

TC 016.833/2009-0

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO.

Recorrentes: Antônio Durval de Oliveira Borges (CPF: 194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (CPF: 216.542.981-15); Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ: 26.921.908/0001-21)

Advogado: Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24089), procuração à peça 51, p. 6.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de Contas Especial. Aquisição de medicamentos. Pagamentos efetuados sem efetiva desoneração de ICMS. Citação solidária. Aceitação, pela fornecedora, de preços constantes da estimativa de preços da licitação, após negociação com o pregoeiro. Estimativa efetuada com ICMS embutido. Não desoneração por ocasião do pagamento da fatura. Isenção fiscal ficticiamente considerada. Rejeição das alegações de defesa. Contas irregulares. Débito. Embargos de Declaração. Rejeição. Recursos de Reconsideração. Conhecimento. Não Provimento. Ciência.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração em tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 – Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 117/2006, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos de alto custo para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO.

HISTÓRICO

2. A irregularidade tratada neste processo foi descrita inicialmente pela equipe de inspeção da Secex/GO e reportada no relatório que precedeu o referido acórdão, ensejando a determinação para instauração de tomada de contas especial por parte da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO) para cada um dos pregões relativos à aquisição de medicamentos, o que foi efetuado pela referida unidade.

3. A principal irregularidade apontada, a partir da qual se apurou dano ao erário, consistiu na constatação de que não teria havido efetiva desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados às empresas contratadas, e, em especial neste processo, não houve a desoneração do ICMS, por ocasião dos pagamentos (desoneração devida em razão de isenção fiscal). A empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. teria apresentado nota fiscal para fins de faturamento dos valores contratados para o fornecimento do medicamento Ziprasidona sem considerar a desoneração do imposto em relação à sua proposta, de modo a gerar o abatimento do tributo no momento do pagamento.

4. No mérito, a decisão recorrida acompanhou os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de dano ao erário, o qual se imputou em solidariedade aos agentes públicos e empresa fornecedora do medicamento Ziprasidona, a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

5. Por meio do Acórdão 732/2013 – TCU – Plenário, o Tribunal deliberou sobre a referida tomada de contas especial. Reproduz-se a seguir a referida decisão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 – Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 117/2006, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. excluir o Sr. Adriano Kennen de Barros da relação processual;

9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e § 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, Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares 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
131601	11.453,38	21/11/2007
137201	21.542,40	9/8/2007
127464	11.561,09	21/11/2007

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. determinar à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás que, no prazo de sessenta dias contados da ciência deste acórdão, providencie a instauração e remessa a este Tribunal de novos processos de tomada de contas especial relativos aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 117/2006 – SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, sendo um processo para cada empresa contratada no referido pregão, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que:

9.5.1. o dano apurado neste processo de tomada de contas especial levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 003/2008 da comissão instauradora de TCE e, portanto, apenas a parte das notas fiscais emitidas pela empresa Hospfar, Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares, uma das empresas fornecedoras de itens do pregão;

9.5.2. há, no referido Relatório Conclusivo 003/2008, informação da existência de um dano potencial que poderia se concretizar com a realização de pagamentos integrais às empresas, em face da emissão de notas fiscais e de suas propostas, consideradas por essas como já tendo sido desoneradas do ICMS, o que só não ocorreu em razão das retenções que vinham sendo efetuadas por essa unidade;

9.5.3. o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, remetem à informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer

003225/2011 e do Despacho “GAB” 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade da manutenção da retenção de pagamentos por falta de amparo legal (peça 66), de modo que, assim, possibilitou-se, com esses documentos, a realização dos pagamentos pleiteados pelas empresas, concretizando-se, possivelmente, o dano potencial apurado pela comissão instauradora da TCE;

9.6. determinar à Secex/GO que:

9.6.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do subitem 9.6 retro, encaminhe à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia integral deste processo em meio eletrônico, juntamente com cópia do inteiro teor deste acórdão;

9.6.2. monitore cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida por este Tribunal e, tão logo receba o processo de tomada de contas especial assim constituído, realize a citação dos responsáveis nela identificados;

9.7. encaminhar cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para ajuizamento das ações civis e penais que entender pertinentes, tendo em vista o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.8. 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, para que adote as medidas que entender pertinentes, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 117/2006 – SES/GO.

6. Inconformados com o referido *decisum*, os recorrentes interpuseram o presente recurso de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

7. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 117 e 136), ratificados às peças 119 e 137 pela Exma. Ministra-Relatora Ana Arraes, que concluiu pelo conhecimento do recurso de reconsideração interposto por Antônio Durval de Oliveira Borges, Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 732/2013 – TCU – Plenário, suspendendo o efeito do itens 9.2 a 9.4 do referido *decisum*.

8. Passa-se ao exame técnico do recurso interposto.

EXAME TÉCNICO

Mérito

Recorrente: Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (peça 114)

Argumentos

9. A recorrente alega que a estrutura normativa sob a qual ocorreu o Pregão 117/2006 foi declarada inconstitucional em outro processo. Nessa linha, as normas contidas no edital restaram contaminadas (peça 114, p. 3). Reproduz o Acórdão 140/2012 – Plenário no qual se entendeu ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos diante do princípio da igualdade (peça 114, p. 4-8).

10. Coloca existirem 19 processos de TCE promovidos pela Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Goiás acerca da desoneração do ICMS.

11. Explica que a conclusão do referido julgado, foi justamente a tese aplicada pela recorrente ao apresentar sua proposta de preço desonerada do ICMS.

12. Reafirma a ilegalidade das cláusulas do edital que exigiam a apresentação de preços onerados de ICMS.

13. Afirma ter agido de boa-fé, pois sempre informou à Administração que seus preços estavam desonerados, agindo conforme a legalidade e o disposto no Acórdão 140/2012 – Plenário.

14. Assevera que a aplicabilidade da referida decisão não deve ser considerada *ex nunc*, pois se trata de verdade supratemporal (peça 114, p. 11).

15. Apresenta parecer na íntegra do Professor Marçal Justen Filho elaborado especialmente para o presente processo.

16. À peça 114, p. 13-15 encontra-se o sumário e à p. 16-20 narram-se os fatos bem como os quesitos formulados pela recorrente ao parecerista.
17. O parecer discorre inicialmente sobre a composição dos custos diretos e indiretos e destaca que a responsabilidade tributária recai sobre o fornecedor e não sobre o adquirente.
18. Explica que, no caso da Administração Pública, esta deve verificar os custos dos licitantes que os apresentam em planilhas de custos para descartar propostas inexequíveis e lucros excessivos (peça 114, p. 21).
19. Coloca que as propostas dos licitantes deveriam assegurar os recursos necessários à liquidação das obrigações tributárias correspondentes, sob pena de inexecutabilidade. Contudo, no presente caso em concreto, tem-se mercadoria isenta de ICMS (peça 114, p. 22). Nessa linha, não caberia ao licitante incluir em sua proposta custo indireto inexistente (peça 114, p. 23).
20. Assevera que os editais de licitação consagraram solução antijurídica ao determinarem ao licitante formular sua proposta contemplando a incidência do ICMS, apesar de sua isenção. Considera que esses editais violaram os princípios da moralidade e legalidade bem como impediam que os licitantes retratassem o custo real necessário à execução do contrato.
21. Afirmar que o Convênio Confaz ICMS 87/2002 previa apenas a expressa indicação no documento fiscal do abatimento de valor equivalente ao ICMS devido sem indicar em que momento tal operação deveria ser aplicada na apresentação das propostas ou na assinatura do contrato. Conclui que até 22.04.2010 não havia determinação acerca da composição das propostas de preços de medicamentos isentos de ICMS em licitações.
22. Coloca ser inadmissível que o valor da efetiva contratação destoe do valor da proposta.
23. Discorre acerca da irretroatividade dos normativos (peça 114, p. 26).
24. Afirmar que a Hospfar agiu adequadamente de acordo com os fatos que lhe foram narrados.
25. Coloca que a empresa impugnou o edital administrativo e judicialmente, exaurindo os encargos que lhe cabiam (peça 114, p. 27).
26. Afirmar que apesar da manutenção das regras defeituosas, a empresa optou por apresentar seu preço livre do ICMS, o que teria sido noticiado à Administração Pública. Nessa linha, a Administração sabia que a proposta correspondia ao valor real do contrato, com abatimento do valor correspondente ao ICMS que seria devido, se não houvesse isenção.
27. Assevera que a recorrente optou por seguir a Constituição Federal e a Lei assumindo o risco de sua proposta ser desclassificada por estar em desacordo com o edital. Contudo, a Administração Pública considerou que a sua proposta era a mais vantajosa possível.
28. Aduz que no momento da contratação a empresa afirmou que o seu preço não continha a incidência de ICMS. A documentação fiscal emitida aludia à ausência de incidência do ICMS conforme Convênio Confaz 87/2002 e Decreto Estadual 4.852 (peça 114, p. 28).
29. Explica que a recorrente apresentou proposta contendo preço líquido de ICMS, mas a legislação do ICMS exige que o fornecedor emita nota com preço cheio e exclua o montante atinente à isenção.
30. Afirmar que a recorrente não auferiu benefícios indevidos (peça 114, p. 29-31), pois não houve diferença entre o valor ofertado na licitação, o contrato e o constante da fatura de cobrança.
31. Assevera que a recorrente seguiu as regras do Convênio Confaz 87/2002 ao acrescentar aos preços contratados o valor do ICMS demonstrando em seguida a sua desoneração. Isto porque os preços ofertados nas licitações não compreendiam a carga do ICMS.
32. Conclui pela ausência de prejuízo aos cofres públicos diante da ciência da Administração Pública de que os preços da recorrente eram líquidos de ICMS não tendo sido induzida a pagar valor superior ao devido segundo a legislação tributária. Considera enriquecimento sem causa da Administração Pública apropriar-se de 17% das prestações devidas.
33. Afirmar que a Administração Pública não é competente para alterar o conteúdo da proposta apresentada, mas somente para desclassificar proposta diante da regularidade e conveniência. Na medida em que for aceita, a proposta deve ser executada em seus estritos termos

(peça 114, p. 32). No presente caso, a empresa teria informado que o valor era líquido de ICMS não sendo possível a Administração se furtar a pagar a contrapartida pelo fornecimento do medicamento conforme definido na proposta da contratada (peça 114, p. 33).

34. Coloca ter havido manifestação formal da administração estadual pela validade dos atos praticados quanto à carga tributária. Discorre acerca dos atos administrativos e do dever de coerência da Administração Pública (princípio da boa-fé objetiva) para afirmar que os atos praticados no presente caso pela administração estadual são válidos, pois não foram desconstituídos, não sendo possível voltar-se contra eles para obter vantagens em detrimento do particular (peça 114, p. 34-36 e 40).

35. Assevera a necessidade de observar o princípio da segurança jurídica, a confiança legítima, sendo vedada conduta contraditória praticada pela Administração, ressalvado o exercício do dever-poder de revisão mediante revogação dos atos válidos motivadamente (peça 114, p. 37-38). Explica que, no presente caso concreto, a administração estadual adotou conduta contraditória com atos praticados ao longo de mais de cinco anos (2002 – 2007) tendo a Secretaria da Fazenda de Goiás considerado correta a conduta da recorrente.

36. Ressalta que a recorrente adimpliu as obrigações assumidas. Contudo, em 2008, a administração estadual entendeu não ter havido a desoneração da carga tributária do ICMS e passou a reter 17% dos valores devidos para se resguardar do suposto prejuízo sofrido. Isso demonstraria que a administração praticou conduta contraditória sendo, assim, inválida por inexistir norma jurídica justificadora (peça 114, p. 39-40).

37. Alega ter ocorrido decadência e prescrição em face do decurso de prazo de 5 anos – art. 54 da Lei 9.784/1999, art. 1º do Decreto 20.910/1932 e art. 206, § 3º, inc. V do Código Civil (peça 114, p. 41-42 e 60). Nessa linha, a administração estadual estaria impedida de desconstituir seus atos administrativos no presente caso (peça 114, p. 43).

38. Discorre acerca da autotutela administrativa destacando a necessidade de observância da legalidade, do processo e da proporcionalidade (peça 114, p. 44). Coloca inexistir no presente caso os pressupostos para o exercício pela administração estadual da autotutela de suas pretensões (peça 114, p. 45). Consideram-se, assim, as retenções realizadas inadequadas, pois indispensável a intervenção do Poder Judiciário já que não se trata de inadimplemento contratual ou infração a normas jurídicas, mas sim de alteração do conteúdo da proposta da recorrente (peça 114, p. 46).

39. Ressalva que a administração não possui competência acautelatória, mas ainda que existisse, deveriam ser preenchidos requisitos, como instauração de processo administrativo e demonstração da proporcionalidade da medida, o que não ocorreu no presente caso.

40. Discorre acerca do desvio de finalidade (peça 114, p. 47) para concluir que retenção dos créditos devidos visando a constranger a recorrente a atingir composição de custo com a administração estadual configura desvio de finalidade, atuação administrativa ilegal e ofensiva a direitos e liberdades individuais (peça 114, p. 48).

41. Alega violação pela administração estadual do princípio do devido processo legal e seus corolários ampla defesa e contraditório, o que configura vício insanável, a seu ver. Afirma ter ocorrido a coisa julgada administrativa diante do exaurimento da competência decisória da administração estadual no âmbito do processo licitatório em questão, que já está encerrado (peça 114, p. 48-52).

42. Contesta o percentual de 17%, pois as operações interestaduais se sujeitam a alíquotas diversas daquela aplicável à operação interna ao Estado-membro (peça 114, p. 52). A alíquota correta deveria ter sido definida no âmbito de processo administrativo destinado à produção de provas, o que não teria sido feito, sendo, assim, inadequado restringir direitos da recorrente. Afirma ter ocorrido confisco (peça 114, p. 53).

43. Em seguida, o parecerista passa a responder cada quesito realizado pela recorrente.

44. Coloca que a recorrente agiu corretamente ao seguir a lei e não edital, pois este era defeituoso. Ademais sua escolha não envolvia prejuízo aos cofres públicos.

45. Afirmar que a regra do edital era equivocada, ilegal, destituída de utilidade para garantir a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e capaz de resultar em distorções entre os licitantes diante da carga diferenciada de ICMS. Destaca que o julgamento da licitação pelo menor preço deve considerar o menor valor a ser desembolsado pela Administração. Coloca que a administração estadual reconheceu o equívoco e alterou as regras para as licitações a partir de 2007.

46. Assevera não ser possível aplicar ao presente caso as regras do Convênio Confaz 57/2010 sob pena de ferir o princípio da legalidade (peça 114, p. 55).

47. Acredita que a administração estadual deveria ter desclassificado a proposta por infringir as regras do edital. Contudo, estar-se-ia indo de encontro à lei e a favor de regra editalícia ilegal (peça 114, p. 56).

48. Coloca não ter havido prejuízo aos cofres públicos. Explica que o prejuízo teria ocorrido caso a regra do edital tivesse aplicada por todos os licitantes, o que poderia acarretar a contratação de licitante cuja proposta não efetivamente a mais vantajosa. No presente caso, a administração pagou o valor exato presente na proposta, líquido de ICMS, conforme informado pela licitante.

49. Explica não ser possível a Administração Pública modificar as condições da proposta, pois ao homologá-la se vincula aos seus termos. Caso não esteja de acordo com as normas legais e editalícias, a única solução é a desclassificação da proposta (peça 114, p. 57). Nesse sentido, se a licitante informou que o preço era líquido de ICMS, descabido a administração afirmar o contrário.

50. Afirmar que a recorrente não se beneficiou de modo indevido, pois a proposta já refletia a ausência do ICMS. Nessa linha, a retenção do valor foi indevida, caracterizando enriquecimento ilícito. Coloca que, após formalizada a contratação e executado regularmente o contrato, a recorrente tem o direito a receber o pagamento do valor contemplado em sua proposta. Caso, a administração estadual entendesse diferentemente deveria obter tutela jurisdicional (peça 114, p. 58-59).

51. Afirmar que a manifestação formal no sentido da correção da conduta adotada pela licitante deveria ser desconstituída para somente, então, imputá-la prática de conduta irregular.

52. Por fim, afirmar ser impossível determinar alíquota de ICMS aplicável ao caso, pois a empresa apresentou proposta líquida do referido imposto (peça 114, p. 61).

53. Requer sejam suas contas julgadas regulares com ressalvas.

Análise

54. Informe-se, desde já, não assistir razão à indigitada. Explica-se.

55. Em linhas gerais, a empresa Hospfar apresenta os mesmos argumentos e documentos já acostados aos autos na fase de alegações de defesa. Registre-se que a matéria foi enfrentada por esta Corte de Contas, conforme relatório e voto da decisão recorrida (peças 71 e 73).

56. O recurso de reconsideração, por sua natureza e por força dos princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa, possui efeito devolutivo pleno, o que pressupõe nova apreciação pelo Tribunal de toda matéria impugnada. Dessa forma, há necessidade de análise das razões do recurso – ainda que encerrem mera repetição de argumentos já enfrentados – haja vista que, neste caso, estamos diante de pedido de nova decisão.

57. Em relação à alegação acerca do Acórdão 140/2012 – Plenário, o voto da decisão recorrida dedicou o tópico “V” a esclarecer sua não incidência no presente caso concreto, sendo, assim, inadequado também o argumento quanto a boa-fé. Anui-se ao disposto na peça 73, p. 11-15 e peça 107, p. 12 (voto em decisão que apreciou os embargos de declaração). Destaca-se que a referida decisão teceu recomendações diante da constatação de inconstitucionalidade da norma. Contudo, por se tratar de recomendação, a violação ao princípio da isonomia será analisada em cada caso concreto, considerando-se o normativo vigente à época dos fatos, daí considerar que os efeitos dessa decisão serem *ex nunc*. No presente caso concreto, não houve violação ao princípio da isonomia no âmbito do processo licitatório. Cumpre, nesse sentido, reproduzir trecho do voto da decisão que julgou os embargos – Acórdão 2471/2013 – Plenário (peça 107, p. 12):

38. Conforme trecho do voto proferido à ocasião, reproduzido retro por ocasião da manifestação sobre os embargos da empresa Hospfar, as discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamentos passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questionou se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital, e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isso foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação.

58. No que tange ao parecer apresentado pela recorrente, importante ressaltar alguns aspectos. Em primeiro lugar, o referido parecer foi elaborado para instruir a defesa da recorrente em ação civil pública (peça 114, p. 16). Nesse sentido, constam explicações que não se prestam a sua defesa no âmbito desta TCE. Todos os argumentos foram resumidos, como se observa acima, contudo, nem todos serão considerados diante da não subsunção à presente TCE. É o caso dos argumentos referentes à retenção de valores, prescrição e decadência, violação ao devido processo legal e seus corolários, poder-dever de autotutela, ou seja, todos aqueles voltados à discussão acerca da atuação da administração pública estadual. Note-se estar-se diante de uma Tomada de Contas Especial no âmbito do Tribunal de Contas da União, ou seja, de um processo administrativo em que foi oportunizada a ampla defesa e o contraditório, sem que se tenha determinado qualquer retenção, mas sim o ressarcimento de valores auferidos indevidamente após exame exaustivo de todas as provas contidas nos autos e argumentos apresentados pela empresa licitante. Ademais, esta Corte considera imprescritíveis as ações de ressarcimento.

59. Em segundo lugar, tem-se que a recorrente já apresentou o mesmo parecer (peça 52, p. 13 – peça 54, p. 13) tendo este sido analisado pelo relatório da decisão recorrida, em sede de novos elementos, à peça 71, p. 13-14 (item 73). Informe-se anuir-se plenamente à análise ali contida.

60. Dessa forma, serão considerados nesta instrução, para fins de efeito devolutivo, os argumentos contidos no referido parecer relacionados ao mérito em si.

61. No caso, alega-se ter-se informado que os preços constantes da proposta da licitante eram desonerados do ICMS. Contudo, as provas dos autos demonstram que a empresa firmou declarações também em sentido contrário (peça 73, p. 9, item 15) bem como emitiu algumas notas fiscais como se o valor da proposta fosse onerado e outras como se o valor fosse desonerado (peça 71, p. 4, item 15 e peça 39, p. 11 – planilha B).

62. Argumenta-se que a recorrente optou por seguir a lei em detrimento de regra ilegal contida no edital. Contudo, tal não procede. Não se verificou no presente caso em concreto a aventada ilegalidade da regra editalícia. Inclusive, conforme consta dos itens 53 e 54 do voto da decisão recorrida (peça 73, p. 14), com cuja análise se anui, os convênios do ICMS não dispunham, à época, como deveriam ser apresentadas as propostas de licitantes, como recentemente se fez na alteração havida no Convênio ICMS 87/2002. O edital em questão, estabeleceu a regra aplicável no caso daquela contratação, que deveria ser observada por todos os licitantes, não se verificando ilegalidade em sua disposição.

63. Ademais, conforme informado no voto da decisão recorrida no item 51 (peça 73, p. 13), havia, à época dos fatos, controvérsia sobre o tema superada pela regra do edital (cláusula 5.1.5 e 5.3 – peça 6, p. 48-49) ao definir “*Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.*”. Dessa forma, no âmbito da licitação em questão, as regras eram bem claras, sem margem para polêmica ou controvérsia, tendo a empresa se vinculado aos comandos do edital, como declarou que o fez (peça 15, p. 14).

64. Ressalte-se, ainda, não constar qualquer impugnação do edital pela empresa licitante acerca do tema. Note-se que a regra do edital não pode ser considerada eivada de vício, pois segue as regras do Convênio ICMS 87/2002 e Convênio ICMS 26/2003 no sentido de exigir que na nota fiscal conste destacadamente o valor do ICMS. A hipótese aventada de que a regra poderia violar a isonomia entre os participantes não se aplica, pois da licitação em questão, fornecimento do

medicamento Ziprasidona, somente a recorrente participou, não se verificando no mundo dos fatos a ilegalidade sugerida.

65. A questão fulcral é o entendimento exposto nos itens 19, 8, 9, 26, 27, 32, 15, 41, 43 e 49 (peça 73, p. 4-7, 9-11) do voto da decisão recorrida acerca das declarações da empresa recorrente de que havia incluído todos os impostos em sua proposta bem como acatava todos os termos do edital (peça 15, p. 14) e o fato de ter aceito negociar o seu preço para atingir o preço máximo referenciado para a licitação em tela, no qual já estava incluído o imposto, pois utilizou-se referência contida na Portaria 21/2006, conforme registrado na ata do pregão (peça 21, p. 19).

66. No que tange ao percentual de 17%, tem-se que a própria empresa declarou ser este o percentual de ICMS a ser considerado (peça 15, p. 14). Ademais, há dois tipos de notas fiscais emitidas pela empresa, algumas excluindo o valor do ICMS, considerando a alíquota de 17% e em outras acrescentado o valor do ICMS no mesmo percentual. Como este foi o percentual praticado pela empresa, este foi adequadamente utilizado para fins de cálculo do débito na presente TCE pela decisão recorrida (peça 71, p. 5, itens 19, 20, e 22; p. 6 item 27).

67. Atente-se que a empresa não apresenta argumentos a fim de superar essas constatações realizadas pela decisão ora recorrida, sendo, portanto improcedentes os argumentos novamente trazidos aos autos.

68. Após reexame dos autos verifica-se que a recorrente beneficiou-se indevidamente ao emitir notas fiscais com o valor final superior ao negociado em ata de pregão no processo licitatório, devendo ser mantido o débito apurado pela decisão ora recorrida.

69. Apesar de o recorrente repetir argumentos idênticos aos examinados no acórdão recorrido, esses foram novamente examinados, em razão das características do efeito devolutivo na fase recursal. Entretanto, verificou-se, conforme registro acima, que os argumentos e documentos novamente trazidos aos autos pelo recorrente não são capazes de modificar o entendimento firmado pelo Tribunal no acórdão recorrido.

Recorrentes: Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças e Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde (peça 135)

Argumentos

70. Os recorrentes inicialmente expõem os fatos do presente processo (peça 135, p. 1-5).

71. Em seguida, alegam ser possível caracterizar a sua boa-fé, pois a alteração do ato de homologação empreendida pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas atendeu orientação jurídica de que a partir daquele momento seriam retidos os 17% do ICMS, o que deveria restar claro no processo de pagamento.

72. Explicam que a retificação foi necessária de acordo com o item 5.3.1 do edital, pois a homologação foi expedida, inicialmente, com preços onerados, mas as propostas haviam sido apresentadas com preços desonerados. Ademais, de acordo com o art. 3º da Portaria 28/2007 GAB/SES, nas ordens de fornecimento, os valores a serem pagos devem ser acompanhados dos seus respectivos valores onerados e desonerados de ICMS. Colocam, assim, não terem sido omissos (peça 135, p. 6).

73. Asseveram que o TCU tem mais de onze processos de tomadas de contas especial sobre o mesmo assunto, devendo ser analisados em conjunto, pois foram diversos procedimentos realizados desta forma.

74. Alegam terem sido responsáveis por delatar a prática e regularizar as ações na Secretaria de Saúde/GO. Consultaram a Procuradoria-Geral do Estado acerca da desoneração do ICMS. Explicam que a Superintendência de Administração e Finanças detectou a irregularidade e determinou o ressarcimento.

75. Aduzem que o Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, em face do benefício social, determinou pagamento dos medicamentos antes do pronunciamento da Procuradoria Geral e Fazendária (peça 135, p. 7).

76. Colocam ter havido divergências de entendimento entre o controle interno, Secretaria da Fazenda, assessoria jurídica e Procuradoria-Geral do Estado. Contudo, determinou-se a identificação de possível dano ao erário.
77. Reproduzem pareceres no sentido de que o valor da proposta deveria ser desonerado de ICMS para efeito de competição, não havendo ilegalidade na apresentação do valor da proposta desonerado se não afetar a comparação entre as propostas e atender à legislação que rege a matéria (peça 135, p. 8-9).
78. Destacam que o MP/TCU divergiu do relator da decisão ora recorrida e reconheceu sua boa-fé.
79. Colocam que o Acórdão 140/2013 – TCU – Plenário recomendou ao Confaz que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição entre eles considere este valor, o que seria, a seu ver, a forma correta de aplicação.
80. Em 2007, o Sr. Cairo Alberto de Freitas determinou a adoção de medidas a solucionar os problemas dos Convênios 87/02 e 26/03 do Confaz relativo ao ICMS (peça 135, p. 11), como a realização de auditoria para apurar valores pagos a maior, a retenção de 17% do ICMS em cada pagamento realizado e a definição de novas regras para os editais de licitação.
81. Colocam, ainda, terem realizado a retenção mediante anulação/cancelamento de empenho da quantia de R\$ 61.575.25 (peça 135, p. 12 e peça 48, p. 1317-1318).
82. Afirmam terem agido como esperado de um homem médio.
83. Explicam, ainda, que as 18 unidades de saúde eram mantidas por uma única central de compras e contratações. Destacam que a falta de medicamentos poderia resultar em mortes, optando-se pela manutenção do fornecimento, promovendo as medidas necessárias para recompor o erário em caso de prejuízo.
84. Colocam que a empresa Hospfar possui mais de 15 milhões de reais retidos, o que demonstraria que a retificação do ato de homologação não visou beneficiá-la.
85. Afirmam que a empresa foi a única beneficiária com o acréscimo patrimonial da operação.
86. Acreditam que o fato de anulação do empenho não comprovar o ingresso da receita aos cofres da União não justifica negar validade às provas produzidas. Isto porque cabe ao Estado de Goiás ao anular o crédito ressarcir os cofres da União e não o particular na condição de ex-gestor.
87. Sugerem que o TCU determine ao Estado de Goiás comprovar o recolhimento da importância devida ou ao Ministério da Saúde que retenha o valor do dano nos repasses fundo-a-fundo ao Estado de Goiás, pois este é depositário dos recursos da União. Caso não ressarça, consideram que o Estado de Goiás se enriqueceria ilicitamente, independentemente da fonte orçamentária da anulação do empenho realizada.
88. Ressalvam serem a parte mais frágil da relação, sendo muito oneroso exercer o direito de regresso contra o Estado de Goiás e a empresa (peça 135, p. 14).
89. Explicam, ainda, que o valor retido é o valor atualizado até a data da primeira citação, o que demonstraria a boa-fé em obter garantia do ressarcimento aos cofres da União.
90. Requerem julgamento das contas regulares com ressalvas, afastamento do débito, reconhecimento do boa-fé bem como determinação ao Estado de Goiás para comprovar o recolhimento da importância de R\$ 61.575.25 aos cofres da União ou ao Ministério da Saúde para que retenha referido valor nos repasses mensais fundo-a-fundo do SUS.

Análise

91. Informe-se aos indigitados não lhe assistirem razão. Explica-se.
92. Importante, inicialmente, esclarecer que os recorrentes foram condenados em débito solidariamente à empresa contratada porque o Sr. Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela autorização e o Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, pela execução de pagamentos feitos à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (pregão nº 117/2006 - fl. 1041), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na

Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado.

93. Além disso o Sr. Cairo assinou Ato de Retificação de Homologação do Edital (peça 31, p. 15), determinando que os valores adjudicados fossem considerados desonerados de ICMS e não onerados como previsto no item 5.3.1 do edital, conforme consta do voto (peça 73, p. 17).

94. No que tange à alegação de que havia preocupação quanto ao abastecimento das unidades de saúde, verificou-se inexistir o risco aventado pelo recorrente de suspensão contratual, pois o lapso entre a data da nota fiscal e demais procedimentos eram inferiores aos noventa dias não se enquadrando nos termos da Portaria 140/2006. Contudo, os ajustes foram pagos antes da outorga da Procuradoria Geral do Estado, que se recusou a outorgar a celebração de contrato com data retroativa (peça 30, p. 17-25), conforme consta do voto (peça 73, p. 18). Atente-se, ainda, que o Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges efetuou pagamento embora não se enquadrasse nos termos da Portaria 140/2006 e a assessoria jurídica ter opinado contrariamente ao pagamento de nota fiscal devido aos vícios decorrentes da ausência de juntada da ordem de fornecimento e do atesto relativo à conferência dos valores financeiros de algumas faturas (peça 39, p. 8).

95. Note-se que, apesar de no voto da decisão recorrida constar não se ter reconhecido a boa-fé dos gestores, com o que se anui diante dos fatos expostos acima, ponderaram-se as colocações do MP/TCU que opinou pela boa-fé dos gestores. Nesse sentido, decidiu-se por não aplicar a pena de multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 aos recorrentes (peça 73, p. 18-19, itens 79-81). Leitura atenta do referido trecho permite concluir que esta Corte considerou em seu julgamento os esforços envidados pelos responsáveis como atenuantes das condutas que contribuíram para a ocorrência do dano ao erário. Considera-se tal posicionamento razoável e proporcional.

96. Conforme se verifica abaixo da análise empreendida quanto ao recurso apresentado pela empresa Hospfâr Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. – Hospfâr (itens 63-66 desta instrução), a proposta por ela apresentada continha preços onerados pelo ICMS, conforme determinou o item 5.3.1 do edital. Ademais, foram emitidos dois tipos de notas fiscais pela empresa, algumas excluindo o valor do ICMS, considerando a alíquota de 17% e em outras acrescentado o valor do ICMS no mesmo percentual. A autorização e a execução dos pagamentos em desacordo com as regras do edital contribuiu para a ocorrência do dano, daí decorre a responsabilidade pelo ressarcimento ao erário pelos gestores responsáveis pela prática dos referidos atos administrativos. Sua atuação posterior permitiu a exclusão da penalidade de multa por esta Corte de Contas.

97. A decisão desta Corte em julgar as tomadas de contas especiais em processos apartados consta do Acórdão 45/2008 – Plenário, não sendo este o foro adequado para sua rediscussão.

98. No que tange ao argumento referente à aplicação, ao presente caso em concreto, dos termos do Acórdão 140/2013 – Plenário este encontra-se superado conforme item 57 desta instrução.

99. Por fim, os recorrentes requerem a esta Corte que determine ao Estado do Goiás que repasse o valor do débito atualizado, ante as retenções realizadas por eles à época dos fatos, ou, alternativamente, determine ao Ministério da Saúde que retenha quando do repasse fundo a fundo a referida quantia. Ora, referidas medidas não seriam justas com o Estado de Goiás e sua população, pois não se beneficiaram desse valor nem deram causa à ocorrência do dano (art. 1º da Lei 8.443/1992).

100. Ademais, acatam-se as ponderações realizadas pelo voto da decisão recorrida à peça 73, p. 16 e 17 no sentido de que as retenções (ou glosas) até então efetuadas foram tornadas insubsistentes no âmbito dos processos de pagamento, por haver parecer da Procuradoria Geral do Estado pela ausência de amparo legal para as referidas medidas.

101. Dessa forma, os recorrentes não apresentam argumentos suficientes para afastar a caracterização da sua responsabilidade realizada pela decisão vergastada, devendo ser mantida a condenação em débito bem como o julgamento pela irregularidade das contas.



CONCLUSÃO

102. Os argumentos apresentados pelos recorrentes não lograram êxito em reformar o Acórdão 732/2013 – TCU – Plenário.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

103. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Antônio Durval de Oliveira Borges, Cairo Alberto de Freitas e Hospfâr Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 732/2013 – TCU – Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos recursos interpostos e, no mérito, negar-lhes provimento; e
- b) comunicar aos recorrentes da decisão que vier a ser adotada bem como aos demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 25/02/2014.

Érika de Araujo Almeida
Auditora Federal de Controle Externo
Matrícula 6487-4