

VOTO

Trata-se, originalmente, de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, em cumprimento ao comando do subitem 1.6.1 do Acórdão 1.789/2010-TCU-2ª Câmara, reiterado pelo Acórdão 2.770/2011-TCU-2ª Câmara, julgada mediante o Acórdão 8.580/2017-TCU-2ª Câmara, nos termos a seguir transcritos:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada por determinação contida no item 1.6.1 do Acórdão 1.789/2010-TCU-2ª Câmara, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, por meio do Pregão 063/2006, destinado à contratação de empresas para fornecimento de medicamentos de alto custo,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Segunda Câmara, em:

9.1. julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e da empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, e 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Lei 8.443/1992 c/c arts. 1º, inciso I, e 209, incisos II e III, do Regimento Interno/TCU;

9.2. condenar, solidariamente, os responsáveis Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., com fundamento nos arts. 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992, c/c arts. 210 e 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU, ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde – FNS, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data dos efetivos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

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

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. encaminhar cópia deste acórdão ao Procurador-Chefe da 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, 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, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 063/2006 objeto dos autos.

2. Posteriormente, a unidade verificou não ter constado da pauta da sessão de julgamento (peça 45) o nome e o número de inscrição na OAB dos advogados Marlus Vinícius da Silva (OAB/GO 32.670) e outros, legalmente constituídos como procuradores da responsável Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.

3. Em vista disso, propõem a unidade técnica (peças 46 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.

4. Com razão a unidade instrutiva e o **Parquet**. De fato, conforme jurisprudência desta Corte, a exemplo do Acórdão 4.688/2017-TCU-1ª Câmara, relator o Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, trecho do Voto a seguir transcrito, a solução necessária nesta fase processual, diante da ocorrência relatada, é declarar nulo o Acórdão 8.580/2017-TCU-2ª Câmara:

A omissão do nome de advogado legalmente constituído na publicação da pauta enseja prejuízo ao direito de o responsável requerer sustentação oral e de apresentar memoriais previamente à sessão, levando à nulidade absoluta da decisão (Acórdãos 1878/2015 e 994/2016, ambos do Plenário).

Ante o vício insanável, que prejudica o exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, declaro de ofício a insubsistência do Acórdão 4801/2016-1ª Câmara, com fundamento no art. 174 do RI/TCU.

5. No entanto, visando à celeridade processual e à racionalidade administrativa, é possível novo julgamento nesta mesma oportunidade, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para essa providência, conforme jurisprudência desta Corte (Acórdão 8.822/2017-TCU-1ª Câmara, relator o Exmo. Ministro José Múcio). Por isso, transcrevo a seguir o voto que meu substituto proferiu na Sessão de 19/9/2017, o qual conduziu o acórdão ora tornado nulo e que objetiva fundamentar a nova deliberação a ser proferida:

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, em cumprimento ao comando do subitem 1.6.1 do Acórdão 1.789/2010-TCU-2ª Câmara, reiterado pelo Acórdão 2.770/2011-TCU-2ª Câmara.

2. A presente TCE é uma das diversas originárias de auditoria realizada pela Secex/GO (TC-017.576/2005-2, Acórdão 45/2008-TCU-Plenário), visando investigar irregularidades levantadas pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás, no âmbito da Assistência Farmacêutica Básica e da distribuição de Medicamentos Excepcionais. Acerca do assunto, assinalo que relatei dois desses processos, no âmbito do TC-003.490/2015-7 (Acórdão 2.876/2017-TCU-2ª Câmara) e do TC-020.045/2015-8 (Acórdão 6.097/2017-TCU-2ª Câmara).

3. A principal irregularidade tratada nesta TCE é a constatação de que as empresas investigadas nos mencionados processos e nestes autos, quando do faturamento dos medicamentos, não excluíam o valor do ICMS contido em suas propostas, apresentadas à época das adjudicações do Pregão 63/2006, e, em alguns casos, incluíam novamente o tributo sobre o valor já onerado.
4. Considerando as análises efetuadas pela unidade instrutiva, resta comprovado que o dano ao erário resultou do descumprimento dos subitens 5.3 (peça 2, fl. 140) e 5.3.1 (peça 5, fl. 281) do Edital do Pregão, c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993 – princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório. As referidas regras do pregão estabeleciam que os valores das propostas de preços apresentadas pelas empresas licitantes deveriam incluir todos os tributos – e por óbvio o ICMS – e, posteriormente, à época dos pagamentos, o ICMS seria desonerado para a emissão das respectivas notas fiscais, visto que a SES/GO não era contribuinte desse.
5. Conforme adequadamente esclarece a unidade técnica, a questão principal a ser avaliada 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 na perícia trazida pela empresa responsável e a tese sobre a falta de consenso sobre o tema à época foram exaustivamente tratadas nos vários processos relacionados à presente matéria, contidos no anexo 13 destes autos, inclusive na instrução anterior desta unidade técnica (peça 29).
6. O efeito dos pareceres e normativos provenientes dos órgãos estaduais e a alíquota reduzida mencionados no laudo pericial (parágrafo 9 da instrução reproduzida no relatório precedente) 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.
7. A planilha contida na peça 5, fls. 171-173, retrata as operações com a responsável Medcommerce, 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, fl. 162), cujo valor faturado e pago (peça 5, fls. 162 e 172) foi de R\$ 223.201,44 e o valor adjudicado, e 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)	Quantidade. Adquirida	Total com ICMS	Total devido (-17%)	Total Pago
Copaxone	134,20	1848 (66 cx)	248.001,60	205.841,33	223.201,44

8. Na Nota Fiscal citada acima, ocorreu exatamente a irregularidade destacada e que ocasionou débito ao erário, ou seja, houve o acréscimo de mais 17% no valor adjudicado, que já estava onerado de ICMS.
9. Portanto, nenhum reparo às instruções de mérito produzidas pela Secex-GO, com as quais manifesto integral concordância, incorporando os fundamentos e análises nelas constantes às minhas razões de decidir, excetuando o que diz respeito à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, que divirjo, na mesma linha que relatei outro processo similar – TC-003.490/2015-7 (Acórdão 2.876/2017-TCU-2ª Câmara, modificado mediante embargos de declaração que retiraram a multa imposta aos responsáveis). Nesses termos, acolho a proposta de julgar irregulares as contas dos responsáveis e condená-los, solidariamente, em débito.
10. Entendo, também, que as responsabilidades encontram-se bem definidas pela unidade técnica, assim como as condutas dos responsáveis frente às irregularidades citadas, salientando-se que a consequente condenação em débito solidário dos ex-dirigentes predominou em outros processos similares julgados por esta Corte de Contas, nos quais as práticas relatadas são semelhantes às identificadas nestes autos (Acórdãos 1.344/2013 e 1.226/2014, ambos do Plenário, além dos Acórdãos 7.322/2014, 6.291/2016, 2.876/2017 e 4.820/2017, da 2ª Câmara, entre outros).
11. As referidas deliberações tratam da mesma irregularidade registrada neste feito, qual seja, a ausência de abatimento, por ocasião dos pagamentos às empresas, do ICMS constante nas notas

fiscais emitidas em razão de isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/2002 Confaz) e às compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênios 26/2003 Confaz).

12. Quanto à proposição de aplicação de multa aos responsáveis, revisitando o teor dos Acórdãos 732/2013-Plenário, 1.344/2013-Plenário, 359/2015-Plenário, 2.372/2015-Plenário, 1.025/2015-Plenário, 1.028/2015-Plenário, 1.029/2015-Plenário, 1.226/2014-Plenário, relator o Ministro-Substituto Augusto Sherman, verifico que em todas, os responsáveis, em situações similares aos arrolados nestes autos, tiveram as contas julgadas irregulares, com imputação de débito solidário porém sem aplicação de multa.

13. Nesses autos, que tratam de situações semelhantes às deste processo, até mesmo por terem a mesma origem (Acórdão 45/2008-TCU-Plenário), não se reconheceu a boa-fé dos responsáveis, porém verificou-se que, durante a gestão do Sr. Cairo Alberto de Freitas, foram adotadas medidas que, conquanto tenham sido insuficientes à demonstração da boa-fé na prática do evento danoso, revelaram condutas atenuantes aptas a evitar a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

14. Assim, excepcionalmente, embora o julgador não esteja adstrito ao juízo de valor emitido em outras deliberações, neste caso concreto, por medida de equidade e proporcionalidade, considero oportuno tomar o mesmo posicionamento dos mencionados acórdãos citados no item 12 deste Voto, considerando que os fatos e eventos investigados em decorrência do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário são semelhantes, com adaptações.

15. Quero dizer, há de ser observado e aplicado ao caso em relevo, o princípio constitucional da isonomia, à luz do qual se dá tratamento desigual a questões desiguais e igual quando as situações são iguais, de sorte que os embargos de declaração em apreciação podem ser conhecidos e acolhidos, com vistas à correção da decisão embargada, no sentido de se elidir a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno.

16. Relativamente à ação judicial cuidando do mesmo assunto, o que tornaria inconveniente a atuação desta tomada de contas especial, deve-se atentar que esta Corte possui jurisdição e competência próprias, estabelecidas pela Constituição Federal e pela Lei 8.443/1992. Dessa forma, a tramitação de outros processos no âmbito do Poder Judiciário não interrompe a atuação do TCU neste feito, considerando o princípio da independência das instâncias.

17. Em relação ao pedido da empresa Medcommerce pela aplicação de uma alíquota de imposto reduzida (de 17% para 10%), o que refletiria em uma menor imputação de débito, entendo que esse também não deve ser acolhido. Conforme assevera a unidade técnica, essa questão foi tratada e afastada nos outros processos 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.

18. Quanto ao laudo pericial apresentado pela Medcommerce, assim como a Secex/GO, entendo que esse não logrou afastar a tese de que o edital previa que os preços das propostas deveriam incluir o ICMS, entre outros tributos, e que esse teria que ser abatido do preço quando da emissão da nota fiscal para fins de pagamento. Esse documento também não demonstra que o referido fato não resultou em pagamentos indevidos à empresa fornecedora dos medicamentos.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de março de 2018.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator