou o gestor agiu com negligência deixando de efetuar verificações mínimas quando da autorização, ou concordou com o procedimento, atuando de forma conivente.

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

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

49. Os responsáveis apontaram, em peça única (peça 85), as providências adotadas na gestão para retenção da parcela de 17% referente ao ICMS, bem como para realizar auditoria interna e para constituir comissão responsável por apurar as diferenças do ICMS nas contratações da SES. Buscaram demonstrar a sua boa-fé no início da gestão para esclarecer as questões e para compensar os valores pagos indevidamente. Afirmaram que o erário foi recomposto tendo em vista as retenções e compensações. Por fim, alegaram a ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa, e que não lhes parece justo serem solidariamente responsáveis pela recomposição do débito, pois se houve um benefício, este foi incorporado ao patrimônio da empresa contratada.

50. Concordo com a análise da unidade técnica no sentido de que os responsáveis não lograram êxito em comprovar que o erário federal foi ressarcido dos valores pagos indevidamente à Hospfâr, remanescendo o débito em questão. No tocante ao questionamento referente à responsabilidade solidária para recomposição do erário, esta foi definida com base na autorização e execução dos pagamentos na gestão dos responsáveis. Friso que a responsabilidade pelo ressarcimento recai tanto sobre quem eventualmente se beneficiou quanto sobre quem deu causa ao prejuízo.

51. Quanto à conduta dos responsáveis e as medidas adotadas, no tocante à avaliação da boa-fé, tratarei em seção específica a seguir.

#### XI - Da existência/inexistência de boa-fé

52. Relativamente ao juízo acerca da existência da boa-fé, entendo não restar configurada e, por isso, acompanhado, nessa parte, a proposta de julgamento, desde logo, desta tomada de contas especial, conforme parecer produzido pela Secex/GO, com as vênias por divergir do parecer exarado pelo Ministério Público/TCU.

53. Em relação à conduta dos Srs. Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas, a adoção posterior de providências no sentido de tentar impedir a realização de novos pagamentos a maior e de compensar aqueles já pagos, além de restarem frustradas, não representam, por si sós, elementos capazes de atestar suposta boa-fé. Depois de efetivamente documentada e apontada a falha no pagamento, não restaria outra alternativa aos responsáveis, senão cumprir seu dever legal de tentar obstar novos pagamentos.

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

## XII - Da aplicação de multa proporcional ao dano

55. 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.

56. Nesse sentido, forçoso reconhecer que ao menos durante a gestão dos Srs. Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas, esses envidaram esforços no sentido de deixar saldo contratual suficiente à cobertura dos danos apontados na tomada de contas especial, por força, inclusive, de retenções que ulteriormente restaram insubsistentes. Com efeito, foi a partir do reconhecimento de tais medidas, aqui consideradas com as devidas ponderações indicadas no item antecedente, que o nobre representante do Ministério Público, no último parecer exarado nos autos, ofereceu proposta parcialmente divergente da Secretaria, no sentido do reconhecimento de boa-fé.

57. 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.

58. Quanto ao Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, as considerações sobre a conduta negligente do responsável expendidas nas seções anteriores e no relatório precedente indicam os motivos pelos quais resta afastado o reconhecimento da boa-fé.

59. No mesmo sentido, tendo em vista o conjunto de irregularidades e o dano causado, considero adequada a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 às empresas Hospfar e Prodiet, a serem estipuladas em montante equivalente ao valor total do respectivo débito apurado nos autos.

## XIII - Laudo Pericial - Departamento de Polícia Federal

60. Registro o expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 39), cujo teor assinala a existência de laudos periciais sobre preços de medicamentos produzidos pela Polícia Federal. O Laudo pericial 143/2011 - SETEC/SR/DPF/GO, referente ao Pregão 224/2005, encontra-se encartado às fls. 5-39, peça 39.

61. O Laudo Pericial confirma que as empresas Hospfar e Milênio emitiram as notas fiscais majorando os valores dos produtos adjudicados, para, em seguida, aplicar a desoneração do ICMS, de forma que os valores pagos fossem iguais a esses valores, ferindo as regras do edital, do Convênio ICMS 87/02 Confaz e Decreto 5.702/2002, trazendo prejuízos ao erário (fls. 29-30, peça 39). Ressalto que a empresa Milênio não foi citada em razão do baixo prejuízo apurado nesta TCE.

62. Em relação à Prodiet, consta do Laudo a informação de que não foram localizadas as notas fiscais emitidas pela empresa (fl. 32, peça 39) na documentação encaminhada. Ressalto, contudo, que

tais notas fiscais constam dos presentes autos às fls. 52-97, peça 20, tendo servido de base para o cálculo do prejuízo ao erário federal.

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

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

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

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI  
Relator