

VOTO

Mediante o Acórdão 1.991/2016-TCU-Plenário (peça 48), o Tribunal julgou as presentes contas irregulares, com imputação de débito aos responsáveis.

2. Ao consultar a pauta da sessão de julgamento deste processo, publicada no DOU em 1º/8/2016, a Secex/GO constatou a omissão da publicação do nome e do número da inscrição na OAB dos advogados dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, Sr. Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872) e outros, cujas procurações, após a proposta de mérito daquela secretaria, foram juntadas às peças 34 e 35, o que consubstancia inviabilidade da produção de ampla defesa e do contraditório, caracterizando falha insanável, alegando ser necessária a declaração de insubsistência do Acórdão 1.991/2016-TCU-Plenário (peça 48) (vide Acórdãos 7106/2014-TCU-2ª Câmara, 354/2015-TCU-Plenário e 0994/2016-TCU-Plenário).

3. Destaque-se que o art. 174 do Regimento Interno/TCU determina que “Conforme a competência para a prática do ato, o Tribunal ou o relator declarará a nulidade de ofício, se absoluta, ou por provocação da parte ou do Ministério Público junto ao Tribunal, em qualquer caso”.

4. Sendo assim, a omissão na publicação do nome e do número da inscrição na OAB dos advogados dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges na pauta da sessão de julgamento atinge o direito de defesa e do contraditório, caracterizando nulidade absoluta e o Tribunal deverá reconhecer esse vício de ofício e declarar nulo o Acórdão 1.991/2016-TCU-Plenário (peça 48), e julgar novamente as presentes contas.

5. Retornando esta TCE a meu gabinete, reconheço a existência de falha processual que conduz à nulidade do Acórdão 1.991/2016-TCU-Plenário (peça 48). Assim sendo, e com fundamento no art. 174 do RI/TCU, cabe declarar de ofício a nulidade do referido acórdão e promover o saneamento da falha consistente na ausência do nome dos advogados de alguns dos responsáveis.

6. Reitero, a seguir o voto anteriormente proferido à peça 49.

“Esta tomada de contas especial foi instaurada em atendimento ao Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, proferido em processo de representação formulada pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás, que tratou de irregularidades em certames licitatórios promovidos pela SES/GO para a aquisição de medicamentos custeados com recursos transferidos pela esfera federal à conta do SUS.

2. Nos trabalhos realizados por equipe da Secex/GO no âmbito do processo de representação, foi apurada a ocorrência da mesma irregularidade relativa à oneração do ICMS nas propostas de preço apresentadas em diversos certames. Como resultado, o Acórdão 45/2008-Plenário determinou a instauração de uma tomada de contas especial para cada um dos pregões relativos à aquisição de medicamentos.

3. O caso em tela se refere ao Pregão 293/2005, vencido pelas empresas Hospfär Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., para fornecer diversos medicamentos.

4. Conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (fls. 46 - peça 4), o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Esse valor onerado com o ICMS tinha o propósito de servir apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto. Ainda, de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela.

5. Todavia, quando do faturamento, as empresas Hospfär e Milênio acresciam novamente o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprir a isenção tributária

aplicável. Como resultado, as empresas embolsavam a totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente a diferença entre o valor adjudicado e o valor do imposto originalmente incluído nas propostas.

6. No âmbito deste Tribunal, foram responsabilizados solidariamente pelo débito os Srs. Fernando Passos Cupertino e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO, responsáveis por autorizar os pagamentos indevidos, e as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., beneficiárias dos recursos.

7. Quanto ao mérito desta TCE, acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de danos ao erário, os quais se imputam em solidariedade aos agentes públicos e às empresas fornecedoras dos medicamentos licitados.

8. No tocante à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante. Como visto no relatório precedente, a unidade técnica não a reconhece, propondo desde logo o julgamento pela irregularidade das contas, com condenação em débito e aplicação de multa, ao passo que o Ministério Público, que também vinha se posicionando nesse sentido, conforme os pareceres exarados pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, alterou seu posicionamento, passando, com o parecer produzido pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, a reconhecer a boa-fé dos gestores, de modo que propõe a rejeição das alegações de defesa desses com a concessão de novo e improrrogável prazo para o recolhimento do débito atualizado.

9. Por apresentarem-se adequadas, as análises da unidade técnica e do *Parquet* podem ser incorporadas às razões de decidir neste processo. Também acolho as providências propostas pela unidade técnica, exceto quanto à sugestão de aplicação de multa, conforme exposto adiante.

10. Cumpre, por fim, registrar a importância do tema aqui tratado, que aparenta simplicidade ante as quantias envolvidas na presente TCE. No entanto, conforme noticiado no portal do Ministério Público do Estado de Goiás em maio/2010, apurações conduzidas pelo MPF e pelo MPE contabilizaram prejuízos da ordem de R\$ 13 milhões aos cofres públicos em fraudes nas compras de medicamentos feitas pela SES/GO nos anos de 2002 a 2008. Nesse contexto, deve ser enfatizado que já se encontram em tramitação nesta Corte diversas tomadas de contas especiais relacionadas a esses fatos.

11. Assim, passo a tecer comentários adicionais sobre as questões mais relevantes suscitadas pelas defesas.

I - Hospfar e Milênio - Alegação de Mérito: Cotação de preços desonerados conforme declaração.

12. O principal argumento de mérito trazido pelas empresas constituiu-se na alegação de que suas propostas se encontravam desoneradas do ICMS, conforme constou de declaração solene juntada na ocasião do certame.

13. Verifica-se, todavia, que há elementos no processo que contradizem essas afirmações.

14. Veja-se que o edital previa expressamente a inclusão do tributo nos preços propostos, bem como a necessidade de destacar a isenção na nota fiscal e excluir o montante do valor a ser pago, como a seguir transcrito.

‘5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.

5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea ‘b’, da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.

OBS: As empresas que venham a ser vencedoras do certame deverão atender os termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz, e ao Decreto 5.825/2003, no que couber, devendo conceder a isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, quando da emissão da Nota Fiscal, incluindo no bojo da referida nota o destaque do valor da isenção concedida.' (fls. 66/67 - peça 02).

15. A propósito, veja-se que o Convênio ICMS 87/02 concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional, desde que observadas certas condições (e. g.: que os medicamentos também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal).

16. Por sua vez, o Decreto Estadual 5825/2003 regulamentava o Convênio 26/03 Confaz, que previa isenção de ICMS nas operações internas relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas fundações e autarquias, também com condicionantes, tais como: desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado; indicação desse desconto no documento fiscal; e comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de importação.

17. Então, tem-se que o edital previa que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS. Também preceituava que o tributo seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a SES não seria contribuinte do tributo, já que os produtos licitados gozariam de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais.

II - Hospfar e Milênio - Preços cotados iguais a preços de mercado

18. Segundo alegado, as empresas efetuaram corretamente o procedimento de abatimento do ICMS nas notas fiscais, resultando no recebimento do preço cotado, que seria preço compatível com o mercado.

19. Sobre esta questão, é importante que se esclareça que esta TCE não questiona a ocorrência de sobrepreço ou desconformidade de preços com o mercado, mas sim a adoção de procedimento contrário ao edital, que resultou em pagamentos indevidos às empresas fornecedoras dos medicamentos. Como já explanado anteriormente, o edital da licitação determinava a apresentação de propostas com os preços onerados pelo ICMS e o abatimento do tributo quando do pagamento. No entanto, as empresas sob o pretexto de que haviam apresentado proposta desonerada, faturavam o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, e acresciam novamente o imposto, embolsando, portanto, valor superior ao devido.

III - Da suposta interferência do Acórdão 140/2012 - Plenário no débito apurado nos autos

20. A derradeira tentativa da empresa Hospfar de afastar o débito imputado nestes autos consistiu na apresentação de novos elementos pautados em deliberação deste Tribunal (peça 27), havida em processo julgado por relação da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, sobre o qual foi lavrado o Acórdão 140/2012 - Plenário (TC-009.625/2011-9). Por meio do julgado o Tribunal entendeu ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

21. A questão foi bem examinada no último parecer proferido pelo representante do Ministério Público/TCU (peça 28), cuja manifestação incorporo como razões de decidir, com o acréscimo de informações pertinentes sobre o tema, em relação aos pregões da SES/GO, que faço a seguir. Início reproduzindo o seguinte trecho do parecer do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira:

‘Estando o processo sob responsabilidade do Ministério Público, a empresa Hospfar juntou aos autos elementos adicionais de defesa (peça 66), por meio dos quais afirma existirem fatos novos

que podem interferir no julgamento das TCEs autuadas por força de determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário.

A contratada alega que este Tribunal de Contas proferiu o Acórdão 140/2012, da lavra do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, TC-009.625/2011-9, entendendo ser inconstitucional a exigência de apresentação de preços onerados para medicamentos isentos.

Argumenta que a mencionada decisão foi proferida *‘após a constatação deste Tribunal que o assunto referente ao ICMS é completamente desconhecido pelos gestores públicos e que, a exigência de apresentação de propostas ‘oneradas’ é absolutamente inconstitucional, pois fere de morte o princípio da igualdade’*.

A responsável aduz que tanto ela quanto os demais fornecedores da SES/GO, *‘apresentavam suas propostas desoneradas do ICMS, declarando tal situação expressamente na abertura do certame, e assim, os preços julgados eram os desonerados’*.

Afirma, então, que *‘a questão relativa ao ICMS era, à ocasião dos pregões, por demais controversa e desconhecida pelos gestores públicos, conforme reconhecido pelo Acórdão 140/2012, que entendeu pela inconstitucionalidade da conduta que a SES/GO adotava, de exigir a apresentação de propostas ‘oneradas’, tendo ademais, recomendado a alteração do Convênio Confaz ICMS 87/2002, para que conste expressamente que as propostas devem ser apresentadas sem a inclusão do imposto’*.

O Ministério Público repisa que não pode ser reconhecida a boa-fé da empresa Hospfär por ocasião da apresentação de suas propostas, pois, ao contrário do que afirma, nem sempre declarou que os preços ofertados estavam desonerados do ICMS.

Esse argumento já havia sido trazido aos autos pela contratada por ocasião da resposta ao ofício citatório, oportunidade em que anexou aos autos duas declarações que teriam sido encaminhadas à SES/GO, ambas datadas de 29.12.2005, a primeira, dando conta de que os preços cotados estavam de acordo com o Decreto 5.825/2003, a segunda, mais explícita, afirmando que os preços já estavam contemplados com a redução do ICMS (peça 16, pp. 85/6).

Na verdade, verifica-se que a Hospfär emitiu pronunciamentos contraditórios durante o processo licitatório, ora declarando que os preços de sua proposta estavam onerados com ICMS, ora declarando que não estavam. Mesmo assim, foi proclamada vencedora do certame, para o fornecimento de alguns medicamentos.

Todavia, curiosamente, há nos autos declaração também datada de 29.12.2005, em que a empresa afirma textualmente que *‘nos preços propostos estão inclusos todos os (...) impostos e taxas instituídas por lei’* (peça 5, p. 2). Isso destrói a tese da empresa de que, com boa-fé e transparência, teria 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.

Mesma análise pode ser dispensada ao argumento da empresa Milênio, apresentado em suas alegações de defesa, de que ofertou proposta de forma clara e expressa sem oneração do ICMS, visto que, na verdade, a declaração oferecida por ocasião da sua proposta trazia que *‘nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irrevogáveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta’* (peça 4, p. 34).

No que tange ao Acórdão 140/2012 – Plenário, pela sua pertinência, passa-se a transcrevê-lo:

‘ACÓRDÃO Nº 140/2012 - TCU - Plenário

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão ordinária de Plenário, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 143, incisos III e V, alínea ‘a’, c/c o art. 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU, em arquivar o presente processo, sem prejuízo de fazer

as seguintes determinações e recomendações, de acordo com o parecer da 4ª Secex:

1. Processo TC-009.625/2011-9 (RELATÓRIO DE LEVANTAMENTOS)

1.1. Interessados: Ministério Público do Estado de Mato Grosso (00.000.000/0001-23); Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Goiás (01.409.598/0001-30)

1.2. Órgão/Entidade/Unidade: Ministério da Saúde (vinculador); Secretaria de Estado da Saúde de Goiás; Secretaria de Estado da Saúde do Estado do Paraná; Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal; Secretaria de Estado de Saúde Em Mato Grosso

1.3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

1.4. Unidade técnica: 4ª Secretaria de Controle Externo (Secex/4).

1.5. Representação Legal: não há.

1.6. Determinar:

1.6.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, com fundamento na Cláusula Primeira do Convênio - Confaz 87/2002, que, no prazo de sessenta dias, oriente os gestores federais, estaduais e municipais acerca da aplicação da isenção do ICMS nas aquisições de medicamentos por meio de cartilhas, palestras, manuais ou outros instrumentos que propiciem uma repercussão ampla, alertando aos entes que as propostas dos licitantes devem contemplar a isenção do tributo;

1.6.2. à Secretaria-Geral de Controle Externo que divulgue o teor desta decisão às Secretarias de Controle Externo estaduais para subsidiar a programação de auditorias de conformidade a serem realizadas com o objetivo de: (i) estabelecer metodologia de cálculo de valor de referência para os medicamentos selecionados, com base em pesquisa de preços devidamente fundamentada; (ii) apurar sobrepreços na aquisição dos medicamentos pelos entes federativos; (iii) verificar a regularidade das aquisições de medicamentos; (iv) avaliar a qualidade e confiabilidade dos controles internos empreendidos do recebimento dos produtos até a sua distribuição; (v) verificar as condições de armazenagem dos fármacos; (vi) verificar a alimentação do Banco de Preços em Saúde pelos entes federados;

1.7. Recomendar:

1.7.1. ao Ministério da Saúde, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que revogue o § 3º do art. 5º da Portaria - GM/MS 2.814/1998, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna;

1.7.2. ao Conselho Nacional de Política Fazendária, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que altere o § 6º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002, tendo em vista a inconstitucionalidade do dispositivo ao afrontar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição entre eles considere este valor'.

Cumpra destacar que o § 6º, declarado inconstitucional pelo Tribunal, nos termos do *decisum* acima, foi acrescido à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 87/2002 pelo Convênio ICMS 57/10, com efeitos a partir de 23.4.2010:

‘Acrescido o § 6º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 57/10, efeitos a partir de 23.04.10.

§ 6º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal’ (http://www.fazenda.gov.br/confaz/confaz/Convenios/ICMS/2002/cv087_02.htm).

Assim, essa declaração de inconstitucionalidade, alegada pela empresa Hospfar, em nada afeta o Pregão 293/2006 e o contrato dele decorrente, pois foram realizados em época que o dispositivo impugnado sequer existia e, por imperativo lógico, não os regeu.

Outrossim, importa ressaltar que, somente a partir da recente determinação proferida por este Tribunal, as propostas dos licitantes ficaram obrigadas a contemplar o preço isento de ICMS.

Até então, havia certa controvérsia acerca do tema, ao se interpretar o texto do Convênio ICMS 87/2002 de forma isolada.

No entanto, no caso do Pregão 293/2006, essa polêmica ficou superada, uma vez que o

edital deste certame determinava expressamente que (peça 2, p. 65).

‘5.1.5. (...) No preço ofertado deverão estar incluídas todas as despesas que incidam ou venham a incidir, tais como fretes, impostos, taxas, encargos, enfim, todos os diretos e indiretos necessários ao cumprimento do objeto ora licitado, inclusive os decorrentes de troca de produto dentro do prazo de garantia, se for o caso’.

Ainda, a mesma exigência foi reiterada mais adiante no edital, agora com menção explícita ao ICMS (peça 2, p. 67).

‘5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.’

A minuta de contrato e o contrato, igualmente, traziam essa exigência (peça 2, p. 86 e peça 9, pp. 7 e 15):

‘Cláusula Quarta – Do valor

(...)

4.4 – Nos preços acima estão incluídos todos os impostos, seguros, despesas, custos e encargos devidos em razão da execução deste contrato’.

Sobre esse assunto, o Ministério Público também já se pronunciou nos autos do TC-001.922/2009-5:

‘Assim, é verdade que prevalecia certa confusão na SES/GO sobre a desoneração de ICMS. Esse problema, aparentemente, só seria resolvido com a edição do Despacho 1.298/2007 da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, em 3.2.2007 (fls. 1.442/8, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp. 40/6], que definiu que, nas hipóteses de isenção de ICMS, as empresas devem apresentar na licitação tanto o preço normal de mercado do produto ou serviço (valor bruto), quanto o preço resultante da isenção de ICMS conferida (valor líquido), sendo que este último deve ser o preço considerado para julgamento. Na execução contratual, a empresa vencedora deve indicar na nota fiscal o ICMS incidente sobre o produto ou serviço e depois deduzi-lo, aplicando, assim, a devida isenção. A Portaria 28/2007 do Gabinete da SES/GO, de 8.2.2007 (fls. 1.450/2, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp. 48/50], determinou a aplicação desse critério no âmbito da Secretaria.

Embora a responsável cite esses pareceres e os tenha aportado aos autos, é bem claro que seu procedimento foi inteiramente diverso, pois indicou apenas um valor em sua proposta e, só na execução contratual, informou 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. Toda a longa peroração desfiada pela empresa até aqui soçobro diante desse fato. O edital é a lei interna das licitações. Toda empresa que delas participa sabe perfeitamente que tem a obrigação de cumpri-lo. Ao optar por não o fazer, sob pretextos variados, incorre nas sanções previstas em lei. É o que, em resumo, se observa no presente caso.’

Dessarte, os novos elementos juntados aos autos em nada alteram o posicionamento anterior deste Ministério Público acerca da responsabilidade da empresa Hospfär.’

22. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 293/2005, dentre as quais, a Hospfär e a Milênio, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os Convênios ICMS 87/2002 e 26/2003.

23. 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. Aqueles convênios se limitavam a autorizar a concessão de isenção e a indicar que o valor dessa isenção deveria ser discriminado e destacado nas notas fiscais. Portanto, essas notas fiscais conteriam o valor bruto e o líquido, isento de ICMS, mas nada era disposto a respeito das propostas de licitantes.

24. O edital, portanto, era a regra absoluta a reger as licitações no tocante à forma de apresentação das propostas, e os convênios de concessão de ICMS só interferiam no momento da realização dos pagamentos, do faturamento (emissão de NFs), haja vista que a desoneração se tornava obrigatória para os casos enquadrados nas isenções concedidas, sob pena de a apropriação do imposto pelo fornecedor se configurar enriquecimento ilícito.

25. Logo, de se ver que o Acórdão 140/2012 - Plenário possui efeitos *ex nunc*, possuindo validade apenas a partir de sua prolação por este Tribunal, não afetando assim atos pretéritos praticados ou definidos em licitações anteriores na administração.

26. Ademais, o levantamento efetuado no processo paradigma indicado pela defendente analisou apenas a aplicação do Convênio ICMS 87/2002 do Confaz, o qual concede isenção a uma lista determinada de fármacos constantes de seu anexo, isenção com abrangência nacional que não se aplica à totalidade dos medicamentos consumidos no país. Conforme expressamente consignado na instrução técnica que fundamentou o Acórdão 140/2012 - Plenário, não foi analisada a aplicação do Convênio ICMS 26/2003, que trata, de forma ampla, da isenção de ICMS nas operações internas de quaisquer bens, mercadorias ou serviços adquiridos pela Administração Pública Direta e suas autarquias e fundações, o qual foi aprovado e ratificado internamente no Estado de Goiás pelo Decreto 5.825/2003. Isso porque o referido convênio abordava uma isenção aplicada dentro do estado, ou seja, fora da jurisdição do TCU, de modo que as análises da unidade instrutiva não o levaram em consideração. Se um medicamento não consta na lista do Convênio 87/2002, só terá isenção de ICMS se a operação for interna, ou seja, no caso de Goiás, garantiria isenção apenas aos fármacos produzidos dentro do próprio estado. Os demais, vindos de outros estados, ficariam, em tese, sujeitos à alíquota de origem.

27. Ocorre que os editais-padrão adotados no Estado de Goiás consideraram a hipótese de fornecimento de medicamentos abrangidos por ambos os convênios, não separando, em cada caso, editais específicos para compras de medicamentos constantes do Convênio ICMS 87/2002 de outros não integrantes de seu anexo. Ao considerar também nos editais a incidência do Convênio ICMS 26/2003, optou o Estado de Goiás por comparar propostas oneradas com ICMS, não importando se o medicamento estava ou não enquadrado, também, no Convênio ICMS 87/2002. Basta ler o que consta dos itens 5.3, 5.3.1 e respectiva observação, constantes do edital.

28. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração, para fins de pagamento, por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento, portanto, passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012 - Plenário, que teve efeitos apenas *ex nunc*, 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. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

IV - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

29. Conforme indicado no parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a empresa tenta, conforme argumentos aduzidos, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,35%), garantida pela Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII. Assim, na eventualidade de ter de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado, pleiteia que esses valores não sejam calculados com base no percentual de 17%, como se fez na presente TCE, mas sim de 10%.

30. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são inconteste alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: '*Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)*', conforme peça 5, p. 83; b) os preços aceitos pela licitante, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordou a empresa após negociação com o pregoeiro, estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Em adição, o MP/TCU adequadamente arremata que 'A própria empresa, aliás, demonstra estar plenamente ciente desse fato, pois, ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%.' (peça 28, fls. 9/10). Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.

V - Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros - Alegações de Mérito

31. O Sr. Fernando Passos seguiu tese única no sentido de que a responsabilização no caso não deve ser imputada a ele, Secretário de Saúde à época, mas aos agentes subordinados, que, segundo a defesa, exorbitaram do poder a eles incumbidos (fl. 1469). Alega que como ordenador de despesa não tinha condição de acompanhar todos os detalhes de um procedimento licitatório. Ademais, segundo a defesa, seus atos foram referendados pelo jurídico do órgão. Para finalizar, invoca o uso da razão pelos julgadores colacionando doutrinas, que discorrem sobre o emprego do princípio da razoabilidade pelos julgadores, como norteador aos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição.

32. No tocante aos argumentos de ausência de responsabilidade do gestor e de controvérsia sobre a oneração/desoneração, não há como aceitá-los.

33. É certo que o Sr. Fernando Passos 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. 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.

34. Ademais, conforme registrado pela unidade técnica em sua instrução reproduzida no relatório retro, ao gestor cabia a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 003/2009 (fls. 1295, 1297) na Planilha referente às empresas envolvidas, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE.

35. De outro modo, a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, também se opera pela culpa *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim, o Secretário de Saúde é quem escolhe os seus subordinados. No momento da escolha o gestor não pode ser negligente ao preencher os principais cargos de comando operacional da máquina administrativa, que, neste caso, acabaram por propiciar prejuízo ao erário. Portanto, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

36. Nesse contexto, considerando que o Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros 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.

VI - Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges

37. Os responsáveis apontaram, em peça única (peça 17, fls. 25 e seguintes), as providências adotadas na gestão para retenção da parcela de 17% referente ao ICMS, bem como para realizar auditoria interna e para constituir comissão responsável por apurar as diferenças do ICMS nas contratações da SES. Buscaram demonstrar a sua boa-fé no início da gestão para esclarecer as questões e para compensar os valores pagos indevidamente. Afirmaram que o erário foi recomposto tendo em vista as retenções e compensações. Por fim, alegaram a ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa, e que não lhes parece justo serem solidariamente responsáveis pela recomposição do débito, pois se houve um benefício, este foi incorporado ao patrimônio da empresa contratada.

38. Concordo com a análise da unidade técnica no sentido de que os responsáveis não lograram êxito em comprovar que o erário federal foi ressarcido dos valores pagos indevidamente às empresas Hospfär e Milênio, remanescendo o débito em questão.

39. Faz-se necessário discorrer sobre a alegação de que o Estado de Goiás havia procedido a retenções em montante correspondente aos pagamentos supostamente realizados a maior, o que, segundo alegam, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário (vide fls. 31 e 38 da peça nº 17).

40. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar que, conforme resultado de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, no qual consta a informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho 'GAB' 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal (vide peça nº 22).

41. Portanto, mesmo as retenções (ou glosas) até então efetuadas foram consideradas indevidas no âmbito estadual, cabendo à empresa e à SES/GO, no âmbito da execução contratual, deliberarem sobre a resolução dessa questão. Importa destacar que, como será visto nos itens 61 e 62 abaixo, as retenções alegadas pela empresa não atingem as notas fiscais objeto da presente TCE.

42. No tocante ao questionamento referente à responsabilidade solidária para recomposição do erário, esta foi definida com base na autorização e execução dos pagamentos na gestão dos responsáveis. Friso que a responsabilidade pelo ressarcimento recai tanto sobre quem eventualmente se beneficiou quanto sobre quem deu causa ao prejuízo.

43. Nesse sentido entendo ser clara a responsabilidade dos gestores. O senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela autorização para os pagamentos feitos à empresa Hospfär (pregão nº 293/2005 - fl. 1306), 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; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela execução de pagamentos feitos às duas empresas envolvidas (pregão nº 293/2005 - fl. 1306), 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 ora apurado.

44. Portanto, os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém com os recursos aplicados no âmbito da própria Administração. Assim, não cabe acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

45. Quanto à conduta dos responsáveis e as medidas adotadas, no tocante à avaliação da boa-fé, tratarei em seção específica a seguir.

VII - Existência/Inexistência de Boa-Fé

46. Relativamente ao juízo acerca da existência da boa-fé, entendo não restar configurada e, por isso, acompanho, nessa parte, a proposta de julgamento, desde logo, desta tomada de contas especial, conforme parecer produzido pela Secex/GO, com as vênias por divergir do parecer exarado pelo Ministério Público/TCU.

47. Em relação à conduta dos Srs. Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas, a adoção posterior de providências no sentido de tentar impedir a realização de novos pagamentos a maior e de compensar aqueles já pagos, além de restarem frustradas, não representam, por si sós, elementos capazes de atestar suposta boa-fé. Depois de efetivamente documentada e apontada a falha no pagamento, não restaria outra alternativa aos responsáveis, senão cumprir seu dever legal de tentar obstar novos pagamentos.

48. Portanto, entendo não haver elementos que apontem a boa-fé dos responsáveis.

49. Quanto ao Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, as considerações sobre a conduta negligente do responsável expendidas em seção anterior indicam os motivos pelos quais resta afastado o reconhecimento da boa-fé.

VIII - Da aplicação de multa proporcional ao dano

50. Em que pese a impossibilidade de atestar suposta boa-fé dos responsáveis, tomo por parâmetro os critérios de equidade e proporcionalidade na avaliação dos fatos e das condutas dos responsáveis solidários arrolados nestes autos, especialmente, com vistas à adoção de uma deliberação equilibrada face à divergência havida entre as propostas formuladas pelo *Parquet* especializado e pela unidade técnica.

51. Nesse sentido, forçoso reconhecer que ao menos durante a gestão dos Srs. Antônio Durval de Oliveira Borges e Cairo Alberto de Freitas, esses envidaram esforços no sentido de deixar saldo contratual suficiente à cobertura dos danos apontados na tomada de contas especial, por força, inclusive, de retenções que ulteriormente restaram insubsistentes. Com efeito, fôï a partir do reconhecimento de tais medidas, aqui consideradas com as devidas ponderações indicadas em item antecedente, que o nobre representante do Ministério Público, no último parecer exarado nos autos, ofereceu proposta parcialmente divergente da Secretaria, no sentido do reconhecimento de boa-fé.

52. Penso que, conquanto tais medidas se traduzam insuficientes para a demonstração da boa-fé na prática do evento danoso, revelam condutas posteriores atenuantes para os fins de aplicação de sanção.

53. Em relação ao Sr. Fernando Passos Cupertino, milita como atenuante em seu favor a baixa representatividade do débito (o dano aos cofres federais atribuído a esse responsável correspondeu a 0,80% do valor dos pagamentos até então realizados no âmbito da respectiva contratação).

54. Assim, tais fatos conduzem-me a deixar de propor que este Tribunal aplique aos responsáveis a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

IX - Da exclusão da responsabilidade do pregoeiro

55. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho os posicionamentos dos pareceres precedentes, no sentido de que o responsável, apesar de revel, deva ter sua responsabilidade excluída, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possui nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já este decorreria dos atos de pagamento.

X – Novos elementos

56. Cumpre registrar que, na véspera desta sessão deliberativa, os Srs. advogados da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. juntaram documentação aos

autos em que demonstram seu inconformismo em relação à retenção de valores promovida pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás. Em apertada síntese, afirmam que ‘Em que pese a Requerida tenha, em todas as suas defesas arguido que a Administração Pública Estadual promoveu a retenção/bloqueio de seus créditos sob o argumento de que pretendia ressarcir-se dos supostos prejuízos causados pela empresa, este Tribunal, até o presente momento, manteve-se alheio a tal alegação sob o fundamento adotado pela unidade técnica de que tais retenções não se deram pela tutela desta Corte’.

57. Continuam sua argumentação informando que:

‘A SES/GO por sua vez, matreiramente, limitou-se a informar a este Egrégio Tribunal de Contas que a Procuradoria Geral do Estado de Goiás teria entendido ser ilegal a retenção de pagamentos por falta de amparo legal, opinando pela devolução das verbas bloqueadas, entretanto não informou que apesar do posicionamento da PGE/GO, aquela secretaria **não liberou os créditos retidos da Embargante**. Ou seja, não houve a devolução do dinheiro, que se encontra nas mãos do Estado de goiás há 10 (dez) anos.

(...)

O fato é que, a pedido da própria Requerida, a SES/GO promoveu novo levantamento das notas fiscais da empresa, bem como, seus pagamentos e cancelamentos a fim de demonstrar que os valores retidos e/ou não pagos, superam em muito os valores que estão sendo discutidos em TODOS processos analisados por este Tribunal.

As planilhas foram elaboradas e emitidas pelo Controle de Execução Orçamentária e Financeira da SES/GO e, conforme V. Exa. Poderá observar, ali constam todos os cancelamentos, parciais ou totais, das Notas Fiscais emitidas pela empresa em razão dos fornecimentos efetuados.

Estes cancelamentos significam que o Estado não efetuou o pagamento dos medicamentos que foram fornecidos, alguns há mais de dez anos e que totalizam o **valor não atualizado** de **R\$ 19.657.175,28 (...)**’.

58. Finalizam sua peça alegando ser ‘de fundamental importância que V.Exa. determine a realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções e que prove perante este Tribunal que liberou qualquer das verbas retidas em favor da Requerida, o que desde já requer’.

59. Anexam (fls. 11/21 da peça 44) duas planilhas emitidas pela SES/GO onde estão relacionadas todas as notas fiscais não liquidadas, discriminando os valores das retenções que totalizam R\$ 19.666.175,28, valor muito próximo ao retro informado (R\$ 2.187.408,89 e R\$ 17.478.766,39).

60. Ao rever os autos, entendo que estas alegações não merecem prosperar, haja vista que o assunto da alegada retenção foi suficientemente apreciado pela unidade técnica, que, resumidamente informa:

‘48. Ainda, em defesa (fl. 1646), os citados alegam que houve **saneamento da falha**, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfar promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na **perda do objeto** da TCE.

49. Todavia, sabe-se que a retenção de crédito realizada pela SES-GO, refere-se à fonte 23, recursos federais, os quais devem ser devolvidos aos cofres federais, portanto a simples retenção feita pelo Estado não supre o débito referente a recursos federais, porquanto esses valores devem ser repassados aos cofres federais. De modo que, mesmo a defesa invocando vários dispositivos legais, no âmbito do Regimento Interno desta Corte de Contas e do Código Civil Brasileiro, sobre a extinção processual e o arquivamento do processo, não cabe acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa, uma vez que o débito ainda persiste no âmbito da União.’

61. Adicionalmente, como já mencionado no parágrafo 40 deste Voto, a alegada retenção foi considerada ilegal pela Procuradoria Geral do Estado, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, e não ocorreu no presente caso, como pode ser confirmado por meio da verificação das planilhas trazidas pelo Requerente, uma vez que as referidas planilhas emitidas pela SES/GO não contemplam nenhuma das notas fiscais (NFs) que dão origem ao débito objeto desta TCE, conforme pode-se aferir ao confrontar as NFs relacionadas na minuta de Acórdão com aquelas NFs relacionadas nestas planilhas (peça 44, p. 11/21).

62. Como corolário desta aferição, fica demonstrada a inexistência de qualquer retenção relacionada aos valores que devem ser ressarcidos aos cofres federais.

63. Finalmente, e no tocante ao pleito do Requerente de realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções, tal medida faz-se desnecessário diante da análise do confronto das notas fiscais constantes das planilhas suscitadas pelo Requerente (itens 61 e 62 acima).

XI - Conclusão

64. De todo exposto, conclui-se que o débito objeto desta TCE decorreu da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital do Pregão 293/2005, que 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. Conforme constatado, as empresas Milênio e Hospfar, sob a alegação de que apresentaram preços desonerados, emitiram notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhes permitiu receber pagamentos com valores indevidamente majorados.

65. Diante do não acolhimento das alegações de defesa dos responsáveis arrolados, cumpre julgar as respectivas contas irregulares e condená-los solidariamente pelos débitos apurados.

66. Acrescento proposta de determinação à SES/GO para que instaure tomada de contas especial também para eventuais débitos relativos a pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 293/2005, no que tange aos pagamentos efetuados às empresas com recursos federais.

67. Por último, exalto a qualidade dos trabalhos de ordem técnica e jurídica lançados nas instruções da Secex/GO e pareceres do Ministério Público/TCU, os quais encerraram percucientes exames sobre a matéria ora debatida nos autos, que muito subsidiaram os meus entendimentos e razões de decidir.

Com essas considerações adicionais, acolho, quanto ao mérito, os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público/TCU, com os ajustes considerados pertinentes, e manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de novembro de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator