

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 035.916/2015-0

Natureza: Recurso de reconsideração em Tomada de Contas Especial

Entidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

Responsáveis: Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Medcommerce Com de Med e Prod Hospitalares Ltda (37.396.017/0006-24)

Recorrentes: Cairo Alberto de Freitas (peça 103) e Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (peça 82)

Representação legal: Marlus Vínicius da Silva Siqueira (32.670/OAB-GO) e outros, representando Medcommerce Com de Med e Prod Hospitalares Ltda, Medcommerce Com de Med e Prod Hospitalares Ltda e Medcommerce Com de Med e Prod Hospitalares Ltda; Marcos de Araujo Cavalcanti (28560/OAB-DF) e outros, representando Cairo Alberto de Freitas.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE GOIÁS. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS COM ISENÇÃO DE ICMS. EDITAL QUE EXIGIA A APRESENTAÇÃO DE PREÇOS ONERADOS COM ESSE TRIBUTO. EMISSÃO DE NOTA FISCAL ONERANDO COM ICMS OS PREÇOS APRESENTADOS NA FASE DE LICITAÇÃO. DUPLA CONTAGEM DO IMPOSTO. ABATIMENTO SIMPLES. APROPRIAÇÃO DA DIFERENÇA PELO FORNECEDOR. IRREGULARIDADE. CITAÇÃO. DÉBITO. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS RECURSAIS. NEGATIVA DE PROVIMENTO. COMUNICAÇÕES.

## RELATÓRIO

Transcrevo a seguir, nos termos do art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.443/92, a instrução lavrada no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 137), cujas conclusões contaram com a anuência do titular daquela unidade técnica (peça 138), bem como do MP/TCU, representado pelo Procurador Julio Marcelo de Oliveira (peça 140).

### “INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas (peça 103) e Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (peça 82) contra o Acórdão 1128/2018-TCU-2ª Câmara (peça 49), retificado, por erro material, pelo Acórdão 3560/2018-TCU-2ª Câmara (peça 57), e mantido pelo Acórdão 9114/2018-TCU-2ª Câmara (peça 84), proferido por força de embargos de declaração, retificado, por inexatidão material, pelo Acórdão 11383/2018-TCU-2ª Câmara (peça 90).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. declarar, de ofício, a nulidade do Acórdão 8.580/2017-TCU-2ª Câmara, em face de erro na publicação da pauta de julgamento do processo relativa à sessão de 19/9/2017;

9.2. 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;

9.3. 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

9.4. 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;

9.5. autorizar, desde já, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis, o parcelamento das dívidas em até 36 vezes, mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 217 do RI/TCU, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar do recebimento das notificações, para comprovarem perante o Tribunal o recolhimento do primeiro pagamento, e de trinta dias, a contar da anterior, para comprovarem os recolhimentos das demais parcelas, devendo incidir sobre cada uma os encargos devidos, na forma prevista na legislação em vigor, esclarecendo que a falta de pagamento de qualquer uma importará no vencimento antecipado do saldo devedor, de acordo com o art. 217, § 2º, do RI/TCU;

9.6. 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.

## **HISTÓRICO**

2. Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, em cumprimento às disposições do Acórdão 1789/2010-TCU-2ª Câmara (subitem 1.6.1) e do Acórdão 2770/2011-TCU-2ª Câmara.

2.1. A irregularidade tratada nestes autos diz respeito aos processos de pagamentos decorrentes dos contratos resultantes do Pregão 063/2006, realizado para aquisição de medicamentos de alto custo com recursos públicos federais, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS – Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nos termos previstos no correspondente Edital.

2.2. A falta de desoneração do ICMS foi apontada inicialmente em Representação formulada pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás (TC 017.576/2005-2, Acórdão 45/2008-TCU-Plenário).

2.3. Naqueles autos, a Secex/GO empreendeu auditoria junto aos órgãos e entidades do Governo do Estado de Goiás e constatou que a prática da não desoneração do ICMS nas faturas relacionadas à aquisição de medicamentos se repetia em vários processos de compra, razão pela qual solicitou à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia de vinte e três processos de pregões, determinando a instauração de tomadas de contas especiais.

2.4. Posteriormente, nos autos do TC 008.322/2010-4, relativo à Representação formulada pela Procuradoria da República no Estado de Goiás, mais uma vez a matéria sobre a falta da desoneração do ICMS veio à pauta, havendo o Tribunal determinado à SES/GO que adotasse providências para apuração integral das falhas noticiadas e que instaurasse, se necessário, de maneira apartada, processos de tomadas de contas especiais, relativas a vinte procedimentos licitatórios (Acórdão 1789/2010-TCU-Plenário).

2.5. Por derradeiro, no Acórdão 2770/2011-TCU-2ª Câmara, adotado no TC 008.322/2010-4, o Tribunal fixou prazo para que a SES/GO cumprisse as disposições do Acórdão 1789/2010-TCU-2ª Câmara, no que se refere à instauração das tomadas de contas especiais.

2.6. Nos presentes autos, o edital do Pregão 063/2006, promovido pela SES/GO para a aquisição de medicamentos continha previsão em seu item 5.3 de que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS (peça 2, p. 140).

2.7. *Todavia, foi constatado que as empresas vencedoras do certame, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentaram o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.*

2.8. *De acordo com o que descrevem o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Goiás em ações ajuizadas em face dos gestores da Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, 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.*

2.9. *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 Estadual de Saúde Cairo Alberto de Freitas e a função de superintendente financeiro Antônio Durval de Oliveira Borges.*

2.10. *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).*

2.11. *Verifica-se dos documentos constantes dos presentes autos que o então Secretário Cairo de Freitas assinou os contratos (peça 3, p. 302), emitiu empenhos (peça 3, p. 249-263) e autorizou a realização dos pagamentos às contratadas (peça 4, p. 213-215).*

2.12. *No que diz respeito 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 (peça 3, p. 249-259) e de ordens de pagamento (peça 4, p. 213-215).*

2.13. *Em relação à empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., a citação se deu por ser ela a beneficiária dos recursos públicos federais pagos irregularmente.*

2.8. *Devidamente citados (peças 14-16) os ora recorrentes apresentaram alegações de defesa (peças 21, 28 e 32-36) em relação à seguinte irregularidade transcrita nos ofícios de citação endereçados, respectivamente, ao ex-Secretário de Saúde e à empresa contratada:*

2. *Os débitos são referentes ao pagamento à empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. decorrente da aquisição de medicamentos, viabilizada pelo Pregão SES/GO 063/2006, sem que tenha havido a desoneração do ICMS, conforme estipulado no edital; relativos ao Contrato 307/2007, celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde de Goiás e a empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. no âmbito do Pregão 063/2006; com violação ao 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).*

2. Os débitos são referentes ao 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; relativos ao Contrato 307/2007, celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde de Goiás e a empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares no âmbito do Pregão SES/GO 063/2006; com violação ao 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).

2.9. Da análise das alegações de defesa, a Secex/GO as considerou incapazes de afastar a irregularidade apontada e, portanto, propôs ao Tribunal a irregularidade das presentes contas, fundamentada no art. 16, inciso III, alíneas b e c, da Lei 8.443/1992, com débito e multa prevista no art. 57 da referida norma (peça 38), no que foi acompanhada pelo representante do Ministério Público junto ao TCU (peça 41).

2.10. Concordando com as propostas uniformes constantes dos autos, à exceção da proposta de aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, pelos motivos expostos pelo Relator a quo em seu Voto (peça 43, parágrafos 13 a 16), esta Corte prolatou o acórdão ora recorrido.

#### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 116 e 117), ratificados à peça 121 pelo relator, Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, que concluiu pelo conhecimento dos recursos, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1128/2018-TCU-2ª Câmara.

#### **EXAME TÉCNICO**

##### **4. Delimitação dos recursos.**

4.1. Constitui objeto dos recursos examinar as seguintes questões:

- a) se há ocorrência de débito;
- b) se há nexo de causalidade entre os atos praticados pelo gestor e o débito apurado;
- c) se foi observado o princípio da isonomia;
- d) se é correta a imputação de débito de forma solidária;
- e) se havia obrigatoriedade de apresentação, nas propostas, de preços onerados com o ICMS;
- f) se o princípio da presunção de validade dos atos administrativos impede esta Corte de julgar irregulares as presentes contas;
- g) se a base de cálculo do ICMS utilizada pelo Tribunal seria correta;
- h) se a existência de ação e de perícia judiciais podem repercutir nos presentes autos.

##### **5. Ocorrência de débito.**

5.1. O então Secretário Estadual de Saúde alega que, à época dos fatos, não havia entendimento pacificado sobre a isenção do ICMS, tanto que esta Corte, por meio do Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, determinou ao Ministério da Saúde que expedisse orientação aos gestores federais, estaduais e municipais acerca do assunto para orientar todos os entes da federação de que as propostas das licitantes deveriam contemplar a isenção do tributo.

5.2. Sustenta que eventuais ausências de desoneração do ICMS, quando da venda de medicamentos, não devem ser consideradas débitos. Isso porque, a teor do que restou

*decidido por esta Corte quando da prolação do Acórdão 3596/2014-TCU-Plenário e Acórdão 1154/2016-TCU-Plenário, não houve imputação de débito em razão da não desoneração do referido tributo, entendendo esta Corte que eventuais tributos pagos indevidamente às contratadas deveriam ser cobrados pelos órgãos tributários da Administração Pública.*

*5.3. Afirma corroborar sua tese o que restou decidido pela Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, em parecer, e pela Justiça Federal no julgamento de ações civis públicas julgadas também no Estado de Goiás, nas quais decidiu-se pela imprescindibilidade de realização de perícias fiscais e contábeis para se avaliar a questão.*

#### Análise

*5.4. Não assiste razão ao recorrente. Leitura atenta do Relatório e Voto da decisão recorrida permite concluir que o então Secretário de Saúde traz em suas razões recursais os mesmos argumentos apresentados em sede de alegações de defesa (peça 28), além de não diferirem dos argumentos apresentados em fase de alegações de defesa e de recurso de reconsideração nos autos do TC 003.490/2015-7, sendo as peças recursais idênticas nos autos deste e daquele processo de tomada de contas especial.*

*5.5. Não obstante, em razão do efeito devolutivo do recurso, suas alegações foram reanalisadas, mas não conseguiram superar as conclusões da decisão recorrida nem aquelas expostas no Voto que fundamentou o Acórdão proferido quando do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo ora recorrente (peça 85), o que não difere, destaca-se, do que restou decidido quando do julgamento do recurso de reconsideração que o então Secretário de Saúde interpôs nos autos do TC 003.490/2015-7.*

*5.6. Inicialmente, cumpre pontuar haver outros processos com a mesma matéria da presente TCE ante a identificação da mesma prática irregular causadora de dano ao erário, como o Acórdão 1344/2013 – Plenário, relator Ministro Augusto Sherman proferido no âmbito do TC 027.013/2010- 3 e os TCs 038.211/2012-2, 016.828/2009-0, 001.922/2009-5, 004.592/2010-7, 004.596/2010-2, 016.592/2010-7 e 027.019/2010-1.*

*5.7. Ademais, há julgados que enfrentaram recursos de reconsideração com o mesmo tema tratado nestes autos e mantiveram as condenações dos responsáveis intactas: TC 016.833/2009-9 - Acórdão 1989/2014-TCU-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes, e TC 006.096/2013-1 - Acórdão 5732/2017-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro.*

*5.8. No que diz respeito especificamente ao argumento ora enfrentado, de que não havia consenso sobre a questão da oneração/desoneração do ICMS entre diversas unidades estaduais atuantes e de que o Parecer GOT 104/2004 da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (Sefaz/GO) permitia o recebimento das propostas das licitantes com preços desonerados, observa-se, ao contrário do que alega o recorrente, que o edital do pregão tratado nestes autos é claro em item 5.3 de que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS (peça 2, p. 140).*

*5.9. 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.*

*5.10. Ademais, o parecer da Sefaz/GO, Parecer 104/2004-GOT, não dá guarida à tese defendida pelo recorrente. O texto afirma claramente que, nos casos em que o edital da*

*licitação fosse omissa, o que não ocorreu na licitação ora discutida, 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.*

5.11. *Ressalta-se, dessa forma, que o citado parecer autorizava a adoção de procedimentos alternativos na hipótese de o edital ser omissa. Ocorre que, como dito, no caso presente, o edital não era omissa. Como transcrito acima, o instrumento convocatório estabelecia expressamente o procedimento cabível, isto é, a apresentação da proposta onerada e o subsequente desconto do valor do tributo na nota fiscal. Portanto, a teor do parecer mencionado na defesa, o único procedimento aplicável era aquele previsto no edital do Pregão 063/2006, ou seja, a apresentação de proposta onerada.*

5.12. *Quanto à necessidade reconhecida no âmbito do Poder Judiciário acerca da realização de perícias técnicas fiscais e contábeis, cabe esclarecer que, apesar de este Tribunal ter jurisdição própria e independência em relação às decisões oriundas de outros poderes, foi trazida aos presentes autos, na fase processual anterior (peças 32-36) a citada perícia e suas conclusões foram objeto de análise por parte desta Corte, mas não tiveram o condão de alterar as conclusões adotadas nesta tomada de contas especial, conforme instrução da Unidade Técnica (peça 38), parecer do Ministério Público/TCU (peça 41) e o Acórdão vergastado.*

5.13. *No que diz respeito à existência de débito, cabe esclarecer que o que restou decidido quando da prolação do Acórdão 3596/2014-TCU-Plenário e do Acórdão 1154/2016-TCU-Plenário não se aplica ao presente caso. Ocorre que naqueles acórdãos não havia a obrigatoriedade de se apresentar as propostas com preços onerados com o ICMS, pois, no caso do Acórdão 3695/2014-TCU-Plenário, o edital facultava a apresentação do preço com a dedução do imposto. Já no presente caso a regra era clara e impositiva. Para reforçar esse argumento, reproduz-se excerto do relatório do referido acórdão (grifos acrescidos):*

*32. Para corroborar a tese da não compulsoriedade da isenção do ICMS, junta aos autos cópia do edital do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 086/2007, realizado pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, onde consta que 'é facultada a apresentação do preço do item cotado com a dedução relativa à isenção do ICMS prevista no Convênio Confaz nº 87/2002' (peça 63, p. 4).*

5.14. *Já no âmbito do Acórdão 1154/2013-TCU-Plenário, relator Ministro Valmir Campelo, os responsáveis foram condenados em multa e foi determinada apuração de débito pela Secex/PB. Importa consignar que se encontra em tramitação na Secex/PB processo de tomada de contas especial (TC 023.957/2016-6), instaurada mediante o Acórdão 1701/2016-TCU-Plenário, que foi proferido no âmbito do TC 018.267/2015-7, o qual foi autuado como monitoramento, em atendimento ao item 9.9.2 do referido acórdão, que determinou que se promovesse novo cálculo para apurar possível dano aos cofres públicos federais decorrente das vendas de medicamentos excepcionais à SES/PB por preços acima do Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG). Dessa forma, o débito não foi afastado como alega o recorrente.*

## **6. Nexa de causalidade.**

6.1. *Alega o ex-Secretário de Saúde que os atos por ele praticados não foram decisivos para a ocorrência de danos ao Estado de Goiás e à União, pois teria determinado, durante sua gestão, a retenção de pagamentos relativos ao ICMS de todas as licitações para aquisição de medicamentos previstos no Convênio ICMS 87/02-Confaz e que os pagamentos desses*

montantes só ocorreram após deixar o cargo de Secretário Estadual, momento no qual o dano se concretizou.

6.2. Dessa forma, entende que o necessário nexo causal entre o dano e os atos por ele praticados não ocorreu no caso em análise.

#### Análise

6.3. Novamente o recorrente não traz aos autos elementos capazes de alterar a deliberação recorrida. Sobre o fato de ter adotado medidas administrativas tão logo teve conhecimento das irregularidades, cabe informar que tal situação não elimina a responsabilidade, pois, ao fim, não foram suficientes para impedir o efetivo dano ao erário.

6.4. Também não lhe socorre a alegação de que teria adotado providências de retenção, posto que limitadas, abarcando apenas os recursos estaduais, fora da jurisdição desta Corte, e, também ao final, resultando em 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).

6.5. Quanto às alegações do responsável sobre a insuficiência do nexo causal entre a sua conduta e o resultado danoso apurado, não devem prosperar diante dos elementos caracterizadores de responsabilidade contidos nos presentes autos.

6.6. 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.

6.7. Conforme já pontuado acima, como bem disseram os Ministérios Públicos estadual e federal, 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).

6.8. No tocante aos argumentos atinentes à responsabilidade do gestor e de controvérsia sobre a oneração/desoneração, 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.*

*6.9. Dessa forma, é forte o nexo de causalidade entre os atos praticados pelo recorrente e o dano ao erário apurado nos presentes autos.*

## **7. Isonomia.**

*7.1. Alega o ex-gestor que não foi respeitado o princípio da isonomia no julgamento guerreado, pois entende que o então pregoeiro, por dever do cargo, deveria averiguar se toda a documentação apresentada pelas licitantes estava de acordo com o edital de licitação.*

*7.2. Dessa forma, e tendo em vista que o débito apurado nos presentes autos decorre de erro praticado ainda na fase de licitação, deveria esta Corte, ao contrário do que fez, condenar o pregoeiro a ressarcir o erário e eximir o recorrente, haja vista que não pode ser exigido dessa autoridade, na qualidade de agente político, o conhecimento de todas as minúcias do processo e não se exigir o mesmo de quem teria conduzido toda a licitação, afirmando:*

*Ademais, ressalta-se que o pregoeiro que detém a expertise na análise do procedimento licitatório. O Recorrente na qualidade de Secretário de Estado tem outras atribuições técnicas e políticas, não tendo a obrigação de fiscalizar as propostas apresentadas nos certames que lhe são direcionados. Ora, resta claro que a tarefa incumbe ao pregoeiro que possui a competência técnica para fazê-lo. Contudo, conforme demonstrado, isso não ocorreu.*

### Análise

*7.3. O argumento não tem o condão de alterar a deliberação combatida. A questão da responsabilização do pregoeiro, tanto nestes autos, quanto em todas as outras tomadas de contas especiais já julgadas por esta Corte acerca do mesmo assunto ora tratado, tiveram o mesmo posicionamento deste Tribunal no sentido de não haver culpa dos agentes responsáveis pela condução do procedimento licitatório, assim se manifestando, na fase processual anterior, a Unidade Técnica responsável pela instrução inicial do feito que sintetiza o posicionamento ora descrito:*

*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.*

*7.4. Os processos citados no trecho acima, 27 tomadas de contas especiais, estão relacionadas à peça 29, p. 2 e 3.*

## **8. Débito solidário.**

*8.1. Afirma o então Secretário de Saúde que não há que se falar em solidariedade do débito, alegando que:*

- a) não teria se locupletado dos valores pagos a mais e que, por isso, não seria correto lhe imputar débito em solidariedade com a empresa contratada, destinatária dos recursos questionados por esta Corte;
- b) atestou as faturas com a convicção que não havia qualquer mácula que pudesse evidenciar qualquer irregularidade, agindo sempre com responsabilidade, coerência e boa fé;
- c) é inimaginável pensar em punição do defendente no mesmo grau da empresa contratada, uma vez que essa foi a beneficiária dos valores supostamente pagos a maior; e
- d) a empresa agiu com má fé induzindo o gestor ao erro ao destacar o valor do ICMS e realizar, em seguida, a desoneração.

### Análise

8.2. A averiguação de diferentes graus de culpabilidade no âmbito desta Corte serve de fundamento para a aplicação de penalidades, mas não tem relação com a imputação de débito de forma solidária.

8.3. Isso porque, conforme prevê o art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, a solidariedade pelo ressarcimento ao erário independe do grau de participação do responsável, bastando identificar a autoria pela prática do ato que deu causa ao dano.

8.4. Nesse sentido, não há como se afastar a responsabilidade do recorrente pelo débito apurado nos presentes autos, já que, conforme demonstrado no item 6.7 da presente instrução, sua participação foi decisiva para a ocorrência da irregularidade que causou prejuízos aos cofres públicos federais, decorrendo, então, sua responsabilidade pela recomposição do erário.

### **9. Momento da desoneração do ICMS.**

9.1. Argumenta a empresa contratada que à época da licitação não havia entendimento pacífico quanto ao momento em que ocorreria a desoneração do ICMS relativa ao Convênio 87/2002-CONFAZ, havendo no âmbito da Secretaria de Saúde do Estado de Goiás editais ambíguos e muitas vezes contraditórios quanto à forma e, como dito, ao momento de aplicação da desoneração.

9.2. Na licitação tratada nos presentes autos a recorrente informa que havia cláusula que determinava a cotação com incidência de todos os tributos, inclusive o ICMS, e outra que determinava às licitantes a apresentação de declaração de que cumprimento das disposições dos convênios 87/2002 e 26/2003, ambas do CONFAZ, afirmando que:

*Ou seja, ao mesmo tempo que o edital determinava incluir "preço cheio" nas propostas, determinava também que os licitantes apresentassem declaração de que não cobrariam o ICMS nas vendas realizadas, sendo, por lógica, desnecessário incluir referido tributo estadual nos preços que posteriormente seriam adjudicados.*

9.3. Dessa forma, entende que a apresentação da proposta desonerada do ICMS era a medida correta a ser adotada, tanto que foi aceita pela Administração Pública Estadual à época, não havendo razões para a imputação de débito, eis que não incluiu o referido tributo duas vezes como afirma este Tribunal.

9.4. Afirma corroborar suas alegações o fato de o Parecer 104/04, emitido no âmbito da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás, emitido posteriormente, recomendar que o procedimento das licitantes, de apresentar preços desonerados e acompanhados de declaração nesse sentido, estaria correto e atenderia os termos do Convênio 87/2002, tendo tal parecer servido de referência para os órgãos licitantes até o ano de 2008, quando a

*controvérsia foi desfeita no âmbito da SES/GO por meio da Portaria 283/2008, que estipulou que as propostas comerciais deveriam cotar preços desonerados.*

*9.5. Dessa forma, o procedimento adotado pela recorrente estaria correto, pois atenderam os termos do parecer do órgão fazendário, posteriormente normatizado pela SES/GO e, ainda, ressaltam que esse normativo estadual foi incorporado aos termos do Convênio 87/2002 por meio dos convênios 57/2010 e 13/2013 do CONFAZ.*

#### Análise

*9.6. Não assiste razão à recorrente. Ocorre que a Gerência de Orientação Tributária da SEFAZ/GO, ao responder questionamento realizado pela Secretaria de Saúde, se manifestou pela correção do posicionamento adotado na licitação tratada nestes autos, quando assim se manifestou (peça 65, p. 26-27, do TC 027.013/2010-3):*

*De qualquer maneira, caso o edital de licitação emitido pela consulente seja omissivo, o fornecedor dos medicamentos poderá adotar um dos três procedimentos a seguir sem ferir a norma supracitada:*

*1. aquele noticiado na inicial e que já vem sendo adotado, qual seja declarar no processo que os preços estão desonerados do imposto e, quando da emissão da nota fiscal, acrescer, no valor dos produtos, o ICMS para, em seguida, abate-lo do valor total das mercadorias;*

*2. apresentar proposta com o valor bruto, isto é, com o ICMS embutido. Quando da emissão da nota fiscal, descontar o valor do imposto, indicando na nota fiscal;*

*3. apresentar proposta informando o valor bruto (com ICMS) e líquido (sem o ICMS) dos produtos, indicando esses valores no valor da nota fiscal.*

*9.7. Dessa forma, e não sendo omissivo o edital de licitação, que explicitamente determinou às licitantes a apresentação de proposta de preços onerada com o ICMS, conforme cláusulas 5.3, não há que se falar em obediência ao entendimento constante do parecer da SEFAZ/GO, que, além de entender que as propostas de preços poderiam ser apresentadas desoneradas, fez recomendação de que isso somente poderia se dar caso o edital de licitação assim permitisse ou se fosse omissivo, o que não se verifica no caso em tela, afastando, ainda, a alegação de falha formal inapta a caracterizar o dano ao Erário, efetivamente ocorrido no caso em apreço.*

*9.8. Ademais, dizer que atendeu normativo editado em 2008 numa licitação que adotava posicionamento distinto em 2004, a toda evidência, não a socorre.*

*9.9. Cabe esclarecer, ainda, que não havia a citada divergência de normas contidas no edital de licitação, pois as regras que exigiam que a licitante apresentasse preços desonerados e também que as licitantes declarassem atender os termos do Convênio 87/2002, em momento algum se contradizem, uma vez que o citado convênio, à época, não estipulava o modo como as licitantes deveriam elaborar suas propostas de preços, de modo que, sendo claro o edital, os preços propostos são entendidos como onerados.*

*9.10. Isso porque, omissa a legislação, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993, a licitação será processada e julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.*

#### **10. Princípio da legalidade do ato administrativo.**

*10.1. Sustenta a empresa contratada, em síntese, que o princípio da legalidade do ato administrativo impede que esta Corte tenha entendimento diferente daquele tido pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás à época dos fatos e, com isso, está o Tribunal impedido de lhe imputar o débito apurado nos presentes autos.*

10.2. *Cita em sua defesa posicionamentos doutrinários e julgado desta Corte nos autos do TC 008.884/2002-7 que, segundo afirma, este Tribunal, respondendo consulta assim respondeu:*

*c) É reprovável a conduta do particular que executa a contratação administrativa segundo as orientações da Administração Pública, especialmente tomando em vista o princípio da presunção de legitimidade das contratações administrativas?*

*Resposta: Não. Se as determinações da Administração Pública apresentam aparência de legitimidade, surge a presunção de sua validade. O particular até pode insurgir-se contra atos administrativos estatais – mesmo aqueles dotados da mais perfeita aparência de validade. Mas isso não significa que o particular que aceita os efeitos de um ato administrativo poderia sofrer prejuízos em virtude de sua eventual invalidação posterior. Esse é o fundamento pelo qual se tem difundido a concepção de que os atos administrativos não comportam, senão em situações excepcionais, a invalidação com efeitos retroativos. Ou seja, os efeitos produzidos pelo ato administrativo enquanto não for pronunciada a sua invalidade devem ser reputados como intangíveis. Essa é uma decorrência inafastável do princípio da segurança jurídica e da presunção de validade dos atos administrativos.*

#### Análise

10.3. *Inverídica a afirmação da recorrente. A resposta dada acima não é oriunda deste Tribunal, mas de jurista contratado pela defesa de jurisdicionado arrolado como responsável nos autos do TC 008.884/2002-7.*

10.4. *Ademais, aceitar a tese ora defendida seria tornar letra morta o art. 71 da Constituição Federal, tornando ineficaz o controle externo da Administração Pública, já que todo o ato que praticasse a Administração Pública não poderia ser entendido irregular por esta Corte, o que, a toda evidência, não é correto.*

10.5. *Por fim, cabe esclarecer que a resposta dada ao questionamento acima transcrito não se aplica ao presente caso concreto, eis que a irregularidade ora tratada não teve origem em ato praticado unicamente pela Administração Pública, mas a contou com a participação direta da empresa recorrente que, apesar de ter cotado seus preços com a incidência do ICMS, conforme já demonstrado ao longo da presente peça, incluiu novamente o imposto ao emitir a nota fiscal e gerou, dessa forma, dano ao erário.*

### **11. Base de cálculo do ICMS.**

11.1. *Alegam que o valor do percentual do ICMS utilizado pelo Tribunal, para calcular o débito, considerando a alíquota de 17%, é incorreto. Isso porque, nos termos do Decreto 4.852/1997, que institui o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás, determina a redução da base de cálculo do preço das vendas de forma que a alíquota do referido Tributo resulte em 10%.*

11.2. *Dessa forma, se for considerado pelo Tribunal que as recorrentes apresentaram seus preços onerados com o ICMS, deve o débito ser calculado com base na alíquota de 10%, inobstante tenham na confecção dos documentos fiscais indicado a alíquota de 17%, o que foi feito simplesmente para cumprir a exigência legal de indicar o valor da desoneração na nota fiscal, sem resultar em qualquer acréscimo ou decréscimo no resultado final das cobranças, informando que poderiam até mesmo indicar o percentual previsto no referido Decreto 4.852/1997, como afirmam já terem feito em outras oportunidades.*

#### Análise

11.3. *Os argumentos não merecem acolhida, pois a norma citada pelas recorrentes, Decreto 4.852/1997, reduziu a alíquota do ICMS para dez por cento e, ao mesmo tempo, vedou a cumulação de benefícios, de forma que, não havendo dúvidas ou mesmo*

*questionamentos das recorrentes quanto à incidência do Convênio 87/2002 na licitação, não há que se falar em redução da alíquota do referido imposto. Ou seja, fazendo uso da isenção, o que resta comprovado pelos documentos fiscais emitidos, onde se observa a indicação da isenção do tributo, não poderiam as recorrentes se valerem da redução da alíquota de ICMS.*

*11.4. Ademais, a redução da alíquota, prevista no anexo IX, art. 8º, inciso VIII, do Decreto 4.852/1997, que poderia ter sido utilizada pelas recorrentes para redução da base de cálculo do ICMS caso a operação tratada nos presentes autos não fosse isenta de tal tributo, requer, nos termos de sua alínea 'c', o preenchimento de certas condições para a concessão do benefício, o que as recorrentes não lograram demonstrar.*

## **12. Ação e perícia judiciais.**

*12.1. Requer a empresa recorrente que seja suspensa a cobrança do débito a ela imputado em virtude da tramitação de processo no âmbito do Poder Judiciário no qual também é requerida a condenação da ré a devolver ao erário os valores tratados nesta tomada de contas especial.*

*12.2. Ademais, informa que no âmbito da referida ação judicial foi elaborado parecer por perito judicial que confirma que a recorrente não teria cotado seus preços onerados com o ICMS.*

### Análise

*13.3. É consagrado no direito pátrio, sendo pacífico no posicionamento jurisprudencial desta Corte, o princípio da independência das instâncias, de modo que não é motivo para a suspensão da exigibilidade do pagamento do débito imputado por esta Corte a existência de ação judicial que porventura condene a recorrente ao ressarcimento dos valores por ela ilegalmente recebidos do erário.*

*13.4. Caso haja condenação nas duas esferas, de certo o débito quitado em um dos processos, caso demonstrado pela recorrente, deverá ser reconhecido no outro, não havendo que se falar em pagamento em duplicidade.*

*13.5. Quanto à perícia juntada nos autos da ação judicial, a questão, trazida pela recorrente na fase processual anterior, não teve, e não tem, o condão de alterar o acórdão vergastado pelos motivos já expressos na instrução elaborada pela Unidade Técnica responsável pela análise da questão apresentada, quando assim se manifestou em irreparável pronunciamento (peça 38):*

*17. Quanto ao laudo pericial apresentado pela Medcommerce, 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.*

*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, onerado e desonerado. 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.”

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 Medcommerce 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.”

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 Acórdão 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 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, 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.

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

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.

35. O autor do laudo pericial argumentou ainda que o valor adjudicado para o produto “Copaxone” para a Medcommerce 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.

12.6. *Dessa forma, a ação judicial e o parecer técnico não aproveitam ao recorrente.*

### **CONCLUSÃO**

13. *Da análise anterior conclui-se que:*

- a) restou devidamente comprovada a ocorrência de débito;*
- b) há nexos de causalidade entre os atos praticados pelo gestor e o débito apurado;*
- c) não há qualquer afronta ao princípio da isonomia;*
- d) é correta a imputação de débito de forma solidária;*
- e) havia obrigatoriedade de apresentação, nas propostas, de preços onerados com o ICMS;*
- f) o princípio da presunção de validade dos atos administrativos não impede esta Corte de julgar irregulares as presentes contas;*
- g) a base de cálculo do ICMS utilizada pelo Tribunal é correta;*
- h) a ação e a perícia judiciais não tem o condão de alterar o acórdão recorrido.*

13.1. *Dessa forma, deve ser negado provimento aos recursos de reconsideração interpostos e mantido, em seus exatos termos, o Acórdão 1128/2018-TCU-2ª Câmara.*

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

14. *Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas e Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1128/2018-TCU-2ª Câmara, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:*

- a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;*
- b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados.”*

## **PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU**

2. O Ministério Público junto ao Tribunal, representado pelo Procurador Julio Marcelo de Oliveira, manifestou anuência com a proposta apresentada pela Secretaria de Recursos, conforme o Parecer à peça 140, a seguir transcrito.

*“Em face do que restou apurado nos autos, o Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento consignada pelo auditor instrutor (peça 137), com a qual anuiu o diretor técnico da Secretaria de Recursos (peça 138), no sentido de o Tribunal conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas e Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.128/2018-TCU-2ª Câmara para, no mérito, negar-lhes provimento.”*