GRUPO I - CLASSE IV – Plenário
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) e Medcomerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 37.396.017/0006-24).
Representante legal: Procurador do Sr. Cairo Alberto de Freitas (peça 25), Sr. Marcos de Araújo Cavalcanti (OAB/DF 28.560) e outros; Procurador da Medcomerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (peça 17), Sr. Marlus Vinícius da Silva (OAB/GO 32.670) e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS FEDERAIS DO SUS. SES/GO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. REALIZAÇÃO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. ACRÉSCIMO DO ICMS AO VALOR FATURADO, NÃO OBSTANTE ESTE JÁ ESTIVESSE ONERADO PELO IMPOSTO. ABATIMENTO DO VALOR ACRESCIDO SOB ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DA DIFERENÇA PELO FORNECEDOR. CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO E DA EMPRESA FORNECEDORA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. IDENTIFICAÇÃO DE ERRO MATERIAL NA PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DO NOME DE ADVOGADO DE RESPONSÁVEL. NULIDADE DO ACÓRDÃO 8.580/2017-TCU-2ª CÂMARA E NOVO JULGAMENTO NOS EXATOS TERMOS DA DELIBERAÇÃO ORA TORNADA NULA.

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás (SES/GO), a partir de determinação contida no subitem 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, que resultou na seguinte instrução da Secretaria de Controle Externo do Estado de Goiás (peça 38), a qual contou com a anuência dos titulares da unidade (peças 39 e 40):

"*INTRODUÇÃO*

1. Trata-se de tomada de contas especial instaurada, em 9/9/2011, pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, por força do subitem 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário e em cumprimento ao subitem 1.6.1 do Acórdão 1789/2010 – 2ª Câmara, reiterado pelo Acórdão 2770/2011 – 2ª Câmara, conforme a seguir:

> *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.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

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.

2. Foram diversas tomadas de contas especiais instauradas pela SES (peça 7). Estes autos tratam especificamente das irregularidades relativas ao Pregão 063/2006.

HISTÓRICO

3. Resumidamente, o ato impugnado, nas várias TCEs sobre o mesmo assunto, inclusive no Pregão 63/2006, decorre da previsão expressa, nos editais, de que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Porém, conforme constatado, as empresas contratadas, sob a alegação de que apresentaram preços desonerados, emitiram notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhe permitiram receber pagamentos com valores indevidamente majorados, incorrendo, portanto, em irregularidade da qual tinham plena ciência e causando prejuízo aos erários federal e estadual.

4. Vencida a fase preliminar, em que os responsáveis apresentaram as alegações de defesa, o exame do mérito desta TCE foi realizado por esta Secex-GO (peça 29), sendo o encaminhamento acompanhado pelo Ministério Público junto ao TCU (peça 31).

5. Após ciência dessa instrução de peça 29, a empresa Medcomerce encaminhou novas peças (peças 32-36), que passaram a integrar os autos, por ordem do relator, como novos elementos (peça 37). Os autos retornaram a esta unidade técnica para exame dessa documentação.

EXAME TÉCNICO

6. Segundo as novas alegações da empresa Medcomerce, já existe ação de improbidade administrativa em curso na Justiça Federal, de autoria do Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Goiás, na qual o juiz competente determinou a realização de perícia técnica nos processos licitatórios envolvendo a venda de medicamentos excepcionais à Secretaria de Saúde de Goiás. De acordo com a defesa, o trabalho da perícia foi recentemente finalizado e concluiu que a empresa Medcomerce não ofertou preços onerados de ICMS (peça 32, p. 1-6).

7. Diante disso, a empresa requer que o TCU considere o trabalho da perícia como prova emprestada à presente TCE, bem como seja reconhecido por esta Corte que a empresa ofereceu preço desonerado de ICMS no certame, deixando de condená-la neste processo, ou então que determine o sobrestamento do processo até conclusão final da demanda judicial. Caso o TCU entenda pela condenação, que haja determinação para que realize a compensação com os créditos da empresa ilegalmente retidos pela SES (peça 32, p. 1-6).

8. Segundo a empresa, esses valores retidos somam, atualmente, R$ 19.362.137,00 de fornecimentos anteriores (peça 32, p. 5). A defesa fundamenta o pedido de compensação com o precedente ocorrido no Acórdão 2654/2015 – 2ª Câmara, em que o TCU deliberou o seguinte:

9.1. fixar prazo de 30 (trinta) dias para que o Dnit adote medidas tendentes à elisão do débito de R$ 494 mil constatado nestes autos, conduzindo a formalização de acordo, entre a Prefeitura Municipal de Cacoal/RO e a empresa Castilho Engenharia e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

Empreendimentos S/A, que promova a compensação dos valores indevidamente pagos com os créditos devidos à contratada na execução do contrato 271/PMC/99.

9. O trabalho de perícia foi realizado pelo perito judicial contábil Elione Cipriano da Silva, nomeado pelo Juiz em 21/3/2014. O relatório possui 263 páginas mais 153 páginas de documentos juntados como apêndices e anexos, especialmente notas fiscais emitidas pela Medcomerce. Com relação ao ponto central em discussão – oneração/desoneração do ICMS nas aquisições realizadas pela SES/GO – esse trabalho trouxe como principais resultados os seguintes achados e conclusões (relatório: peça 32, p. 8-242; peça 33, p. 1-29; apêndices e anexos: peça 33, p. 30-62, e peças 34-36):

a) fez parte do escopo do relatório diversos processos licitatórios, que são: Concorrências Públicas 4/2003, 8/2003 e 32/2002; e Pregões 117/2006, 5/2003, 1/2003, 4/2003, 175/2004, 197/2004, 203/2004, 202/2004, 128/2004 e 63/2006 (peça 32, p. 19);

b) na maioria dos certames, os editais e propostas apresentaram-se de forma a propiciar interpretações diversas, ou seja, foram contraditórios no momento em que se pede e/ou afirma que os preços cotados estão desonerados do ICMS. Constam das propostas, declarações dando conta de que, nos preços propostos estão inclusos todos os custos diretos e indiretos, embalagem, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas por lei, bem como declaração que os preços cotados estão desonerados do ICMS, conforme estabelecido pelo CONFAZ (peça 32, p. 140-143);

c) o perito concorda com o teor do Parecer GOT 104/04 e Parecer 1198/08 GPT (SEFAZ/GO), não detectando defeito na forma de emissão do documento fiscal. Assim, a Medcomerce procedeu conforme orientação do órgão fazendário ao emitir o documento fiscal, aumentando o valor unitário bruto do produto e, em seguida, promoveu o desconto no percentual de 17% relativo ao ICMS, fazendo esta referência na nota fiscal (peça 32, p. 152);

d) os valores líquidos coincidem com os valores adjudicados nos processos licitatórios e, também, com os valores líquidos recebidos pela empresa vencedora pelo fornecimento dos medicamentos. Neste ponto, não evidenciamos pagamentos divergentes, ou seja, o valor adjudicado é exatamente igual ao valor líquido da nota fiscal (peça 32, p. 158);

e) durante o período dos processos licitatórios questionados não havia regulamento ou norma editada pela Anvisa sobre os preços que deveriam ser praticados para órgãos públicos (peça 32, p. 196);

f) os técnicos do MPF e MPGO deixaram de considerar a memória de cálculo constante dos documentos fiscais, relativamente à desoneração do ICMS, onde é concedido o abatimento de 17%, calculado sobre o valor bruto, chegando-se ao valor líquido das notas fiscais emitidas pela requerente Medcomerce (peça 32, p. 197);

g) os técnicos compararam os valores brutos unitários de cada medicamento (antes do abatimento do ICMS), constantes das notas fiscais de fornecimento, com os valores adjudicados e preços constantes das tabelas de preços das revistas Kairos e Simpro. O correto seria comparar o valor líquido de cada nota fiscal, convertendo para o valor líquido por produto, com os valores adjudicados de cada um produto e em cada processo licitatório (peça 32, p. 197);

h) o valor líquido de cada nota fiscal, que é o mesmo adjudicado por item licitado, foi efetivamente o valor pago pela SES/GO e consequentemente recebido pela requerida Medcomerce (peça 32, p. 198);

i) não foram consideradas, nas análises realizadas pelo MP, a contabilidade da empresa Medcomerce, ou seja, não foram verificados os demais componentes de formação do custo para saber se realmente os preços dos fármacos suportavam ou não a desoneração de 17% de ICMS (peça 32, p. 198);

j) o Parecer 1198/2008, da SEFAZ, que trouxe o entendimento daquele órgão estadual sobre a questão da oneração de ICMS, somente foi emitido posteriormente aos procedimentos licitatórios em questão (peça 32, p. 200);

k) o fornecedor Medcomerce procedeu conforme orientação do órgão fazendário, pois,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

sendo os fármacos isentos por força do Decreto Estadual 5825/2003 e dos Convênios ICMS 87/02, 118/02, 126/02, 26/03, ao emitir a documentação fiscal, procedeu conforme orientações contidas nos Pareceres 104/04 GOT e 1198/08 GPT e disciplinado no art. 148 do Decreto Estadual 4852/97, aumentando o valor unitário bruto do produto e, em seguida promoveu o desconto no percentual de 17% relativo ao ICMS, fazendo esta referência na nota fiscal (peça 32, p. 204);

l) os valores líquidos coincidem com os valores adjudicados nos processos licitatórios e também os valores líquidos recebidos pela empresa pelo fornecimento dos medicamentos (peça 32, p. 204);

m) a legislação estadual (art. 1º, inciso III, letra 'b' da Lei 12.462/94) prevê redução da base de cálculo do ICMS, nas operações internas realizadas por contribuintes industriais e comerciantes atacadistas, que destinem mercadorias para fins de comercialização, produção ou industrialização, de tal forma que a carga tributária resulte na aplicação de uma alíquota efetiva mínima de 10% (dez por cento), observado, inclusive nas operações com mercadorias destinadas a órgão da administração pública direta, inclusive autárquica ou fundacional. Deste modo, em caso de condenação, a alíquota a ser aplicada deveria ser 10% (peça 33, p. 12);

n) a Medcomerce procedeu conforme orientação do órgão fazendário e, pois, sendo os fármacos isentos por força do Decreto Estadual no 5.825 de 05.09.2003 c/c Convênios ICMS 87/02, 118/02, 126/02 e 26/03, ao emitir o documento fiscal 'notas fiscais', procedeu conforme orientações contidas nos Pareceres 104/04 GOT e 1198/08 GPT e, disciplinado no artigo 148 do Decreto Estadual n° 4.852/97 - RCTE (Convênio SINIEF SN/70, art. 9°), aumentando o valor unitário bruto do produto e, em seguida promoveu o desconto no percentual de 17% (dezessete por cento) relativo ao ICMS, fazendo esta referência na 'nota fiscal' (peça 33, p. 15).

Análise

Processo judicial e pedido de suspensão desta TCE

10. Em consulta ao site da Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Goiás, observou-se que o referido processo 26578-59.2010.4.01.3500 ainda não foi apreciado definitivamente, inclusive quanto ao mérito do trabalho realizado pelo perito.

11. Sobre o pedido de suspensão do processo até o deslinde da demanda judicial, é entendimento nesta Corte que a existência, por si só, de ação judicial em curso não gera relação de prejudicialidade a ensejar o sobrestamento dos autos nesta Corte até decisão judicial definitiva por força da independência das instâncias.

12. O Tribunal de Contas da União possui jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/92). Por isso, não obsta a sua atuação o fato de tramitar no âmbito do poder judiciário ação penal ou civil, versando sobre assuntos correlatos, dado o princípio da independência das instâncias.

Pedido de compensação de créditos retidos

13. Em relação à atuação do TCU na questão da restituição dos recursos retidos e de compensação de créditos), não há espaço para que isso seja resolvido em sede de tomada de contas especial.

14. Não compete a este Tribunal, substituindo-se ao órgão original (SES/GO), proceder ao reconhecimento de despesas já realizadas no âmbito daquele ente estadual. Não se admite ainda, no âmbito deste Tribunal, a compensação do débito indicado nesta TCE com pretenso crédito decorrente de fornecimento de medicamentos que se alega que teriam sido executados no âmbito de outros contratos celebrados entre a SES e a empresa. No exemplo citado pela Medcomerce, a compensação foi determinada no âmbito de um mesmo contrato.

15. Além do mais, não cabe ao TCU proceder à liquidação de despesa nem reconhecer as despesas já liquidadas nos diversos contratos entre a SES e a empresa Medcomerce.

16. No âmbito do TC 016.592/2010-7, em caso idêntico, a empresa Hospfar apresentou novos elementos, após a análise de mérito, com argumentos semelhantes em relação à compensação de créditos, sendo que o relator não acolheu as alegações. Os autos já foram julgados por meio do

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

Acórdão 2455/2016 – Plenário, tendo o TCU condenado os gestores da SES e a empresa, em solidariedade, ao recolhimento do débito.

Laudo Pericial

17. Quanto ao laudo pericial apresentado pela Medcomerce, cabe esclarecer que o TCU admite a utilização de prova emprestada (Acórdãos 200/2002-Plenário, 570/2003-2ª Câmara e 872/2003-1ª Câmara).

18. Em relação ao laudo pericial, o parágrafo 9 desta instrução destacou os principais argumentos, que serão considerados no exame a seguir.

19. 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.

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

21. 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.

22. Então, tem-se que o edital previa, expressamente, 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.

23. O autor do laudo questiona a existência, nos vários certames que a empresa participou, de editais contraditórios e a possibilidade de interpretações diversas sobre a oneração/desoneração do ICMS (parágrafo 9, 'b'). 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.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

> *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 omisso 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 omisso, 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, onerado e desonerado. Como no caso em tela o edital não era omisso, era obrigatória da 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.*

24. O laudo aponta ainda (parágrafo 9, 'b') que a interpretação dúbia sobre a oneração/desoneração do ICMS pode ser ilustrada com a emissão de declarações contraditórias pela Medcomerce encaminhadas à SES/GO, no âmbito dos vários certames.

25. Os editais exigiam do proponente que apresentassem declaração de que havia o cumprimento do convênio ICMS – CONFAZ 87/02, Decreto 5707/02 e 5825/03, ou seja, exigia-se dos proponentes a ciência que os medicamentos ofertados eram isentos de ICMS. Adicionalmente, havia previsão no edital que as propostas deveriam ser apresentadas com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS. Além disso, o edital estabelecia que, nos preços, estariam incluídos embalagens, taxas, impostos, fretes etc. Assim, a interpretação mais razoável era a de que os preços deveriam ser onerados de ICMS para fins de licitação e posteriormente excluído desse imposto por força dos normativos citados.

26. Essa questão foi enfrentada pelo MP/TCU em outras TCEs autuadas por força da determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, como no caso do TC 004.599/2010-1 (peça 31 daqueles autos), em que o procurador alegou que:

> *...essa contradição não autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplica diante de sua postura ambígua e contraditória. Na verdade, a contratada indicava apenas um valor em suas propostas e, só na execução contratual, informava com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS. Isso diante de um edital e contrato que diziam, com todas as letras e acima de qualquer dúvida, que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que, só na execução contratual, se deveria indicar a desoneração do ICMS. O edital é a lei maior de todo procedimento licitatório, razão pela qual os participantes devem estrita obediência às condições estabelecidas, sob pena de violação dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da publicidade e da livre competitividade.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

27. Quanto à composição dos preços ofertados, a pertinência dos preços em relação ao mercado e a alegação de que não houve a análise da contabilidade da empresa para saber se os preços ofertados comportariam ou não a desoneração do imposto, salienta-se que essa discussão é inócua, pois as TCEs em curso não questionam essas ocorrências, mas sim a adoção de procedimento contrário ao edital, que resultou em pagamentos indevidos à empresa fornecedora dos medicamentos. Como já explanado, o edital da licitação preceituava a apresentação de propostas com os preços onerados pelo ICMS e o abatimento do tributo quando do pagamento. No entanto, a empresa, sob o pretexto de que havia apresentado proposta desonerada, faturava o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, e acrescia novamente o imposto, recebendo, portanto, valor superior ao devido.

28. Além disso, o item 5.7 do edital (peça 2, p. 141) foi claro ao estabelecer que quaisquer tributos, custos e despesas diretos ou indiretos omitidos na proposta ou incorretamente cotados, seriam considerados como inclusos nos preços, não sendo aceitos pleitos de acréscimos, ou seja, a própria empresa deveria conhecer sua contabilidade e oferecer os preços que poderia praticar e acrescentar os impostos para fins da licitação.

29. Quanto ao argumento apresentado sobre a incidência de alíquota reduzida (parágrafo 9, 'm'), a questão foi tratada também nos outros processos de TCE sobre o tema, como no caso do Voto emitido no âmbito do TC 016.833/2009-0:

> *Ademais, a alíquota de 10% em nenhum momento foi considerada tão somente porque o edital estabelecia que as propostas deveriam computar 17% a título de ICMS para o preço apresentado. Portanto, era essa a taxa incluída nos preços que, por não ter sido deduzida por ocasião dos pagamentos, acabou por se constituir em superfaturamento.*

30. Também o relatório que precedeu o Acordão 1344/2013 registrou que:

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

31. A questão principal que se deve focar para análise dos novos elementos apresentados é se houve ou não a desoneração de ICMS nas aquisições de medicamentos no âmbito do Pregão 63/2006, pois as questões de legalidade levantadas pela perícia e a tese sobre a falta de consenso sobre o tema à época foram exaustivamente tratadas nos vários processos relacionados ao tema contidos no anexo 13 destes autos, inclusive na instrução anterior desta unidade técnica (peça 29).

32. O efeito dos pareceres e normativos provenientes dos órgãos estaduais e a alíquota reduzida mencionados no laudo pericial (parágrafo 9 desta instrução) já foram discutidos na instrução anterior e nas outras TCEs em curso no TCU. Também a alegação, no laudo, sobre a pertinência dos preços praticados com os de mercado não faz parte do ato impugnado nesta TCE, que foca na questão da oneração/desoneração do ICMS na aquisição dos medicamentos no âmbito do Pregão 63/2006.

33. A planilha contida na peça 5, p. 171-173, retrata a realidade das operações com a Medcomerce, no âmbito do Pregão 63/2006, em que os valores líquidos faturados nas notas fiscais indicadas na proposta de encaminhamento abaixo são superiores aos valores adjudicados livres de ICMS, ou seja, os pagamentos foram feitos onerados pelos 17% de ICMS. Como exemplo, pode-se consultar a Nota Fiscal 57099 (peça 5, p. 162), cujo valor faturado e pago (peça 5, p. 162 e 172) foi de R$ 223.201,44 e o valor adjudicado, portanto devido, é de R$ 205.841,33, sendo pagos a maior o valor de R$ 17.360,11.

Exemplo: Nota Fiscal 57099

Produto	*Preço Unit. Adjudicado c/ ICMS (peça 3 p. 18)*	*Qtde. Adquirida*	*Total com ICMS*	*Total devido (-17%)*	*Total Pago*
Copaxone	*134,20*	*1848 (66 cx)*	*248.001,60*	*205.841,33*	*223.201,44*

34. Na Nota Fiscal citada, ocorreu exatamente o que foi dito no parágrafo 26 desta instrução, ou seja, houve o acréscimo de mais 17% no valor adjudicado, que já estava onerado de ICMS.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

35. O autor do laudo pericial argumentou ainda que o valor adjudicado para o produto 'Copaxone' para a Medcomerce foi de R$ 134,20, mesmo valor contido na Nota Fiscal 50.436 e também pago à empresa (peça 32, p. 231-233). Essa afirmação confere com a Ata do Pregão (peça 3, p. 13) e a oferta da empresa (peça 2, p. 292). Isso reforça a tese de que os pagamentos foram realizados com oneração de ICMS, em contrariedade ao subitem 5.3 do Edital (peça 2, p. 140).

36. De acordo com esse edital, os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS. Também estabeleceu 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.

37. No caso citado no laudo em relação à Nota Fiscal 50.436, o valor do produto que deveria ser pago à empresa era de R$ 134,20 abatido de 17% de ICMS, ou seja, R$ 111,39. Foi esse valor de R$ 111,39 usado como devido pela área técnica da SES/GO na composição do débito (peça 5, p. 171). A mesma situação ocorre nas demais notas fiscais mencionadas na proposta de encaminhamento desta instrução.

38. Repetindo a conclusão contida na instrução anterior e com base nas análises do TCU nas várias TCEs sobre o mesmo assunto, o edital do Pregão 63/2006 previa claramente que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Porém, conforme constatado, as empresas contratadas, sob a alegação de que apresentaram preços desonerados, emitiram notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhe permitiram receber pagamentos com valores indevidamente majorados, incorrendo, portanto, em irregularidade da qual tinham plena ciência e causando prejuízo aos erários federal e estadual.

CONCLUSÃO

39. Diante do exposto, os novos elementos apresentados pela Medcomerce, inclusive o laudo pericial, não contêm evidências da desoneração do ICMS nos pagamentos referentes ao Pregão 63/2006, prevalecendo o encaminhamento anterior contido na instrução de peça 29 desta unidade técnica de serem julgadas irregulares as contas e, solidariamente, em débito os responsáveis, em razão da ocorrência de dano ao erário.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

40. Constam como advogados constituídos nos autos os Srs. Marcos de Araújo Cavalcante OAB/DF 28560, Romildo Olgo Peixoto Júnior OAB/DF 28.361, relacionados pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz no Anexo I ao Ofício n° 5/2013 - GAB.MIN-AC dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

41. Dessa forma, encaminhe-se ao Gabinete do Ministro Relator, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, com o alerta de que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

42. Submetem-se os autos à consideração superior com posterior encaminhamento ao Gabinete do Ministro Relator Augusto Nardes, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, com o alerta de que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz.

43. Seguem as seguintes propostas em relação a estes autos:

a) rejeitar os novos argumentos apresentados pela empresa Medcomerce;

b) 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;

c) condenar solidariamente os responsáveis Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e a sociedade empresária Medcomerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento ao Fundo Nacional de Saúde das quantias abaixo especificadas,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

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*

d) aplicar aos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e à sociedade empresária Medcomerce 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;

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

f) 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;

g) 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."

2. O MP/TCU manifestou-se de acordo com o encaminhamento proposto pela unidade técnica, consoante exposto abaixo (peça 45).

"Trata-se de tomada de contas especial instaurada em 9/9/2011, pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás 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.

Foram diversas tomadas de contas especiais instauradas pela SES (peça 7). Estes autos tratam especificamente das irregularidades relativas ao Pregão 063/2006.

A unidade técnica fez breve resumo da situação fática:

> *3. Resumidamente, o ato impugnado, nas várias TCEs sobre o mesmo assunto, inclusive no Pregão 63/2006, decorre da previsão expressa, nos editais, de que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Porém, conforme constatado, as empresas contratadas, sob a alegação de que apresentaram preços desonerados, emitiram notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhe permitiram receber pagamentos com valores indevidamente majorados, incorrendo, portanto, em irregularidade da qual tinham plena ciência e causando prejuízo aos erários federal e estadual.*
>
> *4.Vencida a fase preliminar, em que os responsáveis apresentaram as alegações de defesa, o exame do mérito desta TCE foi realizado por esta Secex-GO (peça 29), sendo o encaminhamento acompanhado pelo Ministério Público junto ao TCU (peça 31).*
>
> *5. Após ciência dessa instrução de peça 29, a empresa Medcomerce encaminhou novas peças (peças 32-36), que passaram a integrar os autos, por ordem do relator, como novos elementos (peça 37). Os autos retornaram a esta unidade técnica para exame dessa documentação.*

Os novos elementos apresentados pela Medcomerce, conforme constatado à guisa de conclusão pela unidade técnica, inclusive o laudo pericial, não contêm evidências da desoneração do ICMS nos pagamentos referentes ao Pregão 63/2006, prevalecendo o encaminhamento anterior contido na instrução de peça 29 desta unidade técnica de serem julgadas irregulares as contas e, solidariamente, em débito os responsáveis, em razão da ocorrência de dano ao erário.

Em face do que restou apurado nos autos, manifesta-se o Ministério Público de Contas de acordo com as conclusões expostas à peça 38 e, por conseguinte, anui ao encaminhamento proposto às peças 39 e 40 do referido processo:

a) rejeitar os novos argumentos apresentados pela empresa Medcomerce;

b) 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;

c) condenar solidariamente os responsáveis Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e a sociedade empresária Medcomerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. ao recolhimento ao Fundo Nacional de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

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*

d) aplicar aos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges e à sociedade empresária Medcomerce 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;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.

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

f) 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;

g) 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."

3. O processo foi julgado mediante o Acórdão 8.580/2017-TCU-2ª Câmara, relator o Exmo. Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, porém não constou da pauta da sessão (peça 45) o nome e número dos advogados Marlus Vinícius da Silva (OAB/GO 32.670) e outros, procuradores da responsável Medcomerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.

4. Em vista disso, propõem a unidade técnica (peças46 e 47) e o representante do Ministério Público especializado (peça 48): i) reconhecer, de ofício, a nulidade do Acórdão 8.580/2017-TCU-2ª Câmara, para torná-lo insubsistente, uma vez consubstanciada a inviabilidade de produção da ampla defesa e contraditório pelos advogados da mencionada responsável; e ii) julgar as presentes contas na forma proposta na peça 38, transcrita no item 1 deste relatório.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58491560.