TC 004.596/2010-2
Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)
Unidade jurisdicionada: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás/SES/GO
Recorrentes: Cairo Alberto de Freitas, (CPF 216.542.981-15) e Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21).
Advogados: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703), Arthur Simas Pinheiro (OAB/DF 48.314) e Johann Adrianus C. Boudens (OAB/DF 14.410-E), procurações à peça 26, p. 3 e peças 70 e 80.
Interessado em sustentação oral: não há.
Sumário: Tomada de Contas Especial. Recursos federais do SUS. SES/GO. Aquisição de medicamentos de alto custo. Realização de pagamentos indevidos. Acréscimo do ICMS ao valor faturado não obstante esse já estivesse onerado pelo imposto. Abatimento do valor acrescido sob alegação de tratar-se de isenção tributária. Apropriação da diferença pelo fornecedor. Citação. Não acolhimento das alegações de defesa dos responsáveis pelo pagamento e da empresa fornecedora. Irregularidade das contas. Débito. Determinação. Embargos de declaração rejeitados. Recursos de reconsideração. Conhecimento. Não Provimento. Ciência.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração (peças 133 e 142) interpostos por Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda. e Cairo Alberto de Freitas contra o Acórdão 2573/2016 – TCU – Plenário (peça 84), relator Exmo. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, mantido em seus exatos termos pelo Acórdão 1568/2017 – TCU – Plenário (peça 118) que rejeitou os embargos de declaração opostos pelos recorrentes mantendo o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis e a condenação ao pagamento do débito apurado.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 – TCU – Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 292/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos de alto custo para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO,
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> 9.1. excluir, desta relação processual, os Srs. Adriano Kennen de Barros e Fernando Passos Cupertino de Barros;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b" e "c", e § 2º da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU, julgar irregulares as contas dos responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., condenando-os, solidariamente, em débito, pelas quantias indicadas no quadro a seguir, e fixar-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados das respectivas datas até as datas dos efetivos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
106690	7.566,35	21/2/2007
117566	41.639,53	21/2/2007

9.3. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.4. determinar à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás que, no prazo de sessenta dias, contados da ciência deste acórdão, providencie a instauração e remessa a este Tribunal de novo processo de tomada de contas especial relativo aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 292/2005/SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS na proposta apresentada pelo licitante, uma vez que:

9.4.1. o dano apurado neste processo de tomada de contas especial levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 11/2009 da comissão instauradora de TCE e, portanto, apenas a parte das notas fiscais até então emitidas pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

9.4.2. há, no referido Relatório Conclusivo 11/2009, informação da existência de um dano potencial que se poderia concretizar com a realização de pagamentos integrais à empresa contratada, em face da emissão de notas fiscais e de sua proposta, considerada por essa como já tendo sido desonerada do ICMS, o que só não ocorreu em razão das retenções que vinham sendo efetuadas por essa unidade;

9.4.3. o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, remetem à informação de que a Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho "GAB" 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade da manutenção da retenção de pagamentos por falta de amparo legal (fls. 41/54, peça 25), de modo que, assim, se possibilitou, com esses documentos, a realização dos pagamentos pleiteados pela empresa, concretizando-se, possivelmente, o dano potencial apurado pela comissão instauradora da TCE;

9.5. determinar à Secex/GO que:

9.5.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do item 9.4 retro, encaminhe à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia integral deste processo em meio eletrônico, juntamente com cópia do inteiro teor deste acórdão;

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

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

9.7. dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público daquele estado, por intermédio de sua 4ª Promotoria de Justiça, para que adote as medidas que entender pertinentes, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 292/2005/SES/GO.

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de conta especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário (relator Exmo. Ministro Raimundo Carreiro), em decorrência de realização de pagamentos irregulares à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 292/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2.1. Conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (peça 3, p. 32), 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.

2.2. Todavia, quando do faturamento, a empresa Hospfar acrescia novamente o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprir a isenção tributária aplicável. Como resultado, a empresa embolsava 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.

2.3. No âmbito deste Tribunal, foram responsabilizados solidariamente pelo débito: a) Fernando Passos Cupertino de Barros – enquanto Secretário de Estado de Saúde; b) Cairo Alberto de Freitas – também enquanto Secretário de Estado da Saúde; c) Antônio Durval de Oliveira Borges – enquanto Superintendente de Administração e Finanças; d) Adriano Kennen de Barros – enquanto Pregoeiro, e) Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

2.4. A falta de desoneração do ICMS foi apontada inicialmente na Representação formulada pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás (TC 017.576/2005-2, Acórdão 45/2008 – Plenário, relator Exmo. Ministro Raimundo Carreiro).

2.5. Naqueles autos, a Secex/GO empreendeu auditoria junto aos órgãos e entidades do Governo do Estado de Goiás e constatou que a prática da não desoneração do ICMS nas faturas relacionadas à aquisição de medicamentos repetia-se em vários processos de compra, razão pela qual solicitou à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO cópia de vinte e três processos de pregões, determinando a instauração de tomadas de contas especiais.

2.6. Posteriormente, nos autos do TC 008.322/2010-4, relativo à Representação deflagrada pela Procuradoria da República no Estado de Goiás, mais uma vez a matéria sobre a falta da desoneração do ICMS veio à pauta, havendo o Tribunal determinado à SES/GO que adotasse providências para apuração integral das falhas noticiadas e que instaurasse, se necessário, de maneira apartada, processos de tomadas de contas especiais, relativas a vinte procedimentos licitatórios (Acórdão 1789/2010 – Plenário, relator Exmo. Ministro Augusto Sherman).

2.7. Por derradeiro, no Acórdão 2770/2011 – 2ª Câmara, relator Exmo. Ministro Augusto Sherman, adotado no TC 008.322/2010-4, o Tribunal fixou prazo para que a SES/GO cumprisse as disposições do Acórdão 1789/2010 – 2ª Câmara, no que se refere à instauração das tomadas de contas especiais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

2.8. Destaque-se a relevância da matéria em razão de reiterada prática irregular nas aquisições de medicamentos pela SES/GO, com envolvimento de recursos públicos federais transferidos àquele Estado à conta do SUS – Sistema Único de Saúde.

2.9. Cumpre, ainda, registrar a importância do tema aqui tratado. 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.

2.10. No caso tratado nestes autos, a dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Hospfar baseia-se na planilha constante do relatório do tomador de contas (peça 15, p. 17-19). A unidade instrutiva deste Tribunal - Secex/GO - considerou as proporções das fontes de recursos (63,37% de recursos federais e de 36,63% de recursos estaduais) por cada uma das notas fiscais em que se identificou débito, do que resultaram as citações, para as notas fiscais 106690 e 117566, pelos valores de, respectivamente, R$ 7.566,35 e R$ 41.639,53.

2.11. Concluiu-se também pela exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, pelo fato de o dano ao erário ter se concretizado no momento do pagamento e não quando da licitação, bem como do Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros, Secretário de Estado da Saúde – GO, no período de 27/7/1999 a 30/6/2006, em razão de os pagamentos terem sido realizados na gestão do senhor Cairo Alberto de Freitas.

2.12. No âmbito destas contas especiais, as alegações de defesa oferecidas pelos demais responsáveis arrolados foram incapazes de afastar a irregularidade apontada e, em consequência, o Tribunal julgou irregulares as presentes contas, fundamentado no art. 16, inciso III, alíneas b e c, da Lei 8.443/1992, condenando os responsáveis (Srs. Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças de Goiás) e a empresa beneficiária em débito solidário.

2.13. Em seguida, a empresa Hospfar e o Sr. Cairo Alberto de Freitas opuseram embargos de declaração rejeitados pelo Acórdão 1568/2017 – TCU – Plenário (peça 118), o qual manteve inalterado o teor da decisão ora recorrida.

2.14. Neste momento recursal, os mesmos recorrentes apresentam argumentos que consideram suficientes para afastar a sua condenação.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se o exame de admissibilidade às peças 146 e 147, ratificados à peça 150 pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, que conheceu dos recursos de reconsideração interpostos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Cairo Alberto de Freitas contra o Acórdão 2573/2016 – TCU – Plenário (peça 84), relator Exmo. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, mantido em seus exatos termos pelo Acórdão 1568/2017 – TCU – Plenário (peça 118), bem como suspendeu os efeitos dos subitens 9.2 e 9.3 da referida decisão, estendendo seus efeitos a todos os responsáveis condenados em solidariedade com os recorrentes.

EXAME TÉCNICO

PRELIMINAR

4. **Delimitação**

4.1. Constitui objeto do presente recurso verificar se é possível afastar a decisão recorrida, tendo em vista a tese de sobrestamento processual.

5. **Sobrestamento processual**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

5.1. A recorrente argui a necessidade de afastar a sua responsabilidade, tendo em vista, a seu ver, que a decisão recorrida teria violado o direito à ampla defesa, pois o STF concedeu repercussão geral ao RE 852.475, o que impactará todas as causas que busquem o ressarcimento ao erário, havendo necessidade de sobrestar o processo para impedir interpretações diversas (peça 142, p. 1-3).

5.2. Requer sobrestamento do presente processo até que o STF julgue definitivamente o RE 852.475.

Análise

5.3. Não assiste razão à recorrente. No que tange ao RE 852.475, cumpre reproduzir excerto do voto proferido no Acórdão 8712/2017 – Segunda Câmara, Ministro Relator Augusto Nardes, que enfrentou exaustivamente a mesma questão suscitada pela recorrente em sede de embargos de declaração no âmbito do TC 020.045/2015-8, com cuja análise se anui plenamente:

> 4. Quanto ao julgado utilizado como paradigma pela embargante para sustentar a prescrição do débito (RE 852.475 – STF), permito-me tecer algumas considerações.
>
> 5. O então relator do RE 852.475, Ministro Teori Zavascki, assinalou que no RE 669.069, também de sua relatoria, o STF reconheceu a repercussão da matéria no sentido de que "é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil". Entretanto, essa tese não alcançou prejuízos que decorram de atos de improbidade administrativa, espécie de ilícito civil, regidos pela Lei 8.429/1992, ou os de direito penal, que permanecem, portanto, imprescritíveis.
>
> 6. Dessa decisão, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, opôs embargos de declaração, o que instou o STF, em 16/6/2016, a posicionar-se mais claramente acerca de alguns pontos, especialmente quanto à delimitação do alcance do julgado, não obstante formalmente tenha rejeitado os embargos:
>
> a) a tese da prescritibilidade alcança somente os atos danosos ao erário **que violem normas de direito privado**, como, por exemplo, acidentes de trânsito provocados por agentes públicos ou privados que causem dano ao erário;
>
> b) A prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa, objeto do Tema 897 de repercussão geral, ou atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo, **não foi alcançada pela tese da prescritibilidade** fixada no julgado embargado;
>
> c) a tese firmada no julgamento do MS 26.210/DF (prescrição de ressarcimento fundado em título oriundo de tribunal de contas) encontra-se **pendente de apreciação definitiva nos autos do RE 636.886**.
>
> 7. O então relator do Recurso Extraordinário 636.886, Exmo. Min. Teori Zavascki, assim se manifestou, em 13/5/2016:
>
> "3. Não se desconhece que, ao apreciar o MS 26.210 (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/10/2008), impetrado contra acórdão do TCU proferido em tomada especial de contas, este STF assentou a imprescritibilidade de pretensão de ressarcimento ao erário análoga à presente. No entanto, no julgamento do já citado RE 669.069, houve manifestações dos juízes desta Corte em sentido aparentemente diverso do fixado no precedente, formado quando a composição do Supremo era substancialmente diversa. Em face disso, incumbe submeter novamente à análise do Plenário desta Corte, sob a sistemática da repercussão geral, o alcance da regra estabelecida no § 5º do art. 37 da CF/88, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas. 4. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada."
>
> 8. Foi então assentado o seguinte tema de repercussão geral (Tema 899): "*Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

> 9. Por meio da Petição/STF 34.087/2016, este Tribunal de Contas da União postulou a habilitação no RE 636.886, na qualidade de **amicus curiae**, o que foi deferido pelo Relator, Min. Teori Zavascki, em decisão de 29/9/2016. O então Ministro do STF determinou igualmente
>
> "a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, mas exclusivamente aquelas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas. Oficie-se aos Presidentes de todos os Tribunais do país e da Turma. Nacional de Uniformização dos Juizados Federais, com cópia desta decisão e do acórdão do Supremo Tribunal Federal em que se reconheceu a repercussão geral. A comunicação aos juízos de 1º grau e às turmas recursais de juizados deverá ser feita pelo Tribunal de 2ª instância com os quais mantenham vinculação administrativa"
>
> 10. Entrementes, com o falecimento do Min. Teori, foi nomeado, em 22/3/2017, novo relator do RE 636.886, o Min. Alexandre de Moraes, permanecendo pendente de decisão definitiva o referido recurso extraordinário.
>
> 11. Ao fim e ao cabo, a decisão de suspensão de processamento de demandas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas alcançou tão somente a **fase judicial** de cobrança do título extrajudicial exarado com a decisão das Cortes de Contas, **não atingindo diretamente os processos de contas em trâmite neste Pretório de Contas**, em face do princípio da independência das instâncias administrativa e judicial.

5.4. Por fim, o referido Acórdão 8712/2017 – TCU – Segunda Câmara assim dispôs (grifos acrescidos):

> 9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração opostos pela empresa Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, acolhê-los parcialmente, para **esclarecer que o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal em nada altera a imprescritibilidade do débito nos processos em curso nesta Corte de Contas**, mantendo-se, entretanto, a parte dispositiva da decisão recorrida em seus exatos termos;

5.5. Nesse sentido, não é possível acatar o pedido para sobrestar o presente processo de contas na fase administrativa em que se encontra.

MÉRITO

6. Delimitação

6.1. Constitui objeto do presente recurso verificar se é possível afastar a decisão recorrida diante da alegação de que não houve prática de ato irregular.

7. Ausência de Irregularidade

7.1. A recorrente afirma a necessidade de afastar a sua condenação, tendo em vista a alegação de que não há irregularidade passível de condenação nas presentes contas, com base nos seguintes argumentos (peças 142 e 133):

a) o princípio da vinculação do edital não deve ser observado se houver comando legal em sentido contrário, como no presente caso, em que havia lei concedendo isenção ao imposto, pois a lei é superior ao edital, princípio da legalidade; assim, se há isenção legal, os produtos não poderiam ser licitados com impostos, a seu ver (peça 142, p. 4, 7 e 10-11, 14, 16 e 36-37);

b) no Acórdão 140/2012 – TCU – Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, orientou-se a cotação dos preços considerando a isenção do ICMS, o que contraria a decisão recorrida e demonstra que a matéria não estava sedimentada no âmbito da Administração Pública e no Acórdãos 3596/2014 – TCU – Plenário, relator Ministro André Luís de Carvalho, e 1154/2013 – TCU – Plenário, relator Ministro Valmir Campelo, houve entendimento pela inexistência de débito,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

cabendo o valor a título de ICMS ser cobrado pelo fisco e a justiça estadual entendeu pela necessidade de realizar perícias antes de decidir (peça 142, p. 4 e peça 133, p. 4-7);

c) há orientação do Ministério da Saúde, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e da Procuradoria Geral do Estado de Goiás para apresentação da proposta de preço já desonerada do ICMS (peça 142, p. 4, 8-9);

d) não há provas de que o preço tenha sido apresentado contendo o ICMS (peça 142, p. 13);

e) o preço faturado é o mesmo do ofertado, sem a incidência do ICMS e de acordo com preço de mercado, não tendo recebido qualquer valor de forma indevida, o que torna a sua condenação descabida, sob pena de inexequibilidade da proposta e enriquecimento ilícito da Administração Pública (peça 142, p. 4, 11 e 29-30);

f) todas as empresas concorrentes na licitação teriam afirmado ter apresentado o preço desonerado (peça 142, p. 31);

g) o que ocorreu foi mera falha formal, descontar o ICMS na proposta ao invés da nota fiscal (peça 142, p. 15);

h) a empresa agiu de boa-fé e não praticou superfaturamento porque declarou em sua proposta de preço que os preços já estariam livres do ICMS, sendo esta declaração específica, se sobrepondo à declaração genérica de aceite dos termos do edital (peça 142, p. 5, 15, 30 e 33);

i) houve violação do princípio da não-cumulativade do ICMS pelo Confaz e pelo edital, tendo em vista que tinha que assumir o ICMS da entrada e entregar os produtos desonerados do imposto para a Administração Pública (peça 142, p. 5-6 e 12-13);

j) poderia se adotar a tese de que a isenção era facultativa, não podendo ser exigida a desoneração, em não havendo a desoneração a competência seria do Estado de Goiás para quem deveria o imposto (peça 142, p. 14)

k) o convênio não determinou que a desoneração fosse 17%, não sendo possível calcular o débito com base na alíquota máxima; sugere-se a alíquota de 10%, pois esse seria o percentual caso não houvesse a isenção (peça 142, p. 7 e 19-27);

l) o pregoeiro aceitou as propostas como se estivessem desoneradas do imposto, não podendo ser aceitos argumentos com base na alegação de que não analisou os documentos apresentados, tendo atuado de forma negligente, devendo ser responsabilizado (peça 142, p. 14-16 e peça 133, p. 12-14);

m) o cálculo do prejuízo ao erário deveria considerar o preço de mercado (verdade real) (média entre o preço máximo ao consumidor e o preço de fábrica), sob pena de enriquecimento sem causa do Estado, tendo em vista que os preços desonerados não superaram o preço máximo ao consumidor (peça 142, p. 27-34);

n) há retenções pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás em valores superiores ao débito a ela imputado, o que deve ser averiguado por esta Corte e abatido do débito a ser pago, sob pena de ser cobrada três vezes pelo mesmo fato (peça 142, p. 34-43);

o) não há nexo de causalidade entre a conduta do Sr. Cairo, agente político, e o débito cominado, pois agiu de boa-fé ao suspender os pagamentos a partir do conhecimento do fato, tendo mantido a retenção durante a sua gestão, não podendo ser responsabilizado por atos posteriores (peça 133, p. 8-11, 14 e 17);

p) considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a responsabilidade não pode ser solidária, pois o Sr. Cairo não se beneficiou dos valores mas somente a empresa que agiu de má-fé (peça 133, p. 15-19).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

7.2. Requerem o afastamento da condenação, ou, alternativamente, a redução do débito ou somente aplicação da pena de multa do art. 58 da Lei 8443/1992.

Análise

7.3. Não assiste razão aos recorrentes. Leitura atenta do relatório e voto da decisão recorrida permite concluir que os indigitados trouxeram no mérito os mesmos argumentos apresentados em sede de alegações de defesa (peças 85 e 86). Diante do efeito devolutivo do recurso, suas alegações foram reanalisadas, mas não conseguiram superar as conclusões da decisão recorrida nem aquelas expostas no voto da decisão que rejeitou os embargos de declaração (peça 119). Explica-se.

7.4. Diante da anuência integral ao exposto na decisão recorrida, as quais não merecem reparos, serão apenas destacados trechos importantes para o deslinde questão, bem como acrescentadas ponderações relevantes, diante dos princípios da eficiência e da celeridade processual.

7.5. Inicialmente, cumpre pontuar haver outros processos com a mesma matéria da presente TCE ante a identificação da mesma prática irregular causadora de dano ao erário, como o Acórdão 1344/2013 – Plenário, relator Ministro Augusto Sherman proferido no âmbito do TC 027.013/2010-3 e os TCs 038.211/2012-2, 016.828/2009-0, 001.922/2009-5, 004.592/2010-7, 004.596/2010-2, 016.592/2010-7 e 027.019/2010-1.

7.6. Ademais, há julgados que enfrentaram recursos de reconsideração com o mesmo tema tratado nestes autos e mantiveram a condenação dos responsáveis intacta: TC 016.833/2009-9 - Acórdão 1989/2014 – TCU – Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes e TC 006.096/2013-1, Acórdão 5732/2017 – TCU – 1ª Câmara, Relator José Múcio Monteiro.

7.7. É preciso notar que a alegação de que o edital não deveria ser observado, pois contraria o normativo que estabelecia à época da licitação a isenção do imposto para a compra de remédios de alto custo, não procede. Isto porque o edital não comandou a cobrança do imposto, mas determinou a forma como ele deveria ser apresentado na proposta de preço para posterior desoneração.

7.8. Atente-se que as alegadas orientações do Ministério da Saúde, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e da Procuradoria Geral do Estado de Goiás para apresentação da proposta de preço já desonerada do ICMS não se sobrepõe à regramento específico trazido pelo edital. Dessa forma, não sendo omisso o edital de licitação, que explicitamente determinou às licitantes a apresentação de proposta de preços onerada com o ICMS, não há que se falar em erro imputável à Administração Pública, já que, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993, a licitação será processada e julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

7.9. Note-se que o Parecer GOT 104/2004 da Sefaz estabelece três opções de procedimento para composição de preço em caso de omissão do edital. O argumento de que a matéria sobre a desoneração de ICMS era controversa tem sido apresentado também em outros processos de tomada de contas que já tramitam no TCU, ora pelos ex-gestores da SES/GO ora pelas empresas contratadas. A propósito, reproduz-se a seguir, excerto do Voto do Acórdão 1344/2013 – TCU – Plenário, aplicável por inteiro ao presente caso, em que o Relator, Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, assim examinou essa questão (grifos acrescidos):

> "V- Hospfar - Alegações de Mérito: Observância ao Parecer GOT 104/2004 da Sefaz
>
> 42. Em outra alegação, a empresa afirmou que não havia consenso sobre a questão da oneração/desoneração do ICMS entre diversas unidades estaduais atuantes no caso e que o procedimento adotado por ela e pelas demais concorrentes observou os ditames do Parecer GOT 104/2004 da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (Sefaz/GO).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

43. Diga-se que o parecer da Sefaz/GO, Parecer 104/2004-GOT, não dá guarida à tese defendida pela empresa. O texto afirma claramente que, nos casos em que o edital da licitação fosse omisso, 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.

44. Convém ressaltar que o citado parecer autorizava a adoção de procedimentos alternativos na hipótese de o edital ser omisso. Ocorre que, no caso presente, o edital não era omisso. Como transcrito acima, 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, a teor do parecer mencionado na defesa, o único procedimento aplicável era aquele previsto no edital do Pregão 174/2005, ou seja, a apresentação de proposta onerada.

(...)

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

84. O Sr. Fernando Passos defendeu o procedimento adotado pela empresa Hospfar, por entendê-lo compatível com o edital. Prosseguiu sustentando que, durante sua gestão na SES/GO, não lhe foi dado conhecimento de que havia irregularidades e, portanto, não poderia ser responsabilizado por atos de seus subordinados, conforme previsto no art. 80, § 2º, do Decreto-lei 200/67. Por fim, alegou que o tema da desoneração/oneração do ICMS não era consenso entre os órgãos estaduais envolvidos.

85. Sobre o procedimento de oneração/desoneração do ICMS, faço remissão aos comentários tecidos nas seções anteriores, que demonstram a irregularidade da conduta da empresa e dos pagamentos efetuados pelo gestor.

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

87. 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 (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 omisso 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

> o edital da licitação fosse omisso, 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 omisso, era obrigatória da 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. 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."

7.10. Neste caso, o edital explicitou claramente sua regra. Não se denota ilegalidade acrescer o imposto e depois retirá-lo diante da sua isenção, até porque essa isenção é para alguns remédios, e ao retirá-la demonstra-se, assim, o atendimento ao normativo de forma transparente.

7.11. Portanto, não se verifica a alegada irregularidade no edital, tendo em vista que este não impõe a cobrança de imposto isento, mas sim sua consideração no preço, para posterior desoneração, informando aos órgãos competentes o atendimento aos dispositivos legais. Conclui-se, assim, que a observância estrita dos termos do edital não traria qualquer prejuízo à ordem legal, inexistindo a ilegalidade apontada.

7.12. Registre-se não ser competência das empresas licitantes modificarem as regras do edital por conta própria sob a alegação de que entenderam que determinado dispositivo era ilegal. Há meios próprios para alteração das regras, que não foram utilizados pela recorrente, optando, segundo alega, por agir por conta própria, sob pena de futura responsabilização. Essa alegação apenas permite concluir que assumiu o risco de contrariar os termos do edital sem qualquer amparo jurídico ou administrativo.

7.13. Nesse sentido, havendo declaração de que as empresas licitantes anuíram aos termos do edital, comprova-se que o ICMS estava embutido no preço, e a sua não desoneração causou prejuízo ao Erário, diante da isenção do imposto. Dessa forma, a demonstração nos autos de que o ICMS foi incluído na proposta é aceitação pelas empresas dos termos do edital, caso contrário, deveriam ter sido eliminadas do certame, o que não ocorreu, conforme afirmou o pregoeiro, que se baseou nas declarações de aceitação integral dos termos do edital diante da ausência de questionamentos tanto do edital quanto das propostas das licitantes (peça 85, p. 5, item 22). Destaque-se que no voto da decisão recorrida delimitou-se a origem do dano ao erário de forma cristalina e exaustiva (peça 85, p. 3-5).

7.14. Considera-se que, acertadamente, a declaração dita genérica pelos recorrentes se sobrepôs à específica, sob pena de desclassificação das propostas. Atente-se que a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis, ou seja, bastava sua participação, mas havia também a declaração de aceite dos termos do edital. Nessa linha, a soma desses fatos reforça a prova dos autos no sentido de que as propostas já estavam oneradas conforme edital e que não foi realizada sua desoneração no momento da cobrança.

7.15. 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 (peça 3, p. 32).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

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.

OBS: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame, deverá atender aos termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.825 de 05.09.2003, 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 Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.

7.16. No que tange à perda de isonomia entre os licitantes, estas deveriam ter arguido essa questão no momento oportuno, uma vez superada a fase recursal no âmbito da licitação, tem-se que todos os participantes anuíram aos termos do edital e, portanto, sabendo da regra do ICMS imposta pela lei interna do certame para formulação da proposta de empresa, cada empresa deveria adotar a estratégia mais interessante para vencer a licitação considerando todos os ônus inerentes a sua condição. Nesse sentido, anui-se ao entendimento do Acórdão 1.344/2013 – Plenário, relator Exmo. Ministro Augusto Sherman (TC 027.013/2010-3), no seguinte sentido quando afastou a aplicabilidade do Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, relator Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, àquele caso concreto (grifos acrescidos):

> 77. 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.
>
> 78. 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 na ocasião do imposto 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 passaram ao largo do problema tratado 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, 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 isto 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.

7.17. Leitura atenta do excerto acima permite concluir que também não é possível aplicar a este caso as conclusões do Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, pois as regras do edital eram claras, não tendo sido questionadas oportunamente seja no âmbito do recursal da licitação ou até mesmo nesta Corte de Contas por meio de representação. Apesar de afirmar que todas as empresas teriam ofertado seus preços sem a incidência do ICMS, não era possível saber nem presumir previamente que todas resolveriam contrariar o edital, como alegam. Violar o princípio da isonomia, seria acatar, neste momento, o não cumprimento dos termos do edital.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

7.18. No mesmo sentido deve ser afastado do presente caso concreto o entendimento proferido no âmbito do Acórdão 3596/2014 – TCU – Plenário, relator Ministro André Luís de Carvalho. Isto porque no referido caso o edital facultava a apresentação do preço com a dedução do imposto. Já no presente caso a regra era clara e impositiva. Para reforçar esse argumento, reproduz-se excerto do relatório do Acórdão 3596/2014 – TCU – Plenário (grifos acrescidos):

> 32. Para corroborar a tese da não compulsoriedade da isenção do ICMS, junta aos autos cópia do edital do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 086/2007, realizado pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, **onde consta que 'é facultada a** apresentação do preço do item cotado com a dedução relativa à isenção do ICMS prevista no Convênio Confaz nº 87/2002' (peça 63, p. 4).

7.19. Já no âmbito do Acórdão 1154/2013 – TCU – Plenário, relator Ministro Valmir Campelo, os responsáveis foram condenados em multa e foi determinada apuração de débito pela Secex/PB. Importa consignar que se encontra em tramitação na Secex/PB processo de tomada de contas especial (TC 023.957/2016-6), instaurada mediante o Acórdão 1.701/2016-TCU-Plenário, que foi proferido no âmbito do TC 018.267/2015-7, o qual foi autuado como monitoramento, em atendimento ao item 9.9.2 do referido acórdão, o qual determinou que se promovesse novo cálculo para apurar possível dano aos cofres públicos federais decorrente das vendas de medicamentos excepcionais à SES/PB por preços acima do Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG). Dessa forma, o debito não foi afastado como alega o recorrente.

7.20. No presente caso, a Corte entendeu que o cálculo do débito não necessita de mais produção de prova. Nessa linha, como instância distinta da judiciária, possui liberdade para entender que as provas que contam dos autos são suficientes para tomada de decisão.

7.21. A alegação de que a desoneração do imposto acarretaria propostas inexequíveis veio desacompanhada de documentação comprobatória. Há no mercado farmacêutico preços variados para cada medicação havendo preço máximo ao consumidor, mas não preço mínimo estabelecido para venda, devendo argumentos como esses serem cabalmente demonstrados, o que não se fez nos presentes autos. O que se depreende das alegações da empresa é inconformismo pela diferença de preço ofertado entre ela e suas concorrentes.

7.22. O valor do ICMS não era zero real como alega a recorrente. Quando há isenção de imposto, renuncia-se a receita tributária e tal renúncia deve ser adequadamente contabilizada, devendo, portanto, constar do documento fiscal. Inexistência de imposto é diferente de isenção de imposto. O edital da licitação em questão estabeleceu a metodologia para inclusão de todos os impostos e posterior desoneração daqueles isentos, o que foi desrespeitado pelas contratadas, que cobraram do contratante o imposto já embutido no preço, quando deveriam tê-lo descontado para, então, ser pago o preço isento do imposto, daí decorre o dano ao erário calculado pela decisão recorrida.

7.23. Quanto à alíquota a ser utilizada no cálculo do débito, considera-se adequada a alíquota de 17% pelo simples fato de ter sido essa a alíquota aplicada pelas empresas nas notas fiscais contestadas. Note-se, ainda, que no voto da decisão recorrida, à peça 85, p. 13, itens 45 e 46 esse argumento foi assim afastado:

> 45. Conforme indicado no derradeiro parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a Hospfar tenta, em linha adicional de defesa, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,25%), 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%.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

> 46. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são incontestes 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 fls. 40, peça 4; b) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Ademais, a aplicação do percentual referido pela defendente nas faturas objeto de impugnação carece de efetiva comprovação. Portanto, não se sustenta tal alegação de defesa.

7.24. Anui-se ao entendimento acima.

7.25. No que tange às alegações relativas aos preços cotados e os de mercado, é importante esclarecer que não se questionou 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 à empresa fornecedora 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, a empresa sob o pretexto de que havia apresentado proposta desonerada, faturava o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, e acrescia novamente o imposto, embolsando, portanto, valor superior ao devido.

7.26. A recorrente considera, ainda, ter havido violação do princípio da não cumulatividade do ICMS. Esse questionamento deve ser levado ao foro adequado, pois considera que não deveria ter sido cobrado ICMS quando adquiriu o produto para distribuição com isenção de imposto à Administração Pública. Note-se que a Administração Pública tem apenas a obrigação de pagar pelo medicamento com isenção do ICMS, sob pena de dano ao erário, conforme ocorrido neste processo. Caso a empresa considere que ela possui um crédito tributário em relação a contrato firmado com outra empresa privada, ela deve recorrer às instâncias competentes.

7.27. Atente-se que os agentes públicos responsáveis também foram condenados pelos atos que contribuíram para ocorrência do dano ao erário, não sendo seus erros motivo de afastamento da causa primária da ocorrência do dano ao erário, qual seja, descumprimento dos termos do edital pela recorrente.

7.28. O TCU entendeu pelo afastamento da responsabilidade do pregoeiro, pois seus atos não estavam relacionados aos pagamentos irregulares (peça 85, p. 14, item 57), não cabendo neste momento recursal rediscutir a sua culpabilidade. Note-se que a decisão recorrida realizou a individualização da conduta de cada agente que contribuiu para o dano, devendo cada responsável afastar o ato irregular que lhe foi atribuído (peça 86, p. 17-19).

7.29. Ademais, não há que se falar em mera falha formal quando se identifica dano ao Erário resultante de inobservância de regra clara constante do edital.

7.30. No que tange aos atos relatados pelo Sr. Cairo para retenção pagamentos quando percebeu a falha, esta ação foi considerada pela decisão recorrida como atenuante, tendo sido afastadas a pena de multa incidente sobre o débito (art. 57 da Lei 8443/1992, peça 85 p. 14, itens 54-56). Portanto, esse argumento já foi considerado para atenuar a condenação. No entanto, não se pode aplicar a pena de multa do art. 58 da Lei 8443/1992, como requer o indigitado, pois este praticou atos de pagamentos irregulares que contribuíram para a ocorrência do dano ao Erário, daí decorrendo sua responsabilidade solidária pelo débito. A lei não impõe provar locupletamento indevido, mas apenas que seus atos contribuíram para o dano, ou seja, que este decorreu de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico (Lei 8443/1992, art. 16 § 2°). Cumpre reproduzir excertos a esse respeito contidos no relatório da decisão recorrida (peça 86, p. 7-8):

> A alegação não procede, porquanto as retenções promovidas, assim como as anulações de empenho, não alteram o fato de que duas notas fiscais pertinentes aos medicamentos adquiridos pelo Pregão 292/2005 tiveram seus valores totais pagos, não tendo havido retenção alguma a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

> seu respeito. Portanto, se os valores correspondentes ao ICMS ali embutidos são indevidos, consuma-se a obrigação de que sejam restituídos, não importando o fato de que outras notas fiscais tenham merecido a referida glosa.
>
> (...)
>
> Isso posto, mantêm-se inalteradas as imputações de débito. Quanto ao juízo de irregularidade atribuído às condutas dos então dirigentes da SES/GO, não está condicionado à investigação da existência de boa-fé, porquanto suas responsabilidades advêm do fato de terem autorizado os questionados pagamentos, prescindindo-se da obrigação de se aterem aos dispositivos licitatórios.

7.31. O edital é a lei do certame e deve ser observado em todos os momentos, inclusive quando forem praticados atos de pagamento. Não é possível aceitar a alegação de que o recorrente Sr. Cairo era agente político com muitas atribuições, porque foi ele que diretamente autorizou os pagamentos sem observar as regras do edital e que, portanto, deram causa ao dano ao erário. Nessa linha, as contas do recorrente foram julgadas irregulares com consequente condenação em débito, em razão de pagamentos indevidos à empresa Hospfar, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão SES/GO 292/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital, mas assim não procedeu atraindo para sai reponsabilidade solidária pelo dano ao Erário.

7.32. É certo que o Sr. Cairo 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.

7.33. 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.

7.34. Nesse contexto, considerando que o Sr. Cairo 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.

7.35. Por fim, quanto a valores que teriam sido retidos pelo Estado de Goiás, importante informar que à peça 85, p. 16, item 65 esta Corte entendeu não haver haver recursos federais retidos pelo ente estadual.

7.36. Ademais, não haverá tríplice cobrança sobre um mesmo fato gerador. Note-se que o reconhecimento do dano pode ocorrer em diferentes esferas jurídicas, com consequências jurídicas distintas, mas o ressarcimento será apenas um, sob pena de enriquecimento ilícito da União, o que seria afastado judicialmente. Atente-se estar diante de processo de conhecimento, o de execução será em outra oportunidade. No âmbito do processo de execução, poder-se-á comprovar que o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.

ressarcimento já foi realizado, como alegam os recorrentes, mediante a apresentação das provas que julgar adequadas.

7.37. Nesse sentido, foge à competência desta Corte de Contas arbitrar conflitos entre a Administração Estadual e a empresa contratada e demais devedores solidários, o que deve ser dirimido no âmbito do processo judicial, bem como arguido no processo de execução do débito cominado pela decisão recorrida. Anui-se, assim, ao disposto no voto da decisão recorrida, à peça 85, p. 7, item 17.

7.38. Os recorrentes, se desejarem, podem utilizar-se, por exemplo, da ação regressiva, quando serão analisadas todas as provas bem como respeitado o devido processo legal para defesa de todas as partes envolvidas. No âmbito desta Corte, resta caracterizado o dano ao erário e a necessidade de ressarcir os cofres públicos federais. Caso esse ressarcimento já tenha sido feito, até mesmo a maior como alega a indigitada, no momento e ação oportunos será feito o necessário e justo ajuste. Portanto, o fato de haver a possiblidade de inexistir a necessidade de devolver os recursos aos cofres públicos, o que será averiguado em momento posterior, não afasta a ocorrência do dano ao erário, sendo, improcedente o pedido de afastamento do débito.

INFORMAÇÃO ADICIONAL

8. A empresa Hospfar solicita que as comunicações sejam encaminhadas ao seu advogado Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) (peça 142, p. 39).

8.1. Informe-se, por fim, o impedimento do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz (peça 147, p. 3, item 2.6.2).

CONCLUSÃO

9. Da análise anterior, conclui-se, preliminarmente, que não cabe sobrestar o presente processo na medida em que o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal em nada altera a imprescritibilidade do débito nos processos em curso nesta Corte de Contas.

9.1. No mérito, entendem-se adequadas as conclusões da decisão recorrida no sentido de que houve dano ao erário na contratação resultante do Pregão 292/2005 diante da inobservância dos termos do edital no momento do pagamento das faturas, tendo em vista que estas não descontaram dos preços ofertados, diante de sua isenção, o ICMS, que já havia onerado o preço no momento da elaboração das propostas de preço.

9.2. Dessa forma, propõe-se **o não provimento do recurso**.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda. e Cairo Alberto de Freitas contra o Acórdão 2573/2016 – TCU – Plenário, com fundamento no art. 32 e 33, da Lei 8.443/1992 c/c art. 285 do RI/TCU:

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

b) comunicar da decisão que vier a ser adotada à Procuradoria da República no Estado de Goiás, em consonância com o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, 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, aos recorrentes bem como aos demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 31/10/2017.

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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58342472.