

TC 035.916/2015-0

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidade Jurisdicionada: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

Responsáveis: Cairo Alberto de Freitas (CPF 216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (CPF 194.347.401-00); Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares (CNPJ 37.396.017/0006-24)

Procuradores ou Advogados: Marlus Vinicius da Silva Siqueira, OAB/GO 32.670 (peça 17); Arthur Simas Pinheiro, OAB/DF 48.314, e outros (peça 25)

Interessado em sustentação oral: não há

Proposta: de mérito

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial instaurada, em 9/9/2011, pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO) por força do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-Plenário e em cumprimento ao item 1.6.1 do Acórdão 1789/2010-2ª Câmara (reiterado pelo Acórdão 2770/2011-2ª Câmara), transcrito a seguir, abrangendo especificamente o Pregão 63/2006. Levantamento das TCE já instauradas consta da peça 7.

1.6.1 - determinar à Secretaria de Saúde em Goiás que adote providências com vistas à apuração integral das impropriedades elencadas na representação, devendo, inclusive, instaurar, se necessário, de maneira apartada, processos de tomadas de contas especiais, relativas a documentação constante destes autos em "CD" anexo (volume principal, fl. 5v.p.), referente aos seguintes processos: 200200010008397 - CP nº 04/2003; 200200010008398 - CP nº 16/2003; 200200010008401 - Pregão nº 012/2003; 200300010002580 - Inexigibilidade; 200300010008396 - CP nº 08/2003; 200300010009317 - CP nº 32/2002; 200300010003638 - Pregão nº 005/2003; 200300010003641 - Pregão nº 001/2003; 200300010003642 - Pregão nº 004/2003; 200300010015038 - Pregão nº 052/2004; 200400010004375 - Pregão nº 176/2004; 200400010004376 - Pregão nº 175/2004; 200400010006315 - Pregão nº 197/2004; 200400010007877 - Pregão nº 203/2004; 200400010007878 - Pregão nº 202/2004; 200400010008967 - Pregão nº 219/2004; 200400047000965 - Pregão nº 128/2004; 200500010002008 - Pregão nº 240/2005; 200500010015580 - Pregão nº 063/2006; 200600010015579 - Pregão nº 315/2005, remetendo à Secretaria Federal de Controle Interno, no prazo de 60 (sessenta) dias, sem prejuízo de encaminhar a este Tribunal as informações sobre as conclusões e providências adotadas.

HISTÓRICO

Dos fatos até a instauração desta TCE pela SES/GO

2. As deliberações do TCU determinando as instaurações de tomadas de contas especiais em razão de irregularidades em vários processos são oriundas de auditoria de conformidade realizada pela Secex-GO (TC 017.576/2005-2) com o propósito de investigar irregularidades apontadas em representação da 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás no âmbito da Assistência Farmacêutica Básica e da distribuição de medicamentos excepcionais.

3. Entre outros achados, a equipe de auditoria constatou danos aos cofres públicos em razão da “não desoneração do ICMS, como definido nos itens 5.3, 5.3.1 e sua OBS, e 11.5 do edital – Fato que causa um débito da ordem de 17% ou 44,16% sobre o total das compras, pois há casos em que as empresas, além de não excluïrem o ICMS contido na proposta, quando do faturamento incluem novamente o valor do ICMS sobre o valor já onerado”.

4. Essa constatação resultou no Acórdão 45/2008, em que o Plenário determinou à SES/GO que, em relação a cada pregão, providenciasse a instauração de processo distinto de tomada de contas especial. Também determinou a realização de audiência aos titulares da SES nos períodos das ocorrências.

5. Segundo apurado naquela representação, as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS. 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. 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).

6. Em junho/2013, mediante o Acórdão 3130/2013, a 2ª Câmara do TCU determinou à SES/GO que informasse sobre o cumprimento do item 1.6.1 do Acórdão 1789/2010-2ª Câmara e que fizesse a apuração dos processos de aquisição de medicamentos identificados pelo Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011 que, apesar de não contemplarem a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS, ainda não foram objeto de deliberações deste Tribunal, e efetuasse a análise pormenorizada desses processos, providenciando, se fosse o caso, a instauração das correspondentes tomadas de contas especiais. Também determinou ao mesmo órgão que providenciasse, para cada procedimento em que a irregularidade tenha sido identificada, se ainda fosse possível, a retenção do pagamento com recursos federais do tributo de ICMS indevidamente faturado no âmbito daquele específico procedimento, para que a definição de débito que deva constar na tomada de contas especial a ser instaurada se atenha especificamente aos valores indevidamente faturados e que já foram pagos. A empresa Hospfär Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. entrou com embargos de declaração contra essa deliberação, tendo sido rejeitados pelo TCU (Acórdãos da 2ª Câmara 4249/2013 e 5806/2013).

7. Ressalte-se que já entraram no Tribunal 29 TCEs a respeito, sendo onze com deliberações de mérito do Tribunal pela irregularidade das contas e condenação dos responsáveis ao pagamento dos débitos e quatro pelo arquivamento dos autos sem julgamento do mérito e remessa ao Tribunal de Contas do Estado, uma vez que não existia recurso federal envolvido. O quadro seguinte resume esta situação, extraído da peça 7.

Quadro 1 – TCE já encaminhadas pela SES/GO em atendimento a esta Corte (item 1 retro)

Pregão	Processo	Acórdão	Deslinde
1/2003	020.045/2015-8	-	(aguardando análise das defesas)
128/2004	005.481/2013-9	-	(com parecer ministerial)
176/2004	006.096/2013-1	3751/2015-1ªC	Débito e multa
202/2004	038.217/2012-0	7322/2014-2ªC	Débito e multa

Pregão	Processo	Acórdão	Deslinde
203/2004	013.372/2013-0	6291/2016-2ªC	Débito e multa
219/2004	038.211/2012-2	6038/2015-2ªC	Débito e multa
13/2005	016.844/2009-3	294/2010-2ªC	Arquivado s/ julgamento (recursos estaduais)
40/2005	024.814/2009-9	296/2010-2ªC	Arquivado s/ julgamento (recursos estaduais)
52/2005	016.575/2014-8	-	(aguardando parecer ministerial)
53/2005	018.435/2009-1	7281/2009-1ªC	Arquivado s/ julgamento (recursos estaduais)
171/2005	016.592/2010-7	-	(com parecer ministerial)
174/2005	027.013/2010-3	1344/2013-P	Débito
175/2005	004.562/2010-0	1989/2016-P	Débito
176/2005	027.016/2010-2	2372/2015-P	Débito
201/2005	004.592/2010-7	1543/2016-P	Débito e determinação
223/2005	001.922/2009-5	1025/2015-P	Débito e multa
224/2005	027.019/2010-1	1029/2015-P	Débito e multa
288/2005	004.551/2010-9	1235/2010-P	Arquivado s/ julgamento (recursos estaduais)
292/2005	004.596/2010-2	-	(com parecer ministerial)
293/2005	016.828/2009-0	1991/2016-P	Débito e determinação
314/2005	016.826/2009-5	1028/2015-P	Débito, multa às empresas e determinação
315/2005	003.490/2015-7	-	(aguardando parecer ministerial)
316/2005	004.589/2010-6	1990/2016-P	Débito e determinação
4/2006	004.599/2010-1	1226/2014-P	Débito (fase recursal / Cbex)
63/2006	035.916/2015-0	-	Em instrução final (esta)
117/2006	016.833/2009-0	732/2013-P	Débito (fase recursal / Cbex)
130/2006	008.959/2009-7	469/2016-P	Débito e determinação
259/2006	016.838/2009-6	359/2015-P	Débito

8. Foi autuado o TC 009.360/2013-1 para monitoramento das determinações proferidas no Acórdão 732/2013-P e o TC 015.863/2013-1 para o monitoramento do Acórdão 3130/2013 – 2ª Câmara. O primeiro processo já foi arquivado e o segundo em fase de diligência para que a SES informe a situação das apurações em relação aos certames que ainda não se transformaram em TCE.

9. Conforme dito, este processo em análise trata especificamente das irregularidades relativas ao Pregão 63/2006. A Comissão Permanente de Tomada de Contas Especial (CPTCE) elaborou o Relatório Conclusivo 7/2012, descrevendo os fatos e as análises realizadas no processo de apuração (peça 6, p. 24-65). A Comissão concluiu pela existência do dano e pela responsabilização dos envolvidos.

10. A Controladoria-Geral do Estado de Goiás, ao apreciar os autos, opinou pela irregularidade das contas em razão da não desoneração do ICMS no Pregão 63/2006 (peça 6, p. 94-99). Também, o controle interno do Estado de Goiás emitiu o Certificado de Auditoria no

mesmo sentido (peça 6, p. 101). Na sequência, o secretário de saúde demonstrou conhecer os fatos e a conclusão dos trabalhos da comissão de tomada de contas especial (peça 6, p. 103).

Da análise da TCE neste Tribunal em instrução inicial

11. Em instrução inicial (peça 8), foram abordados os aspectos factuais e analíticos das irregularidades objeto da TCE e concluído conforme os itens 12 a 29 seguintes.

12. O Pregão 63/2006, aberto em 2/5/2006 (peça 2, p. 135-149), resultou na celebração dos seguintes contratos:

- a) Contrato 307/2007, celebrado com a empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares, no valor anual de R\$ 2.540.727,00 (peça 3, p. 289-295);
- b) Contrato 308/2007, celebrado com a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares, no valor anual de R\$1.276.560,00 (peça 4, p. 4-11).

13. No subitem 5.3 do Edital (peça 2, p. 140), há menção explícita que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS. O subitem 5.3.1 estabeleceu, ainda, que a vencedora do certame deveria atender aos termos do Convênio 26/2003 – Confaz (peça 5, p. 281), regulamentado pelo Decreto Estadual 5825/2003 e do Convênio ICMS 87/02 – Confaz. Esse decreto e o Convênio ICMS 87/02- Confaz concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos medicamentos. O valor onerado com o ICMS tinha o propósito de servir apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto.

14. A propósito, veja-se que o Convênio ICMS 87/2002 (peça 5, p. 282-307, e peça 6, p. 3-14) concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional, desde que observadas certas condições (e. g.: que os medicamentos também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal).

15. Por sua vez, o Decreto Estadual 5825/2003 regulamentava o Convênio 26/03 CONFAZ, que previa isenção de ICMS nas operações internas relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas fundações e autarquias, também com condicionantes, tais como: desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado; indicação desse desconto no documento fiscal; e comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de importação.

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

17. Dando sequência à apuração do débito por essa ocorrência, a Comissão de TCE identificou os valores pagos indevidamente. Foi necessário achar a parcela do valor indevido de cada pagamento (considerado no quadro abaixo como valor histórico), ou seja, no quadro apresentado pela CPTCE (peça 6, p. 43-44), existem as datas e os valores de cada pagamento, porém o valor indevido (última coluna) é referente ao somatório dos pagamentos em cada nota fiscal. Assim, para encontrar o valor indevido de cada pagamento e se chegar ao valor histórico na tabela abaixo, utilizou-se a fórmula: (valor de cada pagamento/valor total pago) x valor indevido pago.

Quadro 2 - Débito da empresa Medcommerce - Fonte 23 (Tesouro)

Nota Fiscal	Data da ocorrência (pagamento)	Valor Histórico (R\$)
50436	05/12/2006	2.555,17
	21/11/2007	2.171,89
50403	05/12/2006	5.110,34
	21/11/2007	4.343,79
50437	05/12/2006	7.282,23
	21/11/2007	6.189,90
50677	05/12/2006	2.555,17
	21/11/2007	2.171,89
51649	05/12/2006	3.193,96
	21/11/2007	2.714,87
52220	07/02/2007	591,44
	14/07/2007	1.963,57
52456	27/12/2006	2.723,00
	27/12/2006	2.004,07
	21/11/2007	8.016,26
	21/11/2007	5.718,00
53687	19/06/2007	1,96
	21/11/2007	15,68
53744	19/06/2007	29,23
	21/11/2007	233,80
54788	19/06/2007	876,77
	21/11/2007	7.014,19
55078	19/06/2007	876,77
	21/11/2007	7.014,19
55515	19/6/2007	1.461,29
	21/11/2007	11.690,31
56285	14/8/2007	691,69
	19/6/2007	691,69
	21/11/2007	4.524,96
57099	21/11/2007	4.932,62
	14/8/2007	12.427,49
53963	19/6/2007	1.578,19
	21/11/2007	12.625,54

peça 6, p. 43-44

Quadro 3 – Demonstrativo do débito em questão

Valor bruto cobrado na Nota Fiscal	3.061.124,46
Valor líquido cobrado na Nota Fiscal	2.540.722,86
Valor devido de acordo com edital (-17%)	2.108.799,92

Dano possível (valor cobrado – valor devido)	431.922,94
Valor pago	2.024.558,11
Pagamento realizado na Fonte 00 (Estadual)	632.479,11
Pagamento realizado na Fonte 23 (Tesouro)	1.392.078,96
Dano concreto (pagamento indevido)	196.378,42
Dano concreto na Fonte 00	70.386,52
Dano concreto na Fonte 23	125.991,90

peça 6, p. 45

18. Nesta TCE, consideram-se apenas os recursos de origem federal, tal qual discriminado na proposta de encaminhamento desta instrução.

19. No caso do contrato celebrado com a Hospfâr, a CPTCE informou que não houve pagamento acima do valor do edital sem o ICMS (17%), ou seja, não houve a concretização do dano.

20. Quanto à responsabilização, foi apontada, no relatório conclusivo da CPTCE (peça 10, p. 126), a responsabilidade do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, secretário de Saúde no período de 27/7/1999 a 30/6/2006, do Sr. Luiz Antônio Aires da Silva, superintendente de Administração e Finanças, período 14/10/2003 a 31/7/2006, do Sr. Cairo Alberto de Freitas, secretário de Saúde no período de 30/6/2006 a 31/3/2008, e do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, superintendente de Administração e Finanças, período 1/8/2006 a 24/7/2008. Também, foi incluída a empresa contratada Medcommerce.

21. Consta, na maioria dos autos que tratam das TCEs (quadro 1 retro), ação judicial impetrada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Goiás sobre as irregularidades apontadas no Acórdão 45/2008 – Plenário.

22. Naquele documento, são realizadas importantes considerações sobre os fatos que redundaram na não desoneração de ICMS para compra de medicamentos. Entre elas, os autores da ação ponderam que os agentes públicos réus do processo, além de permitirem a permanência da empresa no certame, mesmo descumprindo regras do edital, executaram os pagamentos de valores que não estavam coerentes com os editais, portanto, ordenaram e permitiram a realização de despesas que não poderiam ter sido realizadas, ante a existência de irregularidades, das quais foram advertidos por várias vezes pelo Gabinete de Controle Interno (CP 08/03 e Pregões 01/03 e 04/03) e pela Gerência Jurídica da SES/GO (Pregão 203/04).

23. Ainda de acordo com os autores da ação, nos procedimentos licitatórios realizados no ano de 2003, os órgãos de controle interno já alertavam as autoridades a respeito das impropriedades que vinham sendo realizadas, inclusive recomendando o desconto do ICMS, mas, mesmo assim, os agentes públicos responsáveis pelas licitações, desde o credenciamento das empresas até os pagamentos, foram coniventes com essa fraude, e colaboraram para que essa prática se tornasse uma regra na SES/GO. Isso ocorreu até meados de 2008, quando a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, por meio da Superintendência de Administração Financeira, deliberou sobre a questão na Consulta 200400010008967.

24. São réus naquele processo, além das empresas contratadas:

a) os secretários de saúde - ordenaram despesas, homologaram e adjudicaram nos processos licitatórios, assinaram os contratos, emitiram notas de empenho e ordens de pagamento;

b) os secretários executivos da SES/GO - emitiram, juntamente com o Secretário da Saúde, as Notas de Empenho e as Ordens de Pagamento inerentes aos procedimentos que ocorreram

durante os respectivos mandatos, atos esses indispensáveis para a concretização do prejuízo;

c) os superintendentes de Administração e Finanças da SES/GO - praticaram atos indispensáveis para a concretização dos pagamentos indevidos à empresa requerida, assumindo, juntamente com o Secretário de Saúde, todas as responsabilidades pelos atos que contribuíram para que o prejuízo se concretizasse;

d) o pregoeiro - deixou de desclassificar a empresa requerida quando apresentou documentação de forma dúbia nos certames, afirmando que suas propostas estavam desoneradas de ICMS e, ao mesmo tempo, apresentando declarações nas quais se afirmava que tais preços estavam onerados do ICMS, conforme exigido pelos editais.

25. Nos processos em curso neste Tribunal (peça 7), predominou a responsabilização do secretário de Saúde e do superintendente de Administração e Finanças, ocupantes dos cargos à época dos pagamentos. Não houve o envolvimento do pregoeiro e do secretário executivo da SES/GO. Foram interpostos recursos de reconsideração contra as decisões de mérito dos TCs 004.599/2010-1 e 016.833/2009-0, os quais foram conhecidos e, no mérito, tiveram provimento negado, tendo sido mantidas, portanto, as decisões iniciais.

26. No caso em tela, os pagamentos que resultaram no débito ocorreram de 5/12/2006 a 27/11/2007, período em que ocupava a função de secretário o Sr. Cairo Alberto de Freitas e a função de superintendente financeiro o Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges. Os Senhores Fernando Cupertino e Sr. Luiz Antônio não devem ser citados, uma vez que ocuparam os cargos até meados de 2006, portanto não foram responsáveis pelos atos impugnados.

27. As participações do secretário de saúde e do superintendente de administração e finanças foram decisivas para a ocorrência dos danos. Rege o regimento interno da Secretaria de Saúde de Goiás que é atribuição do titular daquele órgão o exercício da administração na área de sua competência, notadamente os relacionados com a orientação, coordenação e supervisão das atividades a cargo das unidades administrativas integrantes do órgão sob sua gestão (art. 14). Como bem disse os Ministérios Públicos, o então secretário Cairo de Freitas assinou os contratos (ex.: peça 3, p. 302), emitiu empenhos (ex.: peça 3, p. 249-259) e autorizou a realização dos pagamentos às contratadas (ex.: peça 4, p. 213-215).

28. Ao superintendente de administração e finanças cabia a supervisão das atividades referentes a pagamento e a compras de medicamentos (art. 8º do Regimento da SES). Além disso, praticou atos que contribuíram diretamente para o dano, como a emissão de empenho (ex.: peça 3, p. 249-259) e de ordens de pagamento (ex.: peça 4, p. 213-215).

29. Assim, a fim de manter a mesma linha das outras tomadas de contas especiais instauradas em virtude de fatos semelhantes, propôs-se, na instrução em referência (peça 8), a realização de citação aos responsáveis, em solidariedade com a empresa, por terem autorizado os pagamentos sem a desoneração do ICMS das faturas, resultando prejuízo ao erário. A proposição preliminar teve essencialmente o seguinte teor:

I) a citação solidária dos responsáveis identificados a seguir, para apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres do Fundo Nacional de Saúde as quantias abaixo discriminadas, considerando os atos impugnados abaixo especificados, no âmbito do Contrato 307/2007, celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde de Goiás e a empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares, decorrente do Pregão 63/2006:

a) Responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas (CPF 216.542.981-15), na condição de secretário de Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges (CPF 194.347.401-00), na condição de Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, e a empresa

Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares, CNPJ 37.396.017/0006-24;

b) Ato Impugnado dos gestores: pagamento à empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares decorrente da aquisição de medicamentos, viabilizada pelo Pregão SES/GO 063/2006, sem que tenha havido a desoneração do ICMS, conforme estipulado no edital;

c) Ato Impugnado da empresa: recebimento pela venda de medicamentos no âmbito do Pregão SES/GO 063/2006, sem que tenha havido a desoneração do ICMS, conforme estipulado no edital;

d) Dispositivos violados: item 5.3 e subitem 5.3.1 do Edital e art. 3º da Lei 8.666/93 (princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório);

e) Valores do Débito: (valores especificados no quadro 2 retro, com a informação aos responsáveis de que, caso venham a ser condenados pelo Tribunal, os valores seriam acrescidos de juros de mora, nos termos do § 1º do art. 202 do RI/TCU)

EXAME TÉCNICO

30. Efetuadas as citações propostas (peças 15, 16 e 22; 18, 19 e 23), sobrevieram as respostas apenas da empresa e do secretário de saúde citados (peças 21 e 28). O superintendente financeiro não atendeu à citação, devendo ser considerada sua revelia, dando-se prosseguimento no processo, nos termos do § 3º do art. 12 da Lei 8.443/1992.

Alegações de defesa de Cairo Alberto de Freitas (peça 28)

31. As alegações apresentadas pelo ex-secretário de saúde praticamente coincidem com a defesa que o responsável apresentou à peça 31 do processo 003.490/2015-7, em relação à qual são acrescidas ou reforçadas basicamente duas alegações (peça 28, p. 6 e 7): (i) o nexo causal entre as condutas por ele praticadas e o resultado apontado como danoso não foi bem definido; (ii) a licitação foi realizada pela comissão e durante a gestão do seu antecessor, que efetivou os primeiros pagamentos. Assim, repete-se nos itens 33 a 39 adiante parte da pertinente análise proferida naquele processo (itens 16 a 36 da instrução de peça 36 do TC 003.490/2015-7), com as devidas adaptações.

32. De resto, o responsável repisou, à peça 28, o que havia argumentado no processo supracitado, alegando que:

a) não havia entendimento pacificado sobre a isenção do ICMS à época dos fatos, sendo que a ausência de desoneração de ICMS não pode ser considerada como débito;

b) adotou providências logo após o conhecimento da irregularidade mediante a edição de portarias, em 2007, determinando a realização de auditoria interna para apuração dos fatos e constituindo comissão específica para apurar as diferenças do ICMS nas contratações da SES; isso se deu antes mesmo do Acórdão do TCU (45/2008) determinar a instauração das tomadas de contas especiais;

c) determinou que “o valor relativo ao ICMS, em questionamento, será alvo de retenção à conta de recursos estaduais”; essas retenções foram desfeitas por força de entendimento da Procuradoria do Estado em 2011 após a sua saída da função de secretário da saúde;

d) a isenção da responsabilidade do pregoeiro fere o princípio da isonomia, pois caberia a ele questionar a empresa se os preços foram ofertados com incidência ou não de ICMS; assim, os vícios que macularam a forma de pagamento despontaram ainda na fase licitatória;

e) atestou as faturas com a convicção que não havia qualquer mácula que pudesse evidenciar qualquer irregularidade; agiu sempre com responsabilidade, coerência e boa-fé;

f) é inimaginável pensar em punição do defendente no mesmo grau da empresa Hospfar, uma vez que foi a empresa a beneficiária dos valores supostamente pagos a maior;

g) a empresa agiu com má fé induzindo o gestor ao erro ao destacar o valor do ICMS e realizar, em seguida, a desoneração;

h) a TCE deve ser arquivada em virtude da inexistência de débito, o pregoeiro deve ser responsabilizado; no caso de entendimento pela sua culpabilidade, que seja somente aplicada a pena de multa.

Análise das alegações do ex-secretário de saúde

33. Conforme análise pretérita referida no item 31 retro, e na linha do discorrido nos itens 21 a 28 acima, o entendimento firmado nos processos similares (quadro 1 retro), em que as práticas foram idênticas, foi no sentido de que as participações do secretário de saúde e do superintendente de administração e finanças foram decisivas para a ocorrência dos danos, independentemente de terem sido beneficiados diretamente com os valores pagos a maior. A solidariedade no débito nesse caso é devida conforme já decidido pelo TCU em outros processos que tratam do mesmo assunto.

34. É esperado do titular de qualquer órgão, como a pasta estadual da saúde, o exercício da administração na área de sua competência, notadamente os relacionados com a orientação, coordenação e supervisão das atividades a cargo das unidades administrativas integrantes do órgão sob sua gestão.

35. Conforme já pontuado acima, como bem disseram os Ministérios Públicos, o secretário assinou os contratos (ex.: peça 3, p. 302), emitiu empenhos (ex.: peça 3, p. 249-259) e autorizou a realização dos pagamentos às contratadas (ex.: peça 4, p. 213-215). Nos processos similares (quadro 1 retro), tais condutas têm motivado pareceres ministeriais e votos dos relatores no sentido das deliberações condenatórias.

36. No tocante aos argumentos atinentes à responsabilidade do gestor e de controvérsia sobre a oneração/desoneração (item 32-a retro), não há como aceitá-los. Sobre isso, transcreve-se o seguinte do voto condutor do Acórdão 1344/2013 – Plenário:

87. É certo que o Sr. *omissis* dependia da atuação de seus subordinados para realizar tarefas vinculadas ao ato final de autorização de pagamento da despesa, como a preparação do respectivo processo e a atestação da entrega do material, entre outras. No entanto, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento. No caso em tela, bastaria que o gestor retrocedesse algumas folhas no processo de pagamento para verificar que o preço unitário lançado na ordem de fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais (vide peça 12). Como os processos seguiram seu curso e resultaram na concretização de pagamentos indevidos, conclui-se que, ou o gestor agiu com negligência deixando de efetuar verificações mínimas quando da autorização, ou concordou com o procedimento, atuando de forma conivente.

88. Nesse contexto, tem-se que a existência de controvérsia sobre a oneração/desoneração não releva a conduta do gestor. Como já destacado nas seções anteriores, a regra estabelecida nos editais da SES/GO era a apresentação de propostas oneradas. Essa regra era notória. Mesmo havendo questionamento, as respostas elaboradas por diversas instâncias jurídicas deixavam claro que a regra fixada no edital deveria ser observada, cabendo adotar procedimentos alternativos apenas quando o instrumento convocatório fosse omissivo ou quando da edição de novos editais.

89. Tal é o caso do multicitado Parecer GOT 104/2004, emitido pela Gerência de Orientação Tributária da Secretaria de Fazenda. O documento afirmava claramente que, nos casos em

que o edital da licitação fosse omissivo, poderiam ser adotados, alternativamente, três procedimentos, a saber, i) a apresentação da proposta desonerada com acréscimo e abatimento posteriores do ICMS na nota fiscal; ii) a apresentação da proposta onerada com desconto do imposto na nota fiscal; ou, iii) apresentação da proposta com os dois valores, onerada e desonerada. Como no caso em tela o edital não era omissivo, era obrigatória a disposição ali estabelecida, ou seja, a apresentação de propostas oneradas.

90. Seguindo nessa direção, diversos pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado (e.g. Despacho AG 1298/2007) deixavam assente que a alteração da regra de oneração das propostas somente poderia ser aplicada em editais futuros (vide comentários nas seções anteriores).

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

37. Os argumentos utilizados pelo então gestor de que praticou os atos administrativos com boa-fé (item 32-e acima) não o exime de responsabilidade, conforme entendimento firmado pelo TCU (Acórdãos do Plenário 179/2011, 1.736/2010, 2.748/2010, 1.528/2010) no sentido de que cabe ao gestor a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário. O fato de terem agido com respaldo em condutas de áreas técnicas ou em pareceres não tem força para impor ao administrador a prática de um ato irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

38. Quanto à responsabilização do pregoeiro (item 32-d retro), já foi decidido em processos em andamento nesta Corte (quadro 1 retro) que as irregularidades geradoras dos débitos ocorreram no pagamento dos medicamentos, o que levou à responsabilização exclusiva dos ordenadores de despesa que autorizaram os pagamentos em desacordo com os editais.

39. Sobre o fato de ter adotado medidas administrativas tão logo teve conhecimento das irregularidades (item 32-b acima), tal situação não elimina a responsabilidade, pois, ao fim, não foram suficientes para impedir o dano efetivo ao erário. Muito menos quanto às alegadas providências de retenção (item 32-c retro), posto que limitadas, abarcando os cofres estaduais e resultando temporária retenção de pagamentos à empresa não responsabilizada neste processo (R\$ 9,5 milhões de pagamentos à Hospfar, conforme alegado à peça 31, p. 6, do TC 003.490/2015-7).

40. Quanto às alegações do responsável sobre a insuficiência donexo causal entre a sua conduta e o resultado danoso apurado e sobre a responsabilidade da comissão licitadora e do seu antecessor, que teria efetivado os primeiros pagamentos, não devem prosperar diante dos elementos caracterizadores de responsabilidade contidos nos itens 34 a 36 retro e dos elementos de delimitação temporal contidos no item 26 retro, a par da ausência de evidências e argumentos contrários do responsável que sustentassem suas alegações.

41. Por fim, deve-se registrar, relativamente às alegações de diferentes graus de envolvimento e responsabilização do responsável e da empresa (item 32-f/g/h acima), que a gravidade das diferentes condutas dos responsáveis é aferida sempre por esta Corte, mormente para as sanções pecuniárias individualizadas, não tendo como excluir a solidariedade pelo débito apurado, diante da realidade factual e jurídica apurada.

Revelia do ex-superintendente financeiro

42. Conforme dito no item 28 retro, ao superintendente de administração e finanças cabia a supervisão das atividades referentes a pagamento e a compras de medicamentos, tendo o

responsável revel praticado atos que contribuíram diretamente para o dano, como a emissão de notas de empenho e de ordens de pagamento. Sua ausência nos autos nesta fase de defesa apenas ratifica os achados, a par da refutação das alegações apresentadas pelos demais responsáveis envolvidos.

Alegações de defesa da sociedade empresária Medcommerce (peça 21)

43. Similarmente ao ex-secretário de saúde (itens 31 e 32 retro), as alegações apresentadas pela empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. praticamente coincidem com a defesa apresentada por ela à peça 23 do TC 038.217/2012-0, em relação à qual são acrescidas basicamente a alegação (peça 21, p. 15-16) de que o cálculo do suposto débito estaria superestimado, pois considerou a alíquota de 17% de ICMS, em vez da alíquota reduzida de 10% aplicável à operação (mercadoria destinada a órgão da administração pública direta), prevista na alínea VIII e § 2 do art. 8º do Anexo IX ao Decreto estadual 4.852/1997 – Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás e em acordos e atos normativos pertinentes (peça 21, p. 113-121).

44. De resto, o responsável repisou, à peça 21, o que havia argumentado no processo 038.217/2012-0 supracitado, alegando que:

a) os procedimentos licitatórios realizados pela SES/GO nos anos de 2003 a 2005 apresentavam editais visivelmente contraditórios e ambíguos; ao mesmo tempo que o edital determinava incluir preço cheio, nas propostas, os licitantes deveriam apresentar declaração de que não cobrariam o ICMS nas vendas realizadas, sendo, por lógica, desnecessário incluir referido tributo estadual nos preços que posteriormente seriam adjudicados; somente quando da emissão da nota fiscal de faturamento, era que o licitante vencedor deveria onerar o preço com o referido imposto estadual, para, em seguida, descontá-lo do valor faturado;

b) não agiu com dolo ou culpa, nada mais fez do que seguir as determinações editalícias, esclarecidas e orientadas pelo ente licitante/contratante; como o Pregão 63/2006, tal como todos da época, se mostrou contraditório e ambíguo, exigindo o cumprimento de obrigações antagônicas, a metodologia utilizada pela empresa denota ato da mais absoluta licitude, não havendo que se falar em dano ao erário, e muito menos em dolo e/ou culpa de sua parte;

c) já se passaram dez anos da participação da empresa no certame, não devendo o TCU, conforme o princípio da segurança jurídica, desconstituir ato administrativo praticado pela SES/GO;

d) e desde o recebimento dos valores dos medicamentos vendidos ao Estado de Goiás, em decorrência do Pregão 63/2006, em 2006 e 2007, já se passaram mais de cinco anos, prescrevendo a pretensão punitiva estatal, mostrando-se ilegal qualquer eventual aplicação de multa pelo TCU;

e) existe ação judicial pugnando pelo débito em questão, tramitando na 9ª Vara Federal em Goiás, sob nº 26578-59.2010.4.01.3500, conforme documento à peça 21, p. 123-187, não sendo apropriado ao TCU tomar medidas de investigação e ressarcimento contra a defendente, sob risco de “bis in idem”.

45. A empresa respondente requereu, ao fim, na linha do que alegou, que seja reconhecida a legalidade de sua conduta, de oferecer proposta desonerada do ICMS, que estaria amparada por atos normativos goianos; que, dessa forma, diante da inexistência de dolo ou culpa, não subsiste o débito imputado; que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do TCU; que, na pior hipótese, o débito seja reduzido aplicando-se a alíquota de ICMS de 10%, em cumprimento ao regulamento tributário goiano; e que as futuras publicações sejam enviadas ao advogado subscritor Marlus Vinicius da Silva Siqueira (peça 21, p. 31-32).

Análise das alegações da Medcommerce

46. Em vista de predominarem alegações anteriormente apresentadas à peça 23 do processo 038.217/2012-0, que já foram analisadas por esta unidade técnica e objeto de deliberação condenatória à respondente (Acórdão 7322/2014-2ª Câmara), o exame aqui reporta à última instrução efetuada naquele processo (peça 32 do TC 038.217/2012-0), na qual se consideraram posicionamentos já adotados pelo Tribunal nos processos já apreciados e manifestações ministeriais nos processos em andamento (quadro 1 retro).

47. Em suma, refutam-se as alegações apresentadas com os seguintes respectivos argumentos factuais e jurídicos: as alegadas inconsistências literais do edital não sobrepujam a lógica e o mercado, que apontam para o esquema de simulação da desoneração do ICMS pelas empresas e conseqüente superfaturamento dos preços; os alertas administrativos anteriores, a perduração da prática e o considerável dano causado refutam as alegações de ausência de dolo ou culpa; a avocação do princípio da segurança jurídica não prospera frente à imperatividade e imprescritibilidade das ações que visam ressarcimento ao erário; ; por sua vez, a alegação de prescrição da pretensão sancionatória do Tribunal mostra-se improcedente, por não ter ainda decorrido um decênio desde os pagamentos em tela; e, por fim, a alegação de impropriedade ou desnecessidade de atuação do TCU diante de ações judiciais em curso sobre o mesmo assunto é afastada pelo princípio da independência das instâncias, tendo este Tribunal competência e jurisdição próprias definidas constitucionalmente.

48. Ademais, relativamente à nova alegação apresentada pela defendente (item 43 retro), respeitante a alíquota reduzida de ICMS que deveria ser considerada no cálculo do débito, várias circunstâncias apontam para sua improcedência, quais sejam: a alegação tardia e pontual (não arguida em outros processos), denotando ser mero artifício argumentativo, a falta de apresentação elementos concernentes aos preços de mercado, a ausência de consignação de alíquota reduzida na proposta da defendente. Dessa forma, tal exceção à alíquota de 17% mencionada no edital deve ser demonstrada e não meramente alegada.

CONCLUSÃO

49. Diante do exposto, as alegações de defesa apresentadas devem ser rejeitadas em razão da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital do Pregão 63/2006, resultando em dano à União.

50. Não há como se vislumbrar a boa-fé nas condutas dos responsáveis, pois não apresentaram justificativas capazes de elidir as irregularidades cometidas. São, nesse sentido, os Acórdãos do Plenário 203/2010, 276/2010, 860/2009, 1.157/2008, 1.223/2008, entre outros, tendo procedido de forma negligente e em desconformidade com os termos do edital do Pregão 63/2006.

51. Desse modo, devem as contas em análise serem julgadas irregulares e condenados, solidariamente, em débito os responsáveis, em razão da ocorrência de dano ao erário. Também deve ser-lhes aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

52. Cabe ressaltar o entendimento recente do Tribunal, por meio do Acórdão 1.441/2016 – Plenário, em que considerou o prazo de dez anos para a pretensão punitiva, a contar da ocorrência. No caso em tela, tomando-se a data de referência inicial como a do primeiro pagamento (ocorrido em 5/12/2006), mesmo a contagem linear ininterrupta não alcança o decurso de dez anos, podendo juridicamente os responsáveis serem apenados pelo TCU.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

53. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas (CPF 216.542.981-15), Antônio Durval de Oliveira Borges (CPF 194.347.401-00) e Medcomerce Comercial de

Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 37.396.017/0006-24), nos termos dos artigos 16, III, “b” e “c”, 19 e 23, III, “a” da Lei 8.443/1992;

b) condenar solidariamente os responsáveis Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e a sociedade empresária Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento ao Fundo Nacional de Saúde das quantias abaixo especificadas, 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 o Tribunal (art. 214, III, “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento do débito:

Nota Fiscal	Data da ocorrência (pagamento)	Valor Histórico (R\$)
50436	05/12/2006	2.555,17
	21/11/2007	2.171,89
50403	05/12/2006	5.110,34
	21/11/2007	4.343,79
50437	05/12/2006	7.282,23
	21/11/2007	6.189,90
50677	05/12/2006	2.555,17
	21/11/2007	2.171,89
51649	05/12/2006	3.193,96
	21/11/2007	2.714,87
52220	07/02/2007	591,44
	14/07/2007	1.963,57
52456	27/12/2006	2.723,00
	27/12/2006	2.004,07
	21/11/2007	8.016,26
	21/11/2007	5.718,00
53687	19/06/2007	1,96
	21/11/2007	15,68
53744	19/06/2007	29,23
	21/11/2007	233,80
54788	19/06/2007	876,77
	21/11/2007	7.014,19
55078	19/06/2007	876,77
	21/11/2007	7.014,19
55515	19/6/2007	1.461,29
	21/11/2007	11.690,31
56285	14/8/2007	691,69
	19/6/2007	691,69
	21/11/2007	4.524,96
57099	21/11/2007	4.932,62
	14/8/2007	12.427,49
53963	19/6/2007	1.578,19
	21/11/2007	12.625,54

c) aplicar aos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e à sociedade empresária 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 comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

e) encaminhar cópia 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

f) dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público do Estado de Goiás, 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 63/2006-SES/GO.

Secex-GO, 10 de agosto de 2016

(Assinado eletronicamente)
Josir Alves de Oliveira
Auditor – mat. 2939-4