

VOTO

Trago ao colegiado tomada de contas especial instaurada, em 9/9/2011, pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, por força do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, e em cumprimento ao item 1.6.1 do Acórdão 1.789/2010-TCU-2ª Câmara, reiterado pelo Acórdão 2.770/2011-TCU-2ª Câmara.

2. A presente TCE é uma das diversas resultantes das citadas deliberações desta Corte de Contas, que tiveram origem na auditoria de conformidade realizada pela Secex-GO (TC 017.576/2005-2, Acórdão 45/2008-TCU-Plenário) com o propósito de investigar irregularidades levantadas na 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.

3. A irregularidade tratada nestes autos diz respeito aos processos de pagamentos decorrentes do Contrato 283/2006, celebrado com a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares, no valor total de R\$ 2.109.870,00, resultante do Pregão 315/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos de alto custo, solicitados pela Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa – SES/GO. A principal irregularidade apontada, a partir da qual se apurou dano ao erário, consistiu na constatação de que não teria havido efetiva desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados à empresa contratada.

4. Diante das exposições e da análise efetuadas pela unidade instrutiva, resta demonstrado que o dano ao erário apurado se originou do descumprimento às normas previstas no Edital do Pregão 315/2005, as quais estabeleciam a apresentação de proposta de preços com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS, e a obrigatoriedade de desoneração do ICMS nas faturas de pagamento.

5. Os débitos indicados foram de R\$ 48.117,04 (recurso estadual) e R\$ 47.928,93 (recurso federal), ambos valores decorrentes da Nota Fiscal 151466 (peça 5, p. 96), emitida em 15/10/2007, pela Hospfar. É importante esclarecer que a Comissão de TCE identificou, detalhadamente, no Relatório Conclusivo 35/2014 (peça 6, p. 192-196), o débito calculado nesta tomada de contas especial, da ordem de R\$ 47.928,93 (origem federal), em valores originais, que representa apenas o valor efetivamente pago à Hospfar por ocasião do levantamento efetuado pela comissão instauradora da tomada de contas especial, apesar de ter sido apontado dano potencial de até R\$ 299.296,76 (peça 6, p. 95). Conforme análise da unidade técnica (peça 36, p. 10), não houve retenção relacionada ao valor que deve ser ressarcido aos cofres federais nesta TCE, haja vista que os recursos foram integralmente empenhados e pagos.

6. Essa informação trazida aos autos torna evidente a necessidade de que o Tribunal determine à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), a exemplo do ocorrido no Acórdão 1.028/2015-TCU-Plenário, que instaure processos de tomada de contas especial visando reaver os valores federais despendidos nos pagamentos ulteriores àqueles apurados nesta tomada de contas especial, haja vista a possível concretização do dano potencial apontado pela comissão instauradora desta TCE.

7. Quanto às preliminares suscitadas e ao mérito, desde já manifesto minha concordância com as análises e com o encaminhamento proposto pela Secex-GO, os quais contaram com a concordância do MP/TCU, razão por que acolho a proposta de irregularidade das contas dos responsáveis, com débito e multa, incorporando-os às minhas razões de decidir. Não obstante, teço alguns comentários.

8. Na linha do exame empreendido pela unidade instrutiva, no presente caso, as citações efetivadas são válidas (peças 17, 18 e 19), e a delinação da responsabilidade do Sr. Cairo Alberto de Freitas, na condição de Secretário de Saúde de Goiás à época dos fatos, e do Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, na condição de Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO à época dos fatos, foram bem definidas, com a indicação da atuação de cada um deles.

9. No âmbito destas contas especiais, a Secex/GO considerou que as alegações de defesa oferecidas pelos responsáveis arrolados foram incapazes de afastar a irregularidade e, em consequência, propôs ao Tribunal a irregularidade das presentes contas, fundamentada no art. 16,

inciso III, alíneas b e c, da Lei 8.443/1992, com imputação de débito e aplicação da multa prevista no art. 57 da referida norma, no que foi acompanhada pelo representante do Ministério Público junto ao TCU.

10. A alegação de que a matéria sobre a desoneração de ICMS era controversa, de fato, não merece prosperar. No item 5.3 e subitem 5.3.1 do Edital do Pregão 315/2005 (peça 1, p. 106), bem como na cláusula sexta, item 6.5, do Contrato 283/2006 (peça 4, p. 44), há menção expressa da necessidade da inclusão do ICMS no certame e da desoneração do ICMS quando da emissão da nota fiscal, nos termos do Convênio ICMS 87/02 e do Decreto Estadual 5.825/2003.

11. O Convênio ICMS/CONFAZ 87/2002, publicado no Diário Oficial da União de 05/07/2002, expressamente referenciado tanto do Edital do Pregão 315/2005 como do contrato dele decorrente, concede isenção do ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal, e os itens que foram adjudicados às empresas vencedoras do certame constam da lista de isenção do aludido Convênio.

12. Por sua vez, o Decreto Estadual 5.825/2003, também expressamente mencionado no edital do certame, 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.

13. Os dispositivos privilegiam o princípio da isonomia, facilitando a análise da proposta mais vantajosa para a administração, uma vez que os licitantes sediados em outros estados da federação apresentariam suas propostas incluindo o valor do ICMS. A desoneração do tributo deveria ocorrer na apresentação das respectivas notas fiscais, no momento do pagamento, se a empresa contratada fosse contemplada com a isenção, e não na apresentação das propostas, quando da licitação. O valor do medicamento informado na nota fiscal deveria ser idêntico àquele constante da ordem de fornecimento (valor da proposta) e dele deveria ser deduzido o ICMS, sendo o montante resultante dessa operação a quantia a ser paga pela SES.

14. No presente caso, o instrumento convocatório estabelecia expressamente o procedimento cabível, isto é, a apresentação da proposta onerada e o subsequente desconto do valor do tributo na nota fiscal. Portanto, o único procedimento aplicável era aquele previsto no edital do Pregão 315/2005, ou seja, a apresentação de proposta onerada.

15. Quanto à preliminar de prescrição arguida pelos responsáveis e pela empresa Hospfar, importa ressaltar que no presente caso a regra na busca do ressarcimento de dano ao erário é a imprescritibilidade, com base no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, assentada pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 26.210-9/DF e neste Tribunal nos termos do Acórdão 2.709/2008 – Plenário.

16. Quanto ao pedido de suspensão do processo até que o STF decida sobre a prescritibilidade das ações de ressarcimento, anuo com posição da unidade técnica de que a existência de ação judicial em curso, por si só, não gera relação de prejudicialidade a ensejar o sobrestamento dos autos nesta Corte até decisão judicial definitiva por força do princípio da independência de instâncias.

17. Quanto à prescrição da pretensão punitiva, em recente Acórdão 1.441/2016, o Plenário do TCU firmou o entendimento de que a pretensão punitiva desta Corte subordina-se ao prazo geral de prescrição no art. 205 do Código Civil (dez anos). No caso em tela, houve a interrupção da contagem desse prazo em fevereiro de 2016 (peça 14), quando houve o pronunciamento da unidade técnica pela realização da citação dos envolvidos. A data da ocorrência foi 27/11/2007, por conseguinte, se passaram menos de dez anos desde a data em que os pagamentos indevidos foram efetuados e as citações realizadas (março/2016). Assim, não deve prosperar a alegação de prescrição.

18. Diante de todo o exposto, considera-se que os argumentos utilizados pelos gestores, de que praticaram os atos administrativos com boa fé, não eximem 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.

19. Nesse contexto, não devem prosperar as alegações de defesa no sentido de considerar a matéria de desoneração do ICMS controversa à época, de invocar a prescrição, em face do tempo decorrido desde a ocorrência da licitação até a instauração da tomada de contas especial, ou mesmo de tentar afastar a responsabilidade daqueles que praticaram atos de gestão.

20. Feitas essas considerações, proponho ao tribunal que sejam julgadas irregulares as contas dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., condenando-os solidariamente ao ressarcimento ao erário dos débitos apurados e aplicando-lhes as multas proporcionais previstas no art. 57 da Lei 8.443/1992.

21. Acrescento que os contratos foram pagos com recursos de duas fontes: 00 – Receita Estadual e 23 – Receita Federal. Dessa forma, faz-se necessário o encaminhamento destes autos ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás para as providências cabíveis, uma vez que, no presente processo, estão sendo tratados apenas os recursos federais.

Ante o exposto, em linha com os pareceres constantes dos autos, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de março de 2017.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator