

TC 003.490/2015-7

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidade Jurisdicionada: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

Responsáveis: Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15; Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00; Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., CNPJ 26.921.908/0001-21

Procurador ou Advogado: Romildo Olgo Peixoto Júnior (OAB/DF 28.361) e outros (peças 7, 20, 27), procuradores de Cairo Alberto de Freitas; Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e outros (peças 16 e 25), procuradores da Hospfar

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial instaurada, em 9/9/2011, pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por força do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário e em cumprimento ao item 1.6.1 do Acórdão 1789/2010 – 2ª Câmara, reiterado pelo Acórdão 2770/2011 – 2ª Câmara, conforme a seguir (peça 1, p. 2-9):

1.6.1 - determinar à Secretaria de Saúde em Goiás que adote providências com vistas à apuração integral das impropriedades elencadas na representação, devendo, inclusive, instaurar, se necessário, de maneira apartada, processos de tomadas de contas especiais, relativas a documentação constante destes autos em "CD" anexo (volume principal, fl. 5v.p.), referente aos seguintes processos: 200200010008397 - CP nº 04/2003; 200200010008398 - CP nº 16/2003; 200200010008401 - Pregão nº 012/2003; 200300010002580 - Inexigibilidade; 200300010008396 - CP nº 08/2003; 200300010009317 - CP nº 32/2002; 200300010003638 - Pregão nº 005/2003; 200300010003641 - Pregão nº 001/2003; 200300010003642 - Pregão nº 004/2003; 200300010015038 - Pregão nº 052/2004; 200400010004375 - Pregão nº 176/2004; 200400010004376 - Pregão nº 175/2004; 200400010006315 - Pregão nº 197/2004; 200400010007877 - Pregão nº 203/2004; 200400010007878 - Pregão nº 202/2004; 200400010008967 - Pregão nº 219/2004; 200400047000965 - Pregão nº 128/2004; 200500010002008 - Pregão nº 240/2005; 200500010015580 - Pregão nº 063/2006; 200600010015579 - Pregão nº 315/2005, remetendo à Secretaria Federal de Controle Interno, no prazo de 60 (sessenta) dias, sem prejuízo de encaminhar a este Tribunal as informações sobre as conclusões e providências adotadas.

2. Foram diversas tomadas de contas especiais instauradas pela SES (peça 35). Estes autos tratam especificamente das irregularidades relativas ao Pregão 315/2005 (peça 1, p. 14).

HISTÓRICO

3. As deliberações do TCU determinando as instaurações de tomadas de contas especiais em razão de irregularidades em vários processos são oriundas de auditoria de conformidade realizada pela Secex-GO (TC 017.576/2005-2) com o propósito de investigar irregularidades apontadas em representação da 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público

do Estado de Goiás no âmbito da Assistência Farmacêutica Básica e da distribuição de Medicamentos Excepcionais.

4. Entre outros achados, a equipe de auditoria constatou danos aos cofres públicos em razão da não desoneração do ICMS, como definido no edital - “Não desoneração do ICMS, como definido no edital - itens 5.3; 5.3.1 e sua OBS e 11.5. Fato que causa um débito da ordem de 17% ou 44,16% sobre o total das compras, pois há casos em que as empresas, além de não excluírem o ICMS contido na proposta, quando do faturamento incluem novamente o valor do ICMS sobre o valor já onerado”.

5. Essa constatação resultou no Acórdão 45/2008, em que o Plenário determinou à SES/GO que, em relação a cada pregão, providenciasse a instauração de processo distinto de Tomada de Contas Especial. Também determinou a realização de audiência aos titulares da SES nos períodos das ocorrências.

6. Segundo apurado naquela representação, as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS. Por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater, na nota fiscal, o ICMS embutido em razão de isenção do tributo nas operações de fornecimento ao Estado, de forma que o valor bruto com impostos só serviria para fins de julgamento e comparação entre propostas. O valor líquido, para efetivo pagamento pelo contratante e recebimento pela contratada, seria aquele valor resultante da dedução da alíquota de ICMS em operações com venda de medicamentos, seja quando a empresa fosse situada no Estado de Goiás (operações internas com ente estatal), seja em razão da dispensação excepcional de alguns medicamentos, tudo em face do disposto em normas de isenção do ICMS explicitadas no edital (Convênios do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz).

7. Em junho/2013, mediante o Acórdão 3130/2013, a Segunda Câmara do TCU determinou à SES/GO que informasse sobre o cumprimento do item 1.6.1 do Acórdão 1789/2010-2ª Câmara e que fizesse a apuração dos processos de aquisição de medicamentos identificados pelo Relatório de Auditoria SES/GO 1/2011 que, apesar de não contemplarem a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS, ainda não foram objeto de deliberações deste Tribunal, e efetuasse a análise pormenorizada desses processos, providenciando, se fosse o caso, a instauração das correspondentes tomadas de contas especiais. Também determinou ao mesmo órgão que providenciasse, para cada procedimento em que a irregularidade tenha sido identificada, se ainda fosse possível, a retenção do pagamento com recursos federais do tributo de ICMS indevidamente faturado no âmbito daquele específico procedimento, para que a definição de débito que deva constar na tomada de contas especial a ser instaurada se atenha especificamente aos valores indevidamente faturados e que já foram pagos. A empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. entrou com embargos de declaração contra essa deliberação, tendo sido rejeitados pelo TCU (Acórdão 4249/2013 – 2ªC e 5806/2013 - 2ªC).

8. Consultando o e-TCU, verificou-se que, até junho/2016, haviam sido instauradas 29 TCEs a respeito, sendo onze com deliberações de mérito do Tribunal pela irregularidade das contas e condenação dos responsáveis ao pagamento dos débitos e multas (Acórdãos 732/2013 – Plenário, 1344/2013 – Plenário, 359/2015 – Plenário, 2372/2015 – Plenário; 1025/2015 – Plenário, 1028/2015 – Plenário, 1029/2015 – Plenário, 1226/2014 – Plenário, 3751/2015 – 1ª Câmara, 7322/2014 – 2ª Câmara, 6038/2015 – 2ª Câmara) e quatro pelo arquivamento dos autos sem julgamento do mérito e remessa ao Tribunal de Contas do Estado, uma vez que não existia recurso federal envolvido (Acórdão 294/2010 – 2ª Câmara, Acórdão 296/2010 – 2ª Câmara, Acórdão 7281/2009 – 1ª Câmara e Acórdão 1235/2010 – Plenário) (peça 35).

9. Foi autuado o TC 009.360/2013-1 para monitoramento das determinações proferidas no Acórdão 732/2013-P e o TC 015.863/2013-1 para o monitoramento do Acórdão 3130/2013 – 2ªC. O primeiro processo já foi encerrado e o segundo com proposta desta unidade técnica de encerramento.

10. Conforme dito, este processo em análise trata especificamente das irregularidades relativas ao Pregão 315/2005.

11. A Comissão Permanente de Tomada de Contas Especial (CPTCE) elaborou o Relatório Conclusivo 35/2014, descrevendo os fatos e as análises realizadas no processo de apuração (peça 6, p. 178-216). A Comissão concluiu pela existência do dano e pela responsabilização dos envolvidos.

12. O controle interno do Estado de Goiás emitiu o Certificado de Auditoria opinando pela irregularidade das contas (peça 6, p. 228).

13. O secretário de Saúde demonstrou conhecer os fatos e a conclusão dos trabalhos da comissão de tomada de contas especial (peça 6, p. 232).

EXAME TÉCNICO

14. O Pregão 315/2005, aberto em 29/12/2005 (peça 1, p. 247), resultou na celebração do Contrato 283/2006, celebrado com a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares, no valor total de R\$ 2.109.870,00 (peça 4, p. 41-46).

15. Após primeira análise dos autos (peça 13), a Secex-GO promoveu a citação, de forma solidária, dos responsáveis envolvidos no contrato celebrado, no âmbito do Pregão 315/2005.

16. Para fins de citação, foram indicados como responsáveis os gestores Cairo Alberto de Freitas, na condição de secretário de saúde (período de efetivo exercício no cargo de 30/6/2006 a 31/3/2008), e Antônio Durval de Oliveira Borges, na condição de superintendente de administração e finanças da SES/GO (período de efetivo exercício no cargo de 1/8/2006 a 24/7/2008), bem como a empresa Hospfar.

17. O ato impugnado dos gestores foi a realização de pagamentos à empresa Hospfar decorrentes da aquisição de medicamentos, viabilizada pelo Pregão SES/GO 315/2005, sem que tenha havido a desoneração do ICMS, conforme estipulado no edital, e o da empresa foi o recebimento pela venda sem essa desoneração.

Alegações de defesa do Sr. Cairo Alberto de Freitas (peça 31)

18. O responsável alegou que:

- a) não havia entendimento pacificado sobre a isenção do ICMS à época dos fatos, sendo que a ausência de desoneração de ICMS não pode ser considerada como débito (peça 31, p. 3);
- b) adotou providências logo após o conhecimento da irregularidade mediante a edição de portarias, em 2007, determinando a realização de auditoria interna para apuração dos fatos e constituindo comissão específica para apurar as diferenças do ICMS nas contratações da SES. Isso se deu antes mesmo do Acórdão do TCU (45/2008) determinando a instauração das tomadas de contas especiais (peça 31, p. 5);
- c) houve a retenção de R\$ 9,5 milhões que seriam destinados à Hospfar. Essas retenções foram desfeitas por força de entendimento da Procuradoria do Estado em 2011 após a sua saída da função de secretário da saúde (peça 31, p. 6);

- d) a isenção da responsabilidade do pregoeiro fere o princípio da isonomia, pois caberia a ele questionar a empresa se os preços foram ofertados com incidência ou não de ICMS. Assim, os vícios que macularam a forma de pagamento despontaram ainda na fase licitatória (peça 31, p. 8-10);
- e) atestou as faturas com a convicção que não havia qualquer mácula que pudesse evidenciar qualquer irregularidade. Agiu sempre com responsabilidade, coerência e boa fé (peça 31, p. 10-11);
- f) é inimaginável pensar em punição do defendente no mesmo grau da empresa Hospfar, uma vez que foi a empresa a beneficiária dos valores supostamente pagos a maior (peça 31, p. 12);
- g) a empresa agiu com má fé induzindo o gestor ao erro ao destacar o valor do ICMS e realizar, em seguida, a desoneração (peça 31, p. 14);
- h) a TCE deve ser arquivada em virtude da inexistência de débito, o pregoeiro deve ser responsabilizado. No caso de entendimento pela sua culpabilidade, que seja somente aplicada a pena de multa (peça 31, p. 15).

Alegações de defesa do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges (peça 30):

19. O responsável alegou que:

- a) tão logo tomou conhecimento da ilegalidade, o gestor tomou as medidas legais de natureza administrativa disponíveis, tais como determinação de realização de auditoria interna para apurar possíveis equívocos, expedição das ordens de fornecimento devidamente destacadas com valores de ICMS, atesto financeiro das faturas pelos valores solicitantes, alteração dos editais de licitação. Essas ações demonstram a boa fé (peça 30, p. 2);
- b) atuou após a realização do certame, não tendo pleno conhecimento das condições em que foi realizado o Pregão 315/2005 (peça 30, p. 2);
- c) a questão jurídica é complexa, controversa (entre os próprios órgãos consultivos) e não encontra entendimento pacífico (peça 30, p. 3);
- d) a responsabilidade dos gestores públicos sobre os atos praticados no exercício da função pública é de natureza subjetiva, isto é, a responsabilização só pode ocorrer nos casos em que haja dolo ou culpa (peça 30, p. 6);
- e) não agiu com dolo e má fé e adotou as medidas legais cabíveis, imediatamente após constatar as impropriedades no faturamento das licitações (peça 30, p. 7);
- f) houve a retenção da importância referente à fonte 23 que seriam destinados à empresa Hospfar, não havendo, portanto, mais dano ao erário e, conseqüentemente, não existe débito e pressupostos para a TCE (peça 30, p. 10);
- g) não seria justo ao ex-gestor que não obteve vantagem patrimonial na operação tida como ilegal ter a perda patrimonial em função da prática de ato de terceiro (peça 30, p. 13);
- h) deve ser reconhecida a sua boa fé, o processo deve ser extinto por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento regular, e que o julgamento seja pela regularidade com ressalvas. No caso do entendimento do Tribunal pelo débito, que este seja imputado exclusivamente à empresa Hospfar por ser a única beneficiária (peça 30, p. 15).

Alegações de defesa da Hospfar (peça 33)

20. A empresa alegou que:

- a) sempre informou à Administração que os editais estavam sendo confeccionados ao arrepio da Lei e que, somente em 2007, é que a matéria do ICMS foi pacificada (peça 33, p. 2);
- b) a Administração desconsiderou a possibilidade de a empresa poder usar a base de 10% para recolhimento de ICMS, conforme previsto em decreto estadual (peça 33, p. 2);
- c) a SES/GO vem retendo indevidamente pagamentos à Hospfar desde 2003, valores esses que superam R\$ 20 milhões. Se condenada a Hospfar teria que pagar um valor que já se encontra bloqueado, caracterizando-se *bis in idem* (peça 33, p. 3);
- d) somente após a entrega de todos os medicamentos objetos do certame, a Administração verificou supostas irregularidades e, de forma unilateral, determinou a retenção dos valores, determinação essa que se mostra absolutamente nula. Sendo constatada a irregularidade no edital, deve-se considerar todo o certame nulo e, portanto, sem efeitos jurídicos, não podendo gerar quaisquer efeitos válidos (peça 33, p. 4);
- e) não cabe discutir os termos do edital “nessa altura do campeonato”, pois tendo sua nulidade sido constatada, nulo foi todo o procedimento, não havendo falar-se em cumprimento do edital, que, como o resto, não tem qualquer efeito jurídico (peça 33, p. 6);
- f) os preços praticados eram compatíveis com os preços de mercado, conforme cotação feita pela SES (peça 33, p. 6-7);
- g) encontram-se anexos à defesa pareceres contraditórios que demonstram pairar dúvidas à época sobre como interpretar os normativos (peça 33, p. 8);
- h) desde o início declarou que cotou os preços de forma desonerada do ICMS na forma da legislação aplicável. Abater mais 17% sobre o valor desonerado configura bitributação e é absurdo e torna os preços inexequíveis (peça 33, p. 8);
- i) não se trata de dano ao erário, fraude ou superfaturamento, mas sim de mera irregularidade na elaboração do edital derivada da errônea adoção de pareceres contraditórios que desconsideravam as disposições do regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás (peça 33, p. 8);
- j) os preços apresentados nas notas fiscais são os mesmos da proposta, ou seja, desonerados de ICMS e os valores finais dos produtos pagos pela SES foram exatamente iguais àqueles constantes da ordem de fornecimento, inexistindo qualquer prejuízo aos cofres públicos;
- k) a empresa ofertou preços de forma desonerada por entender que deveria cumprir a lei, entendimento esposado pelos demais licitantes que participaram do certame, em obediência às orientações emanadas pela Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (peça 33, p. 13);
- l) todos os licitantes cotaram de forma desonerada, comprovando que era uma prática adotada por todos os licitantes (peça 33, p. 16);

- m) o edital não pode sobrepor-se à lei, se a lei isenta o produto de ICMS é nula a exigência editalícia de cotação com o imposto (peça 33, p. 19);
- n) a SES/GO deveria ter desclassificado, na hora própria, a proposta da defendente se não a aceitasse, estando agora precluso tal ato, após adjudicação, homologação, atesto e recebimento do produto; devendo respeitar o ato jurídico perfeito previsto na Constituição, art. 5º, XXXVI (peça 33, p. 36);
- o) a questão relativa ao ICMS à época dos fatos era polêmica e sistêmica (peça 33, p. 41);
- p) a sua boa fé deve ser considerada, haja vista que, em momento nenhum, agiu de forma deliberada ou mesmo intencional de causar qualquer prejuízo ao erário (peça 33, p. 50-52);
- q) as defesas devem ser acolhidas, considerando-se indevida a retenção de 17% sobre os valores pendentes. No caso de manutenção da conclusão da TCE, que seja declarado ilíquido o valor do débito, uma vez que não foi considerado o direito da empresa de desonerar o percentual de 10% em virtude de ser atacadista e possuir o Termo de Acordo Especial com o Estado de Goiás (peça 33, p. 59).

Análise das Alegações dos Gestores da SES

21. Conforme registrado pela instrução de peça 13, existe ação judicial impetrada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Goiás sobre as irregularidades apontadas no Acórdão 45/2008 – Plenário.

22. Naquele documento, são realizadas importantes considerações sobre os fatos que redundaram da não desoneração de ICMS para compra de medicamentos. Entre elas, os autores da ação ponderam que os agentes públicos réus do processo, além de permitirem a permanência da empresa no certame, mesmo descumprindo regras do edital, executaram os pagamentos de valores que não estavam coerentes com os editais, portanto, ordenaram e permitiram a realização de despesas que não poderiam ter sido realizadas, ante a existência de irregularidades, das quais foram advertidos por várias vezes pelo Gabinete de Controle Interno (CP 08/03 e Pregões 01/03 e 04/03) e pela Gerência Jurídica da SES/GO (Pregão 203/04).

23. Ainda de acordo com os autores da ação, 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.

24. São réus naquele processo, além das empresas contratadas (peça 4, p. 306-312):
- a) os secretários de saúde - ordenaram despesas, homologaram e adjudicaram nos processos licitatórios, assinaram os contratos, emitiram notas de empenho e ordens de pagamento;
 - b) os secretários executivos da SES/GO - emitiram, juntamente com o secretário da saúde, as notas de empenho e as ordens de pagamento inerentes aos

procedimentos que ocorreram durante os respectivos mandatos, atos esses indispensáveis para a concretização do prejuízo;

c) os superintendentes de administração e finanças da SES/GO - praticaram atos indispensáveis para a concretização dos pagamentos indevidos à empresa requerida, assumindo, juntamente com o secretário de saúde, todas as responsabilidades pelos atos que contribuíram para que o prejuízo se concretizasse;

d) o pregoeiro - deixou de desclassificar a empresa requerida quando apresentou documentação de forma dúbia nos certames, afirmando que suas propostas encontravam-se desoneradas de ICMS e, ao mesmo tempo, apresentando declarações nas quais se afirmava que tais preços estavam onerados do ICMS, conforme exigido pelos editais.

25. Nos processos em curso neste Tribunal (peça 35), predominou a responsabilização do secretário de saúde e do superintendente de administração e finanças, ocupantes dos cargos à época dos pagamentos. Não houve o envolvimento do pregoeiro e do secretário executivo da SES/GO.

26. O entendimento firmado nos outros processos, em que as práticas foram idênticas, foi no sentido de que as participações do secretário de saúde e do superintendente de administração e finanças foram decisivas para a ocorrência dos danos, independentemente de terem sido beneficiados diretamente com os valores pagos a maior. A solidariedade no débito nesse caso é devida conforme já decidido pelo TCU em outros processos que tratam do mesmo assunto.

27. É esperado 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. Como bem disseram os Ministérios Públicos, o secretário ordenou despesas (peça 4, p. 79), homologou e adjudicou os processos licitatórios (peça 3, p. 252-253), assinou os contratos (peça 4, p. 41-46), autorizou a realização dos pagamentos às contratadas.

28. No voto condutor do Acórdão 1344/2013 – Plenário, o relator registrou o seguinte:

...destaca-se que, na condição de Secretário da Saúde, foi quem assinou o instrumento contratual firmado com a empresa Hospfar (peça 9, p. 28/33). Além disso, autorizou pagamentos à contratada (peça 10, pp. 42/3). Teve participação decisiva na consumação das irregularidades ao homologar o procedimento licitatório sem que houvesse clareza sobre a adesão da licitante vencedora à exigência editalícia de que as propostas incluíssem o valor do ICMS. E também, por ocasião dos pagamentos, ao permitir que a Hospfar descumprisse a exigência de excluir o ICMS dos preços contratados, expressos nas ordens de fornecimento.

29. Ao superintendente de administração e finanças cabia a supervisão das atividades referentes a pagamento e a compras de medicamentos. Além disso, praticou atos que contribuíram diretamente para o dano, como a emissão de notas de empenho (ex.: peça 4, p. 1-12; peça 5, p. 29-33).

30. O Procurador Júlio Marcelo manifestou-se da seguinte forma, em seu parecer no TC 016.826/2009-5, que trata de caso idêntico:

O sr. *omissis*, na condição de Secretário da Saúde, foi quem homologou o procedimento licitatório e assinou o instrumento contratual firmado com a empresa Hospfar. Além

disso, autorizou pagamentos à contratada. Teve participação decisiva na consumação das irregularidades ao homologar o procedimento licitatório sem que houvesse clareza sobre a adesão da licitante vencedora à exigência editalícia de que as propostas incluíssem o valor do ICMS. E também, por ocasião dos pagamentos, ao permitir que a Hospfar descumprisse a exigência de excluir o ICMS dos preços contratados, expressos nas ordens de fornecimento.

31. No tocante aos argumentos atinentes à responsabilidade do gestor e de controvérsia sobre a oneração/desoneração (parágrafos 18, “a”, 19, “c”), 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, 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.

32. Os argumentos utilizados pelos gestores, de que praticaram os atos administrativos com boa fé (parágrafos 18, “e”, 19, “h”) não exime as suas responsabilidades, conforme entendimento firmado no TCU (Acórdãos 179/2011 - Plenário, 1.736/2010 - Plenário, 4.420/2010 - 2ª Câmara, 2.748/2010 - Plenário e 1.528/2010 - Plenário) no sentido de que cabe ao gestor a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao

erário. O fato de terem agido com respaldo em condutas de áreas técnicas ou em pareceres (parágrafo 18, “e”) não tem força para impor ao administrador a prática de um ato irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.

33. Portanto, deve ser afastada o reconhecimento da boa-fé dos ex-gestores, pois a conduta por eles adotada foi negligente e em desconformidade com os termos do edital do Pregão 315/2005.

34. Quanto à responsabilização do pregoeiro (parágrafo 18, “d”), já foi decidido em processos em andamento nesta Corte (peça 35) 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.

35. Sobre o fato de terem adotado medidas administrativas tão logo terem conhecimento das irregularidades (parágrafos 18, “b” e 19, “a”), não elimina a responsabilidade pois não foram suficientes para impedir o dano ao erário.

36. Cabe ressaltar o entendimento recente do Tribunal, por meio do Acórdão 1441/2016 – Plenário, em que considerou o prazo de dez anos para a pretensão punitiva, a contar da ocorrência. No caso em tela, a data de referência é a do pagamento que se deu em 27/11/2007. Assim, não houve o decurso de dez anos, podendo os responsáveis serem apenados com base na Lei Orgânica do TCU.

Análise das alegações da Hospfar

37. Conforme já mencionado, foram instauradas diversas TCEs por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário (peça 35). Nelas, foi verificado o mesmo esquema de superfaturamento nos preços dos medicamentos, no qual as empresas cobraram da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, sendo que a legislação determinava que os preços deveriam ser desonerados desse imposto.

38. O Procurador Júlio Marcelo, em seu parecer no TC 016.826/2009-5, que trata de umas dessas TCEs, ponderou que a determinação desse acórdão deu-se no intuito de dar maior celeridade processual. Contudo, as irregularidades identificadas em cada processo não devem ser apreciadas de forma isolada, motivo pelo qual os exames que tratem de fatos em comum aos processos podem sempre ser aproveitados. Citou a seguinte manifestação do MP/TCU no TC 001.922/2009-5, que também trata do mesmo assunto:

Ignora a unidade técnica que esse assunto foi detalhadamente discutido no parecer anterior do Ministério Público [...], em que se demonstrou que, comparando-se os preços cobrados pela empresa Hospfar com preços de referência obtidos da revista especializada Simpro, estes devidamente desonerados de ICMS, tal como previsto na legislação, verifica-se expressivo superfaturamento, superior a R\$ 1,5 milhão.

Então, não só não há elementos nos autos que demonstrem que o preço cobrado pela Hospfar estivesse abaixo do preço de mercado, como os há demonstrando exatamente o contrário! Ou seja, que a falta da desoneração prevista na legislação conduziu à ocorrência de superfaturamento.

39. Ainda sobre a configuração do débito, o Ministério Público, naqueles autos, destacou que:

A pretexto de cumprir essa condição, a Hospfar e a Prodiel, ao emitir suas notas fiscais, elevaram os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos preços contratados. Ora, como estes já continham o ICMS incluso,

de acordo com as disposições editalícias e contratuais mencionadas, as empresas praticaram desoneração apenas aparente, pois, na verdade, mantiveram intocados os preços contratados.

40. As análises proferidas no mencionado parecer se repetiram nos TCs 016.828/2009-0, 004.589/2010-6, 004.592/2010-7, 004.596/2010-2, 016.592/2010-7 e 027.019/2010-1, todos eles tratam do mesmo assunto, mas em pregões diferentes. Essas análises abrangem os principais pontos da defesa e devem ser aproveitadas nesta oportunidade, já que o Acórdão 1344/2013 – Plenário ratificou o posicionamento desse membro do MP/TCU.

41. As retenções de pagamentos alegadas repetidas vezes nas alegações da Hospfar (parágrafo 20, “c”) não se aplicam ao caso em tela, haja vista que os recursos foram integralmente empenhados e pagos, portanto, esta questão não se refere ao presente processo.

42. Em relação à mencionada ilegalidade do edital (parágrafo 20, “d”), argumentou o Procurador Júlio Marcelo, em seu parecer no processo de TCE que trata do Pregão 314/2005:

É claro, então, que o edital não previa a incidência de ICMS sobre os produtos a serem adquiridos, mas simplesmente que o valor desse tributo fosse incluído nos preços licitados, para, posteriormente, durante a execução contratual pela vencedora da licitação, ser destacado na nota fiscal e, aí sim, ser devidamente excluído do valor cobrado à SES/GO.

43. Além do mais, a força vinculante do edital é garantida pelo ordenamento jurídico e em nenhum momento, foi formalmente contestado pelas empresas licitantes. Conforme apurado, o argumento de que a exigência editalícia era descabida só foi aventado depois de reconhecido que o faturamento dos medicamentos fraudava as regras licitatórias.

44. Baseado no art. 41, da Lei 8.666/93, o Procurador Júlio Marcelo acrescentou: “O edital torna-se, então, lei entre as partes e, assim, seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto as concorrentes - sabedoras do inteiro teor do certame”.

45. Cabe transcrever o seguinte trecho contido no relatório que precedeu o Acórdão 1344/2013 – Plenário (trata de assunto idêntico):

18...A disciplina da modalidade pregão é dada pela Lei 10.520/2002, cujo teor relega unicamente ao edital a competência para estabelecer as normas que regerão o procedimento, incluindo a prerrogativa exclusiva de determinar os critérios de aceitação das propostas (arts. 4º, III e 3º, I). A hermenêutica de tais dispositivos, conforme preceitua o art. 9º da mencionada lei, tem correlação com o estatuto geral das licitações e contratos, entre cujos princípios basilares consta o dever de estrita vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º da Lei 8.666/1993). Portanto, a rigidez interpretativa que se impõe às cláusulas editalícias não cumpre apenas uma mera formalidade jurídica, mas se trata de um princípio fundamental da licitação pública.

19. O edital sob comento é inequívoco sobre a exigência de que as propostas incluíssem a incidência de todos os tributos, particularmente o ICMS. E o faz com um grau de minudência que talvez não fosse absolutamente necessário, mas que se mostrou oportuno para explicar aos interessados que se aplicavam ao fornecimento do produto licitado as disposições contidas no Convênio ICMS nº 87/2002 Confaz, cujo teor estabelece que o valor correspondente ao ICMS, ainda que isento, deveria ser destacado no ato de emissão do documento fiscal.

20. Ora, diante dessa particularidade tributária, não há absolutamente nada de controverso na iniciativa da SES/GO de incluir a referida disposição editalícia. Se o valor correspondente ao imposto deveria aparecer na nota fiscal, ainda que não cobrado, é

muito mais simples, coerente e de mais fácil controle que a cotação do produto já se fizesse com a inclusão do mesmo, para que, quando da sua entrega, fosse simplesmente deduzido da nota fiscal. Não há contradição alguma entre a referida norma tributária e o item do edital, nem conflito de posicionamentos técnicos entre órgãos distintos da administração estadual que pudesse inviabilizar a legitimidade da exigência, como a empresa procura defender.

46. Em relação à alegação da Hospfar sobre a aplicação de alíquota reduzida (parágrafo 20, “b”), o também 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.

47. Sobre a manifestação da contratada de que praticou os preços apresentados na proposta desonerados de ICMS (parágrafos 20, “h” e “k”), o Procurador Júlio Marcelo observou que, quando emitiam suas notas fiscais, elevavam os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos preços avençados. Ora, como estes já continham o ICMS incluso, de acordo com as disposições editalícias e contratuais mencionadas, as empresas praticavam desoneração apenas aparente, pois, na verdade, mantinham intocados os preços contratados. O Procurador acrescentou, ainda, o seguinte:

Portanto, as empresas cobravam da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, sendo que a legislação determinava que os preços deveriam ser desonerados desse imposto.

A defendente alegou, em sua defesa, que, em respeito ao princípio da legalidade, o edital não poderia prever a incidência de ICMS sobre os preços dos itens licitados, se a lei estabelecia que eram isentos desse imposto (cf. Convênio ICMS 87/2002).

A fragilidade desse argumento é evidente. No item 5.3.1, o edital do Pregão 314/2005 – CPL/SES contém a seguinte observação (peça 4, p. 8):

“OBS: a empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/2003 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual 5.825 de 5.9.2003, que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal, deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Saúde não é contribuinte deste tributo.” (Grifo e negrito no original).

É claro, então, que o edital não previa a incidência de ICMS sobre os produtos a serem adquiridos, mas simplesmente que o valor desse tributo fosse incluído nos preços licitados, para, posteriormente, durante a execução contratual pela vencedora da licitação, ser destacado na nota fiscal e, aí sim, ser devidamente excluído do valor cobrado à SES/GO.

As empresas alegam, basicamente, que, se as proposta desatendiam os requisitos do edital, deveriam ter sido desclassificadas de imediato pela SES/GO. Como isso não ocorreu, teria incidido a chamada “coisa julgada administrativa”, de efeito semelhante ao da preclusão, de modo que a Administração não mais poderia revogar o ato que surtiu efeitos válidos, com a entrega total dos medicamentos contratados.

Esse argumento também é de precariedade evidente. É claro que não se trata, no caso, de revogação de ato regular pela Administração, por motivos de conveniência, oportunidade e razoabilidade. O que há é anulação parcial de atos cujos efeitos não se conformaram inteiramente à lei, representada, no caso, pelo edital e pelo contrato. E, o que é pior, trata-

se, outrossim, de ato que deu causa à lesão ao erário, atraindo sobre si a aplicação da Lei 8.443/1992 e dos dispositivos constitucionais pertinentes, notadamente aquele do art. 37, § 5º, que define como imprescritíveis as ações de ressarcimento nos casos de ilícitos que causem prejuízo ao erário. Ante a imprescritibilidade dessas ações, inequivocamente reconhecida pelo STF (MS 26.210-9/DF) e por esta Corte (Acórdão 2.709/2008 – TCU – Plenário), falecem os argumentos da responsável em prol da suposta “preclusão” aplicável à espécie.

Argumentam que deixaram claro que seus preços estavam cotados sem a inclusão de ICMS.

Porém, isso é uma meia-verdade. As contratadas emitiram declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003 e afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peças 5, pp. 38 e 44; 7, pp. 20, 27 e 28):

Isso destrói a tese de que, com boa-fé e transparência, teriam informado a Administração sobre a exclusão do ICMS de seus preços. De qualquer forma, mesmo que fosse verdadeiro, esse fato não a 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, as contratadas indicavam apenas um valor em suas propostas e, só na execução contratual, informavam 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.

48. Ainda sobre a alegação de desoneração, o voto condutor do Acórdão 1344/2013 – Plenário, expôs o seguinte:

29.... Conforme depoimento prestado à comissão de TCE, o pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, considerou que se ela declarasse estar de acordo com os termos do edital, esta declaração prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada. Tomado em consideração esse depoimento, mais a informação constante do item 5.3 do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no item 2.2 do edital havia previsão de que *“a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis”*, a comissão de instauração da TCE entendeu que, apesar da falha em não se ter procedido à desclassificação da proposta, a empresa permaneceu vinculada aos termos do edital e às declarações prestadas acerca da inclusão de todos os tributos, de modo que os preços ofertados, pela vinculação ao instrumento convocatório, deveriam ser reputados com inclusão do ICMS.

30. De todo modo, verifica-se que a primeira declaração, que foi formulada especificamente para expor os preços ofertados no Pregão 174/2005 e detalhar o fornecimento, apresentava teor inequívoco de que o ICMS estava incluído, motivo pelo qual se rejeita a alegação da defendente.

49. Assim, conforme as análises do TCU nas várias TCEs sobre o mesmo assunto, o edital do Pregão 315/2005 também 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.

50. Sobre a preclusão do ato desclassificatório das empresas e a inconstitucionalidade da reforma de atos juridicamente perfeitos (parágrafo 20, “n”), tais alegações não prosperam, dado que não se trata de desclassificar licitantes nem de refazer atos juridicamente perfeitos, mas sim de aperfeiçoar e retificar seus efeitos, porque viciados na origem quanto a questões verificadas no âmbito do controle externo, destacadamente quanto aos seus reflexos financeiros que redundam prejuízo ao erário, cujas ações de ressarcimento são imprescritíveis.

51. Por fim, mencionem-se os pareceres de dois juristas renomados que foram anexados à defesa da empresa Hospfar (peça 33, p. 106-228). Como os pareceres são rigorosamente idênticos aos apresentados em outros processos (diferentemente das peças dos responsáveis, que variam pontualmente de um processo para o outro), sempre datados de 20 e 26/8/2010, para não ser repetitivo basta a seguinte nota referencial conclusiva: as opiniões e argumentos oferecidos repisam e buscam reforçar as alegações de defesa da Hospfar e já foram refutados em análises técnica e ministerial anteriores, endossadas pela Corte, por exemplo, no TC 027.019/2010-1 (peça 88, p. 4-6, e peça 90, p. 7-8) ou no TC 001.922/2009-5 (peça 15, p. 75-77 e p. 87-89), resultando nos Acórdãos 1.025/2015 e 1.029/2015 do Plenário.

CONCLUSÃO

52. Diante do exposto, as alegações de defesa apresentadas devem ser rejeitadas em razão da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital do Pregão 315/2005, resultando em dano à União.

53. Não há como se vislumbrar a boa-fé nas condutas dos responsáveis, pois não apresentaram justificativas capazes de elidir as irregularidades cometidas. São, nesse sentido, os Acórdãos 1.921/2011 – 2ª Câmara, 203/2010 - Plenário, 276/2010 - Plenário, 621/2010 - Plenário, 3.975/2010 – 1ª Câmara, 860/2009 - Plenário, 1.007/2008 – 2ª Câmara, 1.157/2008 - Plenário, 1.223/2008 - Plenário, 337/2007 – 1ª Câmara, 1.322/2007 - Plenário, 1.495/2007 – 1ª Câmara, entre outros.

54. Desse modo, devem as contas em análise serem julgadas irregulares e, solidariamente, em débito os responsáveis, em razão da ocorrência de dano ao erário.

55. Ressalte-se que o entendimento recente do Tribunal, por meio do Acórdão 1441/2016 – Plenário, em que considerou o prazo de dez anos para a pretensão punitiva, a contar da ocorrência. No caso em tela, a data de referência é a do pagamento que se deu em 27/11/2007. Assim, não houve o decurso de dez anos, devendo os responsáveis serem apenados com base no artigo 57 da Lei Orgânica do TCU.

56. Advogam nestes autos o Sr. Romildo Olgo Peixoto Júnior OAB/DF 28.361, relacionado pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, no Anexo I ao Ofício 5/2013 - GAB.MIN-AC, dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU (peça 34).

57. Dessa forma, encaminhem-se os autos ao Gabinete do Ministro Relator, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, com o alerta de que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

58. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração, propondo-se:

- a) julgar irregulares as contas dos Srs. Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15, e Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00, nas condições de secretário de saúde e de superintendente de administração e finanças da SES/GO, respectivamente, e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 26.921.908/0001-21), nos termos dos arts. 16, III, “b” e “c”, 19 e 23, III, da Lei 8.443/1992;
- b) condenar, solidariamente, os responsáveis acima ao pagamento da quantia de R\$ 47.928,93, 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 de 27/11/2007 até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;
- c) aplicar ao Sr. Cairo Alberto de Freitas (CPF 216.542.981-15), ao Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges (CPF 194.347.401-00) e à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 26.921.908/0001-21) a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;
- d) autorizar a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, II da Lei 8.443/1992;
- e) encaminhar cópia do relatório, voto e acórdão a serem proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, 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;
- f) encaminhar os autos ao Gabinete do Ministro Relator, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, alertando que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

Secex-GO, 29 de julho de 2016.

(Assinado eletronicamente)

Sérgio Braga Machado

AUFC - Matrícula 3873-3