VOTO

Trago à apreciação recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado de Saúde de Goiás, e pela empresa ML Operações Logísticas Ltda., anteriormente denominada Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., contra o Acórdão 3.004/2016 – Plenário. Essa decisão julgou irregulares as contas dos responsáveis e os condenou ao pagamento de débito, e teve seu teor inteiramente mantido na apreciação de embargos de declaração, rejeitados mediante o Acórdão 313/2017 – Plenário.

2. O processo trata, originalmente, de tomada de conta especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), em cumprimento à determinação do Tribunal emanada no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, em decorrência de pagamentos irregulares às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., em contrato para aquisição de medicamentos de alto custo derivado do Pregão 175/2005. O ajuste firmado recebeu o aporte de recursos federais provenientes do Sistema Único de Saúde (SUS).

3. Na época da licitação, vigorava isenção do recolhimento de ICMS para empresas fornecedoras de medicamentos estabelecidas no Estado de Goiás, conforme Convênio ICMS 87/02-Confaz e pelo Decreto Estadual 5.825/2003. O edital do pregão estabelecia que a proposta de preços dos licitantes deveria contemplar todos os impostos para fins de comparação das propostas. Porém, o valor referente a esse imposto deveria ser excluído na adjudicação e destacado na emissão da nota fiscal.

4. Porém, a empresa ML Operações Logísticas Ltda., ao faturar os medicamentos, acresceu novamente o valor do ICMS na nota fiscal, para, depois removê-lo, o que, na prática, fez com que os valores pagos englobassem o tributo, mesmo com a empresa se beneficiando da isenção fiscal.

5. Por meio do Acórdão 3.004/2016 – Plenário, o ex-secretário de Saúde do Estado de Goiás, Cairo Alberto de Freitas, e a empresa ML Operações Logísticas Ltda. figuraram entre os responsáveis pelo superfaturamento na aquisição dos medicamentos decorrente da irregularidade descrita. A prática ocorreu em diversos processos de compras de medicamentos efetuada pela SES/GO, embora estes autos cuidem apenas das aquisições decorrentes do Pregão 175/2005.

6. Os recursos devem ser conhecidos por atenderem aos requisitos legais pertinentes. No mérito, acompanho a proposta elaborada pela Serur, corroborada pelo representante do MPTCU nos autos, no sentido de negar-lhes provimento. Acolho as análises e conclusões expostas na instrução reproduzida no relatório precedente, bem como acrescento os seguintes comentários a fim de fundamentar minha decisão.

7. Preliminarmente, Cairo Alberto de Freitas alega que seria devida a nulidade do Acórdão 313/2017 – Plenário, uma vez que os embargos interpostos por ele ao Acórdão 3.004/2016 – Plenário não foram conhecidos por falha formal que poderia ser relativizada pelo processo eletrônico, segundo o recorrente.

8. O responsável se refere à ausência da página com a assinatura do seu advogado na peça em que interpôs os embargos, considerando que o protocolo eletrônico poderia suprir a falta. Porém, o Relator **a quo** analisou todos os argumentos então trazidos pelo ex-secretário e não os acolheu, deixando consignado, em seu voto que fundamentou o Acórdão 313/2017 – Plenário, que, ainda que a falha daquela peça recursal fosse relevada, os elementos apresentados pelo responsável não seriam capazes de apontar vícios na decisão recorrida, rejeitando os embargos. Portanto, não haveria razão para anulação da referida decisão.

9. Passo às considerações sobre as alegações de mérito do recurso interposto pela empresa ML Operações Logísticas Ltda. e, em seguida, do pleito do ex-secretário.

10. No mérito, a empresa tenta convencer esta Corte de que a decisão recorrida estaria equivocada, em suma, com argumentos que buscam defender que seus preços propostos no certame

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58827007.

estariam desonerados e que, com sua adição e posterior subtração, não haveria irregularidades nos pagamentos. Nesse sentido, segundo sugerem as alegações da recorrente, busca afastar a validade das disposições editalícias de que o preço deveria comportar o ICMS apenas para fins de comparação entre as propostas das licitantes, bem como os demais atos da licitação e do contrato que se procederam de acordo com essa regra.

11. Primeiramente, não se mostra razoável a interpretação da recorrente de que, considerando a existência de lei que previa a isenção fiscal, e sendo esta superior ao edital, este não poderia, validamente, dispor que os produtos deveriam ser licitados com impostos. Conforme tem sido amplamente discutido neste e nos demais processos de TCE relacionados ao caso, o instrumento convocatório estabelecia a referida regra apenas para fins de comparação entre os preços das licitantes, sendo que o valor a ser pago à contratada deveria ser desonerado, conforme previsto em lei. Não havia incompatibilidade entre as normas legais e as regras do certame. Nem mesmo caberia à licitante continuar participando da licitação ignorando a regra constante do edital, assumindo, mediante interpretação havida por sua conta e risco, que a cláusula não seria válida. Caso a contratação, nos termos estabelecidos no edital e vigentes na ocasião, não fosse economicamente interessante para a empresa, importando-lhe prejuízo, ela poderia se abster de participar do certame, e não conferir interpretação diversa à redação de forma a "ajustá-la" ao que lhe fosse conveniente.

12. Lembro que a regra em questão tinha o condão de manter a isonomia entre os licitantes localizados em Goiás, beneficiados pela isenção, e aqueles instalados nos demais estados da federação, permitindo que todos concorressem em igualdade de condições. Portanto, inversamente ao que a recorrente argui, não houve violação do art. 37, inciso XXI, da CF/1988, e do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

13. Ademais, eventuais orientações do Ministério da Saúde e da Procuradoria do Estado em sentido diverso não vinculavam as regras do edital.

14. Sequer há de se cogitar **bis in idem** em razão de eventual condenação em débito também ocorrer em âmbito judicial, pois, por ocasião da execução de decisões proferidas em ambas as esferas judicial e administrativa referentes ao mesmo objeto, quaisquer valores que houverem sido satisfeitos previamente deverão considerados para efeito de abatimento.

15. Cairo Alberto de Freitas inicia com os argumentos referentes à incerteza sobre a incidência da isenção de ICMS quando da contratação. No entanto, tais argumentos já foram afastados pois a regra constava de lei estadual, bem como claramente do edital da licitação, não havendo motivos palpáveis que pudessem gerar dúvidas acerca de sua vigência.

16. O recorrente também alega que o Tribunal teria afastado o débito em duas ocasiões semelhantes, mediante os Acórdãos 3.596/2014 e 1.154/2013, ambos do Plenário, em que apurou a compra de medicamentos pelo estado da Paraíba, no ano de 2007, sobre os quais incidiriam também o Convênio Confaz 87/2002. Porém, tratam de situações distintas. Naquelas, os medicamentos foram fornecidos com a incidência do tributo e essa condição era facultativa. Diferentemente do caso em tela, em que o edital era claro sobre a desoneração e o preço com ICMS deveria servir apenas para fins de julgamento das propostas. Quanto aos processos judiciais elencados, que demandaram provas periciais sobre o valor em litígio, tal procedimento não é previsto nos processos de controle externo, que possui regras próprias definidas na Lei 8.443/1992.

17. Por fim, a responsabilização do ex-Secretário foi devida na medida em que seus atos contribuíram e foram decisivos para o cometimento do dano, uma vez que autorizou os pagamentos sem observar as regras do edital. Não é necessária a existência de provas ou mesmo de indícios de que tenha se beneficiado dos valores, e o fato de ter tomado medidas com o fim de suspender os pagamentos à empresa a partir de determinado momento não afasta sua culpabilidade. Essas questões não são capazes de afastar o nexo causal de sua conduta com o dano ao erário. Ademais, descabe transferir a responsabilidade ao pregoeiro, porquanto este agiu com as cautelas esperadas, demandando confirmação da empresa, mediante declaração, de que sua proposta se adequava às regras estabelecidas no edital. Além disso, seus atos não estão relacionados à realização dos pagamentos irregulares.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58827007.

18. Quanto ao grau de reprovabilidade da conduta do ex-gestor, este não deve ser fator determinante de sua condenação, ou não, em solidariedade com a empresa, mas sim, de sua punibilidade, para fins de dosimetria da multa aplicada.

19. Portanto, acolhendo os pareceres convergentes da Serur e do representante do MPTCU, entendo que deve ser negado provimento aos recursos.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de dezembro de 2018.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58827007.