

## GRUPO II - CLASSE IV - Plenário

TC-008.959/2009-7

Natureza: Tomada de contas especial

Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás/SES/GO

Responsáveis: Adriano Kennen de Barros, CPF 418.679.711-00; Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00; Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15; Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21; Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 37.396.017/0001-10.

Representação Legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO 11.703; Georges Louis Hage Humbert, OAB/BA 21.872; Marcus Vinicius Labre Lemos de Freitas, OAB/GO 14.282; e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. PAGAMENTOS EFETUADOS SEM EFETIVA DESONERAÇÃO DE ICMS. CITAÇÃO SOLIDÁRIA. NÃO DESONERAÇÃO POR OCASIÃO DO PAGAMENTO DA FATURA. ISENÇÃO FISCAL FICTICIAMENTE CONSIDERADA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. DETERMINAÇÃO.

## RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 130/2006, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos de alto custo para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO.

2. Referido acórdão foi prolatado em processo de representação, consubstanciada no TC-017.576/2005-2, acerca de supostas irregularidades na aplicação dos recursos do Sistema Único de Saúde, formulada pela 4ª Promotoria de Justiça de Aparecida de Goiânia, órgão integrante da estrutura do Ministério Público do Estado de Goiás. Durante os exames constantes da representação, constatou-se a necessidade da realização de auditoria no Fundo Estadual de Saúde e na Secretaria Estadual de Saúde de Goiás com o fim de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais a ele transferidos, medida essa autorizada pelo relator da representação.

3. Um dos achados apontados pela auditoria se referiu à possibilidade da existência de fraude nos processos licitatórios de aquisição de medicamentos, os quais conduziram à contratação das mesmas empresas (Hospfar, Milênio e Medcommerce), conforme consta registrado nos itens 61 a 63 da instrução integrante do relatório que precedeu o Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário. À ocasião, apontou-se possível dano ao erário decorrente ainda da seguinte irregularidade, assim descrita pela equipe técnica da Secex/GO (relatório da referida deliberação):

“64. As irregularidades iniciam-se com a elaboração do edital, onde são exigidos das empresas licitantes que em suas propostas estejam incluídos todos os impostos e demais encargos, inclusive o ICMS. Normalmente estas exigências estão descritas nos itens 5.3, 5.3.1 e sua OBS, transcritos a seguir.

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 aos termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz relativo ao produto cotado, quando da emissão da Nota Fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque da isenção concedida.'

65. Com o fito de evitar questionamentos, uma vez que estes medicamentos são isentos do ICMS, em razão do convênio Confaz nº 87/02 e do Decreto Estadual nº 5.825/03, também é inserido no edital (normalmente no item 11.5) os procedimentos a serem utilizados pelas empresas para excluir dos preços cotados e homologados o valor do ICMS:

66. '11.5. Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, a (s) Nota (s) Fiscal (is) será (ão) emitidas (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total faturado, e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Decreto Estadual nº 5.825/03, ficando indicado o seguinte resultado:

=PREÇO DE FABRICA  
(-)DESCONTO OFERTADO  
=SUB-TOTAL  
(-)DESONERAÇÃO DO ICMS  
= TOTAL A PAGAR  
(...)  
[...]

69.2. Da análise de parte dos processos de pagamentos, tabelas anteriores, pode se afirmar que há danos aos cofres em razão da:

69.2.1. Não desoneração do ICMS, como definido no edital - itens 5.3; 5.3.1 e sua OBS e 11.5. Fato que causa um débito da ordem de 17% ou 44,16% sobre o total das compras, pois há casos que as empresas além de não excluir o ICMS contido na proposta, quando do faturamento incluem novamente o valor do ICMS sobre o valor já onerado.

70. Para a correta apuração do débito faz-se necessário solicitar à SES que encaminhe cópias integrais e legíveis de todos os processos de pagamentos vinculados aos pregões nº 013/2005, 040/2005, 053/2005, 171/2005, 173/2005, 174/2005, 175/2005, 176/2005, 185/2005, 200/2005, 201/2005, 223/2005, 224/2005, 288/2005, 292/2005, 293/2005, 314/2005, 316/2005, 004/2006, 117/2006, 130/2006, 226/2006 e 259/2006.

71. Devido à grande quantidade de contratos, de medicamentos e de responsáveis, entendemos que para cada pregão deverá ser instaurada uma TCE, como forma de obter maior eficiência no desenrolar do processo.

72. O mesmo entendimento estende-se às demais falhas/irregularidades descritas no anexo I, pois as irregularidades são inúmeras, os responsáveis são vários. Assim, temos que as audiências e citações descritas no citado anexo I devem ser apuradas nos correspondentes processos de tomada de contas especial."

4. Mediante o Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário (Rel. o Ministro Raimundo Carreiro), este Tribunal decidiu determinar à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO) a instauração de tomada de contas especial relativa a cada um dos pregões mencionados, nos quais houvesse pagamento por medicamentos com oneração de ICMS envolvendo recursos federais, além de outras providências.

5. Em atendimento à determinação deste Tribunal a SES/GO instituiu comissão instauradora de tomada de contas especial, a qual realizou o levantamento das informações e documentos relacionados aos indícios de dano, bem assim, identificou a parcela de recursos federais envolvidos nos pagamentos, individualizando-os por pregão, sendo esta tomada de contas especial instaurada em

relação ao 130/2006-SES/GO. Para a produção de seu relatório, a comissão também tomou depoimentos de envolvidos no processo de aquisição dos medicamentos (fls. 40/47, peça nº 30).

6. O relatório conclusivo da Comissão de Tomada de Contas Especial (Relatório Conclusivo 005/2008) consta às folhas 37/52, peça nº 31, e 1/19, peça nº 32. Ali se consignou, primeiramente, que os itens licitados por intermédio do Pregão 130/2006 foram adjudicados a quatro empresas, a saber, Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Sanval Comércio e Indústria Ltda. e Comercial Cirúrgica Rioclarense. Após a análise de cada uma dessas contratações e da correspondente execução contratual, a comissão de TCE chegou às seguintes conclusões:

a) em relação à empresa Hospfâr, foi identificado um dano concreto no montante de R\$ 288.670,83, resultante da soma das importâncias de R\$ 55.157,49, decorrente da indevida oneração de preços com o ICMS, de R\$ 51.028,98, atinente ao pagamento superior ao total faturado pela empresa em suas notas fiscais, e de R\$ 182.484,36, relativo ao pagamento de notas fiscais que não possuem o atesto de recebimento e quantitativo de produtos - cabendo o registro de que, no caso dessa empresa, todos os pagamentos promovidos foram lastreados por recursos federais;

b) no que tange à empresa Medcommerce, apurou-se um dano concreto total de R\$ 771.611,77, resultante da soma das parcelas de R\$ 630.579,15, decorrente da indevida oneração de preços com o ICMS, e de R\$ 141.032,62, relativo ao pagamento superior ao total faturado pela empresa em suas notas fiscais - sendo que, do total de prejuízos atribuído à empresa, o montante de R\$ 610.653,55 foi lastreado por recursos federais, enquanto a diferença restante, de R\$ 160.958,21, foi suportada por recursos estaduais;

c) quanto à empresa Rioclarense, a comissão constatou um dano concreto de apenas R\$ 307,68, resultante da indevida oneração de preços com o ICMS, integralmente suportado por recursos estaduais;

d) no que se refere à empresa Sanval, não chegou a ser identificado um dano concreto, tendo em vista não haver ocorrido o pagamento integral do valor cobrado nas notas fiscais por ela emitidas.

7. Os responsáveis solidários pelo dano, no que se refere aos recursos federais envolvidos, foram assim identificados: a) Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde; b) Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças; c) Adriano Kennen de Barros, Pregoeiro; d) Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.; e) Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.

8. Instrução inicial da Secex/GO propôs a citação solidária desses responsáveis (fls. 37/44, peça nº 32). Com o transcurso do prazo para a apresentação das alegações de defesa, a unidade técnica novamente instruiu o feito (fls. 42/52, peça nº 40), com o seguinte posicionamento acerca do mérito destas contas (transcrição dos excertos principais, cabendo o registro de que as referências de folhas existentes no texto dizem respeito à numeração observada quando o processo ainda era físico):

“[...]”

4. Deve ser mencionado que, quanto aos débitos apurados, não se levou em conta o débito levantado no Relatório Conclusivo, referente às empresas: Rio Clarense, pelo fato de a fonte de recursos não ser federal (23); e Sanval, por não ter havido débito concreto.

[...]”

#### 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 cometido, durante a realização do pregão, etapa de classificação, este ato não trouxe impacto no resultado da irregularidade observada nos autos, que ocorreu no ato do pagamento. Tendo algumas Notas fiscais

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

8. A empresa **Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.** apresentou suas alegações de defesa (fls. 1639/1667), acompanhada de documentos (fls. 1668/1721). A defesa apresentou um breve resumo das teses que pretende defender (fls. 1640/1641): I - Apresentou proposta, de forma clara e expressa, sem a oneração do ICMS, portanto não existe débito a ser ressarcido; II - Caso haja condenação, o percentual de devolução corresponderia a 10% e não aos 17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6º, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE; III - Em caso de condenação, acredita que os valores em referência devem ser cobrados da SES/GO - e não da Medcommerce, sob pena desta sofrer um *bis in idem*. Em seguida, após tecer considerações iniciais (fl. 1642), adentrou à fundamentação de sua defesa.

9. De início, foi demonstrada a tempestividade da defesa (fl. 1643). Em seguida, a empresa apresentou justificativas, quanto ao fato de poucas empresas participarem do certame (fl. 1644/1647), seria a exigência contida no item 5.1.8 do Pregão 130/2006, dispondo que as empresas deveriam conter Carta de Credenciamento junto ao detentor do registro do medicamento no Ministério da Saúde, no caso de distribuidores, conforme artigo 5º, § 3º, da portaria 2.814 - GM 98 do Ministério da Saúde.

10. De fato, a explicação dada traz elementos aos autos para explicar a participação da citada no certame de fôrme legal, porém não suficientes para afastar o débito imputado.

11. Na alegação seguinte, sobre a desoneração do preço ofertado (fls. 1648/1661), a citada apresenta fundamento na doutrina (fl. 1649) para criticar a pretensão da Administração em modificar o entendimento firmado à época da licitação, no qual afirma que apresentou sua proposta com os preços desonerados do valor correspondente ao ICMS, seguindo orientação da Gerência de Orientação Tributária da Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, conforme Parecer 104/04-GOT (fl. 1651). Assim, a administração estaria ferindo os princípios constitucionais do Ato Jurídico Perfeito, da Segurança Jurídica e demais princípios administrativos como a presunção de legitimidade dos atos administrativos e equilíbrio da equação econômico-financeira das propostas.

12. Na discussão sobre o percentual de devolução (fls. 1661/1666), caso seja condenada, alega que este percentual corresponderia a 10% e não aos 17% cobrados nesta TCE a título de ICMS, conforme artigo 6º, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX, do Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás - RCTE; (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 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 87/2002. Portanto, não há dúvida quanto a 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.

15. Por fim, a citada requer, em caso de condenação, que os valores a serem ressarcidos sejam cobrados da SES, em função do valor retido por aquele órgão (fls. 1666/1667). Entretanto, tal expectativa de quitação de débito não parece ser o caminho legal a ser dado, uma vez que a SES não está sendo imputada como devedora, nem tampouco o TCU tem o Órgão Estadual na sua jurisdição, fatos que poderiam gerar outros tipos de conflitos financeiros entre a citada e o aquele Órgão Estadual. De maneira que o conflito poderia ser resolvido com a devolução do débito imputado pela própria citada, ou pelos responsáveis solidários. Portanto, não cabe acolhida ao pedido da defesa.

16. A empresa **Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.** apresentou suas alegações de defesa (fls. 1742/1782), acompanhadas de documentos (fls. 1783/1889).

17. Em princípio, a defesa fundamentou-se em preliminares. A primeira delas 'I.I - Falta de correta tipificação - nulidade' (fls. 1742/1745), 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.

18. 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. Neste caso, a defesa não restaria prejudicada, uma vez que o próprio defendente salientou qual o dispositivo a ser balizado ao se analisar sua conduta comissiva, ficando clara a ciência do responsável quanto aos aspectos legais por ele infringidos.

19. Na segunda preliminar 'I.II - Falta de tipicidade para Tomada de Contas Especial' (fls. 1745/1747), a defesa alega (fl. 1745) que os preços dos medicamentos em questão vendidos no Pregão 130/2005 foram praticados de acordo com os preços de mercado à ocasião, salientando a observação constante no Relatório Conclusivo 005/2008 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 a Tomada de Contas Especial. Nessa argumentação pretende demonstrar que a TCE não apresenta todos os elementos constitutivos necessários para o seu procedimento.

20. 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-se averiguar no Relatório Conclusivo 005/2008 (fl. 1518) nas Planilhas referentes à empresa envolvida, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Portanto, não se configura a descaracterização dos pressupostos de validade de instauração deste procedimento.

21. Superadas as preliminares, segue-se à análise do mérito (fls. 1751), II.I - Do Pregão 130/05 (fl. 1518); 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 nesse ato. Para reforçar sua tese, apresenta Despacho da Procuradoria Geral do Estado 'AG' 007332 de 24/08/2007 (fl. 1754), 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.



22. 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 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, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

23. Na sequência, a defesa lançou a mão da tese de preclusão administrativa, II.II - Desclassificação da Proposta Inexistente - Preclusão (fl. 1759); 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.

24. 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 dado pela legislação específica. Portanto, não cabe acolhida ao argumento apresentado.

25. Na tese seguinte, II.III - Desoneração - Impossibilidade de aplicação de sanção legalidade (fl. 1776), 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.

26. 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 87/2002.

27. 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 isenção, indicando expressamente no documento fiscal. Portanto, 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.

28. 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. 1776). 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.15 (fls. 1875/1877).

29. Entretanto, nos autos está sendo preservado 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.

30. Ademais, o benefício fiscal pretendido pela defesa não é cumulativo, conforme § 1º da Cláusula primeira do mesmo diploma apresentado por ela (Tare 037/04-GSF). Portanto, não cabe acolhimento ao argumento da defesa.

31. Ainda, apresenta a defesa a alegação (fl. 1778) 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.

32. Embora as explicações 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. 1529). Portanto, não cabe acolhimento dos argumentos levantados pela defesa.

33. Em seguida, o citado aduz o **princípio da Boa Fé** (fl. 1780), alegando em sua defesa que, caso tenha ocorrido alguma irregularidade, essa ocorreu por conta dos gestores públicos, que a empresa se ateu a respeitar os ditames legais e atender o interesse público.

34. Em sua defesa, apresenta julgados do TCU, Decisão 326/95 e Ac.027/96 - Plenário. Interessante que ambos julgados referem-se 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.

35. 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.

36. Em seguida, foi apresentada em conjunto a defesa dos responsáveis, senhores **Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges** (fls. 1890/1910), acompanhada de documentos (fls. 1911/1918), referente à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Outra defesa (fls. 1919/1939), acompanhada de documentos (fls. 1940/1946 - fls. 1950/1959), referente à empresa Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. Sendo que as duas defesas têm o mesmo conteúdo material, apenas mudando o sujeito passivo solidário, será referenciada apenas a primeira defesa, estendendo-se sua análise à outra.

37. 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 obter o valor pago indevidamente (fl. 1893/1894).

38. Na sequência (fls. 1894/1896), 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.

39. 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, concretiza-se com a devolução das verbas públicas aos cofres do Estado de maneira definitiva.

40. Outro ponto tocado na defesa é a **discussão do direito** (fl. 1896/1902), 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.

41. Ante as explanações, diante da retificação da homologação daquele edital, buscando 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 005/2008 (fls. 1529 e 1534) 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.

42. Ainda, em defesa (fl. 1902), 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.

43. 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.

44. A defesa segue (fls. 1904/1906) 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.

45. Ainda em defesa, é apresentada a **contestação da responsabilização solidária dos gestores** nestes autos (fls. 1906/1907). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp. 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.

46. Veja, 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 130/2006 - fl. 1559), 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 130/2006 - fl. 1559), 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.



47. 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.

48. Quanto às **ações esperadas por homem médio** (fl. 1907/1908), 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.

49. Por fim, a defesa alega boa-fé na troca de fontes orçamentárias (fls. 1908/1909). 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.

50. Porquanto, embora possa ser entendida a boa-fé dos gestores e inclusive as das empresas contratadas, enquanto os recursos não forem devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde resta configurado débito para com a União.

### CONCLUSÃO

51. 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.

52. 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 130/2006 - fl. 1559), 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 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

53. A tese de que as propostas apresentadas foram classificadas a preço de mercado e de que estas propostas estariam desoneradas do valor do ICMS é insustentável, porque na formação do preço de mercado as empresas levam em consideração o valor do ICMS, uma vez que o mercado não está sujeito a qualquer benefício de isenção fiscal. Este só é concedido no caso de vendas à Administração Pública.

54. 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).

[...]"

9. Com essa análise das alegações de defesa, a Secex/GO concluiu a instrução alvitrando o julgamento pela irregularidade das contas, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea "c", da Lei 8.443/1992, a condenação dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce -

Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. ao pagamento do débito solidário, em montantes originais calculados em R\$ 106.186,47, no que tange ao débito solidário com a empresa Hospfar, e em R\$ 610.653,55, no que se refere ao débito solidário com a empresa Medcommerce, atualizados monetariamente e acrescidos dos juros de mora pertinentes, e a aplicação da multa prevista no art. 57 da mesma lei a esses responsáveis. Segundo a análise do parecer da secretaria, apesar da revelia do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, este deveria ser excluído da relação processual.

10. Os autos foram então remetidos ao Ministério Público/TCU, lá recebendo o parecer do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico (fls. 54/56, peça nº 40), vazado nos seguintes termos:

“Trata-se de tomada de contas especial instaurada em decorrência de determinação contida no Acórdão 45/2008 - Plenário, visando a apurar irregularidades na aplicação de recursos federais do SUS por meio do Pregão 130/2006, 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, destacava a isenção do ICMS em 17% (Convênio Confaz/ICMS 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 Medcommerce, além de aplicar-lhes multas.

Feito esse relato, manifestamo-nos, em essência, favoravelmente à proposta oferecida pela Secex/GO às fls. 1960/1970, 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 5.825 de 05.09.2003 (...), que concede isenção do recolhimento do 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)

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 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 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 eficazes, de modo definitivo, para obstar o dano ao erário federal.

Por outro lado, justifica-se a proposta da Secex/GO de exclusão pregoeiro, 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 (acostadas 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 de 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 impostos, bem como de 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 retenção 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. 1960/1970, 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.”

11. Em que pese os autos já contarem com proposta de mérito produzida pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, a Chefia de meu Gabinete, em atendimento a orientação de minha parte e com base em delegação de competência por mim outorgada, restituiu este processo à unidade técnica, a fim de que fosse promovida nova instrução, em face da documentação remetida pela empresa Hospfar, momento em que foi autorizada a realização de novas diligências que se fizessem necessárias (vide despacho às fls. 73 da peça nº 42).

12. A instrução que se seguiu, elaborada pela Secex/GO (fls. 75/88, peça nº 42), trouxe em seu corpo a análise já efetuada em instrução anterior, acrescentando-se o seguinte posicionamento sobre a nova documentação acostada:

#### “NOVOS ELEMENTOS

51. 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 1975/2104, que, remetida ao gabinete do Relator, por decisão daquela relatoria (fl. 2105), propiciou a restituição dos autos para nova instrução.

52. A documentação enviada refere-se a três requerimentos distintos, sendo o primeiro deles (fl. 1975) 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.

53. 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.

54. O segundo requerimento (fls. 1796/1982) 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.

55. 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 petionária.

56. O terceiro requerimento (fls. 1983/1984) refere-se à apresentação de pareceres da lavra de dois juristas. O primeiro parecer discorre na área administrativa (fls. 1989/2034) e outro discorre na área tributária (fls. 2035/2304). Sendo os expedientes analisados de forma separada, como se segue.

57. Marçal Justen Filho inicia sua preleção (fls. 1989/1993) expondo os fatos a ele levados pela consultante 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.

58. 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 envolvem a matéria (1993/2002), 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.

59. Esse ponto é o momento mais importante da matéria tratada, como já observado na análise anterior, ou a empresa não apresentou o preço cheio (inclusive o imposto) e a administração se equivocou 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.

60. Quanto à ausência de irregularidade alegada (2002), o parecerista ofereceu a tese de que a consultante apresentou a fatura de cobrança com o mesmo valor que ofertou na licitação e no contrato.

61. 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.

62. O parecerista continua sua homilia no tópico V - A ausência de competência para alterar a vontade privada (fl. 2005). 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.

63. 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.

64. Da eficácia de atos administrativos perfeitos (fl. 2007). 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.

65. 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.

66. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É óbvio 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.

67. Quanto à alegação de vedação à conduta administrativa contraditória (fl. 2008), 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.



68. 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.

69. Em seguida, o parecerista alega o decurso de prazo (fl. 2013), invocando a decadência ou a prescrição, que segundo seu entendimento é de cinco anos.

70. 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, sujeita à tutela desta Egrégia Corte, onde resta pacífico o entendimento firmado por meio do Acórdão 2709/2008 - 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.

71. Na sequência, o jurista trata do descabimento da autotutela pela Administração Pública (fl. 2016). 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).

72. Quanto à alegação de ausência do devido processo legal (fl. 2021), tal assunto já foi tratado nos parágrafos 54 e 55 desta instrução, sendo que a oportunidade de defesa perante o TCU está sendo dada nestes autos.

73. 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 alcançam o caso concreto os institutos da prescrição e decadência.

74. Ives Gandra da Silva Martins inicia sua homilia (fls. 2035/2104) 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.

75. Nesse 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.

76. 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.

77. Desse modo, não cabe o acolhimento da alegação feita pela empresa com apoio na documentação apresentada como novos elementos, que na verdade se refere a assunto já tratado na instrução precedente (fls. 1960/1971).

### **CONCLUSÃO**

51. 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.

52. 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 130/2006 - fl. 1559), 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 87/2002, que se concretizou no débito apurado.

53. 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 ENCAMINHAMENTO

54. Diante do exposto, submete-se os autos à consideração superior, opinando pelo encaminhamento dos autos ao relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, 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) rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares, nos termos do artigo 16, III, 'c'; c/c artigo 19 da Lei 8.443/92, as presentes contas, condenando o senhor Cairo Alberto de Freitas, em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos 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 130/2006), 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 87/2002, que se concretizou nos débitos apurados;

**DÉBITO** (fl. 1529): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Débito
117554	16/04/2007	R\$ 64.691,29	R\$ 23.068,22
117555	16/04/2007	R\$ 85.295,82	R\$ 29.473,57
117556	16/04/2007	R\$ 108.351,13	R\$ 23.312,09
114923	16/04/2007	R\$ 117.146,54	R\$ 30.332,59
			<b>R\$ 106.186,47</b>

Obs.: sendo 100% dos recursos provenientes da fonte 23 (federal), sendo R\$ 55.157,49, em razão de majoração de valores pela empresa e R\$ 51.028,987, em razão de pagamento superior ao liquidado/faturado pela Nota Fiscal, portanto somando um débito de R\$ 106.186,47 (Cento e seis mil, cento e oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos).

**DÉBITO** (fls. 1532/1534): referente aos senhores Cairo Alberto de Freitas, em solidariedade com o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Pagamento	Valor Pago	Valor Indevido	Débito (79,14%) fonte 23
50434	23/11/006	R\$ 904.953,00	R\$ 153.842,01	R\$ 121.750,57
51501	4/4/2007	R\$ 132.123,14	R\$ 57.012,04	R\$ 45.119,33
50620	23/11/2006	R\$ 301.651,00	R\$ 51.280,67	R\$ 40.583,52
50927	23/4/2007	R\$ 409.304,44	R\$ 33.748,95	R\$ 26.708,92
50925	28/12/2006	R\$ 14.013,72	R\$ 2.382,33	R\$ 1.885,38
52634	27/12/2006	R\$ 66.061,57	R\$ 28.506,02	R\$ 22.559,66
50404	23/11/2006	R\$ 301.651,00	R\$ 51.280,67	R\$ 40.583,52
52531	27/12/2006	R\$ 7.148,69	R\$ 3.084,71	R\$ 2.441,24
52423	23/4/2007	R\$ 66.061,57	R\$ 28.506,02	R\$ 22.559,66
52322	23/4/2007	R\$ 66.061,57	R\$ 28.506,02	R\$ 22.559,66
52073	23/4/2007	R\$ 57.253,37	R\$ 24.705,23	R\$ 19.551,72
51920	23/4/2007	R\$ 44.041,06	R\$ 19.004,03	R\$ 15.039,79
51650	9/4/2008	R\$ 135.742,95	R\$ 10.557,79	R\$ 8.355,44
52448	23/4/2007	R\$ 8.874,23	R\$ 3.829,29	R\$ 3.030,50
53200	4/4/2007	R\$ 68.171,23	R\$ 6.325,64	R\$ 5.006,11
55430	9/4/2008	R\$ 814.457,70	R\$ 63.346,71	R\$ 50.132,59
54718	9/4/2008	R\$ 271.485,90	R\$ 21.115,57	R\$ 16.710,86
54175	9/4/2008	R\$ 95.020,06	R\$ 7.390,44	R\$ 5.848,79
54325	9/4/2008	R\$ 9.725,18	R\$ 756,40	R\$ 598,61
55538	18/3/2008	R\$ 488.674,62	R\$ 38.008,03	R\$ 30.079,55
57045	21/11/2007	R\$ 39.204,65	R\$ 3.049,25	R\$ 2.413,18
57124	21/11/2007	R\$ 38.292,91	R\$ 2.978,34	R\$ 2.357,06
56793	21/11/2007	R\$ 542.972,80	R\$ 42.232,14	R\$ 33.422,52
59657	18/3/2008	R\$ 589.124,40	R\$ 45.820,78	R\$ 36.262,57
58616	18/3/2008	R\$ 162.891,54	R\$ 12.669,34	R\$ 10.026,52
58763	18/3/2008	R\$ 407.228,85	R\$ 31.673,35	R\$ 25.066,29
			R\$ 771.611,77	<b>R\$ 610.653,55</b>

Obs.: sendo 79,14% dos recursos provenientes da fonte 23 (federal), portanto somando um débito de R\$ 610.653,55 (Seiscentos e dez mil, seiscentos e cinquenta e três reais e cinquenta e cinco centavos).

b) aplicar individualmente aos responsáveis senhores Cairo Alberto de Freitas e Durval de Oliveira Borges e às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Hospitalares Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92, 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 130/2006, 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;

c) 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;

d) 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.”

13. Novamente solicitado a se pronunciar neste feito, o Ministério Público/TCU, em parecer da lavra do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, após consignar que os novos elementos aportados pela empresa Hospfar, consistentes de pareceres doutrinários, não se prestaram para modificar suas conclusões pregressas, ratificou as propostas anteriores no sentido do julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, com a observação de que o fundamento para tal deliberação de mérito fossem as alíneas “b” e “c” do inc. III do art. 16 da Lei 8.443/1992 (fls. 91, peça nº 42).

14. No entanto, em 5/9/2011 (fls. 92, peça nº 42), restitui os autos novamente à secretaria para que conferisse tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, notadamente, diante do despacho que proferi no TC-004.589/2010-6, no qual determinei:

14.1 - a análise dos valores dos medicamentos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar, envolvendo os mesmos produtos;

14.2 - a comparação entre 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;

14.3 - que se solicitassem 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 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.;

14.4 - que se apresentasse nova instrução nos autos, retificando ou ratificando as conclusões anteriormente oferecidas.

15. No despacho que proferi naqueles autos (TC-004.589/2010-6), deixei consignado o seguinte (vide cópia na peça nº 45):

“Entendo que as notas fiscais relacionadas às transações comerciais de que cuidam os autos deveriam espelhar o valor dos produtos farmacêuticos e indicar expressamente o valor do ICMS a ser abatido, ou não incluído, conforme determina o § 1º, c/c inciso III, da Cláusula Primeira do Convênio Confaz ICMS 87/2002, que estabeleceu a isenção de ICMS sobre alguns medicamentos quando adquiridos por órgãos da administração federal, estadual ou municipal.

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

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

16. Na peça nº 46, foi juntado aos autos o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e 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.

17. Nas Peças 47 e 48, por sua vez, consta juntada aos autos do Ofício PR/GO 5779/2011, da Procuradoria da República, no qual são encaminhados laudos periciais confeccionados pela Polícia Federal em inquérito instaurado para apurar a realização de pagamentos indevidos por parte da

Secretaria Estadual de Saúde, em benefício de empresas farmacêuticas, em processos de aquisição de medicamentos de alto custo.

18. Finalmente, o processo foi reinstruído pela Secex/GO, conforme peça nº 50, vazada nos seguintes termos:

### **“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 (peça 42, p. 92), 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 não haviam observado as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI, do anexo ao Decreto 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora - conforme inclusão expressamente determinada pelo relator -, passaram a responder pelo débito.

8. 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 130/2006 (peça 2, p. 47) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 12, p. 57-61), indicarem que os itens 1, 7 e 8 têm preços superiores à referência, a aquisição só foi homologada porque houve a averiguação de sua compatibilidade a parâmetros estabelecidos por normativo expedido no âmbito da SES/GO (Portaria 21/2006 - peça 49). A referida portaria repete disciplina anterior, dada pela Portaria SES/GO 178/2005 (peça 2, p. 36), segundo a qual a estimativa de preços seria dada pela média encontrada pelo preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizarem outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado. Nesse mister, houve negociação visando à redução do preço relativo ao item 01, considerando ser o mais oneroso, do que resultou na redução de seu valor de R\$ 3.167,34 para R\$ 3.016,51 (peça 12, p. 31-51). De qualquer forma, este e os demais preços são compatíveis à referência de preço ao consumidor, constante dos autos (peça 2, p. 32) e dessa formal justificativa resultou a adjudicação.

9. 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 de certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1146/2011 - P, indicou as referências praticadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - CMED/Anvisa como parâmetro para o controle de preços.

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



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

12. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra (peça 2, p. 47) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinados itens (peça 2, p. 32) dá sustentabilidade à justificação de que trata o pelo art. 11, XI, do anexo ao Decreto 3.555/2000. Dessa forma, entende-se que os presentes autos configuram uma situação distinta da assinalada nos autos acima aludidos, porquanto nestes há intervenção formal da administração pública no sentido de reafirmar a compatibilidade ao mercado, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como parâmetro de referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.

### **Cobrança indevida de tributo**

13. 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 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.

14. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 42, p. 92 e peça 45) 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 130/2006. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 46, p. 1-2). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção 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.

15. 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 5, p. 20). Há nos autos prova de que as empresas não só tinham conhecimento da disposição, como também afirmavam tê-la cumprido (peça 7, p. 15 e peça 10, p. 3). E mesmo que não houvesse a contradição, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. 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.

16. Interessante notar a esse respeito que foi exatamente em nome de uma simples formalidade editalícia, para cujo conteúdo esta Corte em dias atuais pronunciou-se contrariamente (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P, TC-009.625/2011-9), que a empresa Hospfar conseguiu fazer prevalecer sua oferta sobre a proposta apresentada por sua concorrente, cujo valor contemplava preços inferiores (peça 12, p. 35).

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. Conforme acima defendido, a estimativa de preços possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa as imputações de débitos constantes dos presentes autos remonta a fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

18. Não prejudica a imputação de débito, da forma exposta nos presentes autos, o fato assinalado no relatório do tomador de contas (peça 31, p. 48 e peça 32, p. 1), segundo o qual os valores indevidamente pagos às empresas incluíram não somente o valor especificamente correspondente à bitributação do ICMS, como também outros valores indevidamente incluídos na fatura. O tomador de contas faz essa observação, considerando que a obrigação da empresa fornecedora era o de utilizar nas suas faturas os preços dos medicamentos assinalados nas ordens de fornecimento para só então deduzir, no próprio documento fiscal, a alíquota de 17%. Ocorre que as empresas fornecedoras faturaram os preços dos medicamentos em valor ainda superior à parcela correspondente à inclusão indevida do tributo, segundo a alíquota normal, o que levou o tomador de contas a fazer a aludida distinção. De qualquer modo, tal constatação não modifica o entendimento de que houve faturamento indevido, e se o fornecedor o fez em percentual superior à alíquota pertinente ao ICMS, isso ainda reforça o entendimento que a majoração promovida é completamente arbitrária e passível de ressarcimento.

#### **Alteração da imputação de débito**

19. A imputação de débito que alcança a empresa Medcommerce, em solidariedade com os servidores responsáveis, consoante disposto nas instruções anteriores, foi elaborada com base em planilha e observações produzidas pelo tomador de contas (peça 31, p. 51-52 e peça 32, p. 1). Ali é dito que o somatório do valor indevidamente pago - com referência a todas as notas fiscais listadas - alcança o montante de R\$ 771.611,77, sendo que R\$ 610.653,55 teriam a cobertura de recursos federais, ou seja, 79,14%. 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.

20. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta que o pagamento das notas fiscais contou com diferenciados percentuais de financiamento federal, o que conduz à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração da nova planilha de débito, abaixo exposta, demonstra que somente cinco notas fiscais requereram a apuração da proporcionalidade de participação da fonte federal '23' (NF's 50434, 50620, 50927, 50925 e 50404), 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, soma o valor de R\$ 543.861,49.

21. A retificação do quadro de imputação de débito que envolve a Medcommerce, abaixo, também contou com a redefinição de algumas datas de pagamento, considerando a ocasião em que efetivamente foi dispendido o recurso federal ou, se o foi em mais de uma ocasião para a mesma nota fiscal, a data correspondente à parcela mais significativa. As alterações acima mencionadas serão levadas em conta no encaminhamento a ser proposto nesta instrução.

#### **CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

22. 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 uma nova formulação de proposta de mérito. A proposta que agora se aplica somente se diferencia da anterior pela redefinição, a menor, da dívida imposta à empresa Medcommerce em solidariedade com os servidores responsáveis, porquanto consideram-se igualmente rejeitadas as alegações de defesa já produzidas, em conformidade com as análises já realizadas por esta unidade técnica e pelo MP/TCU.

23. Por fim, resta abordar sobre expediente encaminhado pela Procuradoria da República em Goiás (peça 47), cujo teor assinala a existência de laudos periciais sobre preços de medicamentos produzidos pela Polícia Federal. Conforme tabela discriminatória referenciada pelo expediente (peça 48), não há laudo pericial concernente ao Pregão SES/GO 130/2006.

24. 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 42, p. 65-90), 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 e das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., nos termos do art. 16, 'b' e 'c' da Lei 8.443/1992, em razão da ocorrência de pagamento indevido às referidas empresas, decorrente da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 130/2006, 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;

c.1) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
50434	30.768,40	23/11/2006
51501	57.012,04	4/4/2007
50620	10.256,13	23/11/2006
50927	13.027,23	5/12/2006
50925	476,46	5/12/2006
52634	28.506,02	23/4/2007
50404	10.256,13	23/11/2006
52531	3.084,71	23/4/2007
52423	28.506,02	23/4/2007
52322	28.506,02	23/4/2007
52073	24.705,23	23/4/2007
51920	19.004,03	27/12/2007
51650	10.557,79	4/4/2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
52448	3.829,29	23/4/2007
53200	6.325,64	4/4/2007
55430	63.346,71	9/4/2007
54718	21.115,57	23/4/2007
54175	7.390,44	23/4/2007
54325	756,40	23/4/2007
55538	38.008,03	18/3/2008
57045	3.049,25	21/11/2007
57124	2.978,34	21/11/2007
56793	42.232,14	21/11/2007
59657	45.820,78	18/3/2008
58616	12.669,34	18/3/2008
58763	31.673,35	18/3/2008

c.2) solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
117554	23.068,22	16/4/2007
117555	29.473,57	16/4/2007
17556	23.312,09	16/4/2007
114923	30.332,59	16/4/2007

d) aplicar aos srs. Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e 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 Procuradora 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.”

19. O titular da unidade técnica se manifestou de acordo com as conclusões e propostas da instrução (peça nº 51).

20. Cabível o registro de que, quase dois meses após a conclusão dessa última manifestação da unidade técnica, a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., por intermédio de seu bastante procurador, apresentou a petição consubstanciada na peça nº 52, cujo objetivo, segundo informa, seria a juntada de documento a este feito.

21. O documento novo em questão corresponde a excerto do Acórdão 140/2012 - TCU - Plenário, por meio do qual esta Corte de Contas, entre outras medidas, haveria reconhecido a inconstitucionalidade da exigência de que, em certames licitatórios para a aquisição de medicamentos, os preços fossem apresentados onerados do ICMS, já que os entes interessados na aquisição de tais itens seriam isentos. Tal deliberação, segundo defende a Hospfar, comprovaria haver ela agido corretamente no certame licitatório aqui enfocado, reiterando sua assertiva de que seus preços estavam desonerados.

22. O Ministério Público/TCU, desta vez representado pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou-se também em consonância com a análise efetuada pela secretaria, divergindo, todavia, na parte em que se propõe desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, pois entende o Procurador que é possível reconhecer a boa-fé dos gestores, e, assim, conceder-lhes novo e improrrogável prazo para o recolhimento da dívida atualizada monetariamente, sem a incidência de juros moratórios nesta etapa processual (peça nº 53). O judicioso Parecer do Ministério Público foi vazado nos seguintes termos principais:

“(…)

## 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 130/2006, em exame nestes autos, o Ministério Público destaca, também, que, para se chegar ao valor adotado como referência de preços, houve intensa pesquisa de preços de mercado (peça 1, p.41, até peça 2, p. 48).

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

‘A pretexto de cumprir essa condição, a Hospfar e a Prodiel, ao emitirem 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 nº 46), 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 nº 52), por meio dos quais afirma existirem fatos novos que podem interferir no julgamento das TCEs atuadas 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 17.7.2006, 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 nº 38, pp. 34/5).

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 datada de 20.7.2006, em que a empresa afirma textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’ (peça 7, p. 15). 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 por de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplica diante de sua postura ambígua e contraditória.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da Medcommerce, apresentado em suas alegações de defesa, de que apresentou 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 irremediáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta’ (peça 10, p. 3).

No que tange ao Acórdão 140/2012 - Plenário, pela sua pertinência, passa-se a transcrevê-lo:

‘ACÓRDÃO 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 LEVANTAMENTO)

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 - Comfaz 87/2002, que, no prazo de sessenta dias, oriente os gestores federais, estaduais e municipais acerca da aplicação da isenção do ICMS nas aquisições de medicamentos por meio de cartilhas, palestras, manuais ou outros instrumentos que propiciem uma repercussão ampla, alertando os entes que as propostas dos licitantes devem contemplar a isenção do tributo;

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

1.7. Recomendar:

1.7.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento

Interno/TCU, que revogue o § 3º do art. 5º da Portaria - GM/MS 2.814/1998, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna;

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

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

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

§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal’ ([http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087\\_02.htm](http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087_02.htm)).

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 130/2006 e o contrato dele decorrente, pois foram realizados em época em 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 130/2006, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 5, p. 19):

‘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 5, p. 20).

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

O contrato, igualmente, trazia essa exigência (peça 14, p. 45):

‘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 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 Hospfar alegou 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 130/2006 contém a seguinte observação (peça 5, p.20):

**'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 empresa 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 2709/2008 - 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 empresa 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 41 e 42). 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 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 no parecer anterior do Ministério Público, na mesma data em que encaminhou declarações com este teor à Administração, a Hospfar encaminhou outra, colacionada pela Comissão de TCE da Secretaria de Saúde de Goiás, em que afirmava textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’ (fl. 472, v.1).

De qualquer forma, o simples fato de comunicar à Administração a prática de ato em desconformidade com o edital de licitação não elide a irregularidade desta conduta. Note-se, além disso, que 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, merece um pouco mais de atenção a 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).

A empresa Medcommerce 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 6º, inciso XCI, do Anexo IX, combinado com o art. 8º, 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 40, pp. 1/28), 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.

Decorrido esse 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:

a.1) em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
50434	30.768,40	23/11/2006
51501	57.012,04	4/4/2007
50620	10.256,13	23/11/2006
50927	13.027,23	5/12/2006
50925	476,46	5/12/2006
52634	28.506,02	23/4/2007
50404	10.256,13	23/11/2006
52531	3.084,71	23/4/2007
52423	28.506,02	23/4/2007
52322	28.506,02	23/4/2007
52073	24.705,23	23/4/2007
51920	19.004,03	27/12/2007
51650	10.557,79	4/4/2007
52448	3.829,29	23/4/2007

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
53200	6.325,64	4/4/2007
55430	63.346,71	9/4/2007
54718	21.115,57	23/4/2007
54175	7.390,44	23/4/2007
54325	756,40	23/4/2007
55538	38.008,03	18/3/2008
57045	3.049,25	21/11/2007
57124	2.978,34	21/11/2007
56793	42.232,14	21/11/2007
59657	45.820,78	18/3/2008
58616	12.669,34	18/3/2008
58763	31.673,35	18/3/2008

a.2) em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
117554	23.068,22	16/4/2007
117555	29.473,57	16/4/2007
17556	23.312,09	16/4/2007
114923	30.332,59	16/4/2007

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.”

É o relatório.

## PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Conforme visto no relatório precedente, trata-se de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 130/2006, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento de medicamentos para a Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO.

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

3. A principal irregularidade apontada, a partir da qual se apurou dano ao erário, consistiu na constatação de que não teria havido efetiva desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados às empresas contratadas, e, em especial neste processo, não houve a desoneração do ICMS, por ocasião dos pagamentos (desoneração devida em razão de isenção fiscal). As empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. haveriam apresentado notas fiscais para fins de faturamento dos valores contratados para o fornecimento dos medicamentos Infiximab 100 mg, Levedopa 250 mg + Carbidopa 25 mg, Levotiroxina Sódica 50 mcg, Octreotida 0,1 mg, Quetiapina 100 mg, Riluzol 50 mg e Rivastigmina 4,5 mg sem considerar a desoneração do imposto em relação às suas propostas, de modo a gerar o abatimento do tributo no momento do pagamento.

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

5. Todavia, conforme verificado neste específico caso, as empresas Hospfar e Medcommerce, por ocasião dos pagamentos, aduziram que os preços por elas ofertados o haveriam sido pelo valor já desonerado do ICMS, ou seja, livre do imposto, de forma que não deveriam deduzir dos valores de suas propostas finais o correspondente ICMS, o qual já haveria sido deduzido por ocasião da proposta. Assim, pleitearam o pagamento do exato valor constante de suas propostas comerciais, no que foram, inicialmente, atendidas pela SES/GO, resultando nos débitos objeto desta TCE. Saliente-se, por oportuno, que em razão de questionamentos posteriores surgidos em torno da matéria, a SES/GO chegou a cogitar a retenção dos valores em discussão, relativos ao ICMS, em várias faturas, o que foi realizado temporariamente, em relação ao Pregão sob exame, sobre faturas apresentadas pela Medcommerce.

6. Restou afastada, no entanto, a ideia que cheguei a levantar em momento precedente nestes autos, de que a medida adotada pela SES/GO pudesse haver saneado débitos aqui tratados, tendo em vista a informação, obtida junto à SES/GO, de que aquele órgão estadual acatou parecer da Procuradoria Geral do Estado de Goiás quanto à “impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal, sendo que o ressarcimento deveria ser perseguido pelos meios legais” (fls. 2, peça nº 46). Registre-se, a propósito, o aspecto de tal dúvida somente se haver configurado, no caso ora

examinado, em relação à empresa Medcommerce. Sobre a questão do cancelamento de tais retenções, ademais, voltarei a tratar um pouco mais adiante.

7. Cumpre ainda destacar que os débitos tratados nesta tomada de contas especial representam apenas os valores efetivamente pagos por ocasião do levantamento efetuado pela comissão instauradora da tomada de contas especial e referentes à parcela dos recursos federais despendidos, haja vista que as despesas em questão foram custeadas por duas fontes de recursos: i) federal, pela “fonte 23”; e ii) estadual, pela “fonte 00”. Até aquele momento, não teria havido o pagamento integral dos valores faturados (liquidados) constantes das notas fiscais. Assim, a comissão instauradora chegou a segregar suas conclusões em montantes de “dano potencial” e “dano efetivo”, sendo o dano potencial relativo aos valores liquidados e não pagos e o dano efetivo relativo aos valores liquidados e efetivamente pagos (conforme Relatório Conclusivo da Comissão de Tomada de Contas Especial, às fls. 37/52, peça nº 31, e fls. 1/20, peça nº 32), observando-se, em relação às empresas Hospfar e Medcommerce, a seguinte situação:

<b>Empresa</b>	<b>“Dano potencial” (R\$)</b>	<b>“Dano efetivo” (R\$)</b>
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	55.157,49	106.186,47
Medcommerce Com. de Medicamentos e Prod. Hospitalares Ltda.	1.482.269,99**	610.653,55**

\* No caso da Hospfar, o dano efetivo chegou a superar o dano potencial.

\*\* Nesse caso, considerando-se apenas os valores atinentes aos cofres públicos federais, cujo percentual de participação foi estimado em 79,14%.

8. Além disso, concentram-se nos pagamentos efetuados às empresas Hospfar e Medcommerce, uma vez que a comissão instauradora apurou que, no tocante à empresa Comercial Cirúrgica Rioclarense, os pagamentos pelos fornecimentos dos itens de medicamento a ela adjudicados (Levotiroxina Sódica 100 mcg e Sinvastatina 20 mg) resultaram em dano efetivo de R\$ 307,68, frente ao potencial de R\$ 2.157,41, ambos suportados exclusivamente com recursos da fonte estadual. Já quanto à fornecedora de outro item do edital (Sinvastatina 40 mg), a empresa Sanval Comércio e Indústria Ltda., o dano potencial decorrente da não desoneração seria da ordem de apenas R\$ 194,40; todavia, não teria havido dano efetivo, porquanto os valores pagos não refletiram os valores pleiteados, ou seja, até aquele momento, não houvera pagamento integral das notas fiscais, conforme pleiteado. Assim, a citação de ambas foi descartada neste processo, conforme proposta da instrução inicial dos autos.

9. As informações a respeito de danos potenciais e efetivos, extraídas do relatório do tomador de contas (fls. 37/52, peça nº 31, e fls. 1/20, peça nº 32), são aqui destacadas em razão da constatação de que as retenções de pagamentos efetuadas no âmbito da SES/GO, diante das discussões em torno da oneração ou desoneração das propostas das licitantes fornecedoras de medicamentos, não puderam ser mantidas, conforme consta da peça 46 destes autos, de modo que, se o Tribunal decidir pela existência dos danos apurados nesta tomada de contas especial, levando em consideração que os preços apresentados já se encontrariam onerados de ICMS, haverá necessidade de se determinar àquele órgão estadual que instaure processos de tomada de contas especial para reaver os valores federais despendidos nos pagamentos ulteriores àqueles apurados nesta tomada de contas especial, haja vista a possível concretização dos danos potenciais apontados pela comissão instauradora desta TCE.

10. Quanto ao mérito, 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 Infiximab 100 mg, Levotiroxina Sódica 50 mcg, Quetiapina 100 mg, Riluzol 50 mg e Rivastigmina 4,5 mg, ou seja, a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e a Medcommerce Com. de Medicamentos e Prod. Hospitalares Ltda., conforme razões que exporei a seguir. Em relação aos medicamentos

Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg e Octreotida 0,1 mg, análises adicionais conduziram-me a concluir de modo diverso, conforme também explanarei mais à frente.

11. 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.

#### I - Da origem do débito apontado

12. O débito apontado nos autos tem origem no confronto entre as propostas apresentadas e o disposto no edital da licitação. O Pregão 130/2006 foi lançado pela SES/GO visando à aquisição de 10 tipos de medicamentos, licitados por itens, conforme a seguir (consoante fls. 32, peça nº 5): 1) Infliximab 100 mg - inj.; 2) Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg; 3) Levotiroxina Sódica 100 mcg; 4) Levotiroxina Sódica 50 mcg; 5) Octreotida 0,1 mg / ml - inj.; 6) Queatipina 100 mg; 7) Riluzol 50 mg; 8) Rivastigmina 4,5 mg; 9) Sinvastatina 20 mg; 10) Sinvastatina 40 mg.

13. O custo estimado da contratação, levantado na fase interna com base em pesquisas realizadas pela SES/GO, foi de R\$ 12,53 milhões, sendo R\$ 10,13 milhões relativos ao fornecimento do item 1 da licitação (medicamento Infliximab 100 mg - inj.), vencido pela empresa Medcommerce. Importante ressaltar que o débito em discussão neste processo não abrange os itens 3 (medicamento Levotiroxina Sódica 100 mcg), 9 (medicamento Sinvastatina 20 mg) e 10 (medicamento Sinvastatina 40 mg), tendo em vista aquilo que já foi consignado a respeito das empresas Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda. e Sanval Comércio e Indústria Ltda., bem como relembrar o aspecto de ele somente se referir aos denominados “danos efetivos” identificados quando da instauração desta TCE.

14. O edital previa que, para os fins da licitação, as empresas deveriam apresentar suas propostas com todos os impostos e demais encargos incluídos, inclusive o ICMS, ainda que os fornecimentos pudessem ser realizados com isenção desse imposto, ante as seguintes disposições editalícias (fls. 20, peça nº 5):

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

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

“OBS: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame, deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825 (...) e no que couber, ao Convênio ICMS nº 87/02, que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal, deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo” (destaque do original)

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



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

16. O edital do pregão em questão, portanto, fazia referência às isenções presentes em dois diferentes convênios Confaz (fls. 49/56, peça nº 30, e fls. 1/4, peça nº 31):

16.1. o primeiro deles, mais antigo (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 (dentre os quais o Infiximab, a Levodopa + Carbidopa, a Levotiroxina Sódica, a Octreotida, o Riluzol, a Rivastigmina e a Sinvastatina), 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);

16.2. o segundo (Convênio ICMS 26/03) 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. Portanto, sem olvidar que os medicamentos objeto do fornecimento poderiam eventualmente contar com isenção concedida mediante dois diferentes convênios do órgão de política fazendária, o edital previa que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS, tributo esse que seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a SES não seria contribuinte do tributo, ou, em outras palavras, uma vez que o produto gozaria de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais, como é o caso.

18. Para extirpar qualquer dúvida sobre a forma como se deveriam dar os pagamentos, face à proposta, o edital do pregão também previu o seguinte, no tópico “XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO”:

“11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota (s) Fiscal (is) será (ão) emitida (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total do (s) faturado (s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Convênio ICMB 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto 5.825 de 05.09.2003 e Convênio ICMS 87/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço  
(-) Desoneração do ICMS  
= Total a pagar”

19. Resta evidente, portanto, que as propostas deveriam ser formuladas com ICMS embutido, porém, por ocasião das faturas (notas fiscais), haveria o desconto, o abatimento, a desoneração do ICMS, vez que não seria devido: a) nas operações internas, como era caso das empresas Hospfar e Medcommerce, já que sediadas em Goiânia/GO (Convênio ICMS 26/03), ou, ainda assim, b) mesmo que nas operações externas, se levado em consideração o Convênio ICMS 87/02, onde constam os medicamentos Infiximab, Levodopa + Carbidopa, Levotiroxina Sódica, Octreotida, Riluzol, Rivastigmina e Sinvastatina.

20. A licitante Hospfar, no pregão em tela, apresentou sua proposta para os itens 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 e 10 do certame (fls. 13/14, peça nº 7), vindo a sagrar-se vencedora dos itens 2 (Levedopa 250 mg + Carbidopa 25 mg), 4 (Levotiroxina Sódica 50 mcg), 5 (Octreotida 0,1 mg / ml - inj.), 7 (Riluzol 50 mg) e 8 (Rivastigmina 4,5 mg), pelos preços unitários, respectivamente, de R\$ 0,26, R\$ 0,42, R\$ 34,50, R\$ 25,28, R\$ 5,99 (conforme fls. 28/30, peça nº 12). Sua proposta, datada de 17/7/2006, foi acompanhada de declarações de mesma data, nas quais informou que:

a) 1ª declaração: “Nos preços propostos estão inclusos todos os custos diretos e indiretos, embalagens, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas por lei, para a entrega dos produtos no Centro de Medicamentos de Alto Custo (...)”, consignando, no mesmo documento, a seguinte declaração: “Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezesete por cento)”, conforme fls. 15, peça nº 7;

b) 2ª declaração: os preços ofertados estavam de acordo com o Decreto Estadual nº 5.707/2002 (fls. 21, peça nº 7), ou seja, de acordo com o Convênio ICMS 87/02;

c) 3ª declaração: que os preços também estavam de acordo com o Decreto Estadual 5.825/2003 (fls. 23, peça nº 7), e, portanto, conforme o Convênio ICMS 26/03;

d) 4ª declaração: porém, de forma contraditória, informou noutra declaração que “os preços cotados já estão contemplados com a redução do ICMS, conforme estabelecido pelo Confaz, através do Convênio 87/02, 118/02 e 126/02” (fls. 24, peça nº 7).

21. Por sua vez, a licitante Medcommerce apresentou sua proposta para todos os itens do certame em tela (fls. 52, peça nº 9, e fls. 1/2, peça nº 10). Somente se sagrou vencedora dos itens 1 (Infliximab 100 mg - Inj.) e 6 (Quetiapina 100 mg - comprimido), pelos preços unitários, respectivamente, de R\$ 3.016,51 e R\$ 6,03 (fls. 44/45, peça nº 12). Foi a única licitante a apresentar proposta de preço para os itens 1 e 6, também se verificando que os itens 7 e 8 somente foram contados por ela e pela Hospfar (fls. 30/35, peça nº 12). Sua proposta, datada de 20/7/2006 foi acompanhada de declaração de mesma data (fls. 3, peça nº 10), na qual, contraditoriamente, informou:

a) em um primeiro momento (item 6), 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”;

b) um pouco mais adiante (item 11), que: “Nos preços ofertados já está desonerado o ICMS”.

22. Não há dúvidas, a meu ver, de que diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia ao pregoeiro questionar referidas empresas se os seus preços haviam sido ofertados com incidência ou não de ICMS. No entanto, caso as propostas apresentadas efetivamente já se encontrassem desoneradas, consoante argumentam as empresas, caberia ao pregoeiro desclassificá-las por descumprimento ao item 5.3 do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, esse último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993. Nessa hipótese, havendo confirmação de que a intenção era realmente a de apresentar proposta sem ICMS, deveria o pregoeiro:

a) diante do fato de haver somente essas licitantes com proposta de preços para os itens 1, 6, 7 e 8, declarar a licitação fracassada para tais itens, utilizando-se, em seguida, do disposto no art. 48, inciso I e § 3º, da Lei 8.666/1993, segundo os quais: (a) “serão desclassificadas: I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação”; e (b) “§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis”;

b) após desclassificar as propostas das empresas aqui mencionadas para os demais itens, tendo em conta não atenderem às exigências do edital (inc. I do art. 48 da Lei 8.666/1993), proceder ao chamamento do próximo licitante classificado.

23. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas (fls. 45, peça nº 31). Conforme depoimento prestado à comissão, o pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, considerou que se ela declarasse estar de acordo com os termos do edital, esta declaração prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada. Tomando em consideração esse depoimento, mais a informação constante do item 5.3 do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com

inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no item 2.2 do edital havia previsão de que “a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis”, a comissão de instauração da TCE entendeu que, apesar da falha em não se ter procedido à desclassificação da proposta, permaneceu ela vinculada aos termos do edital e às declarações prestadas acerca da inclusão de todos os tributos, de modo que os preços ofertados, pela vinculação ao instrumento convocatório, deveriam ser reputados com inclusão do ICMS.

24. Em que pese as disposições editalícias e algumas das declarações prestadas, as empresas Hospfâr e Medcommerce pleitearam a realização de pagamentos com base na premissa de que os preços já se encontravam desonerados do ICMS. Desse modo, nas notas fiscais apresentadas, indicaram o preço da proposta e a ele acresceram o ICMS correspondente, para, logo em seguida, abatê-lo, de maneira que o valor cobrado, valor líquido da nota, correspondesse exatamente ao valor da proposta apresentada.

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

## II - De outros atos e fatos que confirmam, ou não, os preços onerados na proposta

### II.1 - Quanto ao item 1

26. Na sessão do Pregão 130/2006 realizada em 20/7/2006, o item 1, atinente ao medicamento “Infliximab 100 mg - Inj.”, cujo custo total de aquisição estimado correspondia a 80,8% do objeto e para o qual apenas a empresa Medcommerce havia apresentado proposta, chegou a ficar em aberto, em função de o preço unitário cotado, no valor de R\$ 3.167,34 (fls. 31, peça nº 12), encontrar-se “acima do orçado no processo e também superior ao da Portaria 21/2006 ASGAB-SES”. A adjudicação do item somente ocorreu após renegociação promovida pelo pregoeiro e a apresentação, em 7/8/2006, do preço de R\$ 3.016,51, que ainda estaria “acima do orçado”, mas corresponderia a “valor compatível com o da Portaria 21/2006” (fls. 51, peça nº 12).

27. Com efeito, a consulta aos documentos da fase interna da licitação revela que o custo unitário do referido item foi estimado em R\$ 2.910,57 (fls. 47, peça nº 2), podendo ser verificado que a a SES, na época em consonância com a Portaria 178/2005 - GAB /SES (fls. 36, peça nº 2), conforme explicitado no Despacho 3625/2005 - GS/SAF/SES-GO (fls. 48, peça nº 2), estimou os preços dos medicamentos a serem adquiridos por meio do certame com base nas médias entre os “preços médios de fábricas e máximos aos consumidores dos diversos laboratórios fabricantes”, ambos com ICMS incluso.

28. Oportuno esclarecer que, consoante explicitado nos autos e no referido despacho, a SES, no esforço de identificar parâmetros de preços para os medicamentos a adquirir, chegou a efetuar seguidas estimativas. Primeiramente, o levantamento de preços fundou-se em disposição da Portaria 616/2002 (fls. 39, peça nº 1), a qual tomava como parâmetro o preço de fábrica: “valor de referência adotado (por produto): preço de fábrica praticado no mercado e não o valor fixado pelo Ministério da Saúde”. Nesse sentido, a SES, após identificar todos os fabricantes de cada um dos produtos almejados, colacionou os respectivos preços de fábrica (PFAB), esses com indicativos de ICMS de 17% a 19% (fls. 42/50, peça nº 1, e fls. 1/30, peça nº 2), a fim de daí extrair os “preços médios unitários de fábrica”, para tanto adotando a faixa de preços correspondente à alíquota interna de Goiás para o ICMS, que é de 17%. O resultado desse trabalho, referente à posição de preços em novembro/2005, foi retratado na planilha constante às fls. 32 da peça nº 2, de que se extraem as seguintes informações:

Medicamento	Preço médio unitário de fábricas (R\$)
1) Infliximab 100 mg - Inj.	2.443,43
2) Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg	0,84
3) Levotiroxina Sódica 100 mcg	0,34
4) Levotiroxina Sódica 50 mcg	0,35
5) Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.	43,63
6) Quetiapina 100 mg	5,82
7) Riluzol 50 mg	19,75
8) Rivastigmina 4,5 mg	4,84
9) Sinvastatina 20 mg	1,41
10) Sinvastatina 40 mg	1,56

29. A ocasião do referido levantamento, no entanto, foi igualmente aproveitada para que fossem apuradas as médias dos “preços máximos aos consumidores (PMC)”, nesse caso também se utilizando de posições de preços com alíquotas de ICMS de 17% a 19% (fls. 42/50, peça nº 1, e fls. 1/30, peça nº 2). Do mesmo modo, os preços considerados foram aqueles correspondentes à alíquota de 17%, sendo os resultados explicitados na planilha acostada às fls. 32 da peça nº 2, de que se extrai o seguinte:

Medicamento	Preço médio unitário máximo ao consumidor (R\$)
1) Infliximab 100 mg - Inj.	3.377,70
2) Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg	1,16
3) Levotiroxina Sódica 100 mcg	0,47
4) Levotiroxina Sódica 50 mcg	0,48
5) Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.	60,32
6) Quetiapina 100 mg	8,04
7) Riluzol 50 mg	27,30
8) Rivastigmina 4,5 mg	6,70
9) Sinvastatina 20 mg	1,97
10) Sinvastatina 40 mg	2,16

30. O resultado do levantamento, com a opção pelo PFAB como parâmetro para estimativa de preços, em consonância com o instrumento regulamentar de que tinha conhecimento, foi comunicado às instâncias superiores da SES/GO por sua Gerência de Suprimentos, via Despacho 3421/2005 - GS/SAF/SES-GO (fls. 33, peça nº 2). Na oportunidade, contudo, aquela gerência acrescentou a informação de que, a título de colaboração, estariam também sendo apresentadas as médias dos preços máximos aos consumidores (PMC), ponderando quanto à necessidade de “uma **DELIBERAÇÃO A RESPEITO DA UTILIZAÇÃO OU NÃO**, do preço máximo ao consumidor ser considerado o limite máximo de preço a ser aceito para a adjudicação da proposta, no ato da abertura do Pregão Presencial, pela Comissão Permanente de Licitação”.

31. Em resposta, a Gerência de Suprimentos recebeu, via Despacho 16105/2005 - GAB/SES (fls. 35, peça nº 2), exemplar da Portaria 178/2005 - GAB/SES (fls. 36, peça nº 2), por intermédio da qual o Secretário de Saúde do Goiás estipulou nova metodologia para a estimativa dos valores para a aquisição de medicamentos, estabelecendo que “o valor estimado do produto a ser adquirido, será sempre a média encontrada entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, ou qualquer outro método/meio útil que comprove a realidade do mercado”.

32. À vista do novo regramento e valendo-se dos dados que já havia levantado, a Gerência de Suprimentos da SES/GO, conforme Despacho 3625/2005 - GS/SAF/SES-GO (fls. 48, peça nº 2), elaborou nova estimativa para o certame em tela, a partir da apuração das médias entre os preços de fábrica e os preços máximos ao consumidor encontrados em sua pesquisa (fls. 37/47, peça nº 2) -

cabendo lembrar que ambos se encontravam devidamente onerados pelo ICMS de 17% -, obtendo os resultados que podem ser retratados conforme a seguir (as eventuais diferenças de centavos decorrem de arredondamentos):

Medicamento	Preço Unitário de Fábrica (R\$)	Preço Unitário Máximo ao Consumidor (R\$)	Preço Médio (R\$)
1) Infiximab 100 mg - Inj.	2.443,43	3.377,70	2.910,57
2) Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg	0,85	1,17	1,01
3) Levotiroxina Sódica 100 mcg	0,35	0,48	0,41
4) Levotiroxina Sódica 50 mcg	0,35	0,49	0,42
5) Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.	43,64	60,32	51,98
6) Quetiapina 100 mg	5,82	8,05	6,93
7) Riluzol 50 mg	19,76	27,31	23,53
8) Rivastigmina 4,5 mg	4,85	6,70	5,78
9) Sinvastatina 20 mg	1,42	1,98	1,69
10) Sinvastatina 40 mg	1,56	2,16	1,86

33. A sistemática da Portaria 178/2005 - GAB/SES, quanto às estimativas de preços, veio a ser reiterada pela já mencionada Portaria 21/2006 - ASGAB-SES (vide cópia na peça nº 49), editada em 8/2/2006 e com efeitos retroativos a 1º/1/2006, constituindo, portanto, o normativo em vigor quando da promoção do Pregão 130/2006.

34. Retornando à oferta da Medcommerce para o item 1 do pregão em tela (medicamento “Infiximab 100 mg - Inj.”), o que se constata é que o preço estimado para tal contratação, constante do processo licitatório, era de R\$ 2.910,57 já incluso ICMS de 17% (média entre PFAB = R\$ 2.443,43 e PMC = R\$ 3.377,70), em que pese a SES/GO não ser contribuinte do imposto. Na sessão originária de apresentação das propostas de preços, contudo, o que se verificou foi de tal licitante cotar o item pelo valor de R\$ 3.167,34 (fls. 31, peça nº 12), oferta essa não acolhida pelo pregoeiro, situação que, conforme já adiantado, somente veio a solucionar-se quando a licitante aceitou oferecer o produto a preço que, ainda que superior ao orçado (R\$ 3.016,51), seria “compatível com o da Portaria 21/2006” (fls. 51, peça nº 12), ou seja, com valor que já comportava a inclusão de ICMS.

35. No caso específico dos fornecimentos do item 1, então, não há sequer como considerar a prevalência da declaração inicial da empresa de que os preços estariam desonerados de ICMS. Mesmo que não se levasse em conta o fato de que o edital exigia, para apresentação de propostas, a inclusão do tributo, a negociação havida com a empresa, para que baixasse seu preço, a fez aderir à faixa de preços estimados para licitação, sobre os quais já incidia o ICMS à alíquota de 17%, na forma da Cláusula 5.3 do edital.

36. Ademais, já não faz muito sentido, em relação a tal item, admitir que o pregoeiro, que sabia não poder efetuar a contratação a preço superior ao estimado e conhecia as condições do edital, considerasse o preço renegociado como sendo preço sem ICMS embutido. Caso tal suposição não baste, no entanto, ainda há que se ter em conta que, aceitar, na negociação, o valor de R\$ R\$ 3.016,51, como sem ICMS, seria o mesmo que concordar que a proposta apresentada representasse R\$ 3.634,35/unid com ICMS incluso, valor esse superior até mesmo ao PMC apurado, de R\$ 3.377,70.

## II.1 - Quanto aos itens 7 e 8

37. A propósito, raciocínio similar precisa ser aplicado também em relação aos itens 7 e 8. Naqueles casos, após a desclassificação da empresa Medcommerce, em função de “não apresentar carta de credenciamento exigida no edital” (fls. 35, peça nº 12), a empresa Hospfar passou a ser a única participante. Manteve ela suas propostas de preços unitários originais de R\$ 25,28 para o medicamento “Riluzol 50 mg - comp” e de R\$ 5,99 para o medicamento “Rivastigmina 4,5 mg - cápsula” (fls. 33/34,



peça nº 12), constando da ata o registro de que tais itens “foram adjudicados pelo pregoeiro tendo em vista o valor da proposta estar dentro da Portaria 021/2006 ASGAB SES” (fls. 35, peça nº 12).

38. Ora, conforme se pode verificar a partir das tabelas explicitadas acima, os preços estimados para os medicamentos o “Riluzol 50 mg - comp” e “Rivastigmina 4,5 mg - cápsula”, já com o ICMS de 17% embutido, foram, respectivamente, de R\$ 23,53 e R\$ 5,78, ambos inferiores aos valores cotados pela Hospfar, sendo difícil, igualmente, que se conceba que o pregoeiro os aceitaria sob qualquer suposição de estarem desonerados do ICMS. Além disso, igualmente nesses casos, acolher suposição nesse sentido equivaleria a reconhecer que os preços dos itens 7 e 8, “com a inclusão do ICMS”, seriam de R\$ 28,35 e R\$ 6,96, ou seja, ambos superiores até mesmo aos respectivos PMCs apurados, de R\$ 27,31 e R\$ 6,70.

### II.3 - Quanto ao item 4

39. A empresa Hospfar sagrou-se vencedora em relação ao item 4 (medicamento “Levotiroxina sódica 50 mcg”), sem necessidade da etapa de lances, ao propor exatamente o “preço médio” estimado, ou seja, R\$ 0,42. Igualmente aqui, portanto, inconcebível admitir-se que o pregoeiro haveria acolhido tal proposta como se desonerada do ICMS, novamente podendo afirmar-se que supor tal condição equivaleria a aceitar que o preço cotado, “com a inclusão do ICMS”, seria de R\$ 0,51, superior ao PMC identificado, de R\$ 0,49.

### II.4 - Quanto ao item 6

40. Mesmo no que se refere ao item 6 (medicamento “Queatipina 100 mg”), cotado unicamente pela empresa Medcommerce pelo preço de R\$ 6,03, ainda que se verifique tratar-se de preço inferior ao preço estimado, é possível identificar corresponder a valor situado entre o PFAB e o PMC estimados, de R\$ 5,82 e R\$ 8,05, uma vez mais se enfatizando que ambos já comportam a inclusão do ICMS de 17%.

### II.5 - Quanto ao item 2

41. Para o item 2 (medicamento “Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg”), um dos únicos em que aconteceu alguma disputa na fase de lances (o outro caso foi o do item 5), verificou-se situação distinta. Para o medicamento em questão, lograram habilitar-se as empresas Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., CNPJ 03.553.585/0001-65, Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21, Medcommerce Com. de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 37.396.017/0001-10, e Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda., CNPJ 67.729.178/0001-49. Já na fase de lances, contudo, a disputa verificou-se, unicamente, entre a Hospfar e a Milênio, vindo a primeira delas a sagrar-se vencedora, após reduzir sua oferta inicial de R\$ 0,36 para R\$ 0,26 (fls. 31, peça nº 12).

42. Ora, acerca das empresas Hospfar e Medcommerce, já tive a oportunidade, nesta Proposta de Deliberação, de expor o quadro contraditório de suas propostas, em relação à pretensa desoneração de seus preços quanto ao ICMS. De modo similar, a empresa Milênio, na documentação que acompanhou sua proposta comercial, também caracterizou situação contraditória, que deveria haver sido objeto de pedido de esclarecimento pela Comissão de Licitação. Por um lado, no documento intitulado genericamente de “declarações” (fls. 22, peça nº 9), constaram as assertivas de que:

“6. 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 irremovíveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta, e/ou conforme Lei 8.666, de 21 de junho de 1993;

7. Estamos de acordo e aceitamos todas as normas contidas no edital e seus anexos referentes a esta licitação, cujas especificações dos produtos independem de transcrição para que integrem nossa proposta, conforme o edital e/ou determinações deste órgão;

[...]

9. Declaramos que nos sujeitamos e aceitamos todas as exigências, normas e prazos estabelecidos neste edital;”

43. É certo que, do mesmo documento, ainda constou esclarecimento que, em princípio, até poderia ser arguido em defesa da tese dos defendentes, de que os preços estariam desonerados (fls. 22, peça nº 9):

“11. A desoneração do ICMS é devida em razão daqueles medicamentos dispostos nos convênios de ICMS nºs 140/2001, 087/2002, 118/2002, 126/2002, 026/2003, 045/2003, 046/2003, e suas alterações posteriores, e na Portaria MS/GM nº 1318 de 23 de julho de 2002”.

44. A procedência de tal linha de raciocínio, contudo, teria de superar o aspecto de os convênios referidos não corresponderem a leis, enquanto a empresa Milênio, explicitamente, declarou que seus preços incluiriam todos os impostos “instituídos em lei”. O mais adequado, portanto, seria extrair-se a conclusão de que a ressalva apresentada pela licitante se referiria à exigência do próprio edital, de que os preços fossem desonerados posteriormente, quando do faturamento.

45. De outra parte, no entanto, a empresa Milênio apresentou o documento denominado “declaração - ICMS”, onde asseverou, “para os devidos fins, que os preços ofertados estão desonerados do ICMS de acordo com o Decreto Estadual nº 5.825 de 05 de Setembro de 2003” (fls. 28, peça nº 9), deixando, portanto, contraditório o seu posicionamento.

46. Tais condições conduziriam à necessidade de diligências, por parte da Comissão de Licitações, com vistas a verificar qual, efetivamente, seria a situação do preço de tais empresas (Hospfar, Medcommerce e Milênio) quanto ao item 2 e, caso viesse a confirmar o quadro de desoneração do ICMS, desclassificá-las, pela desconformidade com o edital, procurando, em seguida, verificar se a outra licitante habilitada contaria com proposta em consonância com o instrumento convocatório.

47. A situação da Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda., contudo, revelou-se peculiar. Única das quatro que não é sediada no estado de Goiás, não poderia ela beneficiar-se do Convênio ICMS 26/03, atinente apenas a operações internas. O medicamento requerido no item 2, no entanto, era abrangido pelo Convênio ICMS 87/02, também aplicável a operações interestaduais. Verificou-se, então, de a Rioclarense ser a única das participantes, ao menos no que se refere ao item 2, que deixou clara, sem declarações contraditórias, a questão de seus preços, ao afirmar que (fls. 20, peça nº 11):

“[...] os medicamentos constantes no Convênio ICMS nº 87 e suas posteriores alterações, encontram-se desonerados de ICMS, portanto os preços propostos para estes medicamentos são líquidos”.

48. A princípio, portanto, caso confirmada a situação de desoneração quanto às outras três e considerando os termos da proposta da Rioclarense, todas as licitantes deveriam haver sido desclassificadas e o item 2 considerado deserto. O fato de se haver, então, prosseguido com a licitação e, posteriormente, aceitar-se como desonerado do ICMS preço que deveria haver sido apresentado onerado, conduziria a que os pagamentos referentes ao item também fossem considerados na composição do débito. Considero, contudo, que a realidade observada quanto a tal item orienta para encaminhamento diverso.

49. Dos medicamentos aqui considerados para efeito de imputação de débito envolvendo recursos federais, aquele identificado pelo item 2 foi o único em que, desde as ofertas iniciais, somente foram ofertados preços (R\$ 0,32, R\$ 0,36, R\$ 0,30 e R\$ 0,36) significativamente inferiores ao PFAB identificado para o medicamento (R\$ 0,84). Nem mesmo seria absurdo, no caso, diferentemente do que

se verificou nos demais itens abordados, admitir-se que o preço final da licitante vencedora (R\$ 0,26) se encontrava efetivamente desonerado e que se estaria pagando, com a incidência do ICMS, o valor unitário de R\$ 0,31, já que este ainda seria significativamente inferior ao do menor preço de fábrica constante da amostra utilizada para estimativa do PFAB (R\$ 0,6536 - vide fls. 44/48, peça nº 1).

50. Em assim sendo, embora sem deixar de entender como incorreta a conduta de haver-se permitido o prosseguimento do certame em relação a item em que todas as propostas se encontravam em desacordo com o edital, entendo que, dadas as circunstâncias mencionadas, a parcela de débito atinente ao item 2 deva ser desconsiderada do débito relativo às vendas da empresa Hospfar.

## II.6 - Quanto ao item 5

51. Para o item 5 (medicamento “Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.”), desconsiderada a empresa Medcommerce (desclassificada “por não apresentar carta de credenciamento exigida no edital” - fls. 35, peça nº 12), restaram habilitadas apenas as empresas Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21, e Sociedade Mercantil Centro Norte Ltda., CNPJ 01.989.691/0001-60, entre as quais veio a travar-se intensa disputa de lances, com a vitória da Hospfar, após a redução de seu preço original de R\$ 53,87 para R\$ 35,50 (fls. 33/33, peça nº 12).

52. A partir das ofertas iniciais das duas licitantes habilitadas, a conclusão não poderia ser muito diversa daquela a que cheguei com relação aos itens 1, 4, 6, 7 e 8, ou seja, de que os preços propostos se encontrariam devidamente onerados com o ICMS. Quanto a isso, o valor unitário cotado inicialmente pela Centro Norte, de R\$ 65,00, foi até superior à média de preços unitários máximos ao consumidor apurada (R\$ 60,32), esta sabidamente já onerada do ICMS pela alíquota de 17%. Por sua vez, o valor ofertado de início pela Hospfar (R\$ 53,87), embora inferior ao PMC (R\$ 60,32), ainda era superior ao preço orçado (R\$ 51,98) e significativamente maior que o PFAB (R\$ 43,64), ambos, consoante aqui já reiterei, já devidamente onerados pelo ICMS de 17%. Assim, caso a definição da empresa vencedora se fundasse diretamente em tais ofertas iniciais, hipótese em que a menor cotação já foi a da empresa Hospfar, não teria dúvidas em aqui também identificar a reiteração do quadro de sobrepreços configurado em relação aos medicamentos indicados nos itens 1, 4, 6, 7 e 8.

53. Neste caso específico, contudo, considero que a intensa disputa verificada na fase de lances, em que se obteve, em relação à oferta inicial da Hospfar, um decréscimo de 35,96%, findou por modificar substancialmente o quadro. O preço final obtido, de R\$ 34,50, é inferior ao PFAB (R\$ 43,64) e, ainda que se o vá considerar como efetivamente desonerado do ICMS para aferir que valor se estaria pagando pelo item com a devida incidência do imposto, se chegaria ao importe de R\$ 41,56, importância também menor que o PFAB identificado.

54. Em assim sendo, igualmente entendo que os pagamentos relativos ao item 5 devam ser desconsiderados do débito a ser imputado à empresa Hospfar.

## III - Da comparação com os preços de referência - mercado

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

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

57. Conforme constou do relatório precedente, em uma das ocasiões (fls. 92, peça nº 42) restituí os autos novamente à secretaria para que conferisse tratamento similar aos processos que

cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, notadamente, diante do despacho que proferi no TC-004.589/2010-6, no qual determinei, dentre outras providências, a análise dos valores dos medicamentos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar, envolvendo os mesmos produtos.

58. Minha preocupação foi externada em despacho que proferi nos autos do TC-004.589/2010-6, envolvendo outro pregão da SES/GO, no qual deixei consignado o seguinte pensamento, em exame preliminar da matéria (cópia na peça nº 45):

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

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

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

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

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

“66. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio que se provar-se que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.” (fls. 84, peça nº 42).

61. Todavia, a questão foi assim tratada pela Secex/GO em sua derradeira instrução:

#### **“Superfaturamento de medicamentos**

7. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 - P (peça 42, p. 92), 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 não

havia observado as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI, do anexo ao Decreto 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora - conforme inclusão expressamente determinada pelo relator -, passaram a responder pelo débito.

8. 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 130/2006 (peça 2, p. 47) e aqueles que foram adjudicados, conforme as respectivas ordens de fornecimento (peça 12, p. 57-61), indicarem que os itens 1, 7 e 8 têm preços superiores à referência, a aquisição só foi homologada porque houve a averiguação de sua compatibilidade a parâmetros estabelecidos por normativo expedido no âmbito da SES/GO (Portaria 21/2006 - peça 49). A referida portaria repete disciplina anterior, dada pela Portaria SES/GO 178/2005 (peça 2, p. 36), segundo a qual a estimativa de preços seria dada pela média encontrada pelo preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizarem outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado. Nesse mister, houve negociação visando à redução do preço relativo ao item 01, considerando ser o mais oneroso, do que resultou na redução de seu valor de R\$ 3.167,34 para R\$ 3.016,51 (peça 12, p. 31-51). De qualquer forma, este e os demais preços são compatíveis à referência de preço ao consumidor, constante dos autos (peça 2, p. 32) e dessa formal justificativa resultou a adjudicação.

9. 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 de certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1146/2011 - P, indicou as referências praticadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - CMED/Anvisa como parâmetro para o controle de preços.

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

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

12. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra (peça 2, p. 47) e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinados itens (peça 2, p. 32) dá sustentabilidade à justificação de que trata o pelo art. 11, XI, do anexo ao Decreto 3.555/2000. Dessa forma, entende-se que os presentes autos configuram uma situação distinta da assinalada nos autos acima aludidos, porquanto nestes há intervenção formal da administração pública no sentido de reafirmar a compatibilidade ao mercado, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como parâmetro de referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.



### **Cobrança indevida de tributo**

13. 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 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.

[...]

15. 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 5, p. 20). Há nos autos prova de que as empresas não só tinham conhecimento da disposição, como também afirmavam tê-la cumprido (peça 7, p. 15 e peça 10, p. 3). E mesmo que não houvesse a contradição, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. 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.

16. Interessante notar a esse respeito que foi exatamente em nome de uma simples formalidade editalícia, para cujo conteúdo esta Corte em dias atuais pronunciou-se contrariamente (Acórdão 140/2012 - P, inserido na Relação 2/2012 - P, TC-009.625/2011-9), que a empresa Hospfar conseguiu fazer prevalecer sua oferta sobre a proposta apresentada por sua concorrente, cujo valor contemplava preços inferiores (peça 12, p. 35).

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. Conforme acima defendido, a estimativa de preços possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa as imputações de débitos constantes dos presentes autos remonta a fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.”

62. Reputo bastante, neste específico caso, considerar, como referido pela unidade técnica, os preços estimativos como parâmetro de comparação, consoante, inclusive, já procedi no segmento “II” desta Proposta de Deliberação. Conforme ali lembrei, os preços estimativos por item da licitação foram tomados com base na média entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, ambos com ICMS incluso.

63. Ora, tomando por parâmetro esses valores, já tive a oportunidade de ressaltar, no referido segmento “II”, que, em diversos dos medicamentos licitados no certame em tela, mais especificamente nos itens 1, 4, 7 e 8, se acaso considerássemos os valores das propostas aceitas pelo pregoeiro como desoneradas, chegaríamos à conclusão de que os preços unitários propostos pelas empresas, acrescidos do ICMS, para efeitos de comparação com as tabelas de preços ao consumidor, seriam, respectivamente, de R\$ 3.634,35, R\$ 0,51, R\$ 28,35 e R\$ 6,96, todos eles superiores aos preços máximos ao consumidor correspondentes. Seria o caso de inquirir-se, então, se haveria algum sentido em a administração, em especial considerando tratar-se de volume de compra considerável, pagar preços superiores aos preços máximos ao consumidor.

64. Justamente em sentido oposto, o próprio senso comum já sinaliza que, pelos volumes adquiridos pelo órgão estadual, seria de se esperar, no mínimo, que os preços oferecidos pelas empresas se aproximassem mais dos preços de fábrica dos medicamentos que dos preços máximos ao consumidor, situação mais aceitável, ainda que recentemente este Tribunal haja alertado o Ministério da Saúde acerca da possível existência de superdimensionamentos em preços de fábrica, conforme subitem 9.1 do Acórdão 3.016/2012 - Plenário. No entanto, se acolhidos os argumentos das defendentes em relação aos itens 1, 4, 7 e 8, seriam pagos valores acima dos preços máximos ao consumidor, situação inadmissível.

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

65. Outro ponto que merece relevo, a corroborar a irregularidade causadora de dano, refere-se à fórmula de pagamento prevista no edital, a qual não deixa dúvidas sobre como deveria ocorrer a desoneração do ICMS (conforme fls. 25/26, peça nº 7):

#### “XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO

(...)

11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota (s) Fiscal (is) será (ao) emitido (s) discriminando o (s) produto (s) e seu (s) respectivo (s) preço (s), com desconto ofertado sobre o total do (s) faturado (s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Convenio ICMS 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5825 de 05.09.2003<sup>1</sup> e Convenio ICMS 87/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço

(-) Desoneração do ICMS

=Total a pagar”

66. A lógica nessa fórmula não prevê operações de soma de ICMS ao preço e, depois, seu abatimento, como fizeram as empresas. Era evidente, portanto, que as empresas receberiam valor inferior ao preço parâmetro da licitação e àqueles por elas ofertados em suas propostas, ou seja, que os preços das propostas seriam superiores aos preços dos efetivos pagamentos. Portanto, não há como acolher a alegação de que os preços já se encontrariam desonerados, se as empresas sabiam que, quando da emissão de suas notas fiscais, ainda teriam que deduzir de seus preços o ICMS.

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

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

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

#### “III

Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça nº 52), por meio dos quais afirma existirem fatos

<sup>1</sup> O correto é Decreto nº 5.858/03 e não como grafado no edital, pois editado no ano de 2003, após o Convênio ICMS 26/03, para fins de regulá-lo internamente, no Estado de Goiás.

novos que podem interferir no julgamento das TCEs atuadas 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 Hospfár 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 17.7.2006, 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 nº 38, pp. 34/5).

Na verdade, verifica-se que a Hospfár 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 datada de 20.7.2006, em que a empresa afirma textualmente que ‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’ (peça 7, p. 15). 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 por de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplica diante de sua postura ambígua e contraditória.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da Medcommerce, apresentado em suas alegações de defesa, de que apresentou 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 irrealizáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta’ (peça 10, p. 3).

No que tange ao Acórdão 140/2012 - Plenário, pela sua pertinência, passa-se a transcrevê-lo:

‘ACÓRDÃO 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 LEVANTAMENTO)

1.1. Interessados: Ministério Público do Estado de Mato Grosso (00.000.000/0001-23); Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Goiás (01.409.598/0001-30)

1.2. Unidade: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Estado da Saúde de Goiás; Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná; Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal; Secretaria de Estado de Saúde Em Mato Grosso

1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.4. Unidade técnica: 4ª Secretaria de Controle Externo (Secex/4).

1.5. Advogado constituído nos autos: não há.

1.6. Determinar:

1.6.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, com fundamento na Cláusula Primeira do Convênio - Comfaz 87/2002, que, no prazo de sessenta dias, oriente os gestores federais, estaduais e municipais acerca da aplicação da isenção do ICMS nas aquisições de medicamentos por meio de cartilhas, palestras, manuais ou outros instrumentos que propiciem uma repercussão ampla, alertando aos entes que as propostas dos licitantes devem contemplar a isenção do tributo;

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

1.7. Recomendar:

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

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

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

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

§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal’ ([http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087\\_02.htm](http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087_02.htm)).

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 130/2006 e o contrato dele decorrente, pois foram realizados em época em 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 130/2006, essa polêmica ficou superada, uma vez que o edital deste certame determinava expressamente que (peça 5, p. 19):

‘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 5, p. 20).

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

O contrato, igualmente, trazia essa exigência (peça 14, p. 45):

‘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 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’.”

69. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 130/2006, dentre as quais a Hospfâr e a Medcommerce, 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.

70. 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.

71. 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 NF’ s), 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, quando, em razão do produto ou do comprador, não houver sua incidência e, portanto, o repasse aos cofres do estado. A propósito, o seguinte trecho da instrução que fundamentou o Acórdão 140/2012 - P confirma essa constatação: “127. Este § 6º foi incluído pelo Convênio - Confaz 57/2010, ou seja, antes de abril de 2010 não havia previsão de como a isenção do ICMS deveria ser tratada nas licitações. Por conseguinte, a forma como a isenção seria tratada era regida pelo edital do certame.” (fls. 5, peça nº 31, TC-009.625/2011-9).

72. 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.

73. 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 (item 4.2 da instrução), de modo que as análises da unidade instrutiva não o levaram em consideração (fls. 6, peça nº 31, TC-009.625/2011-9). 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.

74. 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 (fls. 20, peça nº 5).

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

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

76. Conforme indicado no derradeiro parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a Hospfar tenta, em linha adicional de defesa, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,25%), 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%.

77. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são inconteste alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: “Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)”, conforme fls. 15, peça nº 8; b) os preços cotados pela licitante para os itens 4, 7 e 8 foram iguais ou superiores àqueles constantes da estimativa da licitação, os quais sabidamente 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. Ademais, a aplicação do percentual referido pela defendente nas faturas objeto de impugnação carece de efetiva comprovação. Portanto, não se sustenta tal alegação de defesa.

#### VII - Das supostas retenções

78. Necessário ainda discorrer sobre a alegação, apresentada, entre outros, pelos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (vide fls. 35/36, peça nº 39), no sentido 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.

79. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar: 1º) que conforme consta dos autos (fls. 47, peça nº 31, Relatório Conclusivo 005/2008), há indícios de que só houve retenções de recursos na fonte estadual (fonte 00); 2º) inexistente nos autos qualquer indicativo de que tais montantes retidos hajam sido recolhidos aos cofres públicos federais; 3º) 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 46).

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

81. Assim, além de refutar os argumentos apresentados, essa última informação trazida ao processo torna evidente a necessidade de que o Tribunal determine à SES/GO que instaure tomada de contas especial também para os débitos relativos aos pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 130/2006, com recursos federais.

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

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

83. Examinando primeiramente a conduta do Sr. Cairo Alberto de Freitas, ordenador de despesas (então Secretário de Estado da Saúde) e responsável pela homologação do processo licitatório, pude constatar evidências de que não apenas inexistente demonstração de boa-fé desse gestor, mas, também, que há evidências de conduta desabonadora no trato da matéria, conforme consta registrado no relatório conclusivo da comissão de TCE (fls. 46/47 e 49, peça nº 31), conforme trechos que transcrevo a seguir:

No que se refere à empresa Hospfar:

“Ressaltamos, inicialmente, que os pagamentos a esta empresa foram iniciados antes mesmo da outorga do contrato, conforme Despacho nº 12312/2006 - GAB/SES (fls. 3093), onde o então Secretário de Estado da Saúde, Dr. Cairo Alberto de Freitas, autoriza excepcionalmente o pagamento sob a justificativa de evitar o desabastecimento e/ou prestação de serviço.

Destacamos que a problemática na majoração dos valores dos produtos para incluir novamente o ICMS foi objeto de discussão nos autos de pagamento em análise, de forma que o IGECONI, através do Despacho nº 9185/2006 (fls. 3098) alertou para a ausência de desoneração e asseverou que o pagamento ficaria a critério exclusivo de decisão de mérito do ordenador.

[...]

Destarte, verifica-se a ocorrência de dano aos cofres públicos em razão de ter havido pagamento superior ao adjudicado desonerado e, além disso, superior ao faturado pela Empresa, [...]”.

No que se refere à empresa Medcommerce:

“Ressaltamos, a princípio, que os pagamentos a esta empresa foram iniciados antes mesmo da outorga do contrato, embora a Chefia da Assessoria Técnica e Jurídica da SES tenha orientado no sentido de que se aguardasse a outorga, conforme Despacho nº 145/2006-Astecjur, acostado no verso das fls. 2065.

Ocorre que o então Secretário de Estado da Saúde, Dr. Cairo Alberto de Freitas, autorizou o pagamento excepcional de faturas anteriormente à outorga devida pelo Procurador-Geral do Estado, através do Despacho nº 12370 (fls. 2076).

A problemática da majoração dos preços foi detectada pela Superintendência de Administração e Finanças, conforme Despacho nº 047/2007-ASGAB-SAF (fls. 3030/3031), assinado pelas Senhoras Fernanda Cristina B. Bernardes e Maria Angélica Lourenço Gonçalves, vistado pelo Superintendente de Administração e Finanças, Antônio Durval de Oliveira Borges, que apresentaram, ainda, uma planilha anexada ao aludido documento que denota a majoração de valores, indicando, inclusive, pagamento efetuado acima do faturado nas Notas.”

84. Registre-se que a justificativa utilizada para autorizar a realização de pagamentos antes da outorga da Procuradoria Geral do Estado acerca da celebração dos contratos, de que se estaria com isso buscando evitar o desabastecimento das unidades hospitalares (fls. 13, peça nº 27), não se sustentaria nem mesmo sob a alegação, levantada em outras ocasiões pelo então Secretário de Saúde, de que atrasos no cumprimento dos contratos por prazo superior a noventa dias autorizariam a suspensão de sua execução. No caso em questão, conforme fls. 1, 9, 13, 18, e 20/21, peça nº 27, o lapso entre as datas das notas fiscais e demais procedimentos eram inferiores a noventa dias, não justificando o procedimento.

85. Portanto, divirjo do último posicionamento do Ministério Público/TCU, segundo o qual os esforços envidados pelo responsável Cairo Alberto de Freitas para obter a compensação do dano apurado qualificam seus atos de boa-fé. A adoção de providências nesse sentido só foi tomada depois de sucessivos questionamentos sobre a regularidade de tais atos.

86. A propósito, conforme indicado no trecho reproduzido retro e consoante evidências disponíveis nos autos, a questão da falta de desoneração nas notas da Hospfar e da Medcommerce já vinha sendo apontada por servidores da Superintendência de Administração e Finanças desde as primeiras notas fiscais, cujos pareceres chegaram ao conhecimento do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges. Há também nos autos evidências de que já por ocasião do primeiro pagamento efetuado esse responsável ignorou posicionamento da assessoria técnica e jurídica (Astecjur) no sentido do não pagamento.

87. Aliás, no caso da Hospfar, os pagamentos das primeiras notas fiscais foram autorizados ainda que diante do registro de que tais documentos não possuíam o atesto financeiro, circunstância sinalizada pela Geconi (vide fls. 18, peça nº 27).

88. Tais formas de proceder não condizem com condutas a que se possa atribuir boa-fé. Ademais, a adoção posterior de providências no sentido de tentar impedir a realização de novos pagamentos a maior, bem assim, 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.

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

#### IX - Da não aplicação de multa proporcional ao dano

90. Em que pese isso, tomo por parâmetro os critérios de equidade e proporcionalidade na avaliação dos fatos e das condutas dos responsáveis solidários arrolados nestes autos, especialmente, com vistas à adoção de uma deliberação equilibrada face à divergência havida entre as propostas formuladas pelo *Parquet* especializado e pela unidade técnica.

91. Nesse sentido, forçoso reconhecer que, ao menos durante a gestão dos envolvidos, estes 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 posteriormente restaram insubsistentes. Com efeito, foi a partir do reconhecimento de tais medidas, aqui consideradas com as devidas ponderações indicadas no item antecedente, que o nobre representante do Ministério Público, no último parecer exarado nos autos, ofereceu proposta parcialmente divergente da secretaria, no sentido do reconhecimento de boa-fé.

92. Assim considero que tais medidas, conquanto se traduzam insuficientes para a demonstração da boa-fé na prática do evento danoso, revelam condutas posteriores atenuantes para os fins de aplicação de sanção. Assim, tais fatos conduzem-me a deixar de propor que este Tribunal aplique a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

#### X - Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

93. 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.

#### XI - Laudo Pericial - Departamento de Polícia Federal

94. Por fim, conforme salientado pela unidade técnica, a Procuradoria da República em Goiás encaminhou a este Tribunal 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 colher esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela SES (peça nº 47). No entanto, conforme salientado pela unidade técnica na instrução constante da peça nº 50, a Tabela de Laudos Periciais indicativa de quais pregões foram objeto de perícia (peça nº 48) não faz referência ao Pregão 130/2006, objeto desta TCE. O elemento em questão, portanto, não carece de maiores considerações em relação a estes autos.

#### XII - Dos ajustes em relação aos débitos a serem imputados

95. Conforme discorri anteriormente, nas seções II.5 e II.6 desta Proposta de Deliberação, entendo necessário excluir, do débito a ser imputado à empresa Hospfar e aos responsáveis com ela

solidários, as parcelas decorrentes da aquisição dos itens 2 e 5, correspondentes, respectivamente, aos medicamentos “Levodopa 250 mg + Carbidopa 25 mg” e “Octreotida 0,1 mg/ml - Inj.”.

96. Quanto a isso, nesta TCE, a responsabilidade atribuída à empresa em questão decorreu de pagamentos que tiveram como referência quatro notas fiscais por ela emitidas, a saber, as de números 117554 (fls. 47, peça nº 26), 117555 (fls. 50, peça nº 26), 117556 (fl. 1, peça nº 27) e 114923 (fls. 9, peça nº 27). Verifica-se, no entanto, que apenas a de número 117556 envolveu o fornecimento dos itens 2 e 5, ali constando a discriminação de 36.000 unidades de “Levodopa + Carbidopa”, ao preço total de R\$ 11.277,11, e de 360 unidades de “Octreotida”, pelo valor total de R\$ 14.963,86, montantes esses que incluíam os acréscimos lançados a título de ICMS, abatidos ao final do documento fiscal. A metodologia utilizada para a apuração do débito, contudo, levou em consideração o valor originalmente proposto pela empresa como já onerado e computou como débito o ICMS não abatido.

97. Retomando, então, os valores cotados para tais itens, ter-se-ia, para 36.000 unidades do item 2, o valor total de R\$ 9.360,00 ( $36.000 \times R\$ 0,26 = R\$ 9.360,00$ ) e, conseqüentemente, a parcela de débito de R\$ 1.591,20 ( $17\% \times R\$ 9.360,00 = R\$ 1.591,20$ ). Para 360 unidades do item 5, estaria envolvido o valor total de R\$ 12.420,00 ( $360 \times R\$ 34,50 = R\$ 12.420,00$ ) e, conseqüentemente, a parcela de débito de R\$ 2.111,40 ( $17\% \times R\$ = R\$ 2.111,40$ ).

98. Em assim sendo, deverá ser abatida, da parcela de débito correspondente (até aqui sinalizada como sendo de R\$ 23.312,09), a importância de R\$ 3.702,60 ( $R\$ 1.591,20 + R\$ 2.111,40 = R\$ 3.702,60$ ). Relembro que, no que se refere à Hospfâr, todos os pagamentos abordados nesta TCE foram suportados por recursos federais.

99. Além disso, no que tange ao débito a ser imputado à empresa Medcommerce e solidários, identifiquei a necessidade de correção das datas de algumas das parcelas. Em relação a isso, ressalvo concordar com a sistemática utilizada pelas instâncias que me precederam de, em relação a cada nota fiscal, adotar como data para atualização e incidência de encargos aquela em que ocorreu o último pagamento, tendo em vista ser essa a situação mais favorável para os responsáveis, diante da dificuldade operacional em identificar-se qual desses pagamentos conteria o incremento indevido. No entanto, identifiquei, na proposta de encaminhamento apresentada pela unidade técnica, algumas incorreções na transcrição das datas de alguns desses pagamentos. Como, em todos os casos, a retificação é para data posterior, não se configura nem mesmo a necessidade de novo chamamento dos responsáveis, tendo em vista corresponder a quadro mais benéfico. As alterações a serem promovidas são retratadas no quadro a seguir, de que consta o número da nota fiscal, a data incorreta e a data retificada.

Nota Fiscal	Data incorreta	Data retificada
50434	23/11/2006	28/12/2006
51501	04/04/2007	23/04/2007
50620	23/11/2006	28/12/2006
50927	05/12/2006	23/04/2007
50925	05/12/2006	28/12/2006
50404	23/11/2006	28/12/2006

Nota Fiscal	Data incorreta	Data retificada
51650	04/04/2007	09/04/2008
55430	09/04/2007	09/04/2008
53200	04/04/2007	23/04/2007
54718	23/04/2007	09/04/2008
54175	23/04/2007	09/04/2008
54325	23/04/2007	09/04/2008

### Conclusão

Diante do exposto, ao acolher quanto ao mais, a fora as ponderações acima explicitadas e os ajustes de forma julgados pertinentes, os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público/TCU,





manifesto-me no sentido de que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de março de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 469/2016 - TCU - Plenário

1. Processo TC-008.959/2009-7
2. Grupo: II – Classe: IV - Assunto: Tomada de Contas Especial.
3. Responsáveis: Adriano Kennen de Barros, CPF 418.679.711-00; Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00; Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15; Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21; Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 37.396.017/0001-10.
4. Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás /SES/GO.
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representantes do Ministério Público: Procuradores Marinus Eduardo De Vries Marsico e Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade técnica: Secex/GO.
8. Representação Legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti, OAB/GO 11.703; Georges Louis Hage Humbert, OAB/BA 21.872; Marcus Vinicius Labre Lemos de Freitas, OAB/GO 14.282 e outros.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 130/2006, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos de alto custo 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 desta relação processual o Sr. Adriano Kennen de Barros;

9.2. 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, julgar irregulares as contas dos responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., condenando-os em débito, consoante a seguir discriminado, e fixar-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados das respectivas datas até as datas dos efetivos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

9.2.1. solidariamente, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., pelas seguintes quantias:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data	Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
50434	30.768,40	28/12/2006	51501	57.012,04	23/04/2007
50620	10.526,13	28/12/2006	50927	13.027,23	23/04/2007
50925	476,46	28/12/2006	52634	28.506,02	23/04/2007
50404	10.256,13	28/12/2006	52531	3.084,71	23/04/2007
52423	28.506,02	23/04/2007	52322	28.506,02	23/04/2007
52073	24.705,23	23/04/2007	51920	19.004,03	27/12/2007
51650	10.557,79	09/04/2008	52448	3.829,29	23/04/2007
53200	6.325,64	23/04/2007	55430	63.346,71	09/04/2008
54718	21.115,57	09/04/2008	54175	7.390,44	09/04/2008
54325	756,40	09/04/2008	55538	38.008,03	18/03/2008

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data	Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
57045	3.049,25	21/11/2007	57124	2.978,34	21/11/2007
56793	42.232,14	21/11/2007	59657	45.820,78	18/03/2008
58616	12.669,34	18/03/2008	58763	31.673,35	18/03/2008

9.2.2. solidariamente, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., pelas seguintes quantias:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data	Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
117554	23.068,22	16/04/2007	117555	29.473,57	16/04/2007
117556	19.609,49	16/04/2007	114923	30.332,59	16/04/2007

9.3. 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;

9.4. 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 130/2006 /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:

9.4.1. o dano apurado neste processo de tomada de contas especial levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 005/2008 da comissão instauradora de TCE e, portanto, apenas a parte das notas fiscais até então emitidas pelas empresas Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., duas das quatro empresas fornecedoras de itens do pregão;

9.4.2. há, no referido Relatório Conclusivo 005/2008, informação da existência de um dano potencial que poderia se concretizar com a realização de pagamentos integrais às empresas, em face da emissão de notas fiscais e de suas propostas, consideradas por essas como já tendo sido desoneradas do ICMS, o que só não ocorreu em razão das retenções que vinham sendo efetuadas por essa unidade;

9.4.3. o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, remetem à informação de que a Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho "GAB" 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade da manutenção da retenção de pagamentos por falta de amparo legal (peça nº 46), de modo que, assim, se possibilitou, com esses documentos, a realização dos pagamentos pleiteados pelas empresas, concretizando-se, possivelmente, o dano potencial apurado pela comissão instauradora da TCE;

9.5. determinar à Secex/GO que:

9.5.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do item 9.4 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;

9.5.2. monitore o cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida por este Tribunal e, tão logo receba o (s) processo (s) de tomada (s) de contas especial (is) assim constituído (s), realize a citação dos responsáveis nela (s) identificado (s);

9.6. 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

9.7. 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 130/2006 /SES/GO.

10. Ata nº 6/2016 – Plenário.
11. Data da Sessão: 2/3/2016 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0469-06/16-P.
13. Especificação do quorum:
  - 13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro, Ana Arraes e Vital do Rêgo.
  - 13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz (Presidente).
  - 13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
  - 13.4. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator) e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
AROLDO CEDRAZ  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
PAULO SOARES BUGARIN  
Procurador-Geral