

GRUPO I - CLASSE I - Plenário

TC 004.599/2010-1

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

Recorrentes: Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde de Goiás, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.

Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás - SES/GO

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VERBAS DO SUS. SES/GO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. REALIZAÇÃO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. ACRÉSCIMO DO ICMS AO VALOR FATURADO NÃO OBSTANTE ESTE JÁ ESTIVESSE ONERADO PELO IMPOSTO. ABATIMENTO DO VALOR ACRESCIDO SOB ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DA DIFERENÇA PELO FORNECEDOR. CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS RESPONSÁVEIS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. ACÓRDÃO 1.226/2014 - PLENÁRIO. ALEGAÇÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA MODIFICAR O ACÓRDÃO RECORRIDO. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Em exame recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde de Goiás, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças do Estado de Goiás, e Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.226/2014 - Plenário, exarado em sede de apreciação de tomada de contas especial.

2. Preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso, o auditor da Serur providenciou a instrução de mérito (peça 79), concluindo, com a anuência do seu dirigente (peça 80) e do representante do MP/TCU, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira (peça 84), pela negativa de provimento, nos termos do parecer que segue transcrito abaixo:

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de tomada de contas especial instaurada em cumprimento às deliberações do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 - TCU - Plenário, que tratou de representação proposta pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás sobre irregularidades na condução de certames licitatórios promovidos pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás - SES/GO para a aquisição de medicamentos custeados por meio de recursos transferidos pela esfera federal – Sistema Único de Saúde/SUS (peça 37, p. 1).*

2. *A presente TCE versou sobre pagamentos irregulares à empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., no valor total de R\$ 17.151,13 para a aquisição de medicamentos de alto custo (peça 38, p. 1).*

3. *Nesta oportunidade, analisam-se os recursos de reconsideração (peças 59 e 63) interpostos pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas, na qualidade de ex-Secretário de Saúde, Sr. Antônio*

Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, e Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. em face do Acórdão 1.226/2014 - TCU - Plenário, que assim restou prolatado (peça 38, p. 1-2):

'ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, 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 Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas 'b' e 'c', § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU;

9.3. condenar solidariamente os responsáveis 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 Medcommerce Comercial de Medicamentos e 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:

<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
<i>26,52</i>	<i>18/09/2006</i>
<i>3.559,44</i>	<i>18/09/2006</i>
<i>3.559,44</i>	<i>18/09/2006</i>
<i>10.005,73</i>	<i>23/04/2007</i>

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, e

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

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

HISTÓRICO

4. *Na fase instrutiva originária, de acordo com os ofícios localizados à peça 23, o exame dos autos pela Secex/GO concluiu pela necessária citação dos recorrentes em razão da execução dos pagamentos à Medcommerce, levando-se em consideração que o valor dos produtos encontrava-se onerado pelo ICMS, ao revés de constar de forma idêntica ao que tinha na Ordem de Fornecimento, já provida a dedução do tributo, o que acarretou os débitos apurados.*

5. *Por conseguinte, o julgamento pela irregularidade das contas e a condenação em débito ocorreu em virtude dos pagamentos de medicamentos adquiridos da Medcommerce, acrescidos do correspondente ICMS, embora a empresa já houvesse computado tal tributo quando da apresentação dos preços em sua proposta comercial na fase da licitação.*

6. *Rechaçadas as alegações de defesa, em essência, a unidade técnica propôs o julgamento pela irregularidade das contas e a condenação em débito, tese acatada pelo Ministério Público junto ao TCU (peça 31) e acolhida pelo Relator **a quo** (peças 37 e 38).*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

7. *Reitera-se a admissão dos recursos por força do despacho proferido pelo Relator José Múcio (peça 72), nos termos preliminarmente propostos pela Serur (peças 68, 69 e 70), e reconhece-*

se a incidência do efeito suspensivo à aplicação dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 1.226/2014 - TCU - Plenário.

EXAME DE MÉRITO

Delimitação do objeto do recurso

8. Constitui objeto dos presentes recursos avaliar a conformidade da incidência do ICMS sobre os preços dos medicamentos vendidos pela Medcommerce em decorrência do Pregão 4/2006, e a regularidade da conduta do ex-Secretário Estadual de Saúde e do ex-Superintendente ao proceder aos pagamentos dos produtos adquiridos onerados pelo ICMS.

a) Tese: regularidade da incidência do ICMS nos termos dos fatos tratados nos autos.

9. Sobre a tese ventilada, a Medcommerce alegou vários argumentos de sorte a se posicionar sobre o assunto, quais sejam:

i) o edital do Pregão 4/2006 apresentava contradições quanto à forma de desoneração do ICMS, o que teria redundado na apresentação dos preços na forma equivocada apresentada por ela;

ii) o Parecer GOT 104/2004, expedido pela Secretaria de Fazenda de Goiás, legitimou a apresentação das propostas comerciais para a licitação destinada à compra de medicamentos, contendo preços desonerados do ICMS;

iii) a aceitação da proposta comercial nos termos expendidos pela licitante confere licitude à situação e presume a validade de todos os atos então praticados, e se questionar tais atos após oito anos de sua ocorrência afeta a segurança jurídica;

iv) a alíquota incidente do ICMS sobre os medicamentos comprados por meio dos recursos do SUS era de 10% e não de 17%, consoante adotado no cálculo do débito levado a efeito pelo TCU;

b) Tese: o ex-Secretário Estadual de Saúde e o ex-Superintendente agiram corretamente ao proceder aos pagamentos dos produtos onerados pelo ICMS.

10. Para defender a tese, os responsáveis alegam que se encontra caracterizada nos autos a boa-fé nos pagamentos realizados à Medcommerce e nos atos praticados com vistas a sanear as irregularidades detectadas pelo controle interno.

11. A seguir, analisa-se cada um dos argumentos apresentados pelos recorrentes na tentativa de confirmar as teses suscitadas.

i) Argumento: As contradições no edital do Pregão 4/2006.

12. A Medcommerce alega que as contradições no edital diziam respeito à forma de aplicação da desoneração do ICMS, em especial o momento em que se registraria tal desoneração, se na fase de apresentação das propostas comerciais na licitação ou quando da emissão da nota fiscal relativa à venda dos medicamentos (peça 59, p. 3).

13. Aduz, ainda, que o edital determinava a inclusão do tributo no preço total nas propostas comerciais, ao passo que, contraditoriamente, impunha que as licitantes deveriam apresentar declaração de que não cobrariam o ICMS nas vendas realizadas. Destacou que o TCU teria reconhecido que a proposta da Medcommerce sobre cada medicamento encontrava-se desonerada do ICMS e asseverou, como forma de corroborar seu posicionamento, que o pregoeiro aceitou a oferta comercial nos termos expendidos, o que seria o reconhecimento de que o procedimento licitatório e o contrato decorrente teriam sido cumpridos seguindo os parâmetros estabelecidos pela administração (peça 59, p. 3-4).

Análise

14. Discorda-se. Não há contradição no edital da licitação.

15. Os itens 5.15, 5.3, 5.3.1 do Edital do Pregão 4/2006 consignavam expressamente a inclusão do ICMS nos preços propostos, bem como a necessidade de que o valor do tributo fosse destacado na nota fiscal, excluindo-se, por consequência, do total a ser pago pela SES/GO.

16. Isso porque a SES/GO não era contribuinte do imposto em questão, nos termos do Convênio 87/2002, que concedia isenção nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal (peça 20, p. 12).

17. Ademais, a empresa declarou que o tributo encontrava-se incluído e, ao mesmo tempo, desonerado de sua proposta comercial (peça 9, p. 26), ou seja, ainda que de forma contraditória a recorrente assumiu a ciência de que os preços ofertados deveriam conter o valor do ICMS.
18. Não bastasse, o item 4.4 da Cláusula Quarta do Contrato 119/2006 – GJ/SES, celebrado entre a Medcommerce e a SES/GO, que tratava do valor contratado, deixou registrada a necessidade de inclusão de todos os tributos, seguros, despesas, custos e encargos nos preços pactuados (peça 12, p. 3).
19. Complementarmente, a Cláusula Sexta do ajuste previa em seu item 6.5, que tratava do pagamento do fornecimento dos medicamentos acordados, que o ICMS a ser cotado deveria ser registrado de acordo com a alíquota interna de origem (peça 12, p. 4).
20. Ademais, contratar com a Administração Pública, após o trâmite de um procedimento licitatório implica na aceitação de todos os ditames constantes do edital, que faz lei entre as partes. Não bastasse, encontrava-se registrada no procedimento licitatório a anuência e concordância da empresa com os termos editalícios.
21. Oportuno, ainda, mencionar que a exigência do valor bruto dos medicamentos, com a inclusão dos tributos, não se mostra medida contraditória à declaração de não cobrança do ICMS, e sim complementar, uma vez que a empresa deveria informar o valor de desoneração do imposto nas notas fiscais emitidas - ou seja, a partir do total bruto, a SES/GO pagaria apenas o preço líquido do medicamento.
22. Portanto, da leitura aos dispositivos do edital da licitação e do contrato, verifica-se a exigência de que o ICMS deveria constar da proposta comercial da recorrente. A inclusão do valor do tributo quando da emissão das notas fiscais na execução contratual redundou numa remuneração indevidamente maior à empresa, quantia essa a ser ressarcida aos cofres públicos, consoante pontuado pelo exame da matéria na instrução inicial.
23. Isto posto, conclui-se pela exatidão do exame procedido sobre a matéria sem qualquer necessidade de ajuste, modificação ou reforma.
- ii) Argumento: A aplicabilidade do Parecer GOT 104/2004 ao caso em apreço.
24. A Medcommerce alega que o Parecer GOT 104/2004 orientou que, somente no momento da emissão da nota fiscal de venda, o ICMS deveria ser computado, para, posteriormente, ser desonerado do preço final, e, para corroborar seu posicionamento, transcreveu parte do documento (peça 59, p. 5).
25. Nesse mesmo sentido, sustentou que o Estado de Goiás uniformizou o entendimento de que os preços apresentados nas licitações para compras de medicamentos devem constar de forma desonerada do ICMS e transcreveu trechos da Portaria 283/2008 – GAB/SES (peça 59, p. 7-8).
26. Concluiu sobre a licitude de sua conduta, no que respaldou a proposta comercial apresentada com preços desonerados pelo ICMS de acordo com os termos da Portaria 283/2008 – GAB/SES, do Convênio ICMS – CONFAZ 87/2002 e do Parecer GOT 104/2004 (peça 59, p. 10-11).
- Análise
27. Novamente, o exame procedido sobre este ponto também não merece quaisquer reparos.
28. O Parecer 104/2004 – GOT não agasalha a tese aventada pelo recorrente. Isso porque a Gerência Tributária não avaliou os termos do Edital do Pregão 4/2006, tampouco as circunstâncias que envolveram o caso concreto, mas tratou do assunto – apresentação de propostas comerciais desoneradas – em tese, em resposta à consulta formulada pela SES/GO, senão veja-se (peça 24, p. 6).
29. O documento inicia a análise da matéria a respeito das questões suscitadas pela SES/GO sobre a correção do procedimento das empresas que vinham apresentando propostas desoneradas do ICMS e acrescentando a alíquota do tributo, na fase da liquidação da despesa, quando da emissão das notas fiscais (peça 24, p. 6).
30. Sob esse prisma, o parecer alerta que o inciso XXXVII do art. 7º do Anexo IX do Decreto 4.852/1997 - RCTE determina que nas operações realizadas com fármacos e medicamentos o

contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao ICMS devido, indicando-o expressamente no documento fiscal.

31. Logo, o documento não visa discutir sobre o procedimento quanto à inclusão do tributo ou não nas propostas comerciais apresentadas por empresas quando da participação em licitações, mas a metodologia para o registro do tributo quando da liquidação da despesa, em atendimento à previsão legal sobre o assunto (peça 24, p. 7).

32. Tanto assim, que o parecer parte do pressuposto de que o edital da licitação está sendo observado, e ainda destaca que em casos de omissão sobre o procedimento nas regras editalícias, poderiam se adotar alternativamente os seguintes procedimentos: i) apresentação da proposta comercial desonerada e acréscimo do tributo quando da emissão da nota fiscal; ii) apresentação da proposta com o valor bruto, incluído o ICMS, e posterior desconto da alíquota incidente, quando da emissão da nota fiscal; iii) apresentação da proposta comercial contendo o valor bruto e líquido, descontando o ICMS quando da emissão da nota fiscal (peça 24, p. 7).

33. Todavia, esta não é a situação tratada no caso em apreço, uma vez que o Edital do Pregão 4/2006 não restou omissivo quanto ao procedimento a ser adotado pela empresa na execução contratual. Ao reverso, consignou expressamente a necessidade de apresentação da proposta comercial contendo o preço bruto dos produtos, ou seja, incluído o valor de todos os tributos, seguros, despesas etc, descontando-se a alíquota do ICMS incidente apenas quando da emissão da nota fiscal.

34. Neste patamar, releva-se registrar que a questão central tratada nos autos não se refere à discussão sobre a legitimidade em se adotar a apresentação de propostas comerciais desoneradas ou oneradas pelo ICMS, nos casos de isenção fiscal, no âmbito da SES/GO. O edital da licitação adotou como regra a apresentação dos valores brutos, incluindo os tributos, logo o exame levado a efeito ao longo da instrução processual perpassa a questão do procedimento elegido pela comissão de licitação ao elaborar o edital e se concentra em avaliar se a execução contratual ocorreu nos moldes ajustados pelas regras editalícias e contratuais.

35. Conforme visto, durante a execução contratual, a empresa acresceu os valores correspondentes ao ICMS, embora houvessem sido computados quando da proposta comercial apresentada na licitação. Por esta razão, a recorrente foi condenada a ressarcir os cofres públicos.

36. Por todo o exposto, não há como acolher o argumento da empresa.

iii) Argumento: A aceitação da proposta comercial na licitação imprime validade a todos os atos subsequentes.

37. A Medcommerce invoca o princípio da presunção de validade dos atos administrativos e pondera que sua proposta comercial contendo os preços desonerados do ICMS teria sido aceita pela administração o que imprimiria validade e regularidade à proposta comercial e demais atos subsequentes praticados, caso contrário, a consequência imediata seria a sua desclassificação do certame (peça 59, p. 11-12).

38. No intuito de reforçar seu posicionamento, suscita o princípio da segurança jurídica, colaciona doutrina sobre o assunto e infere que o Estado não pode se comportar diante do administrado de modo a surpreendê-lo com decisões imprevisíveis, frustrando expectativas legítimas (peça 59, p. 12-13).

39. Assevera que após a aceitação da proposta comercial por parte da Administração não cabe ao TCU desconstituir ato administrativo praticado pela SES/GO, tampouco questionar sua ilicitude (peça 59, p. 13).

Análise

40. O argumento não prospera.

41. A omissão do pregoeiro em não desclassificar a empresa, ainda que prestada a declaração dúbia sobre a incidência ou não do ICMS nos valores propostos para o fornecimento dos medicamentos (peça 9, p. 26), não reveste de legalidade os atos praticados pela recorrente quer na fase de licitação, quer na execução contratual.

42. Quanto à atuação desta Casa, não é demais frisar que cabe ao Tribunal o controle concomitante e o posterior dos atos praticados pela Administração Pública, isto é, aqueles exercidos no curso e após da realização da despesa, possibilitando a sua atuação como guardião da regular aplicação dos recursos públicos federais.

iv) Argumento: A alíquota de ICMS aplicável ao caso era de 10%.

43. De acordo com a Medcomerce, a alíquota aplicável ao preço de vendas de medicamentos equivale a 10%, e não a 17%, como considerado pelo TCU para efeito de condenação. Seu entendimento estaria amparado no art. 8º, inciso VIII, do Anexo IX do Decreto 4.852/1997 – Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (peça 59, p. 13-14).

44. Acrescenta que o TCU não pode simplesmente presumir a incidência da maior alíquota até porque a alínea 'b' do inciso VIII do art. 8º do Anexo IX do Decreto 4.852/1997 preconiza ao contribuinte a opção pelo benefício tributário que lhe seja mais favorável (peça 59, p. 15).

Análise

45. Não se pode acatar o argumento.

46. Para efeito de recomposição do dano ao erário, considerou-se a alíquota do ICMS utilizada pela empresa para efeito de faturamento nas notas fiscais.

47. Ao compulsar os autos, das notas fiscais emitidas pela empresa, constantes à peça 15, p. 38 e 50, e peça 16, p. 2 e 4, verificam-se os valores cobrados a título de ICMS com base na alíquota de 17%.

48. Portanto, este é o percentual relativo ao acréscimo indevido nos valores que lhes foram pagos indevidamente, e o qual deverá ser ressarcido ao erário.

v) Argumento: A boa-fé do ex-Secretário Estadual de Saúde e do ex-Superintendente de Administração e Finanças.

49. De acordo com o ex-Secretário Estadual de Saúde e o ex-Superintendente de Administração e Finanças, tem-se clara a boa-fé na condução dos procedimentos relacionados ao ressarcimento dos valores pagos indevidamente (peça 61, p. 1-17).

50. Para corroborar o posicionamento defendido, passaram a delinear, ao longo da cadeia fática, as evidências que sinalizariam a boa-fé. De primeiro, ressaltaram que a conduta do pregoeiro em aceitar a proposta comercial desonerada de ICMS teria contribuído diretamente para o dano (peça 61, p. 7).

51. Destacaram que ao tomar ciência dos fatos adotaram todas as medidas legais e jurídicas ao alcance, inclusive a edição da Portaria 28/2007 - GAB/SES, que disciplinou o tratamento do assunto ao determinar aos membros de comissão de licitação da SES/GO para que promovam ordens de fornecimento com todos os elementos necessários à execução do contrato, inclusive com os valores onerados e desonerados de ICMS (peça 61, p. 7-8).

52. Salientaram que a prática impugnada nos autos se encontrava difundida e recorrente no âmbito da administração estadual, e a SES/GO aplicava as regras do Convênio 87/2002 e do Convênio 26/2003 a todas as licitações, indistintamente, sem que houvesse qualquer alarde anterior ou se considerasse um disciplinamento ilegal ou improbo (peça 61, p. 8).

53. Aduziram ainda que o Parecer GOT 104/2004, elaborado pela Gerência de Orientação Tributária considerou regular a conduta das empresas e transcreveram trecho do documento (peça 61, p. 8-9).

54. Paralelamente, ressaltaram os pareceres de procuradores gerais do Estado de Goiás, que se posicionaram favoravelmente à apresentação de propostas comerciais em licitações desprovidas do ICMS (peça 61, p. 9-10).

55. Ainda, observaram que o parecer do MPTCU sobre as presentes contas, reconheceu expressamente a boa-fé dos responsáveis e reproduziram trecho do documento (peça 51, p. 10-11).

56. Reviçaram atos que demonstrariam a conduta dos responsáveis na tentativa de sanear as irregularidades apuradas, a exemplo da mencionada Portaria 28/2007 - GAB/SES e passaram a discorrer sobre os benefícios de se apresentar propostas comerciais na fase de licitação, desoneradas

de ICMS, no que mencionaram, inclusive, a diferença de alíquotas entre os diferentes estados e os consumidores (peça 61, p. 12).

57. Noticiaram que a Secretaria de Saúde de Goiás promoveu a retenção de valores para efeito de compensação dos débitos apurados, e que competia ao órgão elidir o débito perante o Governo Federal (peça 61, p. 12-13).

58. Ainda, alegaram a injustiça na decisão do TCU ao não reconhecer a boa-fé e impor a incidência da responsabilização apurada sobre o patrimônio pessoal de cada um, pois a empresa teria sido a única beneficiária da operação. Demais disso, anotaram que ao tomar ciência dos fatos, consultaram os órgãos competentes, instauraram auditorias para apurar o prejuízo, promoveram medidas para regularizar as licitações, procederam a retenção de créditos de empresas, obtiveram a anulação de empenhos (peça 61, p. 13-14).

59. Ao final, repisaram argumentos, mencionaram doutrina sobre responsabilização de terceiros, e apontaram a ausência de avaliação da adequabilidade dos preços contratados na licitação com aqueles praticados no mercado, pois a SES/GO seria má compradora em razão dos atrasos nos pagamentos aos fornecedores dada a omissão do Estado em repassar os recursos com pontualidade e integralidade (peça 61, p. 14-17).

Análise

60. Discorda-se.

61. Dos elementos disponíveis nos autos, não se pode concluir pela boa-fé dos responsáveis, haja vista a autorização de pagamentos sem que se perquirisse sobre a adequação dos valores pagos ao fornecedor. Ao contrário, os atos praticados contribuíram para a consecução do resultado ora impugnado.

62. Ademais, em relação aos fatos relacionados ao Pregão 4/2006, evidenciam-se intempestivas as medidas adotadas com vistas a regularizar os procedimentos para a apuração de valores a serem pagos quando da contratação que envolvesse desoneração de tributos. Exemplifica-se o posicionamento com a edição da Portaria 28/2007 – GAB/SES, que não tem aplicação retroativa e não saneia as irregularidades oriundas do certame em apreço.

63. O Parecer 104/2004 não é aplicável ao caso sob exame, consoante exame dispendido nesta instrução relativo à tese 'b'.

64. Quanto aos pareceres dos procuradores que se posicionaram favoravelmente à apresentação de propostas comerciais desoneradas de ICMS, repise-se que, no presente caso, não se discute a questão do procedimento em tese, mas o caso concreto, qual seja, os termos do Pregão 4/2006, que em seu edital exigia a apresentação de propostas comerciais oneradas com o valor do ICMS. É consabido ser o edital a lei entre as partes. Portanto, imprescindível a recomposição ao erário dos valores pagos a maior à Medcommerce, a título de ICMS.

65. Bem é de se ver que o reconhecimento da boa-fé por parte do MPTCU não afastou a imputação de débito aos responsáveis, mas apenas abriu prazo para o recolhimento dos valores a serem ressarcidos previamente ao pronunciamento sobre o mérito das contas, como possibilidade de se afastar o julgamento pela irregularidade da gestão. Esta tese foi afastada pelo Relator **a quo**, entendimento com o qual alinha-se no presente momento para efeito de manutenção da condenação em débito e julgamento pela irregularidade das contas, consoante ora explanado.

66. Não há elementos nos autos, tampouco foram acrescidos documentos/comprovantes pelos recorrentes nesta fase recursal da retenção dos valores relativos aos débitos por parte da SES/GO.

67. Na ausência de argumentos e de provas capazes de afastar os débitos apurados ou a responsabilidade dos ex-gestores, não se detecta razões capazes de modificar o entendimento prolatado anteriormente por esta Casa sobre a matéria.

CONCLUSÃO

68. Das análises anteriores sobre os fatos circunstanciados nos autos, conclui-se pela irregularidade da incidência do ICMS sobre os preços dos medicamentos adquiridos com a Medcommerce dadas as condições editalícias e contratuais.

69. Ademais, a boa-fé alegada pelos ex-gestores não se mostra devidamente comprovada nos autos e, caso contrário, não seria, por si só, suficiente a afastar o débito constatado em decorrência dos pagamentos dos medicamentos à Medcommerce onerados pelo ICMS.

70. Quantos aos argumentos apresentados, verificou-se que:

a) da leitura aos dispositivos do edital da licitação e do contrato, verifica-se a exigência de que o ICMS deveria constar da proposta comercial da recorrente. A inclusão do valor do tributo quando da emissão das notas fiscais na execução contratual redundou numa remuneração indevidamente maior à empresa, quantia essa a ser ressarcida aos cofres públicos;

b) o Parecer 104/2004 – GOT não se aplica ao contrato decorrente do Pregão 4/2006, pois a Gerência Tributária não avaliou os termos do edital que impunha a apresentação de preços onerados pelo ICMS, tampouco as circunstâncias que envolveram o caso concreto;

c) os atos praticados pela comissão de licitação não revestem de legalidade a execução contratual do ajuste celebrado;

d) para efeito de recomposição do dano ao erário, não cabe a discussão sobre a correta alíquota de ICMS aplicável à situação em comento e sim aquela levada em consideração pela empresa para efeito de faturamento nas notas fiscais, qual seja de 17%;

e) na ausência de argumentos e provas capazes de afastar os débitos apurados ou a responsabilidade dos ex-gestores, que contribuíram para a ocorrência do resultado ora impugnado, não se detecta razões capazes de modificar o entendimento prolatado anteriormente por esta Casa sobre a matéria.

71. Com base nas conclusões, propõe-se o conhecimento dos recursos interpostos para que lhes sejam denegados provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

72. Ante o exposto, submetem-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.226/2014 - TCU - Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285, § 2º, do RI/TCU:

a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

b) dar conhecimento aos recorrentes e demais interessados.”

É o relatório.