

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 016.838/2009-6

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial)

Recorrente: Cellofarm Ltda.

Unidade: Secretaria de Saúde do Estado de Goiás

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA. INOBSERVÂNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DA EMPRESA BENEFICIÁRIA DOS PAGAMENTOS. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE ALTERAR O JUÍZO FIRMADO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada na Secretaria de Recursos (Serur), acolhida pelos dirigentes da unidade e pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 251) interposto pela empresa Cellofarm Ltda. contra o Acórdão 3007/2016-TCU-Plenário (peça 148).

1.1. Reproduz-se a seguir a decisão ora atacada:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás (SES/GO) a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em razão de realização de pagamentos irregulares às empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., decorrentes da aquisição de medicamentos de alto custo com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, em:

9.1. excluir da relação processual as Sras. Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnellosso;

9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU;

9.3. condenar, solidariamente, os responsáveis Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e a empresa Cellofarm Ltda., ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
-------------	-------------	------

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
30166	135,13	21.11.2007
30167	975,94	21.11.2007
30168	3.903,74	21.11.2007
30169	33,78	21.11.2007
30838	3.659,76	21.11.2007
30839	14.639,04	21.11.2007
31263	506,74	21.11.2007
31260	506,00	21.11.2007
31261	126,50	21.11.2007
31262	126,68	21.11.2007
30431	3.659,76	21.11.2007
31708	126,68	21.11.2007
31709	506,74	21.11.2007
31575	3.659,76	21.11.2007
31576	14.641,04	21.11.2007
32522	2.927,81	24.8.2007
33214	731,95	1.11.2007
33215	2.927,81	1.11.2007
33371	25,34	1.11.2007
33372	101,35	1.11.2007
34280	731,95	1.11.2007
34281	25,34	1.11.2007
34283	101,35	1.11.2007
35310	3.659,76	1.11.2007
35309	126,68	1.11.2007
36264	892,52	27.11.2007

9.4. condenar, solidariamente, os responsáveis Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e a empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., ao pagamento das quantias abaixo especificadas, deduzindo o valor de R\$ 14.753,39 (quatorze mil setecentos e cinquenta e três reais e trinta e nove centavos), ressarcido em 8/9/2016, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
37339	608,94	19.6.2007
37341	608,94	19.6.2007

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
44506	608,94	16.8.2007
44505	608,94	16.8.2007
48703	608,94	16.8.2007
48704	608,94	16.8.2007
51850	608,94	1.11.2007
62008	608,94	27.12.2007
62009	608,94	27.12.2007

9.5. 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;

9.6. encaminhar cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para ajuizamento das ações civis e penais que entender cabíveis, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992; e

9.7. dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público daquele estado, por intermédio de sua 4ª Promotoria de Justiça.'

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, conforme Relatório Conclusivo 006/2008 (fls. 1332/1359), proveniente da Comissão de Tomada de Contas Especial, em função de pagamentos feitos às empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que as empresas deveriam informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS.

2.1. Este processo foi apreciado na sessão do dia 4/3/2015, quando foi prolatado o Acórdão 359/2015-TCU-Plenário, por meio do qual o TCU julgou as contas especiais dos responsáveis pela irregularidade e condenou-os solidariamente em débito.

2.2. Após serem notificados do resultado do julgamento, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges autuaram recurso de reconsideração alegando ter havido cerceamento do direito de defesa, haja vista que naquela oportunidade o presente processo não explicitou os nomes nem os números de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de seus respectivos advogados, motivo pelo qual ficaram impedidos de exercer o direito à ampla defesa, que contempla o direito à sustentação oral durante a sessão de julgamento.

2.3. Ao apreciar o recurso, esta Casa, por meio do Acórdão 1410/2016-TCU-Plenário, decidiu conhecer dos presentes recursos por atenderem aos requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, dar-lhes provimento, e declarar a nulidade do Acórdão 359/2015-TCU-Plenário em relação aos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, restituindo-se os autos ao Relator **a quo** para as providências do art. 176, parágrafo único, inciso II, do RI/TCU.

2.4. Retornando esta TCE ao Ministro Relator e saneada a falha processual que culminou na nulidade do Acórdão 359/2015-TCU-Plenário, foi reiterado os termos do voto anteriormente proferido.

2.5. Registrou-se que, no dia 30/8/2016, a Empresa Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. juntou aos autos o recibo de depósito no valor de R\$ 14.753,39, realizado em

8/9/2016 (peça 147). Portanto, deve haver a dedução desse valor do débito solidário desta empresa com os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges.

2.6. Houve, então a prolação do acórdão combatido.

2.7. Informa-se que ocorreu a oposição de embargos de declaração pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas cujo exame resultou no Acórdão 180/2017 – TCU – Plenário, que conheceu do embargo e, no mérito, o rejeitou (peça 183).

2.8. Também ocorreu a interposição de recurso de reconsideração pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas que não foi conhecido, nos termos do Acórdão 1724/2017 – TCU – Plenário (peça 226).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 258-259), ratificados à peça 260 pelo Relator, Exmo. Ministro José Mucio Monteiro, que concluiu pelo conhecimento do recurso de reconsideração interposto por Cellofarm Ltda. contra o Acórdão 3007/2016-TCU-Plenário, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.2 e 9.3 do acórdão recorrido em relação à recorrente, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

EXAME DE MÉRITO

4. Constitui objeto do presente recurso verificar:

a) se houve regularidade da inclusão do ICMS nas operações e, por isso, não haveria que se falar em débito;

b) se a atuação da recorrente foi regular;

c) se há necessidade de realização de auditoria.

Regularidade da inclusão do ICMS nas operações inexistência de débito

5. Defende que a ausência de desoneração de ICMS nas operações de compra e venda de medicamentos não deve ser considerada como débito (peça 251, p. 2).

5.1. Diz que esse foi o entendimento firmado por meio do Acórdão 3596/2014- TCU-Plenário e Acórdão 1154/2013-TCU-Plenário (peça 251, p. 3).

5.2. Relata que nesses casos o TCU afastou o parecer da Unidade Técnica para decidir pela inexistência de débito, por considerar uma atribuição do fisco a adoção de medidas saneadoras da irregularidade relativas ao ressarcimento de eventual dano sofrido, bem como da punição caso tenha sido cometida alguma infração (peça 251, p. 3).

Análise

5.3. Os argumentos não devem ser acatados.

5.4. Primeiramente se destaca que a recorrente reconhece que o valor estava onerado com o ICMS.

5.5. Entretanto, conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (peça 2, p. 2), o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS.

5.6. Ainda, de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela (peça 2, p. 2).

5.7. No que toca aos julgados mencionados, devem ser tecidas as seguintes considerações:

a) *Acórdão 3.596/2014- TCU-Plenário, Ministro Relator André de Carvalho: neste processo, dentre os achados de auditoria, se verificou a não auferição do benefício do ICMS contido no Convênio Confaz 87/2002 quando das aquisições de medicamentos. O Ministro Relator apurou que não houve sobrepreço ou superfaturamento nas compras objeto desta auditoria, estando os medicamentos na sua quase totalidade abaixo do preço máximo de venda ao governo - PMVG, destacando-se que a baixa materialidade do suposto débito indicado na instrução preliminar do auditor federal sequer ensejaria necessariamente a instauração de tomada de contas especial. Dessa forma, recomendou 'à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia que as aquisições de medicamentos pelos governos federal e pelos governos estadual, distrital e municipal com recursos federais, consoante a Cláusula Primeira, § 6º, do Convênio Confaz nº 87/2002, com a alteração promovida pelo Convênio ICMS 3/2013, com efeitos a partir de 1º/6/2013, devem estar isentas de ICMS, devendo esse montante ser deduzido do preço dos respectivos produtos, na forma e nos percentuais elencados pelo citado convênio, com os contribuintes demonstrando a dedução, expressamente, nas propostas do processo licitatório e nos documentos fiscais'. Neste caso, diferentemente do presente não havia previsão editalícia.*

b) *Acórdão 1.154/2013-TCU-Plenário, Ministro Relator Valmir Campelo: se referiu a auditoria de conformidade que, dentre outros, tratou de isenção fiscal do ICMS prevista para aquisição de bens. O Ministro Relator entendeu que a quantia proveniente da isenção do ICMS prevista no Convênio Confaz 87/2002, que deixou de ser aplicada pelos gestores quando da licitação e contratação do fornecimento de medicamentos excepcionais à SES/PB, não deve ser considerada como débito. Destacou-se que, em casos semelhantes, esta Corte de Contas tem optado por recomendar que seja inserido, nos editais de licitação para aquisição de medicamentos, bem como nos contratos decorrentes desses certames, cláusula que trate especificamente da aplicação do Convênio Confaz 87/2002, como se observa nos Acórdãos de Relação 1.140/2012-TCU-Plenário e 9.790/2011-TCU-2ª Câmara. No presente caso, havia previsão editalícia, em conformidade com normativo e outros entendimentos do TCU, razão pela qual se entende incorreta a imputação do débito.*

Regularidade da atuação da recorrente

6. *Aduz que não há que se falar na apuração de débito por meio deste Tribunal de Contas, e menos ainda em condenação solidária da requerente, principalmente pela ausência de qualquer indício de que a mesma tenha agido de má-fé ao recolher o referido tributo (peça 251, p. 3).*

6.1. *Defende que respeitou o edital, o artigo 41 da Lei 8.666/1993 e ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (peça 251, p. 3).*

6.2. *Diz que não se pode exigir do vencedor do certame o cumprimento de algo não estipulado previamente pelo documento convocatório, não podendo, igualmente, ser aplicada uma penalidade em razão do seu estrito cumprimento, o que nada mais é do que o cumprimento da própria lei (peça 251, p. 4).*

Análise

6.3. *Conforme visto, não houve respeito as cláusulas dispostas no instrumento convocatório, que tinha cláusula expressa no sentido de que o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Justamente em razão da não observância desse dispositivo consentâneo à lei é que se justifica a imputação do débito.*

6.4. *No que toca ao pleito de exclusão do débito por ausência de má-fé se destaca que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa stricto sensu, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a quantificação do*

*dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (**stricto sensu**) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário (Acórdão 635/2017 – TCU – Plenário, Ministro Relator Aroldo Cedraz).*

6.5. No presente caso, ao não respeitar previsão editalícia a qual estava subordinado deu causa à irregularidade.

Necessidade de realização de auditoria

7. Destaca que deve ser considerada ainda a imprescindibilidade de serem realizadas auditorias fiscais e contábeis para que se possa definir, com exatidão, se é realmente o caso de devolução de eventuais valores ao erário, e, em caso positivo, em que proporção e com relação à quais notas fiscais deverá ocorrer.

Análise

7.1. Conforme se verifica dos autos, as empresas receberam a totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente a diferença entre o valor adjudicado e o valor do imposto originalmente incluído na proposta.

7.2. Sobre o cálculo do débito a unidade instrutiva fez as seguintes considerações (peça 39, p. 3):

‘14. A dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Cellofarm baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 26, p. 45-48), do que resultou, no âmbito desta unidade técnica, a proposta de imputação de débito envolvendo a empresa e os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (peça 31, p. 52-53). O referido relatório do tomador de contas assinala que o quantitativo pago à empresa – com referência a todas as notas fiscais listadas – alcança o montante de R\$ 783.888,64, sendo que R\$ 450.701,44 com financiamento federal, ou seja, 57,5 %. Dessa feita, o cálculo de débito realizado por esta unidade técnica fez incidir o referido percentual (na verdade, aplicou o percentual de 57,45 %) sobre o valor indevidamente pago correspondente a cada nota fiscal que envolveu recurso federal para alcançar os quantitativos a serem devolvidos; cada qual correspondente a uma específica nota fiscal.

15. O referido cálculo não é preciso, porque não leva em conta o fato de que o pagamento de muitas notas fiscais com recursos federais não ensejou valores indevidos. Tal constatação conduz à necessidade de se identificar, para cada nota fiscal, o prejuízo efetivamente sofrido pelo erário federal. A elaboração da nova planilha de débito com relação à empresa Cellofarm, abaixo exposta, leva em conta que oito notas fiscais requereram a apuração da proporcionalidade de participação da fonte federal ‘23’ (NF’s 35522, 33214, 33215, 33371, 33372, 34280, 34281, 34283 e 36264), considerando que as demais foram pagas em sua integralidade com recursos federais. De tal retificação metodológica resultou a constatação de que o débito apurado, no caso da empresa Cellofarm, soma o valor de R\$ 61.494,44 e não de R\$ 59.459,15, conforme consignado em instrução técnica.’

7.3. Ressalta-se que a imputação de débito em nenhum momento se fundamentou em referência mercadológica para considerar a ocorrência de repetida incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços já contemplassem a inclusão do tributo (peça 2, p. 79).

7.4. A recorrente não questiona de forma específica o que tenha considerado equivocado no cálculo do débito realizado pelo TCU.

7.5. Assim, o simples pleito genérico de realização de auditoria não deve ser acolhido pelo fato de ter sido explicitado todos os elementos de convicção desta Corte de Contas no cálculo do débito e não ter sido apresentado justificativas para afastá-los.

CONCLUSÃO

8. No presente processo não deve ser considerada regular a inclusão do ICMS nas operações, tendo-se em vista que, conforme disposição editalícia a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela, o que não ocorreu.

8.1. Por não ter observado normativos legais, bem como o disposto no edital, o que resultou na irregularidade, entende-se escorreta a responsabilização da recorrente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto pela empresa Cellofarm Ltda. contra o Acórdão 3007/2016-TCU-Plenário propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 285 do RI/TCU:

I – conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

II – dar ciência da decisão que vier a ser adotada à recorrente e aos demais interessados.”

É o relatório.