GRUPO II - CLASSE IV – Plenário
TC-004.562/2010-0
Natureza: Tomada de contas especial
Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO)
Responsáveis: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21), Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (03.553.585/0001-65), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00), Luiz Antonio Aires da Silva (118.366.601-20) e Fernando Passos Cupertino de Barros (195.630.601-30).
Representação Legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805); Milena Gilberti (OAB/GO 21.795E); Marcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB/GO 25.000); Fabrício David de Souza Gouveia (OAB/GO 22.784); Sueli Pereira de Souza (OAB/GO 25.759); Fernanda Marques Lombardi (OAB/GO 21.640-E) e outros.

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 ESTE 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. 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 Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., nos valores históricos totais de R$ 277.298,02 e R$ 1.493,25 (fls. 6, p. 19), respectivamente, para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 175/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 175/2005, 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 (fls. 33 - peça 4).

3. Todavia, além da identificação da existência de medicamentos com preços superiores aos que então balizavam o mercado, foi constatado que as empresas Hospfar e Milênio, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentaram 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.

4. Ressalte-se que o procedimento de aplicação indevida do valor do ICMS repetiu-se em diversas outras aquisições ocorridas no âmbito da SES/GO. Diante das apurações procedidas, a unidade estadual efetuou a retenção de valores já faturados em vários casos.

5. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu pela existência de dano e a responsabilização dos Srs. Fernando Passos Cupertino e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Saúde, e do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, por autorizarem os pagamentos, bem como do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, e das empresas beneficiárias Hospfar e Milênio (fls. 4/5, p.19).

6. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Srª Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (fls. 16, p. 19).

7. No âmbito deste Tribunal, o processo foi instruído tendo a Secex/GO concluído pela exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, pelo fato de o débito ter ocorrido no momento do pagamento e não quando da licitação.

8. Em razão das ocorrências que resultaram em dano financeiro, a unidade técnica promoveu as citações dos responsáveis: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (ofício 418/2011: peça 31, p. 10-12; resposta: peça 32, p. 5-50 e peça 33, p. 1-48); Cairo Alberto de Freitas (ofício 415/2011: peça 31, p. 22-24; resposta: peça 34, p. 14-46), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 416/2011: peça 31, p. 19-21; resposta: peça 34, p. 14-46), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 414/2011: peça 31, p. 16-18; resposta: peça 31, p. 40-51 e peça 32, p. 1-4) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 417/2011: peça 31, p. 13-15; resposta: peça 31, p. 25-29).

9. Foi ainda reconhecido o cometimento de irregularidades não ensejadoras de débito (ausência da prévia formalização do instrumento contratual e inobservância da fonte orçamentária prevista em edital licitatório), razão por que foram convocados em audiência os seguintes responsáveis: Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 283/2010: peça 20, p. 41; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2), Cairo Alberto de Freitas (ofício 284/2010: peça 20, p. 43; resposta: peça 27, p. 17-32), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 286/2010: peça 20, p. 47; resposta: peça 27, p. 17-32) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 285/2010: peça 20, p. 45; resposta: peça 22, p. 1-11).

10. Após a audiência e citação regular dos responsáveis para apresentar razões de justificativa e alegações de defesa ou recolher aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias indicadas nos respectivos ofícios, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor estes optaram por apresentar as devidas alegações de defesa, que foram analisadas pela Secex/GO conforme a seguir:

> **"EXAME TÉCNICO**
>
> **a) Superfaturamento de medicamentos**
>
> 9. A última proposta de citação sobre o tema (peça 42, p. 6-7) remete a dois grupamentos de responsabilidade. Quanto ao grupamento que envolve a empresa Hospfar e os responsáveis solidários, as citações foram realizadas por meio dos ofícios Secex/GO 290/2012 ao 295/2012 (peças 45-50), tendo havido respostas, exceto quanto ao Sr. Adriano Kennen de Barros (peças 49, 56, 57, 66 e 67). No que se refere ao grupamento da empresa Milênio, somente expediu-se ofício citatório com relação a esta (peça 51), não se convocando os responsáveis que lhe solidarizam. Tal circunstância poderia ensejar nesta oportunidade proposta de renovação do procedimento de citação.
>
> 10. Todavia, depois de exame mais acurado dos presentes autos, motivado, principalmente, pela orientação emanada pelo Relator, no sentido de que as instruções de todas as tomadas de contas especiais decorrentes da determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

45/2008 – Plenário se balizassem por critérios de avaliação uniformes, há de se reconhecer a existência nos presentes autos de evidências capazes de afastar a irregularidade tratada neste tópico.

11. A irregularidade foi identificada a partir da constatação de que o resultado final do Pregão 175/2005 (peça 18, p. 9-18), proclamado em 14/7/2005, não observou a estimativa de preços previamente produzida (peça 2, p. 46). Conforme relatado em instrução, a estimativa vincula o acolhimento da proposta, a menos que houvesse formal justificativa; como tal exigência não foi cumprida em ata, considerou-se configurada a irregularidade. Ocorre que há evidências de que este cuidado foi observado no curso do respectivo processo administrativo que tramitou na SES/GO, de modo que, embora a licitação já houvesse sido homologada, a aquisição só seguiu o seu curso depois que foi atestada a compatibilidade dos preços ofertados ao mercado.

12. Por meio do Despacho 1948/2005 – GJ/SES de 6/9/2005, foi solicitado parecer técnico sobre os preços adjudicados (peça 12, p. 1), do que resultou sua comparação com as seguintes referências: preço fábrica, banco de dados do Ministério da Saúde e preço máximo ao consumidor (peça 12, p. 2-5). Observa-se que os preços adjudicados não superam esta última referência. Em seguida, houve um pronunciamento consubstanciado no Despacho 1217 CPL/SUPEX/SES, em que se analisam as dificuldades de se obter uma referência justa de mercado, uma vez que o próprio parecer reconhece que a estimativa prévia que balizou a licitação continha preços ultrapassados; por isso conclui que os preços teriam observado o critério da razoabilidade (peça 12, p. 24-25). As empresas fornecedoras foram então chamadas a justificarem seus preços, bem como foram buscadas referências adotadas por outras instituições públicas (peça 12, p. 29-47). Com base no referido lastro informativo e ainda tendo anuência da Assessoria Jurídica da SES/GO para que deliberasse sobre o assunto, o então secretário reconheceu a compatibilidade ao mercado e autorizou a emissão das notas de empenho (peça 13, p. 6-8).

13. Não nos parece adequado questionar sobre a correção da referida justificativa, porque isso levaria a uma investigação de difícil solução, no sentido de identificar qual seria a referência correta de preços para aquisição de medicamentos no setor público. Sob o ponto de vista jurídico, essa questão encontrou uma referência normativa de certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1.146/2011 – P, indicou as referências praticadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa como parâmetro para o controle de preços. Mesmo assim, o tema continua gerando muitas dificuldades. Segundo levantamento posteriormente realizado por esta Corte em vários estados da federação, sob a coordenação da 4ª Secex, entre cujos objetivos se encontrava a avaliação da tabela CMED enquanto instrumento hábil para aferição de preços, foram verificadas graves dificuldades na sua utilização como parâmetro nas aquisições de medicamentos processadas em âmbito público. Isso conduziu a uma deliberação de certo modo contraditória ao decisório acima aludido, cujo teor parece indicar a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de cálculo para avaliação de preços, pautada por pesquisas de preços devidamente fundamentadas (Acórdão 140/2012 – P, inserido na Relação 2/2012 – P; TC-009.625/2011-9).

14. Portanto, parece-nos de impossível solução a questão de se indicar uma específica referência de preços praticada pelo mercado, a qual possa balizar uma adequada apreciação sobre a conformidade dos preços praticados numa licitação de muitos anos atrás. Ainda que a utilização em tempo atual do parâmetro ditado pelos preços máximos ao consumidor seja questionável, pode-se constatar, neste caso, que a apuração promovida pela SES/GO cumpre com a obrigação de justificativa de preços, exigida pelo decreto regulamentador do pregão.

b) Cobrança indevida de tributo

15. Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos (ofício 279/2010: peça 20, p. 36; resposta: peça 22, p. 12-26) em solidariedade com os srs. Cairo Alberto de Freitas (ofício 271/2010: peça 20, p. 15; resposta: peça 26, p. 40-50 e peça 27, p. 1-16), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 274/2010: peça 20, p. 23; resposta: peça 26, p. 40-50 e peça 27, p. 1-16), Fernando Passos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

Cupertino de Barros (ofício 268/2010: peça 20, p. 7; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 278/2010: peça 20, p. 34; resposta: peça 22, p. 1-11);

- Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (ofício 280/2010: peça 20, p. 38-40; ofício 418/2011: peça 31, p. 10-12; respostas: peça 23, p. 2-50; peça 24; peça 25; peça 28; peça 29, p. 1-31; peça 32, p. 5-50 e peça 33, p. 1-48) em solidariedade com Cairo Alberto de Freitas (ofício 415/2011: peça 31, p. 22-24; resposta: peça 34, p. 14-46), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 416/2011: peça 31, p. 19-21; resposta: peça 34, p. 14-46), Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 414/2011: peça 31, p. 16-18; resposta: peça 31, p. 40-51 e peça 32, p. 1-4) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 417/2011: peça 31, p. 13-15; resposta: peça 31, p. 25-29).

16. O instrumento convocatório do aludido pregão expressamente determinava, por meio do item 5.3, que os preços 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 promover em seguida sua dedução, o que levou ao pagamento de notas fiscais sem a necessária desoneração, configura indício de débito.

b.1) Alegações de defesa da empresa Milênio e respectiva análise

17. A empresa declara, inicialmente, que os dispositivos legais apontados em ofício citatório, os quais teriam sido violados, não têm correlação com a irregularidade ali nominada. De fato, conforme assinalado em instrução inicial (peça 19, p. 38-39), os arts. 48, II e 67, § 1º da Lei 8.666/1993 e art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000 têm correlação com a irregularidade relativa ao superfaturamento de medicamentos, sendo que a irregularidade em foco diz respeito especificamente à violação do item 5.3 do edital, conforme está consignado na descrição do ato impugnado. Portanto, desconsideram-se os referidos dispositivos legais, levando-se em conta que sua alusão não prejudicou o exercício do direito de defesa.

18. Quanto aos argumentos apresentados pela empresa especificamente relacionados ao tema, tem-se a constatar que todos eles se centram na interpretação de que o referido dispositivo do edital é inaplicável, considerando o fato de que se trata de medicamento desonerado da incidência do ICMS, conforme deliberação do Confaz, o que tornava sem sentido obrigar a empresa a apresentar uma proposta em que sua incidência estivesse contemplada para depois ter de subtraí-lo quando da emissão da fatura. Além disso, a empresa considera que declaração apresentada por ocasião do certame licitatório, na qual afirma que sua oferta de preço não contempla a incidência do tributo, a eximiria da obrigação de descontar o valor do tributo quando da emissão da fatura.

19. Considera-se improcedente o argumento, porquanto se trata de uma injustificável violação a preceito editalício a que expressamente se vinculam todos os atos licitatórios. A empresa estava obrigada a deduzir a alíquota de ICMS do valor cotado na ocasião em que emitisse a fatura. Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contempla tal incidência, não se reconhece à vontade particular capacidade derrogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

b.2) Alegações de defesa da empresa Hospfar e respectiva análise

20. Em suas manifestações iniciais, a empresa requer providências concernentes à extinção do processo ou à sua devolução para a secretaria estadual de saúde, tendo em vista, respectivamente, a consideração de que foi promovida a retenção do imposto de ICMS ou de que há necessidade de produzir provas suplementares no âmbito daquela pasta. Entende-se que os

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

elementos constantes dos autos já permitem apreciação de mérito e a questão da retenção do imposto será tratada no curso deste exame.

21. Logo no início da peça principal de defesa, autuada em seguida aos requerimentos iniciais, a defendente procura descaracterizar a tipicidade do ato impugnado, conforme consta em ofício citatório, porquanto o teor de 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. Tal como foi arguído pela empresa Milênio, a Hospfar também faz referência à inaplicabilidade dos dispositivos mencionados em ofício citatório.

22. 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 os levou a apresentarem 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.

23. Também a defesa discorre sobre um 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 pelo defendente.

24. 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, conforme atestavam as declarações apresentadas pelos licitantes, impunha-se a ação prescrita no art. 48, I da Lei 8.666/1993. 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.

25. Faz menção à existência de legislação tributária que lhes 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 oneração 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.

26. A par de requererem o acolhimento de suas alegações, no especial sentido de que a cobrança da dívida, da forma imputada, favoreceria o enriquecimento ilícito da administração pública, argumenta que as ações adotadas pela empresa sempre foram informadas pela boa-fé. Por fim, faz juntar dois pareceres jurídicos, cujos teores versam sobre o assunto tratado nestes autos. As conclusões alcançadas pelos pareceristas confirmam as teses demonstradas nas alegações de defesa.

27. Deter-se-á, inicialmente, na questão das retenções do pagamento do ICMS, supostamente promovidas pela SES/GO, cujas implicações conduziriam à extinção do débito, vez que os valores retidos superariam os valores cobrados. A alegação não procede, pois as retenções, mesmo que tivessem sido promovidas, não alteram o fato de que as notas fiscais relacionadas ao débito 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

sejam restituídos. Além disso, resposta da SES/GO à diligência promovida por esta unidade técnica dá notícia de que não há retenção (peça 41, p. 2).

28. A respeito da interveniência de órgão de controle federal na cobrança da dívida, tendo em vista a suposta coparticipação do orçamento estadual na aquisição dos medicamentos, tem-se a dizer que o tema está devidamente esclarecido na instrução inicial, levando-se em conta que o débito foi calculado com base na proporcionalidade de participação dos recursos federais.

29. Sobre o amplo conjunto dos demais argumentos de defesa, especialmente aqueles relacionados 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.

30. 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 de 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.

31. 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.

32. Resta saber sobre a repercussão da declaração da empresa licitante, segundo a qual admitia expressamente que não estavam cumprindo a referida exigência editalícia em sua proposta de preço. O argumento que se aplica aqui é o mesmo utilizado na apreciação da empresa Milênio, acima exposto. Importa afirmar que a adjudicação e a homologação do aludido pregão significaram a prevalência de sua própria disciplina, já que as mencionadas declarações de modo algum têm aptidão jurídica para revogar a lei interna da licitação.

33. 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.

b.3) Alegações de defesa dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e respectiva análise

34. A argumentação conjuntamente apresentada por ambos os responsáveis procura destacar, inicialmente, que suas ações enquanto dirigentes da pasta – o Sr. Cairo, enquanto secretário estadual e o Sr. Antônio Durval, enquanto superintendente financeiro – foram caracterizadas pela adoção de providências visando a apuração da irregularidade. Nada obstante, defendem que as declarações apresentadas pelas licitantes, no sentido de que os preços cotados já se

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

encontravam desonerados, respaldaria o pagamento realizado às empresas. Também consideram que a interrupção do pagamento resultaria na grave situação de desabastecimento de medicamentos, o que tornaria justificável seus atos. Por esse motivo, assinalam que o atributo da boa-fé, presente nos atos administrativos por ele praticados, os eximiria de qualquer responsabilidade.

35. De qualquer sorte, consideram que a tomada de contas especial teria seu objeto comprometido desde o início, já que as retenções promovidas pela SES/GO alterariam a dívida. Por fim, consideram que as empresas fornecedoras deveriam ser as únicas responsabilizadas por terem sido, de fato, as beneficiárias da irregularidade.

36. A respeito do conteúdo das alegações de defesa, aplicam-se a ele o exame pertinente à defesa das empresas envolvidas, acima subscrito. Isso porque lhes era igualmente 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 imputáveis. Resta esclarecer, todavia, que a irregularidade se materializa quando do pagamento das faturas, do que resulta que o vínculo obrigacional somente alcança as faturas pagas no período em que ocuparam os respectivos cargos. Conforme dispõem os atos de nomeação e de exoneração dos dirigentes (peça 68), o período de gestão referente ao Sr. Cairo Alberto de Freitas está compreendido entre as datas de 30/6/2006 e 31/7/2008, e o referente ao Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges está compreendido entre as datas de 1/8/2006 e 22/7/2008. Como foram citados para responder, solidariamente, pelo valor total do débito, deve-se nesta oportunidade responsabilizá-los apenas quanto às faturas pagas durante o seu período de gestão.

b.4) Alegações de defesa do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros e respectiva análise

37. Quanto à irregularidade tratada neste tópico, o responsável faz alusão, principalmente, ao fato de que seu ato de homologação ao procedimento licitatório não caracteriza qualquer irregularidade. Isso porque entende que as propostas, por estarem desoneradas de ICMS, conforme declaração dos licitantes, estariam regulares. Também alega que não assinou os atos de pagamento dos medicamentos, e sim seu sucessor; por isso não pode ser questionado por eles. Apesar do argumento, considera que a urgência no fornecimento dos medicamentos justificaria os atos de aquisição. Sendo assim, considera inexistente nos autos qualquer ato que tipifique conduta culposa, do que decorreria a ausência de pressupostos para configurar sua responsabilidade.

38. A argumentação é inconsistente porque insiste em relevar a exigibilidade contida em edital. Como visto, era induvidosa a obrigação de que o faturamento se desse com base nos preços propostos, subtraindo-se destes a parcela correspondente ao tributo de ICMS. Não tendo sido observada tal exigência, o ex-secretário estadual da saúde deve responder pelos pagamentos realizados durante seu período de gestão. Ao contrário do que afirma, os pagamentos que se incluem no referido período (entre 27/7/1999 e 30/6/2006 – peça 68) estavam sob sua responsabilidade. Como foi citado para responder, solidariamente, pelo valor total do débito, deve-se nesta oportunidade responsabilizá-lo quanto às faturas pagas durante o seu período de gestão.

b.5) Alegações de defesa do Sr. Luiz Antonio Aires da Silva e respectiva análise

39. No que concerne ao tema, a defesa do responsável alega, de início, que se houve irregularidade esta se vincularia ao procedimento licitatório, por ter admitido que fossem cotados preços desonerados de ICMS. Nada obstante, alega também que havia grande controvérsia quanto à exigência de que a proposta apresentasse preços desonerados, o que tornaria justificável o procedimento. Também argumenta que o ordenador da despesa era o secretário de saúde, de modo que, enquanto superintendente financeiro, não pode ser responsabilizado. Por fim, além do fato de somente poder ser responsabilizado pelos pagamentos realizados durante seu período de gestão, faz alusão sobre a existência de um processo amigável de compensação com as empresas fornecedoras no âmbito da SES/GO, o que prejudicaria o curso da presente tomada de contas especial.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

40. Entende-se, a respeito, não existir razão para se vislumbrar na licitação a causa para a irregularidade aqui analisada, uma vez que ela somente se materializa quando do pagamento. Como exposto nesta instrução, não se consideram juridicamente hábeis os supostos efeitos das mencionadas declarações dos licitantes, como que uma declaração unilateral, contida no conjunto de documentos licitatórios, pudesse revogar uma explícita exigência do edital. Competia ao gestor somente autorizar o pagamento – atribuição que lhe pesava enquanto superintendente financeiro – depois de comprovado que o valor líquido a ser faturado correspondia ao valor da ordem de fornecimento, deduzida a alíquota do ICMS. De qualquer sorte, a dívida imputada ao responsável deve somente alcançar as faturas pagas durante o seu período de gestão (entre 13/10/2003 e 24/7/2006 – peça 68).

c) Execução irregular de despesas

41. Foram chamados a se explicarem os seguintes responsáveis:

- Fernando Passos Cupertino de Barros (ofício 283/2010: peça 20, p. 41; resposta: peça 30, p. 32-49 e peça 31, p. 1-2); Cairo Alberto de Freitas (ofício 284/2010: peça 20, p. 43; resposta: peça 27, p. 17-32), Antônio Durval de Oliveira Borges (ofício 286/2010: peça 20, p. 47; resposta: peça 27, p. 17-32) e Luiz Antonio Aires da Silva (ofício 285/2010: peça 20, p. 45; resposta: peça 22, p. 1-11).

42. O tema diz respeito às circunstâncias relacionadas ao processamento das despesas relativas ao pregão, as quais prescindiram da prévia formalização do instrumento contratual e também não se ativeram à dotação orçamentária prevista em edital (fonte estadual: '00'), por conta do aproveitamento de recursos federais (fonte '23'). Esta última irregularidade tem repercussão com a frustração do caráter competitivo do certame licitatório, já que o financiamento federal poderia atrair maior número de interessados.

c.1) Razões de justificativa e respectiva análise

43. Os argumentos produzidos pelos responsáveis remontam, de maneira geral, às circunstâncias emergenciais de fornecimento de medicamentos, o que levou à subscrição de notas de empenho e a pagamentos, cujos teores fazem referência a um contrato que não existia e ao aproveitamento de recursos federais (peça 13, p. 6-8 e peça 15, p. 8-9). Tem-se a destacar, diante das evidências que apresentam, que todos esses atos não foram adotados imotivadamente, tanto porque havia gestões originárias do ministério público estadual, que defendia os interesses da população necessitada, quanto porque as decisões tomadas no âmbito da SES/GO se mostraram amparadas por rotinas de consulta junto a gerências especializadas e à procuradoria estadual. Consta, nesses despachos, a possibilidade de que a nota de empenho substituísse o instrumento contratual, enquanto não outorgado pela procuradoria, bem como a do aproveitamento da fonte orçamentária federal, em face da insuficiência de recursos estaduais.

44. Considera-se que as justificativas apresentadas atenuam a gravidade das imputações. Opina-se, desse modo, pelo acolhimento das razões de justificativa, sem prejuízo do órgão ser alertado sobre o caráter irregular de tais ocorrências.

d) Laudo pericial

45. A Procuradoria da República em Goiás encaminhou a esta unidade técnica cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de se colherem esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 175/2005 (peça 69).

46. Em termos gerais, o laudo confirma o entendimento exposto nesta instrução, no sentido de que é inequívoca a exigibilidade dos pagamentos com base nos preços adjudicados, devendo ser subtraída a parcela financeira correspondente ao tributo de ICMS. Nada obstante, faz-se nesta oportunidade apenas uma ressalva a uma parte do teor da perícia, para deixar clara a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

47. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição das propostas das empresas que eventualmente declarassem contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido objeto de recurso ou expressamente arguída pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

48. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a merecer formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica toma como indicativo de débito apenas as despesas concernentes ao pagamento indevido de tributo, conforme citações propostas nas duas instruções iniciais (peça 19, p. 35-40 e peça 31, p. 3-4), levando-se em conta a pertinência dos atos de pagamento das respectivas faturas com os períodos de gestão dos responsáveis.

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

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

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresas, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 175/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

c) condenar os responsáveis ao recolhimento das dívidas que se lhes referem ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até a do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, o recolhimento do débito;

c.1) solidariedade entre Fernando Passos Cupertino de Barros, Luiz Antonio Aires da Silva e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R$)	Data
086472	42.430,80	29/03/2006
085718	952,50	29/03/2006
092075	4.102,78	29/03/2006

NF	Valor (R$)	Data
092989	625,22	29/03/2006
097523	3.721,06	11/05/2006

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R$)	Data
100236	3.061,88	31/07/2006
101450	796,82	31/07/2006
101183	521,02	31/07/2006
103092	197,31	31/07/2006

c.3) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

NF	Valor (R$)	Data
106062	2.449,98	28/08/2006
106097	416,81	28/08/2006
089463	206.727,41	16/04/2007

c.4) solidariedade entre Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R$)	Data
034193	1.359,96	17/04/2006

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e às empresas Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

e) alertar a Secretaria da Saúde do Estado de Goiás que o processamento das despesas relativas à aquisição medicamentos por intermédio de recursos federais, sem o devido instrumento contratual ou sem fazer constar a origem federal dos recursos em edital licitatório constitui infração legal (arts. 3º e 54 da Lei 8.666/1993) – tais irregularidades foram identificadas nas despesas relativas ao Pregão SES/GO 175/2005;

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

g) 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 Ministério Público/TCU, representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, assim se manifestou, conforme excerto a seguir (peça 73):

"Trata-se de tomada de contas especial instaurada por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, contra os srs. Cairo Alberto de Freitas (ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, de 30.6.2006 a 31.3.2008), Antônio Durval de Oliveira Borges (Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde – GO, de 1º.8.2006 a 22.7.2008), Fernando Passos Cupertino de Barros (ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, de 27.7.1999 a 30.6.2006), Luiz Antônio Aires da Silva (Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde – GO, de 13.10.2003 a 1º.8.2006); e Adriano Kennen de Barros (Pregoeiro – GO, nomeado pela Portaria 152/2004 – GAB/SES) e contra as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS.

O motivo da instauração deste procedimento foram irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, que consistiram em superfaturamento na aquisição de remédios e em pagamentos irregulares feitos às empresas Hospfar e Milênio, no âmbito dos Contratos 200/2005 e 2001/2006 (peça 13, pp. 14/26), decorrentes do Pregão 175/2005, cujo objeto era o fornecimento de medicamentos para o Centro de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES.

Como parte dos pagamentos foi financiada com recursos federais, os autos foram encaminhados a esta Corte Federal de Contas, procedendo-se à citação das empresas e dos agentes

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

públicos responsáveis (peças 20/21 e 45/51).

Os responsáveis apresentaram alegações de defesa, à exceção do Sr. Adriano Kennen de Barros.

Por determinação de Vossa Excelência, foi juntado aos autos despacho prolatado no TC-004.589/2010-6, em 4.4.2011, com o objetivo de que fosse aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO (peça 40).

Eis o teor do referido despacho:

'Com fundamento no art. II da Lei 8.443/92, objetivando determinar a efetiva existência do débito apontado nos autos, solicito que essa unidade técnica:

a) analise os valores dos medicamentos sob análise nesses autos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar envolvendo mesmos produtos (item 58 da instrução);

b) compare os valores cobrados pela Hospfar, ou outras empresas, nas notas fiscais tidas por regulares com aqueles cobrados nas notas fiscais tidas por irregulares, incluindo na comparação os termos das respectivas propostas (itens 16 e 17 da instrução);

c) solicite informações à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás sobre os fundamentos da 'retenção de crédito' da empresa Hospfar - se pagamento indevido de ICMS nas transações de que se cuida (itens 36 e 37 da instrução) e sobre o destino dado, ou a ser dado, a tais valores - se restituídos à conta do SUS, se compensados em outras aquisições dc medicamentos, etc.);

d) apresente nova instrução nos autos, retificando ou ratificando as conclusões anteriormente oferecidas'.

A unidade técnica, depois de analisar as defesas apresentadas, propôs, em uníssono (peças 70 e 71)

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

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresas, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 175/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

c) 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;

[...]

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e às empresas Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

e) alertar a Secretaria da Saúde do Estado de Goiás que o processamento das despesas relativas à aquisição medicamentos por intermédio de recursos federais, sem o devido instrumento contratual ou sem fazer constar a origem federal dos recursos em edital licitatório constitui infração

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

legal (arts. 3º e 54 da Lei 8.666/1993) – tais irregularidades foram identificadas nas despesas relativas ao Pregão SES/GO 175/2005;

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

g) 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'.

O Ministério Público anui, em parte, às conclusões da unidade técnica.

II

No que se refere ao indício de superfaturamento na aquisição de medicamentos, o Ministério Público aquiesce, na íntegra, à análise empreendida pela unidade técnica no sentido de que os preços adjudicados não superavam as referências indicadas no processo do Pregão 175/2005, bem como de que foi cumprida a obrigação de justificativa de preços exigida pelo decreto regulamentador do pregão, e que, desse modo, o superfaturamento não foi confirmado.

III

Em relação à cobrança indevida de tributo, inicialmente, cumpre destacar que, 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 tratem de fatos em comum aos processos podem sempre ser aproveitados.

Considerando que o TC-001.922/2009-5 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:

'Ignora a unidade técnica que 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 Hospfar e a Prodiet, 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'.

Considerando 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.

Ainda, levando-se em conta que não houve '*retenção de crédito*' (peça 41, p. 2), o débito

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

apurado ainda persiste.

IV

No que tange à defesa apresentada pela Hospfar, cabe tecer algumas considerações, que são aproveitadas à defesa da empresa Milênio, haja vista as contratadas apresentarem argumentos muito semelhantes.

Após algumas preliminares que foram adequadamente refutadas pela Secex/GO, a empresa alega 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 175/2005 contém a seguinte observação (peça 3, 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).

Ora, é claro, então, que o edital não previa a incidência de ICMS, 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.

É verdade que o edital se refere ao Convênio 26/2003, em vez de ao 87/2002, que é o aplicável à espécie. Mas é de todo evidente que, exatamente pelo motivo levantado pela empresa responsável, a necessidade imperativa de observância da lei, o mesmo procedimento aplicável no caso do primeiro deveria ser reproduzido no do segundo, pois ambos determinavam a desoneração do ICMS.

É totalmente despropositada, pois, a assertiva de que o edital previa a incidência de ICMS sobre os preços ofertados pelos licitantes.

A seguir, a Hospfar alega que, se a sua proposta desatendeu os requisitos do edital, deveria ter sido desclassificada 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.

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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

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%. A própria empresa, aliás, demonstra estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%.

Destaca a empresa responsável 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. No Relatório Conclusivo da Comissão de TCE encontra-se realmente a afirmação de que não haviam sido verificados indícios de dano ao erário, '*no tocante aos valores contratados*', visto que estavam de acordo com os valores de mercado. Porém, ao consultar-se as tabelas em que se baseia essa afirmação, percebe-se que a Comissão se refere 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%').

Ao contrário do que alega a empresa, pois, a verificação dos preços de mercado também demonstra que, ao deixar de desonerar seus preços do ICMS, agindo em flagrante desacordo com a legislação, a empresa causou expressivo prejuízo ao erário.

A empresa alega, ainda, que à conta do Programa de Medicamentos Excepcionais, o Ministério da Saúde transfere mensalmente aos Estados valores fixos, apurados com base na remuneração de cada medicamento definido em tabela e nos quantitativos de Autorizações de Procedimentos de Alta Complexidade – Apacs. Esses valores, porém, não são suficientes para cobrir nem sequer 70% dos custos de aquisição dos medicamentos. Assim, no caso questionado, não teria havido mau uso de verbas federais, pois o Ministério da Saúde não teria gasto um centavo sequer além do valor fixo já previsto.

O argumento é improcedente, pois é claro que, seja qual for a proporção em que dividam as despesas com os medicamentos considerados, tanto a União quanto os Estados sofrem prejuízo caso lhes seja cobrado preço além do devido. No caso das presentes contas, com a falta de desoneração do ICMS, tanto a União quanto o Estado adquiriram 17% menos de medicamentos do que poderiam caso a legislação tivesse sido corretamente aplicada. Isso configura dano ao erário das duas entidades, que, nos termos da lei, deve ser recomposto pela empresa fornecedora e pelos demais responsáveis.

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

O Ministério Público entende necessário, todavia, reforçar alguns pontos e destacar alguns aspectos que mereceram menor atenção da unidade técnica.

O Sr. Marçal Justen Filho argumenta que o Convênio ICMS 87/2002, recepcionado pelo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

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 encaminhou outra, em que afirmava textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*' (peça 15, p. 14).

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

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

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

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

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

percentuais), o Ministério Público destaca que esse argumento já constava da defesa inicial da Hospifar, o qual já foi devidamente analisado e rebatido neste parecer.

A empresa Milênio também alegou que, caso haja condenação, o percentual de devolução corresponderia a 10% e não aos 17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6°, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8°, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE. A este argumento, bem como aos demais, que se assemelham aos apresentados pela Hospfar, o Ministério Público estende o exame efetuado acima.

Diante do exposto, verifica-se que as alegações de defesa das empresas Hospfar e Milênio não foram suficientes para afastar o débito que lhes foi imputado, em razão dos pagamentos indevidos das despesas vinculadas ao Pregão SES/GO 175/2005, nem tampouco há indícios que permitam caracterizar a boa-fé nas suas condutas. Impõe-se, portanto, o julgamento pela irregularidade de suas contas.

V

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 72), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

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

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

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

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

O Ministério Público reitera 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.

A contratada, por ocasião de sua proposta, encaminhou à SES/GO duas declarações datadas de 14.7.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 (peça 8, p. 37), e a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 8, p. 38).

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 29.12.2005, em que a empresa afirma textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*' (peça 8, p. 30). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplico diante de sua postura ambígua e contraditória.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

Na verdade, verifica-se que a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da empresa Milênio, apresentado em suas alegações de defesa (peça 22, pp. 12/22), de que ofertou proposta de forma clara e expressa sem oneração do ICMS (declaração à peça 8, p.3), visto que, na verdade, a declaração oferecida por ocasião da sua proposta informava que '*nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irreajustáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta*' (peça 7, p. 49).

Transcreve-se, por sua pertinência, o dispositivo do Acórdão 140/2012:

'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. Órgão/Entidade/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. Representação Legal: 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

ICMS e que a competição entre eles considere este valor'.

Cumpre 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 57/2010, com efeitos a partir de 23.4.2010:

'Acrescido o § 6° 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 175/2005 e o contrato dele decorrente, 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.

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

No entanto, no caso do Pregão 175/2005, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 3, 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 diretos e indiretos necessários ao cumprimento do objeto ora licitado, inclusive os decorrentes de troca de produto dentro do prazo de garantia, se for o caso'.

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 3, p. 35).

'5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, **inclusive ICMS**.' (grifos acrescidos).

A minuta de contrato e os contratos, igualmente, traziam essa exigência (peça 4, p. 7 e peça 13, pp. 15 e 22):

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

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

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

Isso diante de um edital e contrato que diziam com todas as letras e acima de qualquer dúvida que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que só na execução

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

contratual se deveria indicar a desoneração do ICMS. Toda a longa peroração desfiada pela empresa até aqui soçobro diante desse fato. O edital é a lei interna das licitações. Toda empresa que delas participa sabe perfeitamente que tem a obrigação de cumpri-lo. Ao optar por não o fazer, sob pretextos variados, incorre nas sanções previstas em lei. É o que, em resumo, se observa no presente caso'.

Dessarte, os novos elementos juntados aos autos em nada auxiliam às contratadas.

VI

No que tange ao Sr. Adriano Kennen de Barros, apesar da sua revelia, o Ministério Público anui à proposta da unidade técnica de que seja excluída sua responsabilidade, pois não tinha como antever que a empresa deixaria de abater o tributo, depois, ao emitir as notas fiscais, de modo a poder tomar qualquer medida preventiva, durante a realização do certame.

VII

O Sr. Luiz Antônio Aires da Silva, em suas alegações (peça 31, pp. 25/8), descreve os estágios dos procedimentos de pagamento na Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, destacando que as despesas eram liquidadas pelo Núcleo de Interface – NI e autorizadas pelo Secretário da Saúde. Em suporte a essas afirmativas, anexa o Decreto 6.616/2007 do Estado de Goiás.

As assertivas sobre a responsabilidade do NI pela liquidação dos pagamentos, a serem verdadeiras, poderiam realmente isentá-lo ou, pelo menos, diminuir muito a sua culpa. Porém, não foram acompanhadas de suporte probatório algum. O decreto anexado, além de não tratar da competência do NI, é posterior à gestão do responsável.

Resta, então, o fato, admitido pelo próprio responsável, de que ele efetuou os pagamentos inquinados, tomando parte, pois, da cadeia causal que conduziu à consumação do prejuízo ao erário federal. Desse modo, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei Orgânica do TCU, deve ser responsabilizado solidariamente com a empresa contratada pelos valores recebidos em excesso por esta.

VIII

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 27, pp. 33/51), apresentaram alegações de defesa para o superfaturamento na aquisição dos medicamentos, irregularidade que, ao ver da unidade técnica e do Ministério Público, restou afastada.

No entanto, em outras TCEs que cuidam do pagamento acrescido, indevidamente, de ICMS, esses responsáveis 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 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

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.

IX

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 (peça 26, pp. 41/50, peça 27, pp. 1/16, e peça 34, pp. 15/46), 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 expresso assentimento da autoridade aos procedimentos levados a cabo durante o processo licitatório e à sua legalidade, sem o qual este não pode consumar-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.

Nas suas defesas adicionais (peça 30, pp. 32/49, e peça 31, pp. 40/51), 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 gestação e consumação dos pagamentos irregulares, de modo que suas alegações não merecem ser acolhidas, com o resultante 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.

X

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

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:

- em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R$)	Data
100236	3.061,88	31/07/2006
101450	796,82	31/07/2006
101183	521,02	31/07/2006
103092	197,31	31/07/2006

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

NF	Valor (R$)	Data
106062	2.449,98	28/08/2006
106097	416,81	28/08/2006
089463	206.727,41	16/04/2007

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.

Decorrido o novo prazo, as contas de todos os responsáveis estarão em condições de julgamento por esta Corte de Contas."

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918707.

VOTO

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

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

3. O caso em tela se refere ao Pregão 175/2005, vencido pelas empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., para fornecer diversos medicamentos.

4. Nesse certame foi aventada a existência de medicamentos com preços superiores aos que então balizavam o mercado, uma vez que alguns medicamentos foram adjudicados por preços superiores àqueles previamente estimados pela administração.

5. Adicionalmente, conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (fls. 33 - peça 4), o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Esse valor onerado com o ICMS tinha o propósito de servir apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto. Ainda, de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela.

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

7. No âmbito deste Tribunal, foram responsabilizados solidariamente pelo débito os Srs. Fernando Passos Cupertino e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Saúde, Luiz Antonio Aires da Silva e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendentes de Administração e Finanças da SES/GO, responsáveis por autorizar os pagamentos indevidos, e as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., beneficiárias dos recursos.

8. Os gestores retro citados também foram chamados em audiência para que se manifestassem quanto às circunstâncias relacionadas ao processamento das despesas relativas ao pregão, as quais prescindiram da prévia formalização do instrumento contratual e também não se ativeram à dotação orçamentária prevista em edital (fonte estadual: "00"), por conta do aproveitamento de recursos federais (fonte "23"). Esta última irregularidade tem repercussão com a frustração do caráter competitivo do certame licitatório, já que o financiamento federal poderia atrair maior número de interessados.

9. Ao analisar as razões de justificativa trazidas pelos gestores, a unidade técnica reconheceu a presença de circunstâncias emergenciais de fornecimento de medicamentos, o que levou à subscrição de notas de empenho e a pagamentos, cujos teores fazem referência a um contrato que não existia e ao aproveitamento de recursos federais (peça 13, p. 6-8 e peça 15, p. 8-9), bem como que os atos questionados não foram adotados imotivadamente, tanto porque havia gestões originárias do ministério público estadual, que defendia os interesses da população necessitada, quanto porque as decisões

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

tomadas no âmbito da SES/GO se mostraram amparadas por rotinas de consulta junto a gerências especializadas e à procuradoria estadual. Também ressaltou que nesses despachos constava a possibilidade de que a nota de empenho substituísse o instrumento contratual, enquanto não outorgado pela procuradoria, bem como a do aproveitamento da fonte orçamentária federal, em face da insuficiência de recursos estaduais.

10. Assim sendo, a Secex/GO manifestou-se pelo acolhimento das justificativas por considerar a presença de atenuantes nas condutas dos responsáveis.

11. No tocante aos eventuais débitos decorrentes de preços de medicamentos superiores aos estimados previamente, a unidade técnica promoveu a citação de todos os envolvidos para apresentarem suas alegações de defesa. Após a devida apreciação destas alegações, a Secex/GO concluiu, conforme os itens 9 a 14 de sua instrução reproduzida como parte do relatório, pela impossibilidade de se indicar uma específica referência de preços praticada pelo mercado, a qual pudesse balizar uma adequada apreciação sobre a conformidade dos preços praticados numa licitação de muitos anos atrás. Reconheceu que, mesmo sendo questionável a utilização, em tempo atual, do parâmetro ditado pelos preços máximos ao consumidor, pôde-se constatar, neste caso, que a apuração promovida pela SES/GO cumpriu com a obrigação de justificativa de preços, exigida pelo decreto regulamentador do pregão.

12. Tal conclusão estribou-se nas evidências de que a aquisição em tela só seguiu o seu curso depois que foi atestada a compatibilidade dos preços ofertados ao mercado e de que as empresas fornecedoras foram chamadas a justificar seus preços, bem como foram buscadas referências adotadas por outras instituições públicas (peça 12, p. 29-47). Com base no referido lastro informativo e ainda tendo anuência da Assessoria Jurídica da SES/GO para que deliberasse sobre o assunto, o então secretário reconheceu a compatibilidade ao mercado e autorizou a emissão das notas de empenho (peça 13, p. 6-8).

13. Quanto ao mérito desta TCE, acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de danos ao erário decorrentes do acréscimo indevido do percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado quando do faturamento dos medicamentos, os quais se imputam em solidariedade aos agentes públicos e às empresas fornecedoras dos medicamentos licitados.

14. Relativamente à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante. Como visto no relatório precedente, a unidade técnica não a reconhece, propondo desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, ao passo que o Ministério Público, conforme o parecer produzido pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou-se por reconhecer a boa-fé dos gestores, de modo que propõe a rejeição das alegações de defesa desses com a concessão de novo e improrrogável prazo para o recolhimento do débito atualizado.

15. Por apresentarem-se adequadas, as análises da unidade técnica e do *Parquet* podem ser incorporadas às razões de decidir neste processo. Também acolho as providências propostas pela unidade técnica, exceto quanto à sugestão de aplicação de multa, conforme exposto adiante.

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

17. Assim, passo a tecer comentários adicionais sobre as questões mais relevantes suscitadas pelas defesas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

I - Hospfar - Argumentos Preliminares: Do ato impugnado. Dispositivos violados

18. Alega a empresa citada que a tipificação correta para o caso seria a violação ao Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, pelo caráter de especificidade deste convênio que indica os medicamentos questionados em seu anexo único, em detrimento da tipificação realizada na citação, referente ao Convênio Confaz ICMS nº 26/2003.

19. De fato a especificidade dada pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002 habilita esta norma para efeitos de tipificação nestes autos. Todavia, a tipificação serve de orientação na busca do enquadramento do fato com finalidade de se buscar a verdade real destes, oportunizando à defesa e à acusação o debate sobre o fato ocorrido, para que as evidências sejam acatadas ou refutadas no decorrer da análise processual, que culmina com a obtenção do mérito a ser proferido no julgamento das contas. De modo que, uma vez trazida à tona a correta tipificação das irregularidades ocorridas, tendo inclusive a defesa apresentado alegações no sentido de rebater tal tipificação, corrigida. Tal rigor formalista não tem o poder de dissuadir a irregularidade cometida pela citada, que resultou em débito ao erário federal, e não redundou em prejuízo à defesa daquela.

II - Hospfar – Argumentos Preliminares: Falta de tipicidade para Tomada de contas especial

20. A defesa alega (p. 23, fls. 14) que os preços dos medicamentos em questão vendidos no pregão nº 175/2005 foram praticados de acordo com os preços de mercado à ocasião, salientando a observação constante em parecer da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás de que houve economia com relação aos preços praticados em outros procedimentos. Continua sua defesa, alegando que os preços apresentados já estavam desonerados do ICMS e que os preços apresentados, portanto, por estarem compatíveis com os de mercado, não apresentam indícios de superfaturamento ou qualquer outra irregularidade que pudesse dar causa à Tomada de Conta Especial. Nesta argumentação pretende demonstrar que a TCE não apresenta todos os elementos constitutivos necessários para o seu procedimento.

21. A questão seria favorável à defesa, caso os indícios de prejuízo ao erário não fossem demonstráveis. Contudo, o que se apresenta nos autos é o oposto, pois dos diversos pagamentos feitos à empresa, alguns foram feitos de maneira correta, ou seja, com o valor referente ao ICMS desonerado. Outros, porém, os cobrados nesta TCE, referem-se a valores pagos sem a desoneração do ICMS, ou seja, valores com a nota fiscal cheia, conforme pode-se averiguar no Relatório Conclusivo nº 008/2009 (p. 18, fls. 27 e seguintes) na Planilha que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Portanto, não se configura a descaracterização dos pressupostos de validade de instauração deste procedimento.

III - Hospfar e Milênio - Alegação de Mérito: Cotação de preços desonerados conforme declaração

22. O principal argumento de mérito trazido pelas empresas constituiu-se na alegação de que suas propostas se encontravam desoneradas do ICMS, conforme constou de declaração solene juntada na ocasião do certame.

23. Verifica-se, todavia, que há elementos no processo que contradizem essas afirmações.

24. Veja-se que o edital previa expressamente a inclusão do tributo nos preços propostos, bem como a necessidade de destacar a isenção na nota fiscal e excluir o montante do valor a ser pago, como a seguir transcrito.

> "5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.
>
> 5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea 'b', da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

OBS: As empresas que venham a ser vencedoras do certame deverão atender os termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz, e ao Decreto 5.825/2003, no que couber, devendo conceder a isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, quando da emissão da Nota Fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque do valor da isenção concedida." (fls. 66/67 - peça 02).

25. A propósito, veja-se que o Convênio ICMS 87/02 concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional, desde que observadas certas condições (e. g.: que os medicamentos também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal).

26. Por sua vez, o Decreto Estadual 5825/2003 regulamentava o Convênio 26/03 Confaz, que 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.

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

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

28. A derradeira tentativa da empresa Hospfar de afastar o débito imputado nestes autos consistiu na apresentação de novos elementos pautados em deliberação deste Tribunal (peça 72), 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.

29. A questão foi bem examinada no último parecer proferido pelo representante do Ministério Público/TCU (peça 73), 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. Inicio reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

"Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 72), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

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

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

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

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

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 reitera 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.

A contratada, por ocasião de sua proposta, encaminhou à SES/GO duas declarações datadas de 14.7.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 (peça 8, p. 37), e a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 8, p. 38).

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 29.12.2005, em que a empresa afirma textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*' (peça 8, p. 30). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplico diante de sua postura ambígua e contraditória.

Na verdade, verifica-se que a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da empresa Milênio, apresentado em suas alegações de defesa (peça 22, pp. 12/22), de que ofertou proposta de forma clara e expressa sem oneração do ICMS (declaração à peça 8, p.3), visto que, na verdade, a declaração oferecida por ocasião da sua proposta informava que '*nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irreajustáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta*' (peça 7, p. 49).

Transcreve-se, por sua pertinência, o dispositivo do Acórdão 140/2012:

'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. Órgão/Entidade/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. Representação Legal: 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

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'.

Cumpre 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 57/2010, com efeitos a partir de 23.4.2010:

'Acrescido o § 6° 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 175/2005 e o contrato dele decorrente, 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.

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

No entanto, no caso do Pregão 175/2005, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 3, 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 diretos e indiretos necessários ao cumprimento do objeto ora licitado, inclusive os decorrentes de troca de produto dentro do prazo de garantia, se for o caso'.

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 3, p. 35).

'5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, **inclusive ICMS**.' (grifos acrescidos).

A minuta de contrato e os contratos, igualmente, traziam essa exigência (peça 4, p. 7 e peça 13, pp. 15 e 22):

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

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

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

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

Dessarte, os novos elementos juntados aos autos em nada auxiliam às contratadas."

30. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 175/2005, dentre as quais, a Hospfar e a Milênio, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os Convênios ICMS 87/2002 e 26/2003.

31. 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.

32. 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.

33. 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.

34. 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,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

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.

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

36. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração, para fins de pagamento, por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento, portanto, passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012 - Plenário, que teve efeitos apenas *ex nunc*, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isso foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

V - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

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

38. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são incontestes alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: *"Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)",* conforme peça 5, p. 83; b) os preços aceitos pela licitante, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordou a empresa após negociação com o pregoeiro, estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Em adição, o MP/TCU adequadamente arremata que "A própria empresa, aliás, demonstra estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%." (peça 28, fls. 9/10). Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.

VI – Alegações de defesa do Sr. Luiz Antonio Aires da Silva e respectiva análise

39. Nos termos do parecer do *Parquet* especializado:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

"o Sr. Luiz Antônio Aires da Silva, em suas alegações (peça 31, pp. 25/8), descreve os estágios dos procedimentos de pagamento na Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, destacando que as despesas eram liquidadas pelo Núcleo de Interface – NI e autorizadas pelo Secretário da Saúde. Em suporte a essas afirmativas, anexa o Decreto 6.616/2007 do Estado de Goiás.

As assertivas sobre a responsabilidade do NI pela liquidação dos pagamentos, a serem verdadeiras, poderiam realmente isentá-lo ou, pelo menos, diminuir muito a sua culpa. Porém, não foram acompanhadas de suporte probatório algum. O decreto anexado, além de não tratar da competência do NI, é posterior à gestão do responsável.

Resta, então, o fato, admitido pelo próprio responsável, de que ele efetuou os pagamentos inquinados, tomando parte, pois, da cadeia causal que conduziu à consumação do prejuízo ao erário federal. Desse modo, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei Orgânica do TCU, deve ser responsabilizado solidariamente com a empresa contratada pelos valores recebidos em excesso por esta."

40. Não há como, portanto, excluir a responsabilidade solidária do gestor pelos fatos aqui tratados e consequente débito, o qual foi calculado considerando-se, apenas, os recursos de origem comprovadamente federal e cujos pagamentos foram autorizados em sua gestão.

VII - Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros - Alegações de Mérito

41. O Sr. Fernando Passos, em síntese, seguiu tese única no sentido de que a responsabilização no caso não deve ser imputada a ele, Secretário de Saúde à época, mas aos agentes subordinados, que, segundo a defesa, exorbitaram do poder a eles incumbidos (p. 30, fls. 46). Alega que como ordenador de despesa não tinha condição de acompanhar todos os detalhes de um procedimento licitatório. Ademais, segundo a defesa, seus atos foram referendados pelo jurídico do órgão. Para finalizar, invoca o uso da razão pelos julgadores colacionando doutrinas, que discorrem sobre o emprego do princípio da razoabilidade pelos julgadores, como norteador aos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição.

42. No tocante aos argumentos de ausência de responsabilidade do gestor e de controvérsia sobre a oneração/desoneração, não há como aceitá-los.

43. 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. No caso em tela, bastaria que o gestor retrocedesse algumas folhas no processo de pagamento para verificar que o preço unitário lançado na ordem de fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais. 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.

44. Ademais, ao gestor cabia a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 008/2009 (p. 18, fls. 27 e seguintes) na Planilha referente às empresas envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE.

45. De outro modo, a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, também se opera pela culpa *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim, o Secretário de Saúde é quem escolhe os seus subordinados. No momento da escolha o gestor não pode ser negligente ao preencher os principais

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

cargos de comando operacional da máquina administrativa, que, neste caso, acabaram por propiciar prejuízo ao erário. Portanto, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

46. Nesse contexto, 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.

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

47. Os responsáveis apontaram, em peça única (peça 26, fls. 4 e seguintes), 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.

48. 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 às empresas Hospfar e Milênio, remanescendo o débito em questão.

49. Faz-se necessário discorrer sobre a alegação de que o Estado de Goiás havia procedido a retenções em montante correspondente aos pagamentos supostamente realizados a maior, o que, segundo alegam, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário (vide fls. 9 e 16 da peça nº 26).

50. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar que, conforme resultado de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, no qual consta a informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho "GAB" 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal (vide peça nº 41).

51. Portanto, mesmo as retenções (ou glosas) até então efetuadas foram consideradas indevidas no âmbito estadual, cabendo à empresa e à SES/GO, no âmbito da execução contratual, deliberarem sobre a resolução dessa questão. Importa destacar que, como será visto nos itens 71 e 72 abaixo, as retenções alegadas pela empresa não atingem as notas fiscais objeto da presente TCE.

52. 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.

53. Nesse sentido entendo ser clara a responsabilidade dos gestores. O senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela <u>autorização</u> para os pagamentos feitos à empresa Hospfar (pregão nº 175/2005), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela <u>execução de pagamentos</u> feitos às duas empresas envolvidas, levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito ora apurado.

54. Portanto, os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

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

IX - Existência/Inexistência de Boa-Fé

56. Relativamente ao juízo acerca da existência da boa-fé, entendo não restar configurada e, por isso, acompanho, 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.

57. 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.

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

59. Quanto aos Srs. Luiz Antônio Aires da Silva e Fernando Passos Cupertino de Barros, as considerações sobre as condutas negligentes dos responsáveis expendidas em seções anteriores indicam os motivos pelos quais resta afastado o reconhecimento da boa-fé.

VIII - Da aplicação de multa proporcional ao dano

60. Em que pese a impossibilidade de atestar suposta boa-fé dos responsáveis, 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.

61. 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 em 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.

62. 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.

63. Em relação ao Srs. Fernando Passos Cupertino de Barros e Luiz Antônio Aires da Silva, milita como atenuante em seu favor a baixa representatividade do débito (o dano aos cofres federais atribuído a esses responsáveis correspondeu a 0,49% do valor dos pagamentos até então realizados no âmbito das contratações).

64. Assim, tais fatos conduzem-me a deixar de propor que este Tribunal aplique aos responsáveis a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

IX - Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

65. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho os posicionamentos dos pareceres precedentes, no sentido de que o responsável, apesar de revel, deva ter sua responsabilidade excluída, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possui nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já este decorreria dos atos de pagamento.

X – Novos elementos

66. Cumpre registrar que, na véspera desta sessão deliberativa, os Srs. advogados da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. juntaram documentação aos autos em que demonstram seu inconformismo em relação à retenção de valores promovida pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás. Em apertada síntese, afirmam que "Em que pese a Requerida tenha, em todas as suas defesas arguido que a Administração Pública Estadual promoveu a retenção/bloqueio de seus créditos sob o argumento de que pretendia ressarcir-se dos supostos prejuízos causados pela empresa, este Tribunal, até o presente momento, manteve-se alheio a tal alegação sob o fundamento adotado pela Unidade Técnica de que tais retenções não se deram pela tutela desta Corte".

67. Continuam sua argumentação informando que:

> "A SES/GO por sua vez, matreiramente, limitou-se a informar a este Egrégio Tribunal de Contas que a Procuradoria Geral do Estado de Goiás teria entendido ser ilegal a retenção de pagamentos por falta de amparo legal, opinando pela devolução das verbas bloqueadas, entretanto não informou que apesar do posicionamento da PGE/GO, aquela **Secretaria não liberou os créditos retidos da Embargante**. Ou seja, não houve a devolução do dinheiro, que se encontra nas mãos do Estado de goiás há 10 (dez) anos.
>
> (...)
>
> O fato é que, a pedido da própria Requerida, a SES/GO promoveu novo levantamento das notas fiscais da empresa, bem como, seus pagamentos e cancelamentos a fim de demonstrar que os valores retidos e/ou não pagos, superam em muito os valores que estão sendo discutidos em TODOS processos analisados por este Tribunal.
>
> As planilhas foram elaboradas e emitidas pelo Controle de Execução Orçamentária e Financeira da SES/GO e, conforme V. Exa. Poderá observar, ali constam todos os cancelamentos, parciais ou totais, das Notas Fiscais emitidas pela empresa em razão dos fornecimentos efetuados.
>
> Estes cancelamentos significam que o Estado não efetuou o pagamento dos medicamentos que foram fornecidos, alguns há mais de dez anos e que totalizam o **valor não atualizado** de **R$ 19.657.175,28 (...)**."

68. Finalizam sua peça alegando ser "de fundamental importância que V.Exa. determine a realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções e que prove perante este Tribunal que liberou qualquer das verbas retidas em favor da Requerida, o que desde já requer".

69. Anexam (fls. 11/21 da peça 90) duas planilhas emitidas pela SES/GO onde estão relacionadas todas as notas fiscais não liquidadas, discriminando os valores das retenções que totalizam R$ 19.666.175,28, valor muito próximo ao retro informado (R$ 2.187.408,89 e R$ 17.478.766,39).

70. Ao rever os autos, entendo que estas alegações não merecem prosperar, haja vista que o assunto da alegada retenção foi suficientemente apreciado pela unidade técnica, que, resumidamente informa:

> "27. Deter-se-á, inicialmente, na questão das retenções do pagamento do ICMS, supostamente promovidas pela SES/GO, cujas implicações conduziriam à extinção do débito, vez que os valores retidos superariam os valores cobrados. A alegação não procede, pois as retenções,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

mesmo que tivessem sido promovidas, não alteram o fato de que as notas fiscais relacionadas ao débito 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. Além disso, resposta da SES/GO à diligência promovida por esta unidade técnica dá notícia de que não há retenção (peça 41, p. 2).”

71. Adicionalmente, como já mencionado no parágrafo 50 deste Voto, a alegada retenção foi considerada ilegal pela Procuradoria Geral do Estado, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, e não ocorreu no presente caso, como pode ser confirmado por meio da verificação das planilhas trazidas pelo Requerente, uma vez que as referidas planilhas emitidas pela SES/GO não contemplam nenhuma das notas fiscais (NFs) que dão origem ao débito objeto desta TCE, conforme pode-se aferir ao confrontar as NFs relacionadas na minuta de Acórdão com aquelas NFs relacionadas nestas planilhas (peça 90, p. 11/21).

72. Como corolário desta aferição, fica demonstrada a inexistência de qualquer retenção relacionada aos valores que devem ser ressarcidos aos cofres federais.

73. Finalmente, e no tocante ao pleito do Requerente de realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções, tal medida faz-se desnecessária diante da análise do confronto das notas fiscais constantes das planilhas suscitadas pelo Requerente (itens 71 e 72 acima).

XI - Conclusão

74. De todo exposto, conclui-se que o débito objeto desta TCE decorreu da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital do Pregão 175/2005, que previa claramente que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Conforme constatado, as empresas Milênio e Hospfar, sob a alegação de que apresentaram preços desonerados, emitiram notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhes permitiu receber pagamentos com valores indevidamente majorados.

75. Diante do não acolhimento das alegações de defesa dos responsáveis arrolados, cumpre julgar as respectivas contas irregulares e condená-los solidariamente pelos débitos apurados.

76. Acrescento proposta de determinação à SES/GO para que instaure tomada de contas especial também para eventuais débitos relativos a pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 175/2005, no que tange aos pagamentos efetuados às empresas com recursos federais.

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

Com essas considerações adicionais, acolho, quanto ao mérito, 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 3 de agosto de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918711.

ACÓRDÃO Nº 1989/2016 – TCU – Plenário

1. Processo TC-004.562/2010-0
2. Grupo: II – Classe: IV – Assunto: Tomada de Contas Especial.
3. Responsáveis: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21), Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (03.553.585/0001-65), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00), Luiz Antonio Aires da Silva (118.366.601-20) e Fernando Passos Cupertino de Barros (195.630.601-30).
4. Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO).
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade técnica: Secex/GO.
8. Representação Legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805); Milena Gilberti (OAB/GO 21.795E); Marcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB/GO 25.000); Fabrício David de Souza Gouveia (OAB/GO 22.784); Sueli Pereira de Souza (OAB/GO 25.759); Fernanda Marques Lombardi (OAB/GO 21.640-E) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos 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 por meio do Pregão 175/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. excluir o Sr. Adriano Kennen de Barros da relação processual;

9.2. rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros, Antônio Durval de Oliveira Borges e das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b" e "c", e § 2º da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU;

9.3. condenar os Srs. Cairo Alberto de Freitas, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Antônio Durval de Oliveira Borges e as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda. ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

9.3.1. em solidariedade entre Fernando Passos Cupertino de Barros, Luiz Antonio Aires da Silva e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

NF	Valor (R$)	Data
086472	42.430,80	29/03/2006
085718	952,50	29/03/2006
092075	4.102,78	29/03/2006
092989	625,22	29/03/2006
097523	3.721,06	11/05/2006

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918712.

9.3.2. em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

NF	Valor (R$)	Data
100236	3.061,88	31/07/2006
101450	796,82	31/07/2006
101183	521,02	31/07/2006
103092	197,31	31/07/2006

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

NF	Valor (R$)	Data
106062	2.449,98	28/08/2006
106097	416,81	28/08/2006
089463	206.727,41	16/04/2007

9.3.4. em solidariedade entre Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R$)	Data
034193	1.359,96	17/04/2006

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. determinar à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás que, no prazo de sessenta dias contados da ciência deste acórdão, providencie a instauração e remessa a este Tribunal de novos processos de tomada de contas especial relativos aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 175/2005 - SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, sendo um processo para cada empresa contratada no referido pregão, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que o dano apurado neste processo levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 008/2009 (peça 18, p. 27);

9.6 determinar à Secex/GO que:

9.6.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do subitem 9.5 retro, encaminhe à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia integral deste processo em meio eletrônico, juntamente com cópia do inteiro teor deste acórdão;

9.6.2. monitore o cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida no subitem 9.5 retro e, caso seja apurada a ocorrência de novos danos e instaurada a respectiva tomada de contas especial, realize a citação dos responsáveis nela identificados tão logo o processo seja encaminhado a este Tribunal;

9.7. encaminhar cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para ajuizamento das ações civis e penais que entender pertinentes, tendo em vista o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992; e

9.8. dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público daquele estado, por intermédio de sua 4ª Promotoria de Justiça, para que adote as medidas que entender pertinentes, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 175/2005-SES/GO.

10. Ata n° 30/2016 – Plenário.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918712.

11. Data da Sessão: 3/8/2016 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1989-30/16-P.
13. Especificação do quorum:
13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro e Bruno Dantas.
13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.
13.3. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator), Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55918712.

GRUPO II - CLASSE IV – Plenário
TC-004.589/2010-6
Natureza: Tomada de Contas Especial
Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás
Responsáveis: Adriano Kennen de Barros (418.679.711-00); Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21)
Interessado: Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia/go (25.141.524/0001-23)
Representação legal: Arthur Simas Pinheiro (48314/OAB/DF) e outros, representando Cairo Alberto de Freitas; Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Antônio Perilo de Sousa Teixeira Netto (21359/OAB/DF) e outros, representando Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda.; Gustavo de Oliveira Lemos (43.470/OAB/DF) e outros, representando Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS FEDERAIS DO SUS. SES/GO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. REALIZAÇÃO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. ACRÉSCIMO DO ICMS AO VALOR FATURADO NÃO OBSTANTE ESSE JÁ ESTIVESSE ONERADO PELO IMPOSTO. ABATIMENTO DO VALOR ACRESCIDO SOB ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DA DIFERENÇA PELO FORNECEDOR. CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS RESPONSÁVEIS PELO PAGAMENTO E DA EMPRESA FORNECEDORA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. DETERMINAÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás (SES/GO), a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em decorrência de realização de pagamentos irregulares à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos valores históricos totais de R$ 454.194,62, para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 316/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 316/2005, 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 (fls. 34 - peça 4).

3. Todavia, foi constatado que a empresa Hospfar, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentou o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

4. Ressalte-se que o procedimento de aplicação indevida do valor do ICMS repetiu-se em diversas outras aquisições ocorridas no âmbito da SES/GO. Diante das apurações procedidas, a unidade estadual efetuou a retenção de valores já faturados em vários casos.

5. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu pela existência de dano, consoante discriminado supra, e a responsabilização dos Srs. Fernando Passos Cupertino de Barros e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Saúde, e do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, por autorizarem os pagamentos, bem como do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, e da empresa beneficiária Hospfar (fls. 25, peça 30).

6. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Srª Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (peça 30, fls. 35 e 38)

7. No âmbito deste Tribunal, o processo foi instruído tendo a Secex/GO concluído pela exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, pelo fato de o débito ter ocorrido no momento do pagamento e não quando da licitação, bem como do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, Secretário de Estado da Saúde – GO, no período de 27/7/1999 a 30/6/2006 (fl.1452), em razão de os pagamentos terem sido realizados na gestão do senhor Cairo Alberto de Freitas.

8. Após a citação regular dos responsáveis para apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias indicadas nos respectivos ofícios, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor estes optaram por apresentar as devidas alegações de defesa, que foram analisadas pela Secex/GO conforme a seguir (peça 43):

> **"HISTÓRICO**
>
> 2. De acordo com o Relatório de Tomada de Contas Especial nº 007/2009 (fls. 1455/1489) e do Relatório de Auditoria (fls. 1493/1494), proveniente da Gerência de Prestação e Tomada de Contas da Superintendência de Auditoria, os responsáveis permanecem em débito com a Fazenda Nacional.
>
> 3. Diante disso, a Superintendência de Controle Interno certificou a irregularidade das contas (fls. 1495), tendo a Secretária de Estado da Saúde, Irani Ribeiro de Moura, registrado o conhecimento das conclusões daquele órgão de controle interno (fl.1498).
>
> 4. Deve ser mencionado que, quanto aos débitos apurados, levou-se em conta o débito levantado no Relatório Conclusivo (1473/1475).
>
> 5. Ademais, o senhor Fernando Passos Cupertino de Barros, Secretário de Estado da Saúde – GO, no período de 27/7/1999 a 30/6/2006 (fl.1452), não deveria ter sido incluído no rol de responsáveis, em função de os pagamentos terem sido realizados na gestão do senhor Cairo Alberto de Freitas.
>
> 6. Ante o exposto, com fulcro no inciso II do art. 12 da Lei° 8.443/1992, e considerando a delegação de competência conferida pelo relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Augusto Sherman, contida na Portaria GAB-AUD-ASC nº 06, de 11 de fevereiro de 2009, os responsáveis identificados foram citados para, no prazo de quinze dias contados da ciência do ofício de citação, apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias indicadas nos respectivos ofícios, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor. Após a citação regular dos responsáveis, estes optaram por apresentar as devidas alegações de defesa, que propiciaram a análise a seguir.
>
> **ANÁLISE**
>
> 7. O senhor Adriano Kennen de Barros não apresentou alegações de defesa, manteve-se silente, sujeitando-se aos efeitos da revelia. Entretanto, atentando ao ato por ele praticado durante a realização do pregão, etapa de classificação, conclui-se que não trouxe impacto no resultado da irregularidade relatada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento, tendo algumas notas fiscais

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

sido pagas de acordo com a legislação e outras em desacordo. Portanto, sua responsabilidade nos autos deve ser afastada.

8. A empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. apresentou suas alegações de defesa (fls. 1560/1611), acompanhada de documentos (fls. 1614/1705).

9. Em princípio, a defesa fundamentou-se em preliminares. A primeira delas 'I.I – Falta da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Inexistência de contrato. Efeitos' (fls. 1560/1564). Em sua defesa, a empresa alega que não lhe foi dado o direito de contraditório e ampla defesa, além do fato de não ter sido formalizado em contrato o procedimento decorrente do Pregãoº 316/2005, ante a recusa da Procuradoria Geral do Estado em outorgar os contratos (fl.1560). Com isso, pretende o citado demonstrar que sendo declarada a nulidade do procedimento, todo o certame restaria prejudicado, assim como todos os atos jurídicos dele decorrentes, não podendo ser alcançado por aplicação de quaisquer sanções.

10. Entretanto, mesmo considerando falhas no procedimento licitatório e de contratação, a nulidade apontada nos autos não tem o condão de livrar a empresa do ressarcimento dos danos ao Erário, cuja apropriação de recursos verteu em benefício da citada. Pelo falto de não ter agido sozinha é que está sendo responsabilizada de maneira solidária com os gestores que deram causa à irregularidade em questão. Sendo que o direito ao contraditório e à ampla defesa se configurou no âmbito desta Corte de Contas quando da citação dos responsáveis nestes autos.

11. Na segunda preliminar 'I.II – Do ato impugnado – dispositivos violados' (fls. 1564/1566), alega a citada que a tipificação correta para o caso seria a violação ao Convênio Confaz ICMS 87/2002, pelo caráter de especificidade deste convênio que indica os medicamentos questionados em seu anexo único, em detrimento da tipificação realizada na citação, referente ao Convênio Confaz ICMS 26/2003.

12. De fato, a especificidade dada pelo Convênio Confaz ICMS 87/2002 habilita esta norma para efeitos de tipificação nestes autos. Todavia, a tipificação serve de orientação na busca do enquadramento do fato com finalidade de se buscar a verdade real destes, oportunizando à defesa e à acusação o debate sobre o fato ocorrido, para que as evidências sejam acatadas ou refutadas no decorrer da análise processual, que culmina com a obtenção do mérito a ser proferido no julgamento das contas. De modo que, uma vez trazida à tona a correta tipificação das irregularidades ocorridas, tendo inclusive a defesa apresentado alegações no sentido de rebater tal tipificação, corrigida. Tal rigor formalista não tem o poder de dissuadir a irregularidade cometida pela citada, que resultou em débito ao erário federal, e não redundou em prejuízo à defesa daquela.

13. Na terceira preliminar 'I.III – Falta de tipicidade para Tomada de Contas Especial' (fls. 1566/1569), a defesa alega (fl.1566) que os preços dos medicamentos em questão vendidos no pregão nº 316/2005 foram praticados de acordo com os preços de mercado à ocasião, salientando a observação constante em parecer da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás (fl.789/791) de que houve economia com relação aos preços praticados em outros procedimentos. Continua sua defesa, alegando que os preços apresentados já estavam desonerados do ICMS e que os preços apresentados, portanto, por estarem compatíveis com os de mercado, não apresentam indícios de superfaturamento ou qualquer outra irregularidade que pudesse dar causa à Tomada de Conta Especial. Nesta argumentação pretende demonstrar que a TCE não apresenta todos os elementos constitutivos necessários para o seu procedimento.

14. A questão seria favorável à defesa, caso os indícios de prejuízo ao erário não fossem demonstráveis. Contudo, o que se apresenta nos autos é o oposto, pois dos diversos pagamentos feitos à empresa, alguns foram feitos de maneira correta, ou seja, com o valor referente ao ICMS desonerado. Outros, porém, os cobrados nesta TCE, referem-se a valores pagos sem a desoneração do ICMS, ou seja, valores com a nota fiscal cheia, conforme pode-se averiguar no Relatório Conclusivo nº 007/2009 (fls. 1473/1475) na Planilha que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Portanto, não se configura a descaracterização dos pressupostos de validade de instauração deste procedimento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

15. Superadas as preliminares, segue-se à análise do mérito (fls. 1569/1610), II.I – Do Pregão 316/05 (fl.1574); nas suas alegações iniciais, a defesa apresenta a tese de que praticou o preço já considerando a desoneração referente ao ICMS, seguindo as orientações ditadas por lei, portanto, não haveria que se questionar ilegalidade neste ato. Para reforçar sua tese apresenta Despacho da Procuradoria Geral do Estado 'AG' nº 007332 de 24/08/2007 (fl.1577), manifestando-se sobre este assunto em outro pregão, o de 'nº 130/2005', cuja conclusão é a de não haver nenhuma ilegalidade na apresentação do valor da proposta desonerada de ICMS, por não afetar a comparação entre propostas e por atender à legislação que rege a matéria e a orientação daquela Casa.

16. Neste caso, parece não haver dúvida de que a administração corroborou com a tese de que os valores apresentados na proposta estavam desonerados do ICMS. Todavia, questiona-se aqui o pagamento feito em desacordo com a legislação específica, ou seja, embora o valor constante na nota fiscal seja o valor do produto acrescido do valor referente ao ICMS, o valor a ser pago deveria ser o valor da nota descontando-se a parte referente ao ICMS, considerando-se a isenção fiscal. Contudo, não foi o que ocorreu no pagamento referente às notas fiscais aqui levantadas (fls. 1473-1475).

17. Portanto, ou a administração pagou a mais nos pagamentos feitos similares ao segundo caso e teria crédito com as empresas, ou a administração estaria em débito com as empresas caso o correto fosse o pagamento do valor total da nota, tendo ela pago o valor descontado do ICMS nos pagamentos feitos similares ao primeiro caso. Entretanto, o entendimento aqui esboçado é o de que a administração tem crédito com as empresas que receberam os valores totais pagos nas notas fiscais, uma vez que o valor a ser pago deveria ter sido aquele com o desconto da alíquota de 17% referente ao ICMS destacado na nota, como no caso concreto aqui apresentado. Portanto, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

18. Na sequência, a defesa lançou a mão da tese de preclusão administrativa, II.II – Desclassificação da Proposta Inexistente – Preclusão (fl. 1585); diante da qual a administração não poderia exercitar a faculdade discricionária de avaliar a conveniência da licitação e das propostas, pelo fato de inexistirem fatos novos que pudessem produzir alteração do juízo de conveniência exercido na ocasião da homologação e retificação da homologação do edital.

19. Todavia, como já demonstrado na discussão antecedente, não se trata de modificar entendimento anterior, pelo contrário, a questão envolve irregularidade no pagamento feito em algumas notas fiscais, levando-se em conta o entendimento já esboçado. Portanto, não cabe acolhida ao argumento apresentado.

20. Na tese seguinte, 'II.III – Desoneração – Impossibilidade de aplicação de sanção legalidade' (fl.1589), a defesa pretende demonstrar a impossibilidade de aplicação de sanção pelo fato de a empresa ter apresentado em sua proposta os preços dos produtos já com os valores desonerados.

21. Novamente, esbarra-se a discussão na controvérsia sobre a inclusão ou não do valor referente ao ICMS nos preços ofertados. Segundo a empresa contratada, os preços constantes na sua proposta vencedora estavam desonerados do valor referente ao ICMS. Segundo a Auditoria Interna da Secretaria de Estado da Saúde, em obediência ao edital, tais preços propostos deveriam estar onerados do valor do ICMS, para, posteriormente, na etapa do pagamento, terem estes valores destacados na nota fiscal e abatidos do valor total da nota, chegando-se ao preço correto de pagamento, em obediência ao prescrito no edital e no Convênio Confaz ICMS 87/2002.

22. É sabido que a isenção fiscal corresponde à não incidência legalmente qualificada, como no caso em questão. Porquanto, a regulamentação da isenção fiscal, dada pelo Convênio Confaz ICMS 87/2002, dispõe na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único daquele convênio destinados aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas. Porém, condiciona esta isenção no § 1º c/c inciso III a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

isenção, indicando expressamente no documento fiscal. Portanto, como a própria legislação específica, que trata da isenção fiscal, também, regulamenta o seu *modus operandi*, e neste, está claro que o valor referente ao ICMS deveria constar na nota fiscal, para ser abatido, no ato do pagamento. Ainda, o edital previa a apresentação dos preços com a inclusão de todos os impostos inclusive o ICMS. Assim, fica difícil aceitar a tese apresentada pela citada de que o valor pago pela Administração corresponde ao valor ofertado pela contratada, que já levou em conta a desoneração do ICMS no seu preço.

23. Posteriormente, a defesa apresenta ainda a tese de que teria o direito de desoneração do ICMS em 10%, por ser atacadista, 'II.IV – Direito a desonerar ICMS em 10% das distribuidoras' (fl.1602). Assim, a defesa alega em seu favor que a empresa tem o direito de desoneração do ICMS em 10% (dez por cento), em função do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE nº 037/04-GSF) deferido aos distribuidores atacadistas de medicamentos no Estado de Goiás, conforme doc. 17 (fls. 1272/1273).

24. Entretanto, nos autos, estão sendo preservados o direito de desoneração de 17% referente ao ICMS garantido pelo Convênio Confaz ICMS 87/2002. Acontece, que essa desoneração foi utilizada como instrumento de subsídio nos preços dos medicamentos complexos de grande relevância social para o Estado de Goiás.

25. Ademais, o benefício fiscal pretendido pela defesa não é cumulativo, conforme § 1º da Cláusula primeira do mesmo diploma apresentado por ela (TARE nº 037/04-GSF). Portanto, não cabe acolhimento ao argumento da defesa.

26. Ainda, apresenta a defesa a alegação, III (fl.1605), segundo a qual o repasse de recursos federais para a saúde é fixo e insuficiente para cobrir o valor das aquisições. Com tal alegação a defesa pretende demonstrar que não existe prejuízo à União, uma vez que os gastos com medicamentos são complementados com verbas estaduais, estando, no seu entendimento, o procedimento avaliado fora de qualquer possibilidade de prejuízo ao erário federal.

27. Embora, as explanações acerca dos repasses de recursos federais referentes à saúde mereçam atenção por parte das autoridades criadoras de políticas públicas nesse segmento, tais explicações não servem de fundamento para elidir as irregularidades aqui debatidas. Observa-se que estão sendo cobradas as parcelas indevidamente pagas exclusivamente com recursos públicos federais, conforme planilha financeira demonstrativa de fonte de recursos (fls. 1473/1475). Portanto, não cabe acolhimento dos argumentos levantados pela defesa.

28. Em seguida, o citado aduz ao princípio da boa-fé (fl.1607), alegando em sua defesa que caso tenha ocorrido alguma irregularidade, esta ocorreu por conta dos gestores públicos, porque a empresa se ateve a respeitar os ditames legais e atender o interesse público.

29. Em sua defesa, apresenta julgados do TCU, Decisão º 326/95 e Acórdãos º 12/1994-2ª Câmara; nº 103/1993-Plenário e nº 027/96-Plenário. Interessante que todos julgados se referem à absolvição de gestores públicos em casos envolvendo, o primeiro, questão jurídica de alta complexidade e, o último, o afastamento de hipótese de locupletamento por parte de gestores. Portanto, julgados, cujas análises e resultados não afetam a situação da empresa citada, um ente privado, que se beneficiou das quantias pagas de maneira indevida.

30. Diante do exposto, a defesa apresentada pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. não logrou êxito em nenhum dos pontos discutidos, permanecendo o débito sob sua responsabilidade.

31. Os responsáveis, senhores Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges apresentaram defesa em conjunto (fls. 1707/1725), acompanhada de documentos (fls. 1726/1765). Inicia-se a defesa trazendo um breve relato dos fatos constantes nos autos. Em seguida, apresentam as providências administrativas adotadas pelos gestores em questão, a partir do conhecimento dos fatos, com finalidade de se restituir o erário do valor pago indevidamente (fl.1708/1710).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

32. Na sequência (fls. 1710/1712), a defesa busca demonstrar a boa-fé dos gestores na questão envolvendo o ICMS, neste caso. Em resumo, as ações dos gestores foram a de continuidade na compra dos medicamentos devido ao alcance social de extrema relevância vital à população beneficiada, porém seguida de medida preventiva para resguardar o Estado quanto aos débitos apurados nos pagamentos feitos indevidamente.

33. Não se pode deixar de observar que foi louvável a conduta dos gestores na continuidade da compra de medicamentos tão indispensáveis ao interesse público. Ainda, a retenção feita nos pagamentos à empresa parece ter munido o Estado de elementos financeiros suficientes para se cobrir os débitos apurados nos pagamentos irregulares realizados na gestão dos citados. Contudo, não pode ser entendida a boa-fé dos gestores, porque os recursos não foram devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, restando configurado débito para com a União.

34. Outro ponto tocado na defesa é a discussão do direito (fl.1712/1718), cuja explanação da defesa percorre doutrinas agasalhadas pelo direito administrativo pátrio, como a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, opera-se pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim como, a responsabilidade civil objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.

35. Ante as explanações, diante da retificação da homologação daquele edital, proporcionando benefício das empresas, não parece claro que os gestores não agiram com dolo. Porém, como a própria defesa argumentou, aos gestores cabiam a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 007/2009 (fls. 1473/1475), planilha, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE.

36. Ainda, em defesa (fl.1718), os citados alegam que houve saneamento da falha, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfar promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na perda do objeto da TCE.

37. Todavia, sabe-se que a retenção de crédito realizada pela SES-GO, refere-se à fonte 23, recursos federais, os quais devem ser devolvidos aos cofres federais, portanto a simples retenção feita pelo Estado não supre o débito referente a recursos federais, porquanto esses valores devem ser repassados aos cofres federais. De modo que, mesmo a defesa invocando vários dispositivos legais, no âmbito do Regimento Interno desta Corte de Contas e do Código Civil Brasileiro, sobre a extinção processual e o arquivamento do processo, não cabe acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa, uma vez que o débito ainda persiste no âmbito da União.

38. A defesa segue (fls. 1719/1722), alegando a ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa. Quanto à ausência de dolo, esta já foi discutida anteriormente, nestes autos. Quanto à ausência de improbidade administrativa, este assunto não é tratado nestes autos, que se restringe à competência do TCU em buscar os responsáveis por danos causados ao Erário. Improbidade administrativa é alvo circunscrito à competência do Ministério Público Federal. Portanto, os argumentos levantados pela defesa sobre este assunto não alcançam a TCE em questão.

39. Ainda em defesa, é apresentada a contestação da responsabilização solidária dos gestores nestes autos (fls. 1722/1723). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp. nº 881426 do Estado de São Paulo, apresentado pela defesa encontra-se a solução para o deslinde sobre a devida responsabilização desta TCE, ou seja, os defendentes só podem ser condenados na medida de sua responsabilidade e extensão.

40. Veja, que é clara a responsabilidade dos gestores, o senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela autorização para os pagamentos feitos à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (pregão nº 117/2006 - fl.1041), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela execução de pagamentos feitos à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (Pregão° 316/2005 - fl.1455), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito ora apurado.

41. Os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

42. Quanto às ações esperadas por homem médio, na situação discutida nos autos, a defesa apresenta Acórdão 217/2007 – 2ª Câmara – Relator Ministro Aroldo Cedraz, como subsídio ao seu argumento. Entretanto, o Acórdão apresentado trata exatamente da tomada de medida eficaz para se interromper a possibilidade de débito ao Erário, no caso do Acórdão ilustrado, foi suspensa a licitação e seus atos decorrentes, impossibilitando prejuízo ao Erário. Ao contrário, a ação tomada pelos gestores questionados nestes autos foi a de dar continuidade nos pagamentos perniciosos, que redundaram em danos ao Erário. De modo que, não cabe acolhida aos argumentos apresentados neste ponto.

43. Por fim, a defesa alega boa fé na troca de fontes (fl. 1724). Todavia, tal conduta não foi questionada nesta TCE, mostrando-se desnecessária a discussão dessa tese. Basta mencionar que a inclusão da fonte orçamentária federal é que propiciou o alcance da matéria por esta Egrégia Corte de Contas.

44. Porquanto, embora possa ser entendida a boa-fé dos gestores e inclusive a da empresa contratada, enquanto os recursos não forem devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde resta configurado débito para com a União.

NOVOS ELEMENTOS

45. Foi apresentada pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., após a análise de mérito feita pela Secex/GO, como novos elementos, documentação juntada às folhas 1783/1915, que remetida ao gabinete do Relator, por decisão daquela relatoria (fl.1916), propiciou a restituição dos autos para nova instrução.

46. A documentação enviada refere-se a dois requerimentos distintos, sendo o primeiro deles um requerimento (fl.1783/1791) referente à quantificação do montante retido pela Administração Estadual em função da lide que empresa trava com a Secretaria Estadual de Saúde. Entretanto, esse assunto, a retenção de valores realizada de maneira unilateral pela Administração Estadual, sem a realização de contraditório e ampla defesa não ocorreu mediante a tutela desta Egrégia Corte de Contas.

47. Portanto, embora possa ser entendida como ilegal a retenção feita pelo Estado sem o devido processo legal e o oferecimento de oportunidade à defesa, também não cabe nesta esfera administrativa o encontro de contas, pelo fato de a retenção feita pela Administração Estadual tratar-se de verbas incorporadas às finanças do Estado e o débito aqui apurado pertencer às finanças do Erário Federal. Destarte não cabe acolhida ao pedido da peticionária.

48. O segundo requerimento (fls. 1792/1793) refere-se à apresentação de pareceres da lavra de dois juristas. O primeiro parecer, de autoria do jurista Marçal Justen Filho, discorre sobre conteúdo na área administrativa (fls. 1798/1843), e o outro, da lavra do tributarista Ives Gandra da Silva Martins, arrazoa na área tributária (fls. 1844/1915). Sendo os expedientes analisados de forma separada como se segue.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

49. Marçal Justen Filho inicia sua preleção (fl.1802/1805) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria o parecerista debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

50. O jurista traz aos autos discussão envolvendo a conduta da empresa licitante e a disciplina que envolve a não incidência do ICMS. Ao discorrer sobre as nuances que envolve a matéria (1805/1814), em resumo busca demonstrar que a empresa agiu de maneira legal ao apresentar seus preços excluídos do ICMS tanto no edital quanto no contrato, uma vez que este fato estava explicitado por meio de declaração da empresa licitante.

51. Este ponto é o momento mais importante da matéria tratada, como já observado na análise anterior, ou a empresa não apresentou o preço cheio (incluso o imposto) e a administração se equivoca em buscar o ressarcimento referente à porcentagem equivalente ao referido imposto. Ou a empresa apresentou o preço cheio e de maneira espúria obteve da administração e em conivência com ela a locupletação do equivalente ao imposto.

52. Quanto à ausência de irregularidade alegada (fl.1814), o parecerista ofereceu a tese de que a consulente apresentou a fatura de cobrança com o mesmo valor que ofertou na licitação e no contrato.

53. De fato, esse entendimento foi observado nesta análise, porém, a discussão nos autos refere-se ao fato de que a empresa contratada deveria receber o valor correspondente ao valor apresentado na licitação abatido do valor correspondente ao ICMS. Assim, o alegado no parecer contraria o entendimento esboçado nesta peça instrutória e não foi suficiente para o convencimento adverso. De modo que não cabe acolhida aos argumentos apresentados no parecer.

54. O parecerista continua sua homilia no tópico V- A ausência de competência para alterar a vontade privada (fl.1816). Segue afirmando que a proposta apresentada pela contratada, acompanhada da declaração de que os seus preços não estavam inclusos, tornou-se imodificável, uma vez que a administração a aceitou e homologou o certame.

55. No entanto, o edital previa que os preços deveriam ser apresentados inclusos todos os impostos, portanto também o ICMS. De outra feita, essa declaração não é documento legal exigido no edital e, caso tenha sido realmente apresentada, não configuraria como objeto de análise das propostas. Por esse motivo, sua existência é dúbia e os efeitos dela decorrentes sem validade.

56. Da eficácia de atos administrativos perfeitos (fl.1818). O jurista defende a tese de que os atos administrativos se aperfeiçoaram com a homologação do certame licitatório, alegando que as propostas não contemplavam a carga do ICMS.

57. De fato, se as propostas não contemplavam a carga do ICMS então a administração está a perseguir um débito que não existe. Mas, o entendimento esboçado nesta TCE é o contrário, ou seja, de que as propostas contemplavam a carga do ICMS. Esse fato é o único vínculo de causa e efeito para se chegar ao débito imputado.

58. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio que se se provar que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.

59. Quanto à alegação de vedação à conduta administrativa contraditória (fl.1819), o jurista pretende demonstrar que mantidos inalterados os fatores de uma determinada relação jurídica, não poderá a Administração desconsiderar seus atos anteriores, para assumir conduta diversa e contraditória. Segundo sua análise, não poderia a administração, neste momento, querer modificar o entendimento anterior de que os preços apresentados estavam desonerados e agora emitir novo juízo de que estes preços não estavam desonerados, redundando em débito.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

60. No entanto, somente a empresa responsabilizada é que afirma, unilateralmente, que seus preços estavam desonerados. É fato que a administração pagou os preços cobrados pela contratada conforme contratados. Entretanto, só agora ficou claro para a Administração que os medicamentos estavam sendo pagos de maneira onerada, vez que não foi feita a devida desoneração do imposto no momento do pagamento da fatura. Portanto não ocorreu conduta administrativa contraditória, apenas a Administração tenta corrigir o erro consumado no momento do pagamento das faturas.

61. Em seguida, o parecerista alega o decurso de prazo (fl.1823), invocando a decadência ou a prescrição, que segundo seu entendimento é de cinco anos.

62. De fato, o prazo de cinco anos tanto para a decadência quanto para a prescrição aplicar-se-ia ao caso se a matéria se referisse à desconstituição de atos administrativos, regidos pelo direito administrativo. Entretanto, a matéria aqui tratada refere-se ao ressarcimento de valores subtraídos do Erário Federal de maneira ilícita, portanto sujeito à tutela desta Egrégia Corte, onde o instituto da decadência e da prescrição tem o prazo de 10 anos para os casos ocorridos após a publicação do código civil em 2003 e vintenária para os casos anteriores. De modo que não há como recepcionar a alegação destes institutos.

63. Na sequência, o jurista trata do descabimento da autotutela pela Administração Pública (fl. 1826). Neste assunto, o Tribunal não deve se manifestar, porque a retenção financeira feita pelo Estado de Goiás não ocorreu em decorrência de atuação desta Corte de Contas, conforme entendimento esboçado no parágrafo 54 desta instrução. Esse entendimento também supre o alegado quanto à configuração de desvio de finalidade (2020).

64. Quanto à alegação de ausência do devido processo legal (fl. 2021), tal assunto já foi tratado nos parágrafos 9 e 10 desta instrução, sendo que a oportunidade de defesa perante o TCU está sendo dada nestes autos.

65. Em resumo, o parecer emitido pelo eminente jurista Marçal Justen Filho trouxe elementos aos autos, porém sem repercussão nestes, uma vez que o TCU não determinou a retenção de valores, tampouco deixou de oportunizar o contraditório e a ampla defesa, assim como não alcança o caso concreto os institutos da prescrição e decadência.

66. No outro parecer, Ives Gandra da Silva Martins inicia sua homilia (fls. 1844/1915) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria o parecerista também debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

67. Neste parecer, como elementos novos, além dos assuntos já discutidos nos autos e no parecer do jurista Marçal Justen Filho, tem a novidade de se trazer à discussão o percentual da alíquota a ser cobrada. Segundo o parecerista, a alíquota a ser cobrada é de 10,35% porque a empresa consulente é titular do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE). Portanto, esta seria a alíquota a ser cobrada no caso.

68. De fato, assistiria razão ao parecerista, caso a empresa houvesse, no momento do recebimento e emissão da fatura, optado pela alíquota de 10,35%. No entanto, a alíquota utilizada na fatura que empresa utilizou para os recebimentos, demonstrada na documentação acostada aos autos, foi de 17%. Portanto, não assiste razão aos argumentos trazidos no parecer em questão.

69. Desse modo, não cabe o acolhimento da alegação feita pela empresa com apoio na documentação apresentada como novos elementos, que na verdade refere-se de assunto já tratado na instrução precedente (fls. 1770/1778).

CONCLUSÃO

70. Com efeito, o senhor Adriano Kennen de Barros, embora sob os efeitos da revelia por não ter apresentado alegações de defesa, teve a sua responsabilidade afastada nos autos devido ao fato de o ato por ele cometido, durante a realização do pregão, etapa de classificação, não ter provocado impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

pagamento, quando algumas Notas fiscais foram pagas de acordo com a legislação e outras em desacordo.

71. Quanto aos demais citados, as justificativas apresentadas por eles não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, em especial aquelas pertinentes à autorização, execução de pagamentos feitos à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e recebimentos irregulares por parte desta (Pregão° 316/2005- fl.1455), levando-se em consideração que o valor dos produtos considerado para efeito de pagamento constante nas notas fiscais estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria ter recebido o valor do medicamento considerando-se a dedução do valor referente ao ICMS, fato irregular por contrariar o disposto no Convênio Confaz ICMS 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

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

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO ORIGINAL (suspensa)

73. Diante do exposto, submeto os autos à consideração superior, opinando pelo encaminhamento ao relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Augusto Sherman Calvalcanti, por intermédio do Ministério Público junto a este Tribunal, a teor do disposto no art. 81, II, da Lei° 8.443/1992, com a proposta para o Tribunal:

a) considerar revel, para todos os efeitos, nos termos do art. 202, § 8º, do Regimento Interno do TCU, o Sr. Adriano Kennen de Barros, excluindo-se sua responsabilidade nestes autos;

b) rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares, nos termos do artigo 16, III, 'C', c/c artigo 19 da Lei 8.443/1992, as presentes contas dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., condenando-os solidariamente ao pagamento das quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, em função da autorização pelo primeiro, da execução pelo segundo e do recebimento pelo terceiro de pagamentos indevidos (Pregão° 316/2005 - fl.1455), levando-se em consideração que o valor pago pelos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que o pagamento correto deveria ter sido feito considerando a dedução do valor referente ao ICMS, obrigação não respeitada pelos agentes envolvidos, contrariando o Convênio Confaz ICMS 87/2002, que se concretizou no seguinte débito apurado.

DÉBITO (fls. 1473-1475):

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido	Débito 29,26% (fonte 23)
94256	28/8/2006	R$ 1.576.025,92	R$ 267.924,41	R$ 78.394,68
97723	28/8/2006	R$ 1.919.812,76	R$ 326.368,17	R$ 95.495,33
99731	28/8/2006	R$ 917.656,80	R$ 42.637,60	R$ 12.475,76
111138	28/12/2006	R$ 17.458,10	R$ 2.967,88	R$ 868,40
112794	28/12/2006	R$ 9.584,00	R$ 1.629,28	R$ 476,73
112257	28/12/2006	R$ 72.568,50	R$ 12.336,65	R$ 3.609,70
117547	28/12/2006	R$ 1.654.475,20	R$ 281.260,78	R$ 82.296,90
117548	28/12/2006	R$ 1.660.906,30	R$ 282.354,07	R$ 82.616,80
117549	28/12/2006	R$ 191.234,90	R$ 32.509,93	R$ 9.512,41
115405	28/12/2006	R$ 1.254.519,14	R$ 213.268,25	R$ 62.402,29
116921	28/12/2006	R$ 476.730,24	R$ 81.044,14	R$ 23.713,52
117236	28/12/2006	R$ 46.884,00	R$ 7.970,28	R$ 2.332,10
			R$ 1.552.271,44	**R$ 454.194,62**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

Obs.: sendo que 29,26% dos recursos são provenientes da fonte 23 (federal), portanto somando um débito de R$ 454.194,62 (quatrocentos e cinquenta e quatro mil, cento e noventa e quatro reais e sessenta e dois centavos).

c) aplicar individualmente aos responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas e Durval de Oliveira Borges e à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor a ser arbitrado pela Egrégia Corte de Contas, em razão das irregularidades praticadas na condução da execução do contrato originado do Pregãoº 316/2005, ocasionando débito injustificado ao Erário, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, a, do RI/TCU), o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, acrescida da correção monetária calculada a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação, caso não atendida a notificação;

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

e) encaminhar cópia do Relatório, do Voto e do Acórdão que vierem a ser proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para subsídio a possível ajuizamento de ações civis e penais cabíveis."

9. Encaminhados os autos a meu gabinete, os restituí à unidade técnica, por meio do despacho de fls. 1931 e, objetivando determinar a efetiva existência do débito apontado nos autos, solicitei a Secex/GO que:

"a) analise os valores dos medicamentos sob análise nesses autos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar envolvendo mesmos produtos (item 58 da instrução);

b) compare os valores cobrados pela Hospfar, ou outras empresas) nas notas fiscais tidas por regulares com aqueles cobrados nas notas fiscais tidas por irregulares, incluindo na comparação os termos das respectivas propostas (itens 16 e 17 da instrução);

c) solicite informações à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás sobre os fundamentos da 'retenção de crédito' da empresa Hospfar - se pagamento indevido de ICMS nas transações de que se cuida (itens 36 e 37 da instrução) e sobre o destino dado, ou a ser dado, a tais valores·- se restituídos à conta do SUS, se compensados em outras aquisições de medicamentos, etc...;

d) apresente nova instrução nos autos, retificando ou ratificando as conclusões anteriormente oferecidas."

10. Com vistas a dar cumprimento ao item "c" deste despacho, a Secex/GO diligenciou à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, para que se manifestasse sobre seu conteúdo. Em seguida a unidade técnica apresentou nova instrução, reproduzida parcialmente a seguir:

"CONSIDERAÇÕES MEDIANTE NOVO DESPACHO DO RELATOR

72. Levando-se em conta as determinações contidas no Despacho (fl. 1931), proveniente da relatoria, preliminarmente, realizou-se diligência à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás/SES-GO, para que se manifestasse sobre o item 'c' daquele despacho.

73. Em resposta à diligência efetuada, a SSE-GO informou que não houve retenções para este caso, conforme memorando nº 587/2011-GEROF/SGPF/SES (fl. 1998). Esta informação supre a resposta perseguida o item 'c' do Despacho à folha 1931.

74. Quanto aos itens 'a' e 'b' do mesmo despacho, a análise requerida quanto aos valores dos medicamentos sob análise nesses autos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar envolvendo mesmos produtos e a comparação dos valores cobrados pela Hospfar, ou outras empresas nas notas fiscais tidas por regulares com aqueles cobrados nas notas ficais tidas por irregulares, incluindo na comparação os termos das

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

respectivas propostas, tornam-se prejudicadas em virtude do mérito que se busca nestes autos, qual seja a desoneração do valor correspondente à alíquota do ICMS que não foi promovida pela empresa no momento do recebimento das faturas pagas no Pregãoº 316/2005, ocasionando débito injustificado ao Erário.

75. Ademais com relação ao preço de mercado, verifica-se em trechos da instrução técnica e do voto que originaram o Acórdãoº 2576/2011 – TCU – 1ª Câmara, com fim de demonstrar o entendimento deste Tribunal quanto à apreciação de matérias relativas a superfaturamento no preço de medicamentos no sentido de que a dificuldade de apuração de preços de remédios no mercado em razão de diversos fatores que podem influenciar o preço final do produto.

76. Assim, o entendimento trazido aos autos tem bastante solidez quanto à dificuldade de se apurar os preços de remédios no mercado. Contudo, essa discussão não se aplica ao caso. Nestes autos o que se discute é o pagamento do remédio adquirido pelo Estado de maneira onerada pelo valor correspondente à alíquota do ICMS, que não deveria ter sido pago, em função da desoneração legal.

CONCLUSÃO

77. Com efeito, o senhor Adriano Kennen de Barros, embora sob os efeitos da revelia por não ter apresentado alegações de defesa, teve a sua responsabilidade afastada nos autos devido ao fato de o ato por ele cometido, durante a realização do pregão, etapa de classificação, não ter provocado impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento, quando algumas Notas fiscais foram pagas de acordo com a legislação e outras em desacordo.

78. Quanto aos demais citados, as justificativas apresentadas por eles não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, em especial aquelas pertinentes à autorização, execução de pagamentos feitos à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e recebimentos irregulares por parte desta (Pregãoº 316/2005- fl.1455), levando-se em consideração que o valor dos produtos considerado para efeito de pagamento constante nas notas fiscais estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria ter recebido o valor do medicamento considerando-se a dedução do valor referente ao ICMS, fato irregular por contrariar o disposto no Convênio Confaz ICMS 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

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

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO ORIGINAL

80. Diante do exposto, submeto os autos à consideração superior, opinando pelo encaminhamento ao relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Augusto Sherman Calvalcanti, por intermédio do Ministério Público junto a este Tribunal, a teor do disposto no art. 81, II, da Leiº 8.443/1992, com a proposta para o Tribunal:

a) considerar revel, para todos os efeitos, nos termos do art. 202, § 8º, do Regimento Interno do TCU, o Sr. Adriano Kennen de Barros, excluindo-se sua responsabilidade nestes autos;

b) rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares, nos termos do artigo 16, III, alíneas 'b' e 'c', c/c artigo 19 da Lei 8.443/1992, as presentes contas dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., condenando-os solidariamente ao pagamento das quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, em função da autorização pelo primeiro, da execução pelo segundo e do recebimento pelo terceiro de pagamentos indevidos (Pregãoº 316/2005 - fl.1455), levando-se em consideração que o valor pago pelos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que o pagamento correto deveria ter sido feito considerando a dedução do valor referente ao ICMS, obrigação não respeitada pelos agentes envolvidos, contrariando o Convênio Confaz ICMS 87/2002, que se concretizou no seguinte débito apurado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

DÉBITO (fls. 1473-1475):

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido	Débito 29,26% (fonte 23)
94256	28/8/2006	R$ 1.576.025,92	R$ 267.924,41	R$ 78.394,68
97723	28/8/2006	R$ 1.919.812,76	R$ 326.368,17	R$ 95.495,33
99731	28/8/2006	R$ 917.656,80	R$ 42.637,60	R$ 12.475,76
111138	28/12/2006	R$ 17.458,10	R$ 2.967,88	R$ 868,40
112794	28/12/2006	R$ 9.584,00	R$ 1.629,28	R$ 476,73
112257	28/12/2006	R$ 72.568,50	R$ 12.336,65	R$ 3.609,70
117547	28/12/2006	R$ 1.654.475,20	R$ 281.260,78	R$ 82.296,90
117548	28/12/2006	R$ 1.660.906,30	R$ 282.354,07	R$ 82.616,80
117549	28/12/2006	R$ 191.234,90	R$ 32.509,93	R$ 9.512,41
115405	28/12/2006	R$ 1.254.519,14	R$ 213.268,25	R$ 62.402,29
116921	28/12/2006	R$ 476.730,24	R$ 81.044,14	R$ 23.713,52
117236	28/12/2006	R$ 46.884,00	R$ 7.970,28	R$ 2.332,10
			R$ 1.552.271,44	**R$ 454.194,62**

Obs: sendo que 29,26% dos recursos são provenientes da fonte 23 (federal), portanto somando um débito de R$ 454.194,62 (quatrocentos e cinquenta e quatro mil, cento e noventa e quatro reais e sessenta e dois centavos).

c) aplicar individualmente aos responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas e Durval de Oliveira Borges e à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor a ser arbitrado pela Egrégia Corte de Contas, em razão das irregularidades praticadas na condução da execução do contrato originado do Pregãoº 316/2005, ocasionando débito injustificado ao Erário, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, a, do RI/TCU), o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, acrescida da correção monetária calculada a partir da data do Acórdão que vier a ser proferido, na forma prevista na legislação, caso não atendida a notificação;

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

e) encaminhar cópia do Relatório, do Voto e do Acórdão que vierem a ser proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para subsídio a possível ajuizamento de ações civis e penais cabíveis."

11. Considerando que, em despacho à peça 44, fls. 24, o titular da primeira diretoria técnica propôs a realização de diligência junto à Superintendência da Polícia Federal com o objetivo de ser enviado a esta Corte cópia de laudo pericial cujo teor teria implicações com o objeto da presente tomada de contas especial, bem como a inclusão de novos elementos adicionais de defesa apresentados pela empresa Hospfar (peça 52), a unidade técnica redigiu nova instrução (peça 55), após a juntada do referido laudo (peça 54).

"EXAME TÉCNICO

Superfaturamento de medicamentos

9. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 – P, decorre a possibilidade de existir nos presentes autos outro tipo de imputação de débito além do que se relaciona ao pagamento de tributo indevidamente faturado. De fato, as instruções técnicas pertinentes aos TC' s 004.562/2010-0 e 004.596/2010-2 identificaram ocorrência de débito por conta de superfaturamento na aquisição dos medicamentos,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

tendo em vista que os valores unitários de alguns medicamentos adjudicados superaram as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora – conforme inclusão expressamente determinada pelo Relator –, passariam a responder pelo débito.

10. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. Apesar da comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 316/2005 (peça 2, p. 50) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 14, p. 38-42), indicar que os medicamentos (exceto o item 6 – deserto) foram adquiridos com preço superior à referência do preço médio de fábrica, a aquisição só foi confirmada porque houve a averiguação de sua compatibilidade ao parâmetro de preço máximo ao consumidor (peça 2, p. 51 e peça 16, p. 33-37), o que era permitido por norma expedida no âmbito da SES/GO (Portaria 178/2005). A referida portaria estabelece que a estimativa de preços seria dada pela média encontrada entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizar outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado.

11. Não nos parece adequado questionar-se sobre a correção da referida justificativa, porque isso levaria a uma investigação de difícil solução, no sentido de identificar qual seria a referência correta de preços para aquisição de medicamentos no setor público. Sob o ponto de vista jurídico, essa questão encontrou uma referência normativa certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1.146/2011 – P, indicou as referências praticadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa como parâmetro para o controle de preços.

12. Mesmo assim, o tema continua gerando muitas dificuldades. Segundo levantamento posteriormente realizado por esta Corte em vários estados da federação, sob a coordenação da 4ª Secex, entre cujos objetivos se encontrava a avaliação da tabela CMED enquanto instrumento hábil para aferição de preços, foram verificadas graves dificuldades na sua utilização como parâmetro nas aquisições de medicamentos processadas em âmbito público. Isso conduziu a uma deliberação certo modo contraditória ao decisório acima aludido, cujo teor parece indicar a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de cálculo para avaliação de preços, pautada por pesquisas de preços devidamente fundamentadas (Acórdão 140/2012 – P, inserido na Relação 2/2012 – P; TC-– 009.625/2011-9).

13. Portanto, parece-nos de impossível solução a questão de se indicar uma específica referência de preços praticada pelo mercado, a qual possa balizar uma adequada apreciação sobre a conformidade dos preços praticados numa licitação de muitos anos atrás. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinados itens dá sustentabilidade à justificação de que trata o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.

Cobrança indevida de tributo

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

15. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos. Como visto, a resposta apresentada nega a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

ocorrência de retenção. Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pela empresa fornecedora dos valores indevidamente faturados, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

16. Resta abordar sobre uma questão levantada em despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de dupla incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do imposto. Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contemplou a incidência do tributo, não se reconhece à vontade particular capacidade derrogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

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

Alteração da imputação de débito

18. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Hospfar baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 30, p. 13-15). Consoante disposto na instrução inicial (peça 30, p. 44-45), o cálculo da referida dívida levou em conta a informação relativa ao quantitativo pago à empresa – com referência a todas as notas fiscais listadas –, cujo montante alcança o valor de R$ 13.141.840,84, sendo R$ 3.846.446,08 com financiamento federal, ou seja, 29,26 %. Dessa feita, o cálculo de débito realizado por esta unidade técnica fez incidir o referido percentual sobre o valor indevidamente pago correspondente a cada nota fiscal para alcançar os quantitativos a serem devolvidos; cada qual correspondente a uma específica nota fiscal.

19. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento de muitas notas fiscais com recursos federais não ensejou valores indevidos. Tal constatação conduz à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração da nova planilha de débito, exposta na proposta de encaminhamento ao final desta peça, apurou a proporcionalidade de participação da fonte federal '23' em relação aos valores indevidamente pagos concernentes a cada documento fiscal. De tal retificação metodológica resultou a constatação de que o débito apurado soma o valor de R$ 311.723,53 e não de R$ 454.194,62, conforme consignado em instrução técnica. Também foram consideradas as datas em que efetivamente se verificaram os desembolsos dos recursos federais.

Interposição renovada de elementos adicionais de defesa

20. A empresa Hospfar reitera, por meio de sua última manifestação (peça 52), argumentos já consignados em oportunidades de defesa anteriormente exercidas, no sentido de que a redução de alíquota de ICMS, pareceres produzidos no âmbito da SES/GO e comparativo de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

preços de medicamentos devem alterar o encaminhamento de mérito já proposto por esta unidade técnica. Como visto, nenhum desses argumentos elidem a constatação de que a empresa percebeu valores que lhe foram indevidamente pagos e que, por isso, reclamam o necessário ressarcimento.

Laudo pericial

21. A Procuradoria da República em Goiás encaminhou a esta unidade técnica cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de se colherem esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 316/2005 (peça 54).

22. Em termos gerais, o laudo confirma o entendimento exposto nesta instrução, no sentido de que é inequívoca a exigibilidade dos pagamentos com base nos preços adjudicados, devendo ser subtraída a parcela financeira correspondente ao tributo de ICMS. Nada obstante, faz-se nesta oportunidade apenas uma ressalva a uma parte do teor da perícia, para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

23. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição da proposta da empresa que eventualmente declarasse contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido objeto de recurso ou expressamente arguída pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

24. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a merecer uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica somente se diferencia das anteriores pela redefinição, a menor, do valor da dívida.

25. Isso posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 44, p. 11-23), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

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

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos à aludida empresa, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 516/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

c) condenar solidariamente os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento da dívida abaixo exposta ao Fundo Nacional de Saúde, atualizada monetariamente e acrescida 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;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
94256	53.584,88	28/8/2006
97723	65.273,63	28/8/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
99731	9.796,75	28/8/2006
111138	593,58	5/12/2006

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
112794	325,86	5/12/2006
112257	2.467,33	23/10/2006
117547	56.252,16	27/12/2006
117548	56.470,81	27/12/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
117549	6.501,99	5/12/2006
115405	42.653,65	5/12/2006
116921	16.208,83	5/12/2006
117236	1.594,06	5/12/2006

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

f) 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."

12. O MP/TCU, em seu derradeiro pronunciamento, manifestou-se nos seguintes termos (peça 58):

"Trata-se de tomada de contas especial instaurada por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, contra os srs. Fernando Passos Cupertino de Barros (ex-Secretário de Estado da Saúde, de 27.7.1999 a 30.6.2006), Cairo Alberto de Freitas (ex-Secretário de Estado da Saúde – GO, de 30.6.2006 a 31.3.2008), Antônio Durval de Oliveira Borges (ex-Superintendente de Administração e Finanças – Secretaria da Saúde – GO, de 1º.8.2006 a 22.7.2008) e Adriano Kennen de Barros (Pregoeiro – GO, nomeado pela Portaria 152/2004 – GAB/SES) e contra a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS.

O motivo da instauração deste procedimento foram irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, que consistiram em pagamentos irregulares feitos à empresa Hospfar, no âmbito do contrato decorrente do Pregão 316/2005, cujo objeto era o fornecimento de medicamentos para o Centro de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES (peça 4, pp. 29/53).

Como parte dos pagamentos foi financiada com recursos federais, os autos foram encaminhados a esta Corte Federal de Contas, procedendo-se à citação das empresas e dos agentes públicos responsáveis (peça 31, pp. 4/18 e peça 32, pp. 1/14).

O senhor Fernando Passos Cupertino de Barros foi retirado do rol de responsáveis, em função dos pagamentos terem sido realizados na gestão do senhor Cairo Alberto de Freitas, motivo pelo qual não foi citado nesta TCE.

Os responsáveis apresentaram alegações de defesa, à exceção do Sr. Adriano Kennen de Barros. Todavia, a unidade instrutiva propôs a exclusão da sua responsabilidade.

Após apreciar as alegações apresentadas, a unidade técnica, naquele momento, propôs que as presentes contas fossem julgadas irregulares, condenando-se os responsáveis remanescentes ao pagamento de débito, e que lhes fosse aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (peça 38, pp. 8/9).

O Ministério Público, em sua primeira intervenção, concordou com as análises efetuadas pela unidade instrutiva (peça 38, pp. 12/14).

Considerando que a empresa Hospfar autuou elementos adicionais de defesa (peça 38, pp. 15/48, peça 39 e peça 40, pp. 1/50), Vossa Excelência restituiu os autos à unidade técnica para que realizasse novo exame técnico (peça 40, p. 51), no qual manteve, de maneira geral, a sua proposta

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

(peça 41, pp. 12/3).

Em seu segundo pronunciamento, o Ministério Público anuiu à proposta da unidade técnica. Assim, ao negar acolhimento aos novos elementos de defesa apresentados pela empresa, o Ministério Público reiterou seu encaminhamento anterior (peça 41, p. 15).

Em seguida, Vossa Excelência emitiu despacho no sentido de que seu conteúdo balizasse um novo pronunciamento da unidade técnica (peça 41, p. 16). Este despacho foi reproduzido em todos os processos autuados em virtude da determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, com o objetivo de que fosse aplicado tratamento jurídico similar a todos os processos de TCE relativos a pagamentos indevidos de ICMS nas faturas de medicamentos adquiridos pela SES/GO.

Eis o teor do referido despacho:

'Com fundamento no art. II da Lei 8.443/92, objetivando determinar a efetiva existência do débito apontado nos autos, solicito que essa unidade técnica:

a) analise os valores dos medicamentos sob análise nesses autos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar envolvendo mesmos produtos (item 58 da instrução);

b) compare os valores cobrados pela Hospfar, ou outras empresas, nas notas fiscais tidas por regulares com aqueles cobrados nas notas fiscais tidas por irregulares, incluindo na comparação os termos das respectivas propostas (itens 16 e 17 da instrução);

c) solicite informações à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás sobre os fundamentos da 'retenção de crédito' da empresa Hosptar - se pagamento indevido de ICMS nas transações de que se cuida (itens 36 e 37 da instrução) e sobre o destino dado, ou a ser dado, a tais valores - se restituídos à conta do SUS, se compensados em outras aquisições dc medicamentos, etc.);

d) apresente nova instrução nos autos, retificando ou ratificando as conclusões anteriormente oferecidas'.

A Hospfar apresentou, ainda, informações complementares (peça 41, pp. 17/35 e peça 42).

Na nova instrução, a unidade instrutiva manteve seu posicionamento, bem como propôs a realização de diligência à SES/GO para que se manifestasse sobre o item 'c' do despacho de Vossa Excelência (peça 43, pp. 3/17). Em resposta, a secretaria informou que não houve retenção de pagamentos no contrato decorrente do Pregão 316/2005 (peça 43, p. 22).

Assim, em atenção ao despacho acima transcrito, a Secex/GO apresentou as seguintes considerações (peça 44, p. 21):

'Levando-se em conta as determinações contidas no despacho (fl. 1931), proveniente da relatoria, preliminarmente, realizou-se diligência à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás/SES-GO, para que se manifestasse sobre o item 'c' daquele despacho.

Em resposta à diligência efetuada, a SSE/GO informou que não houve retenções para este caso, conforme Memorando 587/2011-GEROF/SGPF/SES (fl. 1998). Esta informação supre a resposta perseguida o item 'c' do Despacho à folha 1931.

Quanto aos itens 'a' e 'b' do mesmo despacho, a análise requerida quanto aos valores dos medicamentos sob análise nesses autos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar envolvendo mesmos produtos e a comparação dos valores cobrados pela Hospfar, ou outras empresas nas notas fiscais tidas por regulares com aqueles cobrados nas notas ficais tidas por irregulares, incluindo na comparação os termos das respectivas propostas, tornam-se prejudicadas em virtude do mérito que se busca nestes autos, qual seja a desoneração do valor correspondente à alíquota do ICMS que não foi promovida pela empresa no momento do recebimento das faturas pagas no Pregão 316/2005, ocasionando débito injustificado ao Erário.

Ademais com relação ao preço de mercado, verifica-se em trechos da instrução técnica e do voto que originaram o Acórdão 2576/2011 – TCU – 1ª Câmara, com fim de demonstrar o entendimento deste Tribunal quanto à apreciação de matérias relativas a superfaturamento no preço

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

de medicamentos no sentido de que a dificuldade de apuração de preços de remédios no mercado em razão de diversos fatores que podem influenciar o preço final do produto.

Assim, o entendimento trazido aos autos tem bastante solidez quanto à dificuldade de se apurar os preços de remédios no mercado. Contudo, essa discussão não se aplica ao caso. Nestes autos o que se discute é o pagamento do remédio adquirido pelo Estado de maneira onerada pelo valor correspondente à alíquota do ICMS, que não deveria ter sido pago, em função da desoneração legal'.

Em seguida, foi realizada diligência à Superintendência de Polícia Federal em Goiás e ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Goiás, para que encaminhassem cópia do Laudo de Perícia Criminal Federal produzido no âmbito do IPL 0043/2010-4 SR/DPF/GO (peça 44, p. 24 e 27 e peça 51). A resposta à diligência constitui a peça 54.

A Hospfar juntos novos elementos de defesa (peça 52).

A unidade técnica, em sua derradeira instrução, assim se manifestou (peça 55):

'15. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos. Como visto, a resposta apresentada nega a ocorrência de retenção. Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pela empresa fornecedora dos valores indevidamente faturados, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

[...]

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

[...]

Interposição renovada de elementos adicionais de defesa

20. A empresa Hospfar reitera, por meio de sua última manifestação (peça 52), argumentos já consignados em oportunidades de defesa anteriormente exercidas, no sentido de que a redução de alíquota de ICMS, pareceres produzidos no âmbito da SES/GO e comparativo de preços de medicamentos devem alterar o encaminhamento de mérito já proposto por esta unidade técnica. Como visto, nenhum desses argumentos elidem a constatação de que a empresa percebeu valores que lhe foram indevidamente pagos e que, por isso, reclamam o necessário ressarcimento.

Laudo pericial

21. A Procuradoria da República em Goiás encaminhou a esta unidade técnica cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de se colherem esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos.

22. Em termos gerais, o laudo confirma o entendimento exposto nesta instrução, no sentido de que é inequívoca a exigibilidade dos pagamentos com base nos preços adjudicados, devendo ser subtraída a parcela financeira correspondente ao tributo de ICMS. Nada obstante, faz-se nesta oportunidade apenas uma ressalva a uma parte do teor da perícia, para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

mérito quanto ao tema.

23. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição da proposta da empresa que eventualmente declarasse contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido objeto de recurso ou expressamente arguida pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.' (grifos no original).

Assim, nesta TCE, a unidade técnica apresentou a seguinte proposta (peça 55, pp. 5/6):

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

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos à aludida empresa, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 516/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

c) condenar solidariamente os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento da dívida abaixo exposta ao Fundo Nacional de Saúde, atualizada monetariamente e acrescida 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;

Vide tabela na proposta

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

f) 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'.

II

Inicialmente, cumpre destacar que 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 tratem de fatos em comum aos processos podem sempre ser aproveitados.

Considerando que o TC-001.922/2009-5 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:

'Ignora a unidade técnica que 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

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 Hospfar e a Prodiet, 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'.

Considerando 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.

Ainda, levando-se em conta que não houve '*retenção de crédito*' (peça 43, p. 22 e peça 60), o débito apurado ainda persiste.

III

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 57), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

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

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

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

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

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

Esse argumento já havia sido trazido aos autos pela contratada por ocasião da resposta ao ofício citatório. Na oportunidade alegou que duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 29.12.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 6, pp. 23/4).

Na verdade, verifica-se que a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 29.12.2005., em que a empresa afirma textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*' (peça 6, p. 16). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplico diante de sua postura ambígua e contraditória.

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. Órgão/Entidade/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. Representação Legal: 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'.

Cumpre destacar que o § 6º, declarado inconstitucional pelo Tribunal, nos termos do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

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 § 6° 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 316/2005 e o contrato dele decorrente, 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.

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

No entanto, no caso do Pregão 316/2005, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 4, p. 33).

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

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 4, p. 34).

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

A minuta de contrato, anexa ao edital, igualmente, trazia essa exigência (peça 5, p. 4):

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

No entanto, já nas suas alegações de defesa iniciais, a Hospfar argumentava 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 316/2005 contém a seguinte observação (peça 4, p. 34):

'**OBS**: **<u>a empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame</u>** 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 verdade que o edital se refere ao Convênio 26/2003, em vez de ao 87/2002, que é o aplicável à espécie. Mas é de todo evidente que, exatamente pelo motivo levantado pela empresa responsável, a necessidade imperativa de observância da lei, o mesmo procedimento aplicável no caso do primeiro deveria ser reproduzido no do segundo, pois ambos determinavam a desoneração do ICMS.

Assim, é claro que o edital não previa a incidência de ICMS, 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

excluído do valor cobrado à SES/GO.

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 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 à Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto às concorrentes - sabedoras do inteiro teor do certame.

No entanto, a empresa contratada cobrava da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, apesar de o edital determinar que os preços devessem ser desonerados desse imposto.

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

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

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

A seguir, a empresa alegava que, se a sua proposta desatendeu os requisitos do edital, deveria ter sido desclassificada 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.

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

IV

Ainda no que tange às alegações de defesa apresentadas pela Hospfar, cabe tecer algumas

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

considerações.

Precavendo-se contra a previsível derrocada de seus argumentos anteriores, a empresa tentou 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%. A própria empresa, aliás, demonstra estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%.

Destaca a empresa responsável 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. No Relatório Conclusivo 1/2008 da Comissão de TCE, que embasa todas as TCEs instauradas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário e juntado ao TC-001.922/2009-5, encontra-se realmente a afirmação de que não haviam sido verificados indícios de dano ao erário, '*no tocante aos valores contratados*', visto que estavam de acordo com os valores de mercado. Porém, ao se consultar as tabelas em que se baseia essa afirmação, percebe-se que a Comissão se refere 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%').

Ao contrário do que alega a empresa, pois, a verificação dos preços de mercado também demonstra que, ao deixar de desonerar seus preços do ICMS, agindo em flagrante desacordo com a legislação, a empresa causou expressivo prejuízo ao erário.

Após a apresentação de suas alegações de defesa, a empresa retornou aos autos, trazendo novos elementos. Nestes, alegou, basicamente, que à conta do Programa de Medicamentos Excepcionais, o Ministério da Saúde transfere mensalmente aos Estados valores fixos, apurados com base na remuneração de cada medicamento definido em tabela e nos quantitativos de Autorizações de Procedimentos de Alta Complexidade – Apacs. Esses valores, porém, não são suficientes para cobrir nem sequer 70% dos custos de aquisição dos medicamentos. Assim, no caso questionado, não teria havido mau uso de verbas federais, pois o Ministério da Saúde não teria gasto um centavo sequer além do valor fixo já previsto.

O argumento é improcedente, pois é claro que, seja qual for a proporção em que dividam as despesas com os medicamentos considerados, tanto a União quanto os Estados sofrem prejuízo caso lhes seja cobrado preço além do devido. No caso das presentes contas, com a falta de desoneração do ICMS, tanto a União quanto o Estado adquiriram 17% menos de medicamentos do que poderiam caso a legislação tivesse sido corretamente aplicada. Isso configura dano ao erário das duas entidades, que, nos termos da lei, deve ser recomposto pela empresa fornecedora e pelos demais responsáveis.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

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

O Ministério Público entende necessário, todavia, reforçar alguns pontos e destacar alguns aspectos que mereceram menor atenção da unidade técnica.

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

De fato, o citado convênio prevê apenas que:

'Cláusula Primeira – (...)

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

(...)

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

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

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

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

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 encaminhou 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

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 Hospifar, o qual já foi devidamente analisado e rebatido neste parecer.

V

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 36, p. 6/50 e peça 37), 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 Ministério Público anui às demais análises efetuadas pela unidade técnica, assim, decorrido o prazo fixado, as contas de todos os responsáveis estarão em condições de julgamento por esta Corte de Contas.

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:

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
94256	53.584,88	28.8.2006
97723	65.273,63	28.8.2006
99731	9.796,75	28.8.2006
111138	593,58	5.12.2006
112794	325,86	5.12.2006
112257	2.467,33	23.10.2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
117547	56.252,16	27.12.2006
117548	56.470,81	27.12.2006
117549	6.501,99	5.12.2006
115405	42.653,65	5.12.2006
116921	16.208,83	5.12.2006
117236	1.594,06	5.12.2006

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."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861936.

VOTO

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

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

3. O caso em tela se refere ao Pregão 316/2005, vencido pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., para fornecer diversos medicamentos.

4. Conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (fls. 34 - peça 4), o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Esse valor onerado com o ICMS tinha o propósito de servir apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto. Ainda, de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela.

5. Todavia, quando do faturamento, a empresa Hospfar acrescia novamente o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprir a isenção tributária aplicável. Como resultado, a empresa embolsava a totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente a diferença entre o valor adjudicado e o valor do imposto originalmente incluído nas propostas.

6. No âmbito deste Tribunal, foram responsabilizados solidariamente pelo débito os Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, responsáveis por autorizar os pagamentos indevidos, e a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., beneficiária dos recursos.

7. Quanto ao mérito desta TCE, acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de danos ao erário, os quais se imputam em solidariedade aos agentes públicos e às empresas fornecedoras dos medicamentos licitados.

8. Quanto à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante. Como visto no relatório precedente, a unidade técnica não a reconhece, propondo desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, ao passo que o Ministério Público, que também vinha se posicionando nesse sentido, conforme os pareceres exarados pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, alterou seu posicionamento, passando, com o parecer produzido pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, a reconhecer a boa-fé dos gestores, de modo que propõe a rejeição das alegações de defesa desses com a concessão de novo e improrrogável prazo para o recolhimento do débito atualizado.

9. Por apresentarem-se adequadas, as análises da unidade técnica e do *Parquet* podem ser incorporadas às razões de decidir neste processo. Também acolho as providências propostas pela unidade técnica, exceto quanto à sugestão de aplicação de multa, conforme exposto adiante.

10. Cumpre, por fim, registrar a importância do tema aqui tratado, que aparenta simplicidade ante as quantias envolvidas na presente TCE. No entanto, conforme noticiado no portal do Ministério Público do Estado de Goiás em maio/2010, apurações conduzidas pelo MPF e pelo MPE contabilizaram prejuízos da ordem de R$ 13 milhões aos cofres públicos em fraudes nas compras de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

medicamentos feitas pela SES/GO nos anos de 2002 a 2008. Nesse contexto, deve ser enfatizado que já se encontram em tramitação nesta Corte diversas tomadas de contas especiais relacionadas a esses fatos.

11. Assim, passo a tecer comentários adicionais sobre as questões mais relevantes suscitadas pelas defesas.

I - Hospfar - Argumentos Preliminares: Falta da ampla defesa, contraditório e devido processo legal; Inexistência de contrato; Efeitos do ato impugnado; Dispositivos violados; Falta de tipicidade para Tomada de contas especial.

12. Na primeira questão preliminar levantada, a empresa Hospfar argumenta que, como o contrato não foi outorgado pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), a SES/GO não poderia exigir o cumprimento do edital, pois se afigurou nulo todo o procedimento, que teria de ser declarada a nulidade do procedimento, e todo o certame restaria prejudicado, assim como todos os atos jurídicos dele decorrentes, não podendo ser alcançado por aplicação de quaisquer sanções.

13. Sobre esta questão, mesmo considerando falhas no procedimento licitatório e de contratação, a nulidade apontada nos autos não tem o condão de livrar a empresa do ressarcimento dos danos ao Erário, cuja apropriação de recursos verteu em benefício da citada. Pelo falto de não ter agido sozinha é que está sendo responsabilizada de maneira solidária com os gestores que deram causa à irregularidade em questão. Ademais, o direito ao contraditório e à ampla defesa se configurou no âmbito desta Corte de Contas quando da citação dos responsáveis nestes autos.

14. As demais questões preliminares foram devidamente tratadas e refutadas nos parágrafos 11 a 14 da instrução que adotei como parte do relatório antecedente, com as quais manifesto minha anuência.

II - Hospfar - Alegação de Mérito: Cotação de preços desonerados conforme declaração.

15. O principal argumento de mérito trazido pelas empresas constituiu-se na alegação de que suas propostas se encontravam desoneradas do ICMS, conforme constou de declaração solene juntada na ocasião do certame.

16. Verifica-se, todavia, que há elementos no processo que contradizem essas afirmações.

17. Veja-se que o edital previa expressamente a inclusão do tributo nos preços propostos, bem como a necessidade de destacar a isenção na nota fiscal e excluir o montante do valor a ser pago, como a seguir transcrito.

> "5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.
>
> 5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea 'b', da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.
>
> OBS.: As empresas que venham a ser vencedoras do certame deverão atender os termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz, e ao Decreto 5.825/2003, no que couber, devendo conceder a isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, quando da emissão da Nota Fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque do valor da isenção concedida." (fls. 66/67 - peça 02).

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

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

19. Por sua vez, o Decreto Estadual 5825/2003 regulamentava o Convênio 26/03 Confaz, que 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.

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

III - Hospfar - Preços cotados iguais a preços de mercado

21. Segundo alegado, as empresas efetuaram corretamente o procedimento de abatimento do ICMS nas notas fiscais, resultando no recebimento do preço cotado, que seria preço compatível com o mercado.

22. Sobre esta questão, é importante que se esclareça que esta TCE não questiona a ocorrência de sobrepreço ou desconformidade de preços com o mercado, mas sim a adoção de procedimento contrário ao edital, que resultou em pagamentos indevidos às empresas fornecedoras dos medicamentos. Como já explanado anteriormente, o edital da licitação determinava a apresentação de propostas com os preços onerados pelo ICMS e o abatimento do tributo quando do pagamento. No entanto, as empresas sob o pretexto de que haviam apresentado proposta desonerada, faturavam o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, e acresciam novamente o imposto, embolsando, portanto, valor superior ao devido.

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

23. A derradeira tentativa da empresa Hospfar de afastar o débito imputado nestes autos consistiu na apresentação de novos elementos pautados em deliberação deste Tribunal (peça 57), 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.

24. A questão foi bem examinada no último parecer proferido pelo representante do Ministério Público/TCU (peça 58), 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. Inicio reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

> "Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 57), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.
>
> A contratada alega que este Tribunal de Contas proferiu o Acórdão 140/2012, da lavra do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, TC-009.625/2011-9, entendendo ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.
>
> Argumenta que a mencionada decisão foi proferida '*após a constatação deste Tribunal que o assunto referente ao ICMS é completamente desconhecido pelos gestores públicos e que, a exigência de apresentação de propostas 'oneradas' é absolutamente inconstitucional, pois fere de*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

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.

Esse argumento já havia sido trazido aos autos pela contratada por ocasião da resposta ao ofício citatório. Na oportunidade alegou que duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 29.12.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 6, pp. 23/4).

Na verdade, verifica-se que a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos.

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 29.12.2005, em que a empresa afirma textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*' (peça 6, p. 16). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplico diante de sua postura ambígua e contraditória.

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. Órgão/Entidade/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. Representação Legal: 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

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'.

Cumpre 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 § 6° 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 316/2005 e o contrato dele decorrente, 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.

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

No entanto, no caso do Pregão 316/2005, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 4, p. 33).

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

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 4, p. 34).

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

A minuta de contrato, anexa ao edital, igualmente, trazia essa exigência (peça 5, p. 4):

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

No entanto, já nas suas alegações de defesa iniciais, a Hospfar argumentava 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 316/2005 contém a seguinte observação (peça 4, p. 34):

'**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 verdade que o edital se refere ao Convênio 26/2003, em vez de ao 87/2002, que é o aplicável à espécie. Mas é de todo evidente que, exatamente pelo motivo levantado pela empresa responsável, a necessidade imperativa de observância da lei, o mesmo procedimento aplicável no caso do primeiro deveria ser reproduzido no do segundo, pois ambos determinavam a desoneração do ICMS.

Assim, é claro que o edital não previa a incidência de ICMS, 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.

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 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 à Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto às concorrentes - sabedoras do inteiro teor do certame.

No entanto, a empresa contratada cobrava da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, apesar de o edital determinar que os preços devessem ser desonerados desse imposto.

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

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

Isso diante de um edital e contrato que diziam com todas as letras e acima de qualquer dúvida que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que só na execução contratual se deveria indicar a desoneração do ICMS. Toda a longa peroração desfiada pela empresa até aqui soçobro diante desse fato. O edital é a lei interna das licitações. Toda empresa que delas participa sabe perfeitamente que tem a obrigação de cumpri-lo. Ao optar por não o fazer, sob

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

pretextos variados, incorre nas sanções previstas em lei. É o que, em resumo, se observa no presente caso'.

A seguir, a empresa alegava que, se a sua proposta desatendeu os requisitos do edital, deveria ter sido desclassificada 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.

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

25. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 316/2005, dentre as quais, a Hospfar, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os Convênios ICMS 87/2002 e 26/2003.

26. 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.

27. 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.

28. 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.

29. 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

dentro do próprio estado. Os demais, vindos de outros estados, ficariam, em tese, sujeitos à alíquota de origem.

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

31. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração, para fins de pagamento, por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento, portanto, passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012 - Plenário, que teve efeitos apenas *ex nunc*, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isso foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

V – Hospfar - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

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

33. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são incontestes alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: *"Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)",* conforme peça 6, fls. 16; b) os preços aceitos pela licitante, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordou a empresa após negociação com o pregoeiro, estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Em adição, o MP/TCU adequadamente arremata que "assim, já estando totalmente isenta de ICMS, a empresa não pode pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%" (peça 58, fls. 10). Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.

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

34. Os responsáveis apontaram, em peça única (peça 36, fls. 6 e seguintes), 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

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.

35. 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 empresa Hospfar, remanescendo o débito em questão. Especificamente quanto à alegada retenção de valores, não ocorreu no presente caso, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 587/2011-GEROF/SGPF/SES (peça 43, p. 22). 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.

36. Nesse sentido entendo ser clara a responsabilidade dos gestores. O senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela autorização para os pagamentos feitos à empresa Hospfar (pregão nº 316/2005), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela execução de pagamentos feitos à empresa envolvidas (pregão nº 316/2005), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito ora apurado.

37. Portanto, os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

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

VII - Existência/Inexistência de Boa-Fé

39. Relativamente ao juízo acerca da existência da boa-fé, entendo não restar configurada e, por isso, acompanho, 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.

40. 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.

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

VIII - Da aplicação de multa proporcional ao dano

42. Em que pese a impossibilidade de atestar suposta boa-fé dos responsáveis, 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

43. 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 em 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.

44. 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 aos responsáveis a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

IX - Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

45. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho os posicionamentos dos pareceres precedentes, no sentido de que o responsável, apesar de revel, deva ter sua responsabilidade excluída, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possui nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já este decorreria dos atos de pagamento.

X – Novos elementos

46. Cumpre registrar que, na véspera desta sessão deliberativa, os Srs. advogados da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. juntaram documentação aos autos em que demonstram seu inconformismo em relação à retenção de valores promovida pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás. Em apertada síntese, afirmam que "Em que pese a Requerida tenha, em todas as suas defesas arguido que a Administração Pública Estadual promoveu a retenção/bloqueio de seus créditos sob o argumento de que pretendia ressarcir-se dos supostos prejuízos causados pela empresa, este Tribunal, até o presente momento, manteve-se alheio a tal alegação sob o fundamento adotado pela Unidade Técnica de que tais retenções não se deram pela tutela desta Corte".

47. Continuam sua argumentação informando que:

> "A SES/GO por sua vez, matreiramente, limitou-se a informar a este Egrégio Tribunal de Contas que a Procuradoria Geral do Estado de Goiás teria entendido ser ilegal a retenção de pagamentos por falta de amparo legal, opinando pela devolução das verbas bloqueadas, entretanto não informou que apesar do posicionamento da PGE/GO, aquela **Secretaria não liberou os créditos retidos da Embargante**. Ou seja, não houve a devolução do dinheiro, que se encontra nas mãos do Estado de Goiás há 10 (dez) anos.
>
> (...)
>
> O fato é que, a pedido da própria Requerida, a SES/GO promoveu novo levantamento das notas fiscais da empresa, bem como, seus pagamentos e cancelamentos a fim de demonstrar que os valores retidos e/ou não pagos, superam em muito os valores que estão sendo discutidos em TODOS processos analisados por este Tribunal.
>
> As planilhas foram elaboradas e emitidas pelo Controle de Execução Orçamentária e Financeira da SES/GO e, conforme V. Exa. poderá observar, ali constam todos os cancelamentos, parciais ou totais, das Notas Fiscais emitidas pela empresa em razão dos fornecimentos efetuados.
>
> Estes cancelamentos significam que o Estado não efetuou o pagamento dos medicamentos que foram fornecidos, alguns há mais de dez anos e que totalizam o **valor não atualizado** de **R$ 19.657.175,28 (...)**."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

48. Finalizam sua peça alegando ser "de fundamental importância que V.Exa. determine a realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções e que prove perante este Tribunal que liberou qualquer das verbas retidas em favor da Requerida, o que desde já requer".

49. Anexam (fls. 11/21 da peça 85) duas planilhas emitidas pela SES/GO onde estão relacionadas todas as notas fiscais não liquidadas, discriminando os valores das retenções que totalizam R$ 19.666.175,28, valor muito próximo ao retro informado (R$ 2.187.408,89 e R$ 17.478.766,39).

50. Ao rever os autos, entendo que estas alegações não merecem prosperar, haja vista que o assunto da mencionada retenção foi suficientemente apreciado pela unidade técnica, que resumidamente informa:

> "36. Ainda, em defesa (fl.1718), os citados alegam que houve saneamento da falha, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa HOSPFAR promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na perda do objeto da TCE.
>
> 37. Todavia, sabe-se que a retenção de crédito realizada pela SES-GO, refere-se à fonte 23, recursos federais, os quais devem ser devolvidos aos cofres federais, portanto a simples retenção feita pelo Estado não supre o débito referente a recursos federais, porquanto esses valores devem ser repassados aos cofres federais. De modo que, mesmo a defesa invocando vários dispositivos legais, no âmbito do Regimento Interno desta Corte de Contas e do Código Civil Brasileiro, sobre a extinção processual e o arquivamento do processo, não cabe acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa, uma vez que o débito ainda persiste no âmbito da União".

51. Adicionalmente, como já mencionado no parágrafo 35 deste Voto, a alegada retenção de valores não ocorreu no caso tratado nos presentes autos, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 587/2011-GEROF/SGPF/SES (peça 43, p. 22).

52. Finalmente, e no tocante ao pleito do Requerente de realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções, tal medida faz-se desnecessária uma vez que as referidas planilhas emitidas pela SES/GO não contemplam nenhuma das notas fiscais que dão origem ao débito objeto desta TCE, conforme pode-se aferir ao confrontar as NFs relacionadas na minuta de Acórdão com aquelas apresentadas nas planilhas trazidas pelo requerente (peça 85, p. 11/21).

53. Como corolário desta aferição, fica demonstrada a inexistência de qualquer retenção relacionada aos valores que devem ser ressarcidos aos cofres federais.

XI - Conclusão

54. De todo exposto, conclui-se que o débito objeto desta TCE decorreu da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital do Pregão 316/2005, que previa claramente que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Conforme constatado, a empresa Hospfar, sob a alegação de que apresentou preços desonerados, emitiu notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhe permitiu receber pagamentos com valores indevidamente majorados.

55. Diante do não acolhimento das alegações de defesa dos responsáveis arrolados, cumpre julgar as respectivas contas irregulares e condená-los solidariamente pelos débitos apurados.

56. Acrescento proposta de determinação à SES/GO para que instaure tomada de contas especial também para os débitos relativos a eventuais pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 316/2005, no que tange aos pagamentos efetuados às empresas com recursos federais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

57. 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, que muito subsidiaram os meus entendimentos e razões de decidir.

Com essas considerações adicionais, acolho, quanto ao mérito, 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 3 de agosto de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861937.

ACÓRDÃO Nº 1990/2016 – TCU – Plenário

1. Processo TC-004.589/2010-6.
2. Grupo: II – Classe: IV – Assunto: Assunto: Tomada de Contas Especial.
3. Interessados/Responsáveis:
3.1. Interessado: Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia/GO (25.141.524/0001-23).
3.2. Responsáveis: Adriano Kennen de Barros (418.679.711-00); Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21).
4. Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás.
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás (Secex/GO).
8. Representação legal.
8.1. Arthur Simas Pinheiro (48314/OAB/DF) e outros, representando Cairo Alberto de Freitas.
8.2. Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Antônio Perilo de Sousa Teixeira Netto (21359/OAB/DF) e outros, representando Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda.
8.3. Gustavo de Oliveira Lemos (43.470/OAB/DF) e outros, representando Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos 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 por meio do Pregão 316/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. excluir o Sr. Adriano Kennen de Barros da relação processual;

9.2. rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas dos responsáveis, Srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b" e "c", e § 2º da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU;

9.3. condenar, solidariamente, os Srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
94256	53.584,88	28/8/2006
97723	65.273,63	28/8/2006
99731	9.796,75	28/8/2006
111138	593,58	5/12/2006
112794	325,86	5/12/2006
112257	2.467,33	23/10/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
117547	56.252,16	27/12/2006
117548	56.470,81	27/12/2006
117549	6.501,99	5/12/2006
115405	42.653,65	5/12/2006
116921	16.208,83	5/12/2006
117236	1.594,06	5/12/2006

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861939.

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. determinar à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás que, no prazo de sessenta dias contados da ciência deste acórdão, providencie a instauração e remessa a este Tribunal de novos processos de tomada de contas especial relativos aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 316/2005 - SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, sendo um processo para cada empresa contratada no referido pregão, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que o dano apurado neste processo levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 007/2009 (peça 29, p. 46);

9.6 determinar à Secex/GO que:

9.6.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do subitem 9.5 retro, encaminhe à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia integral deste processo em meio eletrônico, juntamente com cópia do inteiro teor deste acórdão;

9.6.2. monitore o cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida no subitem 9.5 retro e, caso seja apurada a ocorrência de novos danos e instaurada a respectiva tomada de contas especial, realize a citação dos responsáveis nela identificados tão logo o processo seja encaminhado a este Tribunal;

9.7. encaminhar cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para ajuizamento das ações civis e penais que entender pertinentes, tendo em vista o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992; e

9.8. dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público daquele estado, por intermédio de sua 4ª Promotoria de Justiça, para que adote as medidas que entender pertinentes, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 316/2005-SES/GO.

10. Ata n° 30/2016 – Plenário.
11. Data da Sessão: 3/8/2016 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1990-30/16-P.
13. Especificação do quorum:
13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro e Bruno Dantas.
13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz.
13.3. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator), Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55861939.

GRUPO II - CLASSE IV – Plenário
TC-016.828/2009-0
Natureza: Tomada de contas especial
Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO)
Responsáveis: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21), Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (03.553.585/0001-65), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00), Fernando Passos Cupertino de Barros (195.630.601-30)
Representação Legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805); Milena Gilberti (OAB/GO 21.795E); Fabrício David de Souza Gouveia (OAB/GO 22.784); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Marcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB/GO 25.000); Sueli Pereira de Souza (OAB/GO 25.750) e outros.

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 ESTE 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. 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 Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., nos valores históricos totais de R$ 42.570,83 e R$ 187.903,13, respectivamente, para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 293/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 293/2005, 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 (fls. 66 - peça 2).

3. Todavia, foi constatado que as empresas Hospfar e Milênio, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentaram o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

4. Ressalte-se que o procedimento de aplicação indevida do valor do ICMS repetiu-se em diversas outras aquisições ocorridas no âmbito da SES/GO. Diante das apurações procedidas, a unidade estadual efetuou a retenção de valores já faturados em vários casos (fls. 21, peça 13).

5. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu pela existência de dano e a responsabilização dos Srs. Fernando Passos Cupertino e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Saúde, e do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, por autorizarem os pagamentos, bem como do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, e das empresas beneficiárias Hospfar e Milênio (fls. 1283/1310).

6. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Srª Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (fls. 1323/1325).

7. No âmbito deste Tribunal, o processo foi instruído tendo a Secex/GO concluído pela exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, pelo fato de o débito ter ocorrido no momento do pagamento e não quando da licitação.

8. Após a citação regular dos responsáveis para apresentar alegações de defesa ou recolher aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias indicadas nos respectivos ofícios, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor estes optaram por apresentar as devidas alegações de defesa, que foram analisadas pela Secex/GO conforme a seguir:

> **"ANÁLISE**
>
> 8. A empresa **Milenio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.** apresentou suas alegações de defesa (fls. 1410/1432), acompanhada de documentos (fls. 1433/1467). A defesa apresentou um breve relato dos fatos, em seguida, adentrou ao mérito (fl. 1411).
>
> 9. De início, a defesa enfatizou a obrigatoriedade da observância às regras do Edital num processo de licitação. Seguiu seu debate no intuito de demonstrar que formalidades inúteis devem ser eliminadas, a bem do interesse público, conforme jurisprudências do Poder Judiciário apresentadas (fls. 1413/1414). No mesmo sentido, apresenta a Decisão° 695/1999 de origem desta Egrégia Corte de Contas (fl. 1415/1416). Com isso pretende demonstrar a citada que a interpretação dada pelo órgão de Controle Interno tomada em nome do formalismo e vinculação ao instrumento convocatório não pode servir para sustentar uma decisão, que no seu entender, é absurda e prejudicial à seleção da melhor proposta.
>
> 10. Em resumo, a tese da defesa é a de que apresentou declarações na fase de apresentação de propostas de que os preços de seus produtos estavam desonerados do ICMS e que apresentou a proposta mais vantajosa, com preços abaixo do valor estimado, portanto, compatíveis com o valor de mercado, não tendo, por isso, causado lesão aos cofres públicos. Quer a defesa demonstrar, também, que o interesse fazendário não é o interesse público, com suporte no julgamento do REsp.382.736-SC (fl. 1420).
>
> 11. Na tese seguinte, a citada argumenta que o ICMS somente deveria incidir nos preços ofertados quando fosse devido, o que, para ela, não é o caso (fl. 1416), em função do benefício legal. Portanto, a contratada teria agido pautada nos procedimentos legais exigidos, desqualificando a retenção de numerário para efeito de compensação.
>
> 12. Na discussão sobre a Natureza Jurídica do benefício fiscal da isenção do ICMS nas vendas destinas ao órgão público da Administração Direta, incluindo suas autarquias e fundações (fl. 1423/1431), a defesa tenta demonstrar, por meio de discussões tributárias que a empresa Milênio, por ter adotado uma tarifa de desconto de 17%, quando na verdade teria direito a descontar apenas 10%, possui um crédito com a SES/GO de 7%.
>
> 13. Sabe-se, porém, que a classificação das propostas está adstrita à obediência ao edital e à legislação específica, não cabendo o uso de interpretação espúria para se mudar o sentido legal que envolve o ato de contratar com a Administração. Veja que a interpretação de que os impostos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

inclusos são os incidentes e não os isentos é uma interpretação unilateral feita pela citada, pois o edital prediz o contrário ao dispor sobre a inclusão de todos os impostos. Além do que, a legislação específica reforça que os preços devem ser oferecidos incluindo-se o valor da alíquota do ICMS, para ser destacado na Nota Fiscal, com o fim de abatimento, em função da isenção dada pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002. Portanto, não há dúvida quanto a essa interpretação legal a ser dada ao edital e ao Convênio que rege a matéria. Fato que impossibilita o acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa.

14. A defesa apresentada pela citada não foi diferente da apresentada pelas demais citadas, pretendendo demonstrar que suas propostas iniciais já consideravam a desoneração da alíquota de 17% referente ao ICMS. Assim, sob os fundamentos legais de que a prática utilizada pela citada no recebimento de sua fatura restou contrária ao previsto tanto no edital quanto na legislação específica, por não desonerar o valor correspondente ao ICMS incluso no preço inicial, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

15. O senhor **Fernando Passo Cupertino de Barros** apresentou sua defesa (fls. 1468/1472). Seguiu tese única no sentido de que a responsabilização no caso não deve ser imputada a ele, Secretário de Saúde à época, mas aos agentes subordinados, que, segundo a defesa, exorbitaram do poder a eles incumbidos (fl. 1469). Alega que como ordenador de despesa não tinha condição de acompanhar todos os detalhes de um procedimento licitatório. Ademais, segundo a defesa, seus atos foram referendados pelo jurídico do órgão. Para finalizar, invoca o uso da razão pelos julgadores colacionando doutrinas, que discorrem sobre o emprego do princípio da razoabilidade pelos julgadores, como norteador aos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição.

16. Porém, ao gestor cabia a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 003/2009 (fls. 1295, 1297) na Planilha referente às empresas envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Assim, a boa-fé dos gestores é discutível, porém sana-se o problema com a devolução das verbas públicas cobradas aos cofres da União de maneira definitiva.

17. De outro modo, a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, também se opera pela culpa *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim, o Secretário de Saúde é quem escolhe os seus subordinados. No momento da escolha o gestor não pode ser negligente ao preencher os principais cargos de comando operacional da máquina administrativa, que, neste caso, acabaram por propiciar prejuízo ao erário. Portanto, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

18. A empresa **HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.** apresentou suas alegações de defesa (fls. 1476/1524), acompanhada de documentos (fls. 1525/1632).

19. Em princípio, a defesa fundamentou-se em preliminares. A primeira delas 'I.I - Inexistência de Ampla Defesa. Contraditório' (fls. 1476/1480). Em sua defesa, a empresa alega que não lhe foi dada oportunidade de defender-se e contra-argumentar sobre os fatos. Ademais, apresenta doutrina e julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça preconizando o direito de ampla defesa, que é constitucional. Segue alegando que tem direito a indenização pelos danos sofridos, no caso a retenção de 17% sobre os seus pagamentos sem que tenha havido decisão fundamentada e sem a oportunização de defesa. Com isso, pretende o citado demonstrar que a irregularidade no procedimento licitatório foi causada pela própria Administração. Fato que invalidaria todo o certame, assim como todos os atos jurídicos dele decorrentes, não podendo ser alcançado por aplicação de quaisquer sanções. Pelo contrário, aduz em sua defesa que tem o direito de receber a quantia correspondente aos produtos por ele vendidos.

20. Quanto ao direito de Contraditório e Ampla Defesa, este, mesmo que não tenha sido oportunizado anteriormente, está sendo, seguramente, oferecido à empresa nesta TCE.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

21. Com relação à retenção feita pela Administração, esta não teve o resguardo desta Egrégia Corte de Contas que só passou à tutela da lide após a abertura da TCE.

22. Quanto ao direito de indenização pleiteado, mesmo considerando que as falhas no procedimento licitatório e de contratação ocorreram por culpa da Administração, a nulidade apontada nos autos não tem o condão de livrar a empresa do ressarcimento dos danos ao Erário, cuja apropriação de recursos verteu em benefício da citada. Entretanto, pelo fato de ter sido beneficiada debaixo do manto da Administração é que está sendo responsabilizada de maneira solidária com os gestores que deram causa à irregularidade em questão. Assim, não cabe acolhida aos argumentos da citada.

23. Na segunda preliminar 'I.II – Falta de correta tipificação – nulidade' (fls. 14805/1482), alega a citada que a tipificação correta para o caso seria a violação ao Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, pelo caráter de especificidade deste convênio que indica os medicamentos questionados em seu anexo único, em detrimento da tipificação realizada na citação, referente ao Convênio Confaz ICMS nº 26/2003.

24. De fato a especificidade dada pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002 habilita esta norma para efeitos de tipificação nestes autos. Todavia, a tipificação serve de orientação na busca do enquadramento do fato com finalidade de se buscar a verdade real destes, oportunizando à defesa e à acusação o debate sobre o fato ocorrido, para que as evidências sejam acatadas ou refutadas no decorrer da análise processual, que culmina com a obtenção do mérito a ser proferido no julgamento das contas, de modo que, uma vez trazida à tona a correta tipificação das irregularidades ocorridas, tendo inclusive a defesa apresentado alegações no sentido de rebater tal tipificação, tal rigor formalista não tem o poder de dissuadir a irregularidade cometida pela citada, que resultou em débito ao erário federal, e não redundou em prejuízo à defesa daquela.

25. Na terceira preliminar 'I.III – Falta de tipicidade para Tomada de Contas Especial' (fls. 1482/1485), a defesa alega (fl. 1482) que os preços dos medicamentos em questão vendidos no Pregãoº 293/2005 foram praticados de acordo com os preços de mercado à ocasião, salientando a observação constante no Relatório Conclusivo 003/2009 da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás de que houve economia com relação aos preços praticados em outros procedimentos. Continua sua defesa, alegando que os preços apresentados já estavam desonerados do ICMS e que os preços apresentados, portanto, por estarem compatíveis com os de mercado, não apresentam indícios de superfaturamento ou qualquer outra irregularidade que pudesse dar causa à Tomada de Conta Especial. Nesta argumentação pretende demonstrar que a TCE não apresenta todos os elementos constitutivos necessários para o seu procedimento.

26. A questão seria favorável à defesa caso os indícios de prejuízo ao Erário não fossem demonstráveis. Contudo, o que se apresenta nos autos é o oposto, os cobrados nesta TCE referem-se a valores pagos sem a desoneração do ICMS, conforme pode ser averiguado no Relatório Conclusivo nº 003/2009 (fl. 1295) na Planilhas referentes à empresa envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Portanto, não se configura a descaracterização dos pressupostos de validade de instauração deste procedimento.

27. Superadas as preliminares, segue-se à análise do mérito (fls. 1485), II.I – Do Pregão 293/05 (fl. 1489); nas suas alegações iniciais, a defesa apresenta a tese de que praticou o preço já considerando a desoneração referente ao ICMS, seguindo as orientações ditadas por lei, portanto, não haveria que se questionar ilegalidade neste ato. Para reforçar sua tese apresenta Despacho da Procuradoria Geral do Estado 'AG' nº 007332 de 24/08/2007 (fl. 1492), manifestando-se sobre este assunto em outro pregão, o de 'nº 130/2005', cuja conclusão é a de não haver nenhuma ilegalidade na apresentação do valor da proposta desonerada de ICMS, por não afetar a comparação entre propostas e por atender à legislação que rege a matéria e a orientação daquela Casa.

28. Portanto, ou a administração pagou a mais nos pagamentos feitos considerando-se que os valores ofertados não estavam desonerados e teria crédito com as empresas, ou a administração estaria cobrando indevidamente das empresas caso os preços ofertados por elas já estivessem

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

desonerados do valor do ICMS. Entretanto, o entendimento aqui esboçado é o de que a administração tem crédito com as empresas que receberam os valores totais pagos nas Notas Fiscais, uma vez que o valor a ser pago deveria ter sido aquele com o desconto da alíquota de 17% referente ao ICMS destacado na nota, como no caso concreto aqui apresentado. Uma vez que, à luz da legalidade nos preços ofertados o valor do ICMS deveria estar incluso. Portanto, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

29. Na sequência, a defesa lançou mão da tese de preclusão administrativa, II.II – Desclassificação da Proposta Inexistente – Preclusão (fl. 1499); diante da qual a administração não poderia exercitar a faculdade discricionária de avaliar a conveniência da licitação e das propostas, pelo fato de inexistirem fatos novos que pudessem produzir alteração do juízo de conveniência exercido na ocasião da homologação e retificação da homologação do edital.

30. Todavia, como já demonstrado na discussão antecedente, não se trata de modificar entendimento anterior, pelo contrário, a questão envolve erro no pagamento feito em algumas Notas Fiscais, levando-se em conta o entendimento já esboçado. Portanto, não cabe acolhida ao argumento apresentado.

31. Na tese seguinte, II.III – Desoneração – Impossibilidade de aplicação de sanção legalidade (fl. 1504), a defesa pretende demonstrar a impossibilidade de aplicação de sanção pelo fato de a empresa ter apresentado em sua proposta os preços dos produtos já com os valores desonerados.

32. Novamente, esbarra-se a discussão na controvérsia sobre a inclusão ou não do valor referente ao ICMS nos preços ofertados. Segundo a empresa contratada, os preços constantes na sua proposta vencedora estavam desonerados do valor referente ao ICMS. Segundo a Auditoria Interna da Secretaria de Estado da Saúde, em obediência ao edital, tais preços propostos deveriam estar onerados do valor do ICMS; para, posteriormente, na etapa do pagamento, ter estes valores destacados na Nota Fiscal e abatidos do valor total da nota, chegando-se ao preço correto de pagamento, em obediência ao prescrito no edital e no Convênio Confaz ICMS nº 87/2002.

33. É sabido que a isenção fiscal corresponde à não incidência legalmente qualificada, como no caso em questão. Porquanto, a regulamentação da isenção fiscal, dada pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, dispõe na sua Cláusula primeira que ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único daquele convênio destinado aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas. Porém, condiciona esta isenção no § 1º c/c inciso III a que 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. Portanto, como a própria legislação específica, que trata da isenção fiscal, também, regulamenta o seu *modus operandi*, e neste, está claro que o valor referente ao ICMS, deveria constar na Nota Fiscal, para ser abatido, no ato do pagamento. Ainda, o edital previa a apresentação dos preços com a inclusão de todos os impostos inclusive o ICMS. Assim, fica difícil aceitar a tese apresentada pela citada de que o valor pago pela Administração corresponde ao valor ofertado pela contratada, que já levou em conta a desoneração do ICMS no seu preço.

34. Posteriormente, a defesa apresenta ainda a tese de que teria o direito de desoneração do ICMS em 10%, por ser atacadista, II.IV – Direito a desonerar ICMS em 10% das distribuidoras (fl. 1517). Assim, a defesa alega em seu favor que a empresa tem o direito de desoneração do ICMS em 10% (dez por cento), em função do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE nº 037/04-GSF) deferido aos distribuidores atacadistas de medicamentos no Estado de Goiás, conforme doc.17 (fls. 1618/1620).

35. Entretanto, nos autos, está sendo preservado o direito de desoneração de 17% referente ao ICMS garantido pelo Convênio Confaz ICMS nº 87/2002. Acontece que essa desoneração foi utilizada como instrumento de subsídio nos preços dos medicamentos complexos de grande relevância social para o Estado de Goiás.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

36. Ademais, o benefício fiscal pretendido pela defesa não é cumulativo, conforme § 1º da Cláusula primeira do mesmo diploma apresentado por ela (TARE nº 037/04-GSF). Portanto, não cabe acolhimento ao argumento da defesa.

37. Ainda, apresenta a defesa a alegação (fl. 1519) de que o repasse de recursos federais para a saúde é fixo e insuficiente para cobrir o valor das aquisições. Com tal alegação a defesa pretende demonstrar que não existe prejuízo à União, uma vez que os gastos com medicamentos são complementados com verbas estaduais, estando, no seu entendimento, o procedimento avaliado fora de qualquer possibilidade de prejuízo ao Erário.

38. Embora, as explanações acerca dos repasses de recursos federais referentes à saúde mereçam atenção por parte das autoridades criadoras de políticas públicas nesse segmento, tais explicações não servem de fundamento para elidir as irregularidades aqui debatidas. Observa-se que estão sendo cobradas as parcelas indevidamente pagas exclusivamente com recursos públicos federais, conforme Planilha referente à empresa envolvida (fl. 1295). Portanto, não cabe acolhimento dos argumentos levantados pela defesa.

39. Em seguida, o citado aduz ao princípio da boa-fé (fl. 1522), alegando em sua defesa que caso tenha ocorrido alguma irregularidade, esta ocorreu por conta dos gestores públicos, que a empresa se ateve a respeitar os ditames legais e atender o interesse público. Entretanto, segundo entendimento do TCU, não há que se falar em boa-fé diante de personalidade jurídica.

40. Em sua defesa, apresenta julgados do TCU, Decisão 326/95 e Ac.027/96- Plenário. Interessante que ambos julgados se referem à absolvição de gestores públicos em casos envolvendo, o primeiro, questão jurídica de alta complexidade e, o segundo, o afastamento de hipótese de locupletamento por parte de gestores. Portanto, julgados, cujas análises e resultados não afetam a situação da empresa citada, um ente privado, que se beneficiou das quantias pagas de maneira indevida.

41. Diante do exposto, a defesa apresentada pela empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. não logrou êxito em nenhum dos pontos discutidos, permanecendo o débito sob sua responsabilidade.

42. Em seguida, foi apresentada em conjunto a defesa dos responsáveis, senhor Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (fls. 1633/1653), acompanhada de documentos (fls. 1654/1665), referente à empresa Milênio distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares. Outra defesa (fls. 1666/1686), acompanhada de documentos (fls. 1687/1693), referentes à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Sendo que as duas defesas têm o mesmo conteúdo material, apenas mudando o sujeito passivo solidário. De modo que será referenciada apenas a primeira defesa, estendendo-se sua análise à outra defesa.

43. Inicia-se a defesa trazendo um breve relato dos fatos, constantes nos autos. Em seguida apresentam as providências administrativas adotadas pelos gestores em questão, a partir do conhecimento dos fatos, com finalidade de se restituir o erário do valor pago indevidamente (fl. 1636/1637).

44. Na sequência (fls. 1637/1639), a defesa busca demonstrar a boa-fé dos gestores na questão envolvendo o ICMS, neste caso. Em resumo, as ações dos gestores foram a de continuidade na compra dos medicamentos devido ao alcance social de extrema relevância vital à população beneficiada, porém seguida de medida preventiva para resguardar o Estado quanto aos débitos apurados nos pagamentos feitos indevidamente.

45. Não se pode deixar de observar que foi louvável a conduta dos gestores na continuidade da compra de medicamentos tão indispensáveis ao interesse público. Entretanto, a retenção feita nos pagamentos à empresa parece ter munido o Estado de elementos financeiros suficientes para se cobrir os débitos apurados nos pagamentos irregulares realizados na gestão dos citados. Contudo, a boa-fé dos gestores, neste caso, concretizar-se-ia, com a devolução das verbas públicas aos cofres do Estado de maneira definitiva, o que não foi o caso.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

46. Outro ponto tocado na defesa é a discussão do direito (fl. 1639/1647), cuja explanação da defesa percorre doutrinas agasalhadas pelo direito administrativo pátrio, como a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, opera-se pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim como, a responsabilidade civil objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.

47. Ante as explanações, diante da retificação da homologação daquele edital, proporcionando o benefício das empresas, não parece claro que os gestores não agiram com dolo. Porém, como a própria defesa argumentou, aos gestores cabiam a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 003/2009 (fls. 1295 e 1297) nas Planilhas referentes às duas empresas envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Assim, a boa-fé dos gestores é discutível, porém sana-se o problema com a devolução das verbas públicas cobradas aos cofres da União de maneira definitiva.

48. Ainda, em defesa (fl. 1646), os citados alegam que houve saneamento da falha, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfar promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na perda do objeto da TCE.

49. Todavia, sabe-se que a retenção de crédito realizada pela SES-GO, refere-se à fonte 23, recursos federais, os quais devem ser devolvidos aos cofres federais, portanto a simples retenção feita pelo Estado não supre o débito referente a recursos federais, porquanto esses valores devem ser repassados aos cofres federais. De modo que, mesmo a defesa invocando vários dispositivos legais, no âmbito do Regimento Interno desta Corte de Contas e do Código Civil Brasileiro, sobre a extinção processual e o arquivamento do processo, não cabe acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa, uma vez que o débito ainda persiste no âmbito da União.

50. A defesa segue (fls. 1647/1650), alegando a ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa. Quanto à ausência de dolo, está já foi discutida anteriormente, nestes autos. Quanto à ausência de improbidade administrativa, este assunto não é tratado nestes autos, que se restringe à competência do TCU em buscar os responsáveis por danos causados ao Erário. Improbidade administrativa é alvo circunscrito à competência do Ministério Público Federal. Portanto, os argumentos levantados pela defesa sobre este assunto não alcançam a TCE em questão.

51. Ainda em defesa, é apresentada a contestação da responsabilização solidária dos gestores nestes autos (fls. 1650/1651). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp nº 881426 do Estado de São Paulo, apresentado pela defesa encontra-se a solução para o deslinde sobre a devida responsabilização desta TCE, ou seja, os defendentes só podem ser condenados na medida de sua responsabilidade e extensão.

52. Veja, que é clara a responsabilidade dos gestores, o senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela autorização para os pagamentos feitos à empresa HOSPFAR (pregão nº 293/2005 - fl. 1306), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela execução de pagamentos feitos às duas empresas envolvidas (pregão nº 293/2005 - fl. 1306), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito ora apurado.

53. Os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

54. Quanto às ações esperada por homem médio (fl. 1651/1652), na situação discutida nos autos, a defesa apresenta Acórdão 217/2007 – 2ª Câmara – Relator Ministro Aroldo Cedraz, como subsídio ao seu argumento. Entretanto, o Acórdão apresentado trata exatamente da tomada de medida eficaz para se interromper a possibilidade de débito ao Erário, no caso do Acórdão ilustrado, foi suspensa a licitação e seus atos decorrentes, impossibilitando prejuízo ao Erário. Ao contrário, a ação tomada pelos gestores questionados nestes autos foi a de a continuidade nos pagamentos perniciosos, que redundaram em danos ao Erário. De modo que, não cabe acolhida aos argumentos apresentados neste ponto.

55. Por fim, a defesa alega boa-fé na troca de fontes orçamentárias (fl. 1652). Todavia, tal conduta não foi questionada nesta TCE, mostrando-se desnecessária a discussão dessa tese. Basta mencionar que a inclusão da fonte orçamentária federal é que propiciou o alcance da matéria por esta Egrégia Corte de Contas.

56. Porquanto, não pode ser entendida a boa-fé dos gestores, uma vez que os recursos não foram devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, restando configurado o débito para com a União.

NOVOS ELEMENTOS

57. Foi apresentada pela empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., após a análise de mérito feita pela Secex/GO, como novos elementos, documentação juntada às folhas 1709/1717 (vol. 7), folhas 1721, folhas 1722/1728 e anexo 2, que remetida ao gabinete do Relator, por decisão daquela relatoria (fl. 1718), propiciou a restituição dos autos para nova instrução.

58. A documentação enviada (fls. 1709/1717) refere-se à quantificação do montante retido pela Administração Estadual em função da lide que a empresa trava com a Secretaria Estadual de Saúde. Entretanto, esse assunto, a retenção de valores realizada de maneira unilateral pela Administração Estadual, sem a realização de contraditório e ampla defesa não ocorreu mediante a tutela desta Egrégia Corte de Contas, conforme explicitado no parágrafo 21 desta instrução.

59. Portanto, embora possa ser entendida como ilegal a retenção feita pelo Estado sem o devido processo legal e o oferecimento de oportunidade à defesa, também não cabe nesta esfera administrativa o encontro de contas, pelo fato de a retenção feita pela Administração Estadual tratar-se de verbas incorporadas às finanças do Estado e o débito aqui apurado pertencer às finanças do Erário Federal.

60. Desse modo, não cabe o acolhimento da alegação feita pela empresa com apoio na documentação apresentada como novos elementos, que na verdade trata-se de assunto já tratado na instrução precedente (fls. 1694/1705)

61. A documentação seguinte (fl. 1721) refere-se a uma solicitação para que os autos sejam encaminhados à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás para que seja requerida junto à Secretaria da Fazenda uma análise técnica do procedimento em questão e manifestação daquele órgão na forma de parecer.

62. Todavia, como os autos referem-se a uma Tomada de Contas Especial no âmbito do TCU e por ele instaurada, não cabe a possibilidade de envio destes autos para outra instância administrativa. Assim não cabe acolhida ao pedido da requerente.

63. O outro requerimento (fls. 1722/1728é uma repetição da documentação apresentada às folhas (1709/1717) demonstrando a quantificação do montante retido pela Administração Estadual em função da lide que empresa trava com a Secretaria Estadual de Saúde. Portanto, com discussão já exaurida nos autos.

64. O requerimento seguinte (fls. 01/123 – Anexo 2) refere-se à apresentação de pareceres da lavra de dois juristas com o intuito de reforçar a tese de regularidade nos procedimentos em

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

questão. O primeiro parecer discorre na área administrativa (fls. 03/51 – Anexo 2) e outro discorre na área tributária (fls. 52/123 – Anexo 2). Sendo os expedientes analisados de forma separada como se segue.

65. Marçal Justen filho inicia sua preleção (fl. 01/13 – Anexo 2) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria o parecerista debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

66 . O jurista traz aos autos discussão envolvendo a conduta da empresa licitante e a disciplina que envolve a não incidência do ICMS. Ao discorrer sobre as nuances que envolve a matéria (fl. 13/20 – Anexo 2), em resumo busca demonstrar que a empresa agiu de maneira legal ao apresentar seus preços excluídos do ICMS tanto no edital quanto no contrato, uma vez que este fato estava explicitado por meio de declaração da empresa licitante.

67 . Este ponto é o momento mais importante da matéria tratada, como já observado na análise anterior, ou a empresa não apresentou o preço cheio (incluso o imposto) e a administração se equivoca em buscar o ressarcimento referente à porcentagem equivalente ao referido imposto, ou a empresa apresentou o preço cheio e de maneira espúria obteve da administração e em conivência com ela a locupletação do equivalente ao imposto.

68. Quanto à ausência de irregularidade alegada (fl. 20/23 – Anexo 2), o parecerista ofereceu a tese de que a consulente apresentou a fatura de cobrança com o mesmo valor que ofertou na licitação e no contrato.

69 . De fato esse entendimento foi observado nesta análise, porém, a discussão nos autos refere-se ao fato de que a empresa contratada deveria receber o valor correspondente ao valor apresentado na licitação abatido do valor correspondente ao ICMS. Assim, o alegado no parecer contraria o entendimento esboçado nesta peça instrutória e não foi suficiente para o convencimento adverso. De modo que não cabe acolhida aos argumentos apresentados no parecer.

70 . O parecerista continua sua homilia no tópico V- A ausência de competência para alterar a vontade privada (fl. 23/24 – Anexo 2). Segue afirmando que a proposta apresentada pela contratada, acompanhada da declaração de que os seus preços não estavam inclusos, tornou-se imodificável, uma vez que a administração a aceitou e homologou o certame.

71 . No entanto, o edital previa que os preços deveriam ser apresentados inclusos todos os impostos, portanto também o ICMS. De outra feita, essa declaração não é documento legal exigido no edital e, caso tenha sido realmente apresentada, não configuraria como objeto de análise das propostas. Por esse motivo, sua existência é dúbia e os efeitos dela decorrentes sem validade.

72 . Da eficácia de atos administrativos perfeitos (fl. 25/26 – Anexo 2). O jurista defende a tese de que os atos administrativos se aperfeiçoaram com a homologação do certame licitatório, alegando que as propostas não contemplavam a carga do ICMS.

73 . De fato se as propostas não contemplavam a carga do ICMS então a administração está a perseguir um débito que não existe. Mas, o entendimento esboçado nesta TCE é o contrário, ou seja, de que as propostas contemplavam a carga do ICMS. Esse fato é o único vínculo de causa e efeito para se chegar ao débito imputado.

74. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio que se se provar que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.

75 . Quanto à alegação de vedação à conduta administrativa contraditória (fl. 26/31 – Anexo 2), o jurista pretende demonstrar que mantidos inalterados os fatores de uma determinada relação jurídica, não poderá a Administração desconsiderar seus atos anteriores, para assumir conduta diversa e contraditória. Segundo sua análise, não poderia a administração, neste momento,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

querer modificar o entendimento anterior de que os preços apresentados estavam desonerados e agora emitir novo juízo de que estes preços não estavam desonerados, redundando em débito.

76 . No entanto, somente, a empresa responsabilizada é que afirma, unilateralmente, que seus preços estavam desonerados. É fato que a administração pagou os preços cobrados pela contratada conforme contratados. Entretanto, só agora ficou claro para a Administração que os medicamentos estavam sendo pagos de maneira onerada, vez que não foi feita a devida desoneração do imposto no momento do pagamento da fatura. Portanto não ocorreu conduta administrativa contraditória, apenas a Administração tenta corrigir o erro consumado no momento do pagamento das faturas.

77 . Em seguida, o parecerista alega o decurso de prazo (31/34 – Anexo 2), invocando a decadência ou a prescrição, que segundo seu entendimento é de cinco anos.

78. De fato o prazo de cinco anos tanto para a decadência quanto para a prescrição aplicar-se-ia ao caso se a matéria se referisse à desconstituição de atos administrativos, regidos pelo direito administrativo. Entretanto, a matéria aqui tratada refere-se ao ressarcimento de valores subtraídos do Erário Federal de maneira ilícita, portanto sujeito à tutela desta Egrégia Corte, onde existe o entendimento firmado por meio do Acórdão 2.709/2008-Plenário, no sentido de que 'o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis'. Também há corrente no TCU que defenda o entendimento onde o instituto da decadência e da prescrição tem o prazo de 10 anos para os casos ocorridos após a publicação do código civil em 2003 e vintenária para os casos anteriores. De qualquer modo não há como recepcionar a alegação destes institutos.

79 . Na sequência, o jurista trata do descabimento da autotutela pela Administração Pública (fls. 34/38 – Anexo 2). Neste assunto, o Tribunal não deve se manifestar porque a retenção financeira feita pelo Estado de Goiás não ocorreu em decorrência de atuação desta Corte de Contas, conforme entendimento esboçado no parágrafo 54 desta instrução. Esse entendimento também supre o alegado quanto à configuração de desvio de finalidade (fls. 38/39 – Anexo 2).

80 . Quanto à ausência do devido processo legal (fls. 39/43 – Anexo 2), esse assunto, a retenção de valores realizada de maneira unilateral pela Administração Estadual, sem a realização de contraditório e ampla defesa não ocorreu mediante a tutela desta Egrégia Corte de Contas.

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

82 . Em resumo, o parecer emitido pelo eminente jurista Marçal Justen Filho trouxe elementos aos autos, porém sem repercussão nestes, uma vez que o TCU não determinou a retenção de valores, tampouco deixou de oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Assim como não alcança o caso concreto os institutos da prescrição e decadência.

83 . Ives Gandra da Silva Martins inicia sua homilia (fls. 53/123 – Anexo 2) expondo os fatos a ele levados pela consulente e os quesitos a serem respondidos. Na discussão da matéria o parecerista também debate a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa.

84 . Neste parecer, como elementos novos, além dos assuntos já discutidos nos autos e no parecer do jurista Marçal Justen Filho, tem a novidade de se trazer à discussão o percentual da alíquota a ser cobrada. Segundo o parecerista, a alíquota a ser cobrada é de 10,35% porque a empresa consulente é titular do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE). Portanto, esta seria a alíquota a ser cobrada no caso.

85 . De fato, assistiria razão ao parecerista, caso a empresa houvesse, no momento do recebimento e emissão da fatura, optado pela alíquota de 10,35%. No entanto, a alíquota utilizada na fatura que empresa utilizou para os recebimentos, demonstrada na documentação acostada aos autos, foi de 17%. Portanto, não assiste razão aos argumentos trazidos no parecer em questão.

86. Desse modo, não cabe o acolhimento da alegação feita pela empresa com apoio na documentação apresentada como novos elementos, que na verdade refere-se de assunto já tratado na instrução precedente (fls. 1694/1705).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

CONCLUSÃO

87. Com efeito, o senhor Adriano Kennen de Barros, embora sob os efeitos da revelia por ter não apresentado alegações de defesa, teve a sua responsabilidade afastada nos autos devido ao fato do ato por ele cometido, durante a realização do pregão, etapa de classificação, não ter provocado impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento. Quando algumas Notas fiscais foram pagas de acordo com a legislação e outras em desacordo.

88. Quanto aos demais citados, as justificativas apresentadas por eles não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, em especial aquelas pertinentes à autorização, execução de pagamentos feitos às empresas envolvidas e recebimentos irregulares por parte destas (pregão nº 293/2005 - fl. 1283), levando-se em consideração que o valor dos produtos considerado para efeito de pagamento constante nas Notas Fiscais estava onerado com o valor do ICMS, sendo que as empresas deveriam ter recebido o valor do medicamento considerando-se a dedução do valor referente ao ICMS, fato irregular por contrariar o disposto no Edital e no Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

89. O conjunto das irregularidades consignadas leva à conclusão de que houve injustificado dano ao Erário, o que autoriza a aplicação de multa aos responsáveis (art. 57 da Lei 8.443/92).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENO

90. Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, opinando pelo encaminhamento dos autos ao relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Augusto Sherman Calvalcanti, por intermédio do Ministério Público junto a este Tribunal, a teor do disposto no art. 81, II, da Lei 8.443/1992, com a proposta para este Tribunal:

a) considerar revel, para todos os efeitos, nos termos no art. 202, § 8º, do Regimento Interno do TCU, o Sr. Adriano Kennen de Barros, excluindo-se sua responsabilidade nestes autos;

b) rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares, nos termos do artigo 16, III, 'C'; c/c artigo 19 da Lei de nº 8.443/92, as presentes contas, condenando os senhores Cairo Alberto de Freitas, Fernando Passos Cupertino de Barros, Antônio Durval de Oliveira Borges; solidariamente com as empresas HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda. ao pagamento das quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor; em função da autorização pelo primeiro, da execução pelo segundo e do recebimento pelos terceiros de pagamentos indevidos (pregão nº 293/2005), levando-se em consideração que o valor dos produtos pago estava onerado com o valor do ICMS, sendo que o pagamento correto deveria ter sido feito considerando a dedução do valor referente ao ICMS, fato inobservado pelos agentes envolvidos, contrariando o Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, que se concretizou nos débitos apurados.

DÉBITO (fl. 1295): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, solidariamente com a empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

R$ 42.570,00 (quarenta e dois mil, quinhentos e setenta reais), na data de 30/06/2006, por ser mais favorável ao responsável;

DÉBITO (fls. 1297/1299): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, solidariamente com a empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Data do Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido	Débito 71,09 % (fonte 23)
53046	30/06/2006	R$ 19.700,00	R$ 3.349,00	R$ 2.380,80
40769	10/03/2006	R$ 255.424,68		
41203	10/03/2006	R$ 39.400,00		

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

Nota Fiscal	Data do Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido	Débito 71,09 % (fonte 23)
44516	04/05/2006	R$ 3.661,60		
42668	04/05/2006	R$ 322.976,47		
47719	30/06/2006	R$ 304.076,99	R$ 51.693,09	R$ 36.748,62
49352	30/06/2006	R$ 17.673,00	R$ 301,41	R$ 214,27
57792	13/07/2006	R$ 18.715,00	R$ 15.533,45	R$ 11.042,73
62145	18/09/2006	R$ 15.957,00	R$ 2.712,69	R$ 1.928,45
62566	18/09/2006	R$ 1.970,00	R$ 334,90	R$ 238,08
62148	18/09/2006	R$ 5.713,00	R$ 971,21	R$690,43
70319	18/09/2006	R$ 19.700,00	R$ 3.349,00	R$ 2.380,80
65798	18/09/2006	R$ 15.760,00	R$ 2.679,20	R$ 1.904,64
65467	18/09/2006	R$ 4.054,36	R$ 689,24	R$ 489,98
64923	18/09/2006	R$ 162.174,40	R$ 27.569,65	R$ 19.599,26
66551	18/09/2006	R$ 81.087,20	R$ 13.784,82	R$ 9.799,63
65960	18/09/2006	R$ 19.700,00	R$ 3.349,00	R$ 2.380,80
72314	18/09/2006	R$ 262.961,60	R$ 44.703,80	R$ 31.779,93
			R$ 171.020,46	**R$ 121.578,45**

DÉBITO (fls. 1297/1299): referente aos Srs. Fernando Passo Cupertino de Barros, Antônio Durval de Oliveira Borges, solidariamente com a empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Data do Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido	Débito 71,09 %
53046	30/06/2006	R$ 19.700,00	R$ 3.349,00	
40769	10/03/2006	R$ 255.424,68	R$ 43.422,20	R$ 30.868,84
41203	10/03/2006	R$ 39.400,00	R$ 6.698,00	R$ 4.761,61
44516	04/05/2006	R$ 3.661,60	R$ 622,47	R$ 442,51
42668	04/05/2006	R$ 322.976,47	R$ 54.906,00	R$ 39.032,68
47719	30/06/2006	R$ 304.076,99	R$ 51.693,09	
49352	30/06/2006	R$ 17.673,00	R$ 301,41	
57792	13/07/2006	R$ 18.715,00	R$ 15.533,45	
62145	18/09/2006	R$ 15.957,00	R$ 2.712,69	
62566	18/09/2006	R$ 1.970,00	R$ 334,90	
62148	18/09/2006	R$ 5.713,00	R$ 971,21	
70319	18/09/2006	R$ 19.700,00	R$ 3.349,00	
65798	18/09/2006	R$ 15.760,00	R$ 2.679,20	
65467	18/09/2006	R$ 4.054,36	R$ 689,24	
64923	18/09/2006	R$ 162.174,40	R$ 27.569,65	
66551	18/09/2006	R$ 81.087,20	R$ 13.784,82	
65960	18/09/2006	R$ 19.700,00	R$ 3.349,00	
72314	18/09/2006	R$ 262.961,60	R$ 44.703,80	
			R$ 276.669,13	R$ 75.105,64

c) aplicar individualmente aos responsáveis senhores Cairo Alberto de Freitas, Fernando Passos Cupertino Barros, Durval de Oliveira Borges e às empresas HOSPFAR Indústria e Comércio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda.; a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor a ser arbitrado pela Egrégia Corte de Contas, individualmente, em razão das irregularidades praticadas na condução da execução dos contratos originados do pregão nº 293/2005, ocasionando débito injustificado ao erário, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, III, a, do RI/TCU), o seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, acrescida da correção monetária calculada a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação, caso não atendida a notificação;

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

e) encaminhar cópia do Relatório, do Voto e do Acórdão que vierem a ser proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para subsídio ao possível ajuizamento das ações civis e penais que entender cabíveis, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás, por também envolver recursos públicos estaduais, e à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, para conhecimento."

9. O MP/TCU manifestou-se por duas vezes (antes e após a análise dos novos elementos – item 57 da instrução retro) de acordo com a unidade técnica e acrescentou relevantes argumentos para fundamentar a proposta de encaminhamento, consoante exposto abaixo (fls. 1707/1709 e 1746). Em acréscimo, sugeriu que as contas fossem julgadas irregulares, com fulcro no art. 16, III, alíneas "b" e "c" – em vez de apenas alínea "c" –, da Lei 8.443/92, com vistas a também contemplar a grave infração às normas legais e regulamentares como fundamento da condenação.

"Trata-se de tomada de contas especial instaurada em decorrência de determinação contida no Acórdão 45/2008 – Plenário, visando apurar irregularidades na aplicação de recursos federais do SUS por meio do Pregão. 293/2005, realizado pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO para aquisição de medicamentos de alto custo.

Em linhas gerais, o débito consiste em pagamentos indevidos nos quais a empresa elevava artificialmente o valor inicial dos medicamentos expressos na ordem de fornecimento e, por ocasião da emissão da nota fiscal, destacavam a isenção do ICMS em 17% (Convênio Confaz/ICMS nº. 087/2002), de modo que o valor final resultava igual ao inicialmente expresso na ordem de fornecimento, ou seja, tornando inócua a isenção.

Após a instrução regular, a Secex/GO propôs, em síntese, a exclusão de responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, considerando que os atos por ele praticados na classificação das propostas não repercutiram nos pagamentos irregulares, e a irregularidade das presentes contas, condenando-se em débito os demais responsáveis, solidariamente com as empresas Hospfar e Milênio, além de aplicar-lhes multas.

Feito esse relato, manifestamo-nos, em essência, favoravelmente à proposta oferecida pela Secex/GO às fls. 1694/1705, sem prejuízo das seguintes considerações.

De início, cabe firmar a premissa de que os critérios para classificação de propostas são aqueles previstos no edital que, por sua vez, deve estar em conformidade com a legislação pertinente. No caso, inclusive, o ato convocatório foi bastante claro no sentido de que as propostas de preço deveriam incluir todos os tributos, e, mais especificamente, que '***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***.' (grifamos)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

Ademais, as propostas de preço das empresas vencedoras foram negociadas e classificadas com base em planilha contemplando os valores tais como praticados no mercado e, sendo a isenção um benefício de caráter pessoal, naturalmente não é considerada na formação do preço de mercado. Insustentável, pois, o confuso procedimento aduzido pelos responsáveis de apresentação de uma proposta supostamente desonerada, a qual seria novamente onerada por ocasião do fornecimento, para então ser enfim novamente desonerada na emissão da nota fiscal.

Por outro lado, como outras razões independentes para improcedência da alegação dos responsáveis de que as propostas teriam sido apresentadas desoneradas do ICMS, ressaltamos que, sendo a isenção um benefício pessoal e revogável, não seria possível afirmar a sua ocorrência futura, quando poderia ter sido revogada ou ter seu percentual modificado até que ocorresse o fato gerador do tributo, o qual também materializa a isenção. Além disso, cabe considerar a possibilidade de que outro ente federado pretendesse aderir ao registro de preços da SES/GO para aquisição de medicamentos de seu interesse, hipótese na qual as diferenças interestaduais nas alíquotas do ICMS, ou mesmo da própria existência de isenção, desautorizariam a apresentação de propostas que não expressassem o valor de mercado, ou seja, sem quaisquer deduções.

Com efeito, independente das razões apresentadas pelos responsáveis, não cabe discutir se as propostas apresentadas estavam, ou não, desoneradas do ICMS em 17%, na medida em que a cotação de preços conforme o mercado – ou seja, incluindo todos os tributos – é a única conclusão respaldada no edital, no contrato e na legislação pertinente.

Assim, também não prospera a alegação de ausência de prejuízo em razão de uma suposta conformidade das propostas com os valores de mercado, pois a multicitada isenção de ICMS em 17% acabou sendo desconsiderada por ocasião dos pagamentos.

Quanto à pretensão das empresas de que ao menos seja considerada a isenção de ICMS para 10% em razão do fornecimento atacadista de medicamentos, com fulcro no art. 8º, inc. VIII, do Anexo IX da Lei Estadual 4.852/97, ressaltamos que tal isenção não foi mencionada nas propostas de preço e, de toda forma, não seria cumulativa com a isenção de 17% do ICMS em razão do fornecimento de medicamentos ao poder público, hipótese aplicável por ser mais abrangente, bem como por conta do princípio da especialidade.

Na avaliação das condutas, não se vislumbra a boa-fé por parte das empresas, pois receberam os pagamentos em valor superior ao contratualmente previsto e tiveram uma participação ativa no escuso procedimento consistente em elevar artificialmente os valores unitários expressos nas ordens de fornecimento, de modo que o posterior desconto da isenção não lograsse a sua finalidade. Tampouco dos responsáveis pela SES/GO, pois autorizaram os pagamentos indevidos, inclusive após serem alertados pelo órgão jurídico estadual, sendo que as providências de bloqueios e retenções por eles posteriormente adotadas não foram definitivamente eficazes, de modo definitivo, para obstar o dano ao erário federal.

Por outro lado, justifica-se a proposta da Secex/GO de exclusão de responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, uma vez que os elementos dos autos não permitem estabelecer um nexo causal entre a irregularidade ocorrida nos pagamentos e alguma ação ou omissão dele nas fases interna e externa da licitação. Perceba-se que afirmar a responsabilidade do pregoeiro fragilizaria a própria origem dos débitos, pois, numa interpretação a *contrariu sensu*, implicaria reconhecer alguma possibilidade de que as propostas de preço pudessem ter sido apresentadas desoneradas de ICMS, o que entendemos estar fora de cogitação.

Em vez disso, as propostas foram negociadas e classificadas em face de planilha orçamentária que refletia os valores de mercado – vale dizer, sem quaisquer deduções –, ao passo que a irregularidade surgia efetivamente nas etapas da liquidação e do pagamento, sob a responsabilidade dos outros agentes da SES/GO responsabilizados nesta tomada de contas especial.

Por fim, registramos que, ao tempo de nossa manifestação, foram encaminhadas pela empresa Hospfar petições (acostados à contracapa) requerendo, em síntese, (1) a devolução dos autos para manifestação da Sefaz/GO acerca da desoneração de ICMS e (2) declaração de perda do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

objeto desta tomada de contas especial a pretexto de que as retenções de pagamentos devidos às empresas seriam suficientes para que se concluísse pela ausência de dano ao erário.

Quanto ao requerimento de remessa à SES/GO para manifestação da Sefaz/GO, registramos a inviabilidade, uma vez que o assunto já se encontra sob a apreciação do TCU, independentemente de qual venha a ser o entendimento de outros órgãos. De outra parte, a própria Hospfar já havia apresentado pareceres da Sefaz/GO questionando a forma de dedução do ICMS, os quais já foram considerados na análise da Secex/GO. Ademais, a origem do débito ora apurado não reside nas formalidades de emissão das notas fiscais, mas na definição de que as propostas apresentadas estavam desoneradas de impostos, bem como que a multicitada isenção do ICMS somente repercutiria nos valores dos medicamentos por ocasião da emissão das notas fiscais, quando se materializa o fato gerador do tributo e também a isenção.

Quanto às aludidas retenções de valores e anulação de liquidações pela SES/GO, ressaltamos que tais providências, por si, não justificam o arquivamento desta tomada de contas especial. Elas não afastam o débito, na medida em que não houve o recolhimento dos pagamentos indevidos já materializados, tampouco provas de uma possível compensação, bem como não se pode afirmar que tais bloqueios tenham efetivamente assegurado o débito federal, vez que também asseguram débitos estaduais, e não foram individualizados os valores e nem a fonte desses recursos retidos.

Feitas essas considerações, **preliminarmente**, entendemos que os mencionados requerimentos podem ser indeferidos sem qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, ressaltando-se que o indeferimento de provas impertinentes constitui providência legítima da alçada da autoridade julgadora.

Desse modo, à vista dos elementos constantes dos autos, manifestamo-nos favoravelmente à proposta da Secex/GO às fls. 1694/1705, apenas sugerindo, em acréscimo, que o julgamento pela irregularidade das contas seja fundamentado no art. 16, III, 'b' e 'c' – e não apenas na alínea 'c' – da Lei 8.443/92, bem como seja notificada a Procuradoria da República no Estado de Goiás, em vez da menção genérica ao Ministério Público da União.'

'À vista dos elementos constantes dos autos, **ratificando, na íntegra, nossa manifestação de fls. 1707/1709**, anuímos à proposta lançada pela Secex/GO às fls. 1729/1743, com especial enfoque na análise daquela unidade técnica (fls. 1737/1743) sobre os novos elementos apresentados pela empresa Hospfar, consistentes em pareceres doutrinários (fls. 3/51 e 52/123, anexo 2) sobre a matéria dos autos, acerca dos quais concordamos com a conclusão de que eles não modificam as conclusões que embasaram a proposta de irregularidade das contas, condenação em débito e aplicação de multa.

Em acréscimo, apenas sugerimos sejam as presentes contas julgadas irregulares, com fulcro no art. 16, III, alíneas 'b' e 'c' – em vez de apenas alínea 'c' –, da Lei 8.443/92, com vistas a também contemplar a grave infração às normas legais e regulamentares como fundamento da condenação."

10. Em que pese os autos já contarem com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, determinei o retorno do processo à unidade técnica, seguindo a mesma linha adotada no TC-004.589/2010-6, em 4/4/2011, com vistas a conferir tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, em decorrência da realização de pagamentos às empresas contratadas sem a dedução do valor referente ao ICMS, em desacordo com as regras fixadas nos editais dos respectivos pregões.

11. Em nova análise, a Secex/GO assim se pronunciou (peças 25-26):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

"EXAME TÉCNICO

Superfaturamento de medicamentos

7. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 – P, decorre a possibilidade de existir nos presentes autos outro tipo de imputação de débito além do que se relaciona ao pagamento de tributo indevidamente faturado. De fato, as instruções técnicas pertinentes aos TC' s 004.562/2010-0 e 004.596/2010-2 identificaram ocorrência de débito por conta de superfaturamento na aquisição dos medicamentos, tendo em vista que os valores unitários de alguns medicamentos adjudicados superaram as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora – conforme inclusão expressamente determinada pelo Relator –, passaram a responder pelo débito.

8. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. A comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 293/2005 (peça 1, p. 88) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 7, p. 97-98), indica que não houve extrapolação ao parâmetro de preços. Mesmo o item 10, relativo ao medicamento 'isotretinoina' que não consta da ordem de fornecimento expedida em favor da empresa Hospfar, teve seu valor de adjudicação dentro do parâmetro de preços (peça 7, p. 86).

Cobrança indevida de tributo

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

10. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 17, p. 139 e peça 21) fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos viabilizadas pelo Pregão 293/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 22). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pelas empresas fornecedoras dos valores indevidamente faturados, o que as obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos.

11. Resta abordar sobre uma questão levantada no despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de bitributação, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do tributo (peça 2, p. 66-67). Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contemplou a incidência do tributo, não se reconhece à vontade particular capacidade derrogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

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

Alteração da imputação de débito

13. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Milênio baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 13, p. 85-86), do que resultou, no âmbito desta unidade técnica, duas propostas de imputação solidária de débito (peça 17, p. 133-134). De acordo com as datas dos pagamentos das notas fiscais ali referidas, correlacionadas com os períodos de gestão dos responsáveis, apontados em instrução (peça 17, p. 121-122) a empresa se solidariza pela dívida ora com os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, ora com os srs. Fernando Passos Cupertino de Barros e Antônio Durval de Oliveira Borges. Com relação a este último grupo de solidariedade, foram identificadas apenas quatro notas fiscais com pagamentos indevidos, cujas datas são: 10/3/2006 e 4/5/2006. Ocorre que essas ocasiões antecedem o período de gestão relacionado ao Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, iniciada em 1/8/2006, o que implica na impossibilidade jurídica de ser responsabilizado em conjunto com o Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros. Com relação ao outro grupo de solidariedade, envolvendo a empresa Milênio e o Sr. Cairo Alberto de Freitas, há parcelas que não alcançam o período de gestão do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges.

14. Pela mesma razão, o referido responsável também não deve responder pela dívida relacionada à empresa Hospfar.

15. Outro aspecto passível retificação na imputação de débito que alcança a empresa Milênio diz respeito aos valores da dívida. Consoante disposto na instrução inicial (peça 14, p. 20-23), o cálculo da referida dívida baseou-se em planilha produzida pelo tomador de contas (peça 13, p. 85-86), cujo teor assinala que o quantitativo pago à empresa – com referência a todas as notas fiscais listadas – alcança o montante de R$ 2.620.880,89, sendo que R$ 1.863.270,70 com financiamento federal, ou seja, 71,09%. Dessa feita, o cálculo de débito realizado por esta unidade técnica fez incidir o referido percentual sobre o valor indevidamente pago correspondente a cada nota fiscal para alcançar os quantitativos a serem devolvidos; cada qual correspondente a uma específica nota fiscal.

16. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento de muitas notas fiscais com recursos federais não ensejou valores indevidos. Tal constatação conduz à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração das novas planilhas de débito com relação à empresa Milênio, abaixo expostas, levam em conta que somente sete notas fiscais requereram a apuração da proporcionalidade de participação da fonte federal '23' (NF' s 53046, 40769, 41203, 44516, 42668, 47719 e 49352), considerando que as demais foram pagas em sua integralidade com recursos federais. De tal retificação metodológica resultou a constatação de que o débito apurado, no caso da empresa Milênio, soma o valor de R$ 147.875,39 e não de R$ 196.684,09, conforme consignado em instrução técnica.

CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

17. Cumprida a obrigação ao encargo da instância analítica, os autos estão em condições de retomar o curso processual em que se encontravam, no sentido de estarem habilitados a merecer uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica somente se diferencia das anteriores pela exclusão da responsabilidade do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges com

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

relação às parcelas de dívidas cujas datas são anteriores ao seu período de gestão. Isso implicou na reelaboração dos grupos de solidariedade. Também houve a redefinição, a menor, dos quantitativos de dívida relacionados à empresa Milênio.

18. Enfim, os temas que dizem respeito ao mérito das contas já foram analisados na amplitude necessária. A redefinição da imputação de débito, em termos quantitativos – a menor – e de grupos de solidariedade, não prejudicam o encaminhamento de mérito.

19. Por fim resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 23), cujo teor assinala a existência de laudos periciais sobre preços de medicamentos produzidos pela Polícia Federal. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 24), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 293/2005.

20. Isso posto, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator Augusto Sherman, via MP/TCU, para que acolha, em essência, a formulação de mérito anteriormente encaminhada por esta unidade técnica (peça 17, p. 121-135), em conformidade com a seguinte proposta de deliberação:

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

b) julgar irregulares as contas dos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, Fernando Passos Cupertino de Barros, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão de pagamentos indevidos às aludidas empresas, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 293/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital;

c) condenar os responsáveis ao recolhimento das dívidas que se lhes referem ao Fundo Nacional de Saúde, da forma abaixo exposta, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das respectivas datas até a do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, o recolhimento do débito;

c.1) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Valor (R$)	Data
42.570,00	30/6/2006

c.2) solidariedade entre Fernando Passos Cupertino de Barros e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
40769	8.684,44	10/3/2006
41203	1.339,60	10/3/2006
44516	124,49	4/5/2006
42668	10.981,20	4/5/2006

c.3) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
53046	669,80	30/6/2006
47719	10.338,62	30/6/2006
49352	60,28	30/6/2006
57792	15.533,45	13/7/2006

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

c.4) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
62145	2.712,69	18/9/2006
62566	334,90	18/9/2006
62148	971,21	18/9/2006
70319	3.349,00	18/9/2006
65798	2.679,20	18/9/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
65467	689,24	18/9/2006
64923	27.569,65	18/9/2006
66561	13.784,82	18/9/2006
65960	3.349,00	18/9/2006
72314	44.703,80	18/9/2006

d) 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 Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

f) 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."

12. O Ministério Público/TCU, desta vez representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, assim se manifestou, conforme excerto a seguir (peça 28):

"(...)

II

Inicialmente, cumpre destacar que 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 tratem de fatos em comum aos processos podem sempre ser aproveitados.

Considerando que o TC-001.922/2009-5 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:

'Ignora a unidade técnica que 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'.

Notadamente em relação ao Pregão 293/2006, em exame nestes autos, o Ministério Público destaca também, que, para se chegar ao valor adotado como referência de preços, houve intensa

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

pesquisa de preços de mercado (peça 2, p. 8, até peça 3, p. 5, devido à determinação da SES/GO de que o valor de referência a ser adotado (por produto) deveria ser o preço de fábrica praticado no mercado (peça 2, p. 11).

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

'A pretexto de cumprir essa condição, a Hospfar e a Prodiet, 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'.

Considerando 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.

Ainda, levando-se em conta que não houve '*retenção de crédito*' (peça 22), o débito apurado ainda persiste.

III

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 66), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

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

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

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

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

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

Esse argumento já havia sido trazido aos autos pela contratada por ocasião da resposta ao ofício citatório, oportunidade em que anexou aos autos duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 29.12.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 16, pp. 85/6).

Na verdade, verifica-se que a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos.

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 29.12.2005, em que a empresa afirma textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*' (peça 5, p. 2). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplico diante de sua postura ambígua e contraditória.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da empresa Milênio, apresentado em suas alegações de defesa, de que ofertou proposta de forma clara e expressa sem oneração do ICMS, visto que, na verdade, a declaração oferecida por ocasião da sua proposta trazia que '*nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irreajustáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta*' (peça 4, p. 34).

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. Órgão/Entidade/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. Representação Legal: 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

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'.

Cumpre 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 § 6° 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 293/2006 e o contrato dele decorrente, 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.

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

No entanto, no caso do Pregão 293/2006, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 2, p. 65).

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

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 2, p. 67).

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

A minuta de contrato e o contrato, igualmente, traziam essa exigência (peça 2, p. 86 e peça 9, pp. 7 e 15):

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

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

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

Isso diante de um edital e contrato que diziam com todas as letras e acima de qualquer

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

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

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

IV

No que tange à defesa inicialmente apresentada pela Hospfar, cabe tecer algumas considerações.

Após algumas preliminares que foram adequadamente refutadas pela Secex/GO, a empresa alega 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 293/2006 contém a seguinte observação (peça 2, p. 67):

'**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).

Ora, é claro, então, que o edital não previa a incidência de ICMS, 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.

É verdade que o edital se refere ao Convênio 26/2003, em vez de ao 87/2002, que é o aplicável à espécie. Mas é de todo evidente que, exatamente pelo motivo levantado pela empresa responsável, a necessidade imperativa de observância da lei, o mesmo procedimento aplicável no caso do primeiro deveria ser reproduzido no do segundo, pois ambos determinavam a desoneração do ICMS.

É totalmente despropositada, pois, a assertiva de que o edital previa a incidência de ICMS sobre os preços ofertados pelos licitantes.

A seguir, a Hospfar alega que, se a sua proposta desatendeu os requisitos do edital, deveria ter sido desclassificada 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

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%. A própria empresa, aliás, demonstra estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%.

Destaca a empresa responsável 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. No Relatório Conclusivo 1/2008 da Comissão de TCE, que embasa todas as TCEs instauradas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário e juntado ao TC-001.922/2009-5, encontra-se realmente a afirmação de que não haviam sido verificados indícios de dano ao erário, '*no tocante aos valores contratados*', visto que estavam de acordo com os valores de mercado. Porém, ao consultar-se as tabelas em que se baseia essa afirmação, percebe-se que a Comissão se refere 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%').

Ao contrário do que alega a empresa, pois, a verificação dos preços de mercado também demonstra que, ao deixar de desonerar seus preços do ICMS, agindo em flagrante desacordo com a legislação, a empresa causou expressivo prejuízo ao erário.

Após a apresentação de suas alegações de defesa, a empresa retornou aos autos, trazendo novos elementos (peças peça 17, pp. 103/11 e peça 19). Nestes, alegou, basicamente, que à conta do Programa de Medicamentos Excepcionais, o Ministério da Saúde transfere mensalmente aos Estados valores fixos, apurados com base na remuneração de cada medicamento definido em tabela e nos quantitativos de Autorizações de Procedimentos de Alta Complexidade – Apacs. Esses valores, porém, não são suficientes para cobrir nem sequer 70% dos custos de aquisição dos medicamentos. Assim, no caso questionado, não teria havido mau uso de verbas federais, pois o Ministério da Saúde não teria gasto um centavo sequer além do valor fixo já previsto.

O argumento é improcedente, pois é claro que, seja qual for a proporção em que dividam as despesas com os medicamentos considerados, tanto a União quanto os Estados sofrem prejuízo caso lhes seja cobrado preço além do devido. No caso das presentes contas, com a falta de desoneração do ICMS, tanto a União quanto o Estado adquiriram 17% menos de medicamentos do que poderiam caso a legislação tivesse sido corretamente aplicada. Isso configura dano ao erário das duas entidades, que, nos termos da lei, deve ser recomposto pela empresa fornecedora e pelos demais responsáveis.

Em relação aos pareceres de dois alentados eminentes juristas Marçal Justen Filho e Ives

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

Gandra da Silva Martins, juntados aos autos pela Hospfar, a unidade técnica analisou-os adequadamente, de modo geral, concluindo, por fim, que não são suficientes para descaracterizar a irregularidade observada neste processo.

O Ministério Público entende necessário, todavia, reforçar alguns pontos e destacar alguns aspectos que mereceram menor atenção da unidade técnica.

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

De fato, o citado convênio prevê apenas que:

'Cláusula Primeira – (...)

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

(...)

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

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

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

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

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 encaminhou outra, em que afirmava textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*' (peça 15, p. 14).

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

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

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

Não resta dúvida, pois, de que, ao emitir notas fiscais sem abater o ICMS que estava incluído nos preços contratados, a Hospfar descumpriu regras editalícias e contratuais que estavam

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

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.

A empresa Milênio também alegou que, caso haja condenação, o percentual de devolução corresponderia a 10% e não aos17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6°, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8°, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE. A este argumento, bem como aos demais, que se assemelham aos apresentados pela Hospfar, o Ministério Público estende o exame efetuado acima.

V

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, em peça conjunta (peça 17, pp. 25/57), 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.

Porém, mesmo tratamento não pode ser dispensado 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. Outrossim, suas alegações de defesa, como bem analisado pela unidade técnica, não foram capazes de desconstituir o débito a ele imputado.

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

VI

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:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

- em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Valor (R$)	Data
42.570,00	30/6/2006

- em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
53046	669,80	30/6/2006
47719	10.338,62	30/6/2006
49352	60,28	30/6/2006
57792	15.533,45	13/7/2006

- em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
62145	2.712,69	18/9/2006
62566	334,90	18/9/2006
62148	971,21	18/9/2006
70319	3.349,00	18/9/2006
65798	2.679,20	18/9/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
65467	689,24	18/9/2006
64923	27.569,65	18/9/2006
66561	13.784,82	18/9/2006
65960	3.349,00	18/9/2006
72314	44.703,80	18/9/2006

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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749357.

VOTO

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

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

3. O caso em tela se refere ao Pregão 293/2005, vencido pelas empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., para fornecer diversos medicamentos.

4. Conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (fls. 46 - peça 4), o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Esse valor onerado com o ICMS tinha o propósito de servir apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto. Ainda, de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela.

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

6. No âmbito deste Tribunal, foram responsabilizados solidariamente pelo débito os Srs. Fernando Passos Cupertino e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, responsáveis por autorizar os pagamentos indevidos, e as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., beneficiárias dos recursos.

7. Quanto ao mérito desta TCE, acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de danos ao erário, os quais se imputam em solidariedade aos agentes públicos e às empresas fornecedoras dos medicamentos licitados.

8. No tocante à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante. Como visto no relatório precedente, a unidade técnica não a reconhece, propondo desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, ao passo que o Ministério Público, que também vinha se posicionando nesse sentido, conforme os pareceres exarados pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, alterou seu posicionamento, passando, com o parecer produzido pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, a reconhecer a boa-fé dos gestores, de modo que propõe a rejeição das alegações de defesa desses com a concessão de novo e improrrogável prazo para o recolhimento do débito atualizado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

9. Por apresentarem-se adequadas, as análises da unidade técnica e do *Parquet* podem ser incorporadas às razões de decidir neste processo. Também acolho as providências propostas pela unidade técnica, exceto quanto à sugestão de aplicação de multa, conforme exposto adiante.

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

11. Assim, passo a tecer comentários adicionais sobre as questões mais relevantes suscitadas pelas defesas.

I - Hospfar e Milênio - Alegação de Mérito: Cotação de preços desonerados conforme declaração.

12. O principal argumento de mérito trazido pelas empresas constituiu-se na alegação de que suas propostas se encontravam desoneradas do ICMS, conforme constou de declaração solene juntada na ocasião do certame.

13. Verifica-se, todavia, que há elementos no processo que contradizem essas afirmações.

14. Veja-se que o edital previa expressamente a inclusão do tributo nos preços propostos, bem como a necessidade de destacar a isenção na nota fiscal e excluir o montante do valor a ser pago, como a seguir transcrito.

> "5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.
>
> 5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea 'b', da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.
>
> OBS: As empresas que venham a ser vencedoras do certame deverão atender os termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz, e ao Decreto 5.825/2003, no que couber, devendo conceder a isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, quando da emissão da Nota Fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque do valor da isenção concedida." (fls. 66/67 - peça 02).

15. A propósito, veja-se que o Convênio ICMS 87/02 concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional, desde que observadas certas condições (e. g.: que os medicamentos também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal).

16. Por sua vez, o Decreto Estadual 5825/2003 regulamentava o Convênio 26/03 Confaz, que 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.

17. Então, tem-se que o edital previa que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS. Também preceituava que o tributo seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

para fins de pagamento, uma vez que a SES não seria contribuinte do tributo, já que os produtos licitados gozariam de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais.

II - Hospfar e Milênio - Preços cotados iguais a preços de mercado

18. Segundo alegado, as empresas efetuaram corretamente o procedimento de abatimento do ICMS nas notas fiscais, resultando no recebimento do preço cotado, que seria preço compatível com o mercado.

19. Sobre esta questão, é importante que se esclareça que esta TCE não questiona a ocorrência de sobrepreço ou desconformidade de preços com o mercado, mas sim a adoção de procedimento contrário ao edital, que resultou em pagamentos indevidos às empresas fornecedoras dos medicamentos. Como já explanado anteriormente, o edital da licitação determinava a apresentação de propostas com os preços onerados pelo ICMS e o abatimento do tributo quando do pagamento. No entanto, as empresas sob o pretexto de que haviam apresentado proposta desonerada, faturavam o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, e acresciam novamente o imposto, embolsando, portanto, valor superior ao devido.

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

20. A derradeira tentativa da empresa Hospfar de afastar o débito imputado nestes autos consistiu na apresentação de novos elementos pautados em deliberação deste Tribunal (peça 27), 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.

21. A questão foi bem examinada no último parecer proferido pelo representante do Ministério Público/TCU (peça 28), 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. Inicio reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

> "Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 66), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.
>
> A contratada alega que este Tribunal de Contas proferiu o Acórdão 140/2012, da lavra do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, TC-009.625/2011-9, entendendo ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.
>
> Argumenta que a mencionada decisão foi proferida '*após a constatação deste Tribunal que o assunto referente ao ICMS é completamente desconhecido pelos gestores públicos e que, a exigência de apresentação de propostas 'oneradas' é absolutamente inconstitucional, pois fere de morte o princípio da igualdade*'.
>
> A responsável aduz que tanto ela quanto os demais fornecedores da SES/GO, '*apresentavam suas propostas desoneradas do ICMS, declarando tal situação expressamente na abertura do certame, e assim, os preços julgados eram os desonerados*'.
>
> Afirma, então, que '*a questão relativa ao ICMS era, à ocasião dos pregões, por demais controversa e desconhecida pelos gestores públicos, conforme reconhecido pelo Acórdão 140/2012, que entendeu pela inconstitucionalidade da conduta que a SES/GO adotava, de exigir a apresentação de propostas 'oneradas', tendo ademais, recomendado a alteração do Convênio Confaz ICMS 87/2002, para que conste expressamente que as propostas devem ser apresentadas sem a inclusão do imposto*'.
>
> O Ministério Público repisa que não pode ser reconhecida a boa-fé da empresa Hospfar por

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

ocasião da apresentação de suas propostas, pois, ao contrário do que afirma, nem sempre declarou que os preços ofertados estavam desonerados do ICMS.

Esse argumento já havia sido trazido aos autos pela contratada por ocasião da resposta ao ofício citatório, oportunidade em que anexou aos autos duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 29.12.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 16, pp. 85/6).

Na verdade, verifica-se que a Hospfar emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos.

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 29.12.2005, em que a empresa afirma textualmente que '*nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei*' (peça 5, p. 2). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplico diante de sua postura ambígua e contraditória.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da empresa Milênio, apresentado em suas alegações de defesa, de que ofertou proposta de forma clara e expressa sem oneração do ICMS, visto que, na verdade, a declaração oferecida por ocasião da sua proposta trazia que '*nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irreajustáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta*' (peça 4, p. 34).

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. Órgão/Entidade/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. Representação Legal: 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

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'.

Cumpre 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 § 6° 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 293/2006 e o contrato dele decorrente, 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.

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

No entanto, no caso do Pregão 293/2006, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 2, p. 65).

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

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 2, p. 67).

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

A minuta de contrato e o contrato, igualmente, traziam essa exigência (peça 2, p. 86 e peça 9, pp. 7 e 15):

'Cláusula Quarta – Do valor

(...)

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

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

'Assim, é verdade que prevalecia certa confusão na SES/GO sobre a desoneração de ICMS. Esse problema, aparentemente, só seria resolvido com a edição do Despacho 1.298/2007 da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

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

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

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

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

22. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 293/2005, dentre as quais, a Hospfar e a Milênio, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os Convênios ICMS 87/2002 e 26/2003.

23. 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.

24. 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.

25. 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.

26. 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

dentro do próprio estado. Os demais, vindos de outros estados, ficariam, em tese, sujeitos à alíquota de origem.

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

28. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração, para fins de pagamento, por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento, portanto, passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012 - Plenário, que teve efeitos apenas *ex nunc*, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isso foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

IV - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

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

30. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são incontestes alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: *"Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)",* conforme peça 5, p. 83; b) os preços aceitos pela licitante, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordou a empresa após negociação com o pregoeiro, estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Em adição, o MP/TCU adequadamente arremata que "A própria empresa, aliás, demonstra estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%." (peça 28, fls. 9/10). Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.

V - Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros - Alegações de Mérito

31. O Sr. Fernando Passos seguiu tese única no sentido de que a responsabilização no caso não deve ser imputada a ele, Secretário de Saúde à época, mas aos agentes subordinados, que, segundo a defesa, exorbitaram do poder a eles incumbidos (fl. 1469). Alega que como ordenador de despesa não tinha condição de acompanhar todos os detalhes de um procedimento licitatório. Ademais, segundo a defesa, seus atos foram referendados pelo jurídico do órgão. Para finalizar, invoca o uso da razão pelos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

julgadores colacionando doutrinas, que discorrem sobre o emprego do princípio da razoabilidade pelos julgadores, como norteador aos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição.

32. No tocante aos argumentos de ausência de responsabilidade do gestor e de controvérsia sobre a oneração/desoneração, não há como aceitá-los.

33. 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. No caso em tela, bastaria que o gestor retrocedesse algumas folhas no processo de pagamento para verificar que o preço unitário lançado na ordem de fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais. 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.

34. Ademais, conforme registrado pela unidade técnica em sua instrução reproduzida no relatório retro, ao gestor cabia a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 003/2009 (fls. 1295, 1297) na Planilha referente às empresas envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE.

35. De outro modo, a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, também se opera pela culpa *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim, o Secretário de Saúde é quem escolhe os seus subordinados. No momento da escolha o gestor não pode ser negligente ao preencher os principais cargos de comando operacional da máquina administrativa, que, neste caso, acabaram por propiciar prejuízo ao erário. Portanto, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

36. Nesse contexto, 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.

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

37. Os responsáveis apontaram, em peça única (peça 17, fls. 25 e seguintes), 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.

38. 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 às empresas Hospfar e Milênio, remanescendo o débito em questão.

39. Faz-se necessário discorrer sobre a alegação de que o Estado de Goiás havia procedido a retenções em montante correspondente aos pagamentos supostamente realizados a maior, o que, segundo alegam, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário (vide fls. 31 e 38 da peça nº 17).

40. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar que, conforme resultado de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, no qual consta a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho "GAB" 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal (vide peça nº 22).

41. Portanto, mesmo as retenções (ou glosas) até então efetuadas foram consideradas indevidas no âmbito estadual, cabendo à empresa e à SES/GO, no âmbito da execução contratual, deliberarem sobre a resolução dessa questão. Importa destacar que, como será visto nos itens 61 e 62 abaixo, as retenções alegadas pela empresa não atingem as notas fiscais objeto da presente TCE.

42. 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.

43. Nesse sentido entendo ser clara a responsabilidade dos gestores. O senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela autorização para os pagamentos feitos à empresa Hospfar (pregão nº 293/2005 - fl. 1306), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela execução de pagamentos feitos às duas empresas envolvidas (pregão nº 293/2005 - fl. 1306), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito ora apurado.

44. Portanto, os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

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

VII - Existência/Inexistência de Boa-Fé

46. Relativamente ao juízo acerca da existência da boa-fé, entendo não restar configurada e, por isso, acompanho, 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.

47. 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.

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

49. Quanto ao Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, as considerações sobre a conduta negligente do responsável expendidas em seção anterior indicam os motivos pelos quais resta afastado o reconhecimento da boa-fé.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

VIII - Da aplicação de multa proporcional ao dano

50. Em que pese a impossibilidade de atestar suposta boa-fé dos responsáveis, 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.

51. 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 em 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.

52. 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.

53. Em relação ao Sr. Fernando Passos Cupertino, milita como atenuante em seu favor a baixa representatividade do débito (o dano aos cofres federais atribuído a esse responsável correspondeu a 0,80% do valor dos pagamentos até então realizados no âmbito da respectiva contratação).

54. Assim, tais fatos conduzem-me a deixar de propor que este Tribunal aplique aos responsáveis a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

IX - Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

55. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho os posicionamentos dos pareceres precedentes, no sentido de que o responsável, apesar de revel, deva ter sua responsabilidade excluída, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possui nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já este decorreria dos atos de pagamento.

X – Novos elementos

56. Cumpre registrar que, na véspera desta sessão deliberativa, os Srs. advogados da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. juntaram documentação aos autos em que demonstram seu inconformismo em relação à retenção de valores promovida pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás. Em apertada síntese, afirmam que "Em que pese a Requerida tenha, em todas as suas defesas arguido que a Administração Pública Estadual promoveu a retenção/bloqueio de seus créditos sob o argumento de que pretendia ressarcir-se dos supostos prejuízos causados pela empresa, este Tribunal, até o presente momento, manteve-se alheio a tal alegação sob o fundamento adotado pela Unidade Técnica de que tais retenções não se deram pela tutela desta Corte".

57. Continuam sua argumentação informando que:

> "A SES/GO por sua vez, matreiramente, limitou-se a informar a este Egrégio Tribunal de Contas que a Procuradoria Geral do Estado de Goiás teria entendido ser ilegal a retenção de pagamentos por falta de amparo legal, opinando pela devolução das verbas bloqueadas, entretanto não informou que apesar do posicionamento da PGE/GO, aquela **Secretaria não liberou os créditos retidos da Embargante**. Ou seja, não houve a devolução do dinheiro, que se encontra nas mãos do Estado de goiás há 10 (dez) anos.
>
> (...)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

O fato é que, a pedido da própria Requerida, a SES/GO promoveu novo levantamento das notas fiscais da empresa, bem como, seus pagamentos e cancelamentos a fim de demonstrar que os valores retidos e/ou não pagos, superam em muito os valores que estão sendo discutidos em TODOS processos analisados por este Tribunal.

As planilhas foram elaboradas e emitidas pelo Controle de Execução Orçamentária e Financeira da SES/GO e, conforme V. Exa. Poderá observar, ali constam todos os cancelamentos, parciais ou totais, das Notas Fiscais emitidas pela empresa em razão dos fornecimentos efetuados.

Estes cancelamentos significam que o Estado não efetuou o pagamento dos medicamentos que foram fornecidos, alguns há mais de dez anos e que totalizam o **valor não atualizado** de **R$ 19.657.175,28 (...)**."

58. Finalizam sua peça alegando ser "de fundamental importância que V.Exa. determine a realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções e que prove perante este Tribunal que liberou qualquer das verbas retidas em favor da Requerida, o que desde já requer".

59. Anexam (fls. 11/21 da peça 44) duas planilhas emitidas pela SES/GO onde estão relacionadas todas as notas fiscais não liquidadas, discriminando os valores das retenções que totalizam R$ 19.666.175,28, valor muito próximo ao retro informado (R$ 2.187.408,89 e R$ 17.478.766,39).

60. Ao rever os autos, entendo que estas alegações não merecem prosperar, haja vista que o assunto da alegada retenção foi suficientemente apreciado pela unidade técnica, que, resumidamente informa:

"48. Ainda, em defesa (fl. 1646), os citados alegam que houve saneamento da falha, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfar promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na perda do objeto da TCE.

49. Todavia, sabe-se que a retenção de crédito realizada pela SES-GO, refere-se à fonte 23, recursos federais, os quais devem ser devolvidos aos cofres federais, portanto a simples retenção feita pelo Estado não supre o débito referente a recursos federais, porquanto esses valores devem ser repassados aos cofres federais. De modo que, mesmo a defesa invocando vários dispositivos legais, no âmbito do Regimento Interno desta Corte de Contas e do Código Civil Brasileiro, sobre a extinção processual e o arquivamento do processo, não cabe acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa, uma vez que o débito ainda persiste no âmbito da União."

61. Adicionalmente, como já mencionado no parágrafo 40 deste Voto, a alegada retenção foi considerada ilegal pela Procuradoria Geral do Estado, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, e não ocorreu no presente caso, como pode ser confirmado por meio da verificação das planilhas trazidas pelo Requerente, uma vez que as referidas planilhas emitidas pela SES/GO não contemplam nenhuma das notas fiscais (NFs) que dão origem ao débito objeto desta TCE, conforme pode-se aferir ao confrontar as NFs relacionadas na minuta de Acórdão com aquelas NFs relacionadas nestas planilhas (peça 44, p. 11/21).

62. Como corolário desta aferição, fica demonstrada a inexistência de qualquer retenção relacionada aos valores que devem ser ressarcidos aos cofres federais.

63. Finalmente, e no tocante ao pleito do Requerente de realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções, tal medida faz-se desnecessária diante da análise do confronto das notas fiscais constantes das planilhas suscitadas pelo Requerente (itens 61 e 62 acima).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

XI - Conclusão

64. De todo exposto, conclui-se que o débito objeto desta TCE decorreu da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital do Pregão 293/2005, que previa claramente que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Conforme constatado, as empresas Milênio e Hospfar, sob a alegação de que apresentaram preços desonerados, emitiram notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhes permitiu receber pagamentos com valores indevidamente majorados.

65. Diante do não acolhimento das alegações de defesa dos responsáveis arrolados, cumpre julgar as respectivas contas irregulares e condená-los solidariamente pelos débitos apurados.

66. Acrescento proposta de determinação à SES/GO para que instaure tomada de contas especial também para eventuais débitos relativos a pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 293/2005, no que tange aos pagamentos efetuados às empresas com recursos federais.

67. 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, que muito subsidiaram os meus entendimentos e razões de decidir.

Com essas considerações adicionais, acolho, quanto ao mérito, 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 3 de agosto de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749358.

ACÓRDÃO Nº 1991/2016 – TCU – Plenário

1. Processo TC-016.828/2009-0
2. Grupo: II – Classe: IV – Assunto: Tomada de Contas Especial.
3. Responsáveis: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21), Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (03.553.585/0001-65), Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00), Fernando Passos Cupertino de Barros (195.630.601-30).
4. Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO).
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade técnica: Secex/GO.
8. Representação Legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805); Milena Gilberti (OAB/GO 21.795E); Fabrício David de Souza Gouveia (OAB/GO 22.784); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Marcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5.795); Ana Carolina Garcia Magalhães (OAB/GO 25.000); Sueli Pereira de Souza (OAB/GO 25.750) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos 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 por meio do Pregão 293/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. excluir o Sr. Adriano Kennen de Barros da relação processual;

9.2. rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas, Fernando Passos Cupertino de Barros, Antônio Durval de Oliveira Borges e das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b" e "c", e § 2º da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU;

9.3. condenar os Srs. Cairo Alberto de Freitas, Fernando Passos Cupertino de Barros e Antônio Durval de Oliveira Borges e as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda. ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

9.3.1. em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

Valor (R$)	Data
42.570,00	30/6/2006

9.3.2. em solidariedade entre Fernando Passos Cupertino de Barros e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749364.

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
40769	8.684,44	10/3/2006
41203	1.339,60	10/3/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
44516	124,49	4/5/2006
42668	10.981,20	4/5/2006

9.3.3. em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
53046	669,80	30/6/2006
47719	10.338,62	30/6/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
49352	60,28	30/6/2006
57792	15.533,45	13/7/2006

9.3.4. em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
62145	2.712,69	18/9/2006
62566	334,90	18/9/2006
62148	971,21	18/9/2006
70319	3.349,00	18/9/2006
65798	2.679,20	18/9/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
65467	689,24	18/9/2006
64923	27.569,65	18/9/2006
66561	13.784,82	18/9/2006
65960	3.349,00	18/9/2006
72314	44.703,80	18/9/2006

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. determinar à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás que, no prazo de sessenta dias contados da ciência deste acórdão, providencie a instauração e remessa a este Tribunal de novos processos de tomada de contas especial relativos aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 293/2005 - SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, sendo um processo para cada empresa contratada no referido pregão, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que o dano apurado neste processo levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 003/2009 (peça 13, p. 71);

9.6 determinar à Secex/GO que:

9.6.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do subitem 9.5 retro, encaminhe à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia integral deste processo em meio eletrônico, juntamente com cópia do inteiro teor deste acórdão;

9.6.2. monitore o cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida no subitem 9.5 retro e, caso seja apurada a ocorrência de novos danos e instaurada a respectiva tomada de contas especial, realize a citação dos responsáveis nela identificados tão logo o processo seja encaminhado a este Tribunal;

9.7. encaminhar cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para ajuizamento das ações civis e penais que entender pertinentes, tendo em vista o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992; e

9.8. dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público daquele estado, por intermédio de sua 4ª Promotoria de Justiça, para que adote as medidas que entender pertinentes, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 293/2005-SES/GO.

10. Ata n° 30/2016 – Plenário.
11. Data da Sessão: 3/8/2016 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1991-30/16-P.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749364.

13. Especificação do quorum:
13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro e Bruno Dantas.
13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz (Presidente).
13.3. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator), Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51749364.