

VOTO

Em apreciação, recursos de reconsideração interpostos por Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (Hospfar), Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (Medcommerce) e Cairo Alberto de Freitas, ex-secretário de saúde do Estado de Goiás, contra o Acórdão 469/2016-TCU-Plenário, retificado por inexatidão material pelo Acórdão 638/2016-TCU-Plenário e mantido em seus exatos termos pelo Acórdão 1.185/2017-TCU-Plenário, que rejeitou os embargos de declaração em face dele opostos.

2. A deliberação recorrida, entre outras, julgou irregulares as contas especiais dos ora apelantes, condenou-os solidariamente em débito e exarou determinações à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás e à Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás (Secex-GO). O acórdão retificador promoveu a correção de uma das parcelas do débito, de R\$ 10.526,13 para R\$ 10.256,13.

3. Em sua origem, o presente processo tratou de tomada de contas especial (TCE) instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), em cumprimento à determinação contida no subitem 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em decorrência de realização de pagamentos irregulares às empresas Hospfar e Medcommerce, para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 130/2006, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

4. O julgamento pela irregularidade das contas dos recorrentes decorreu do fato de as mencionadas empresas, isentas do recolhimento do ICMS por força da legislação tributária estadual, quando do faturamento dos medicamentos fornecidos, acresciam o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprimento da isenção tributária. Em outras palavras, não houve a desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos a elas realizados. Assim procedendo, essas empresas receberam indevidamente da SES/GO os valores correspondentes ao referido tributo.

5. Vale dizer que, quando da realização do Pregão 130/2006, por força editalícia, as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS, e, por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater, na nota fiscal, o ICMS embutido, em razão de isenção do tributo nas operações de fornecimento ao Estado de Goiás, de forma que o valor bruto com impostos serviria apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas.

6. Cabe o registro de que a irregularidade que ensejou a presente TCE também foi detectada em vinte outros processos licitatórios conduzidos pela SES/GO, razão pela qual esta Corte, por meio do Acórdão 1.789/2010-TCU-2ª Câmara, determinou àquela Secretaria estadual que apurasse tais falhas e, se necessário, instaurasse as tomadas de contas especiais respectivas. Dada a prática irregular reiterada no âmbito da SES/GO, apurações conduzidas pelos ministérios públicos estadual e federal indicam que entre 2002 e 2008 teriam sido desviados R\$ 13 milhões dos cofres públicos federais na compra de medicamentos pelo Estado de Goiás.

7. A Secretaria de Recursos (Serur), em uníssono (peças 176 a 178), acompanhada pelo representante do MPTCU que atuou no feito, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira (peça 179), pugna pelo conhecimento dos recursos apresentados para, no mérito, propor a negativa de provimento.

II

8. Os presentes recursos de reconsideração, interpostos pelas empresas Medcommerce (peça 103) e Hospfar (peça 151) e pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas (peça 143), devem ser conhecidos por observarem os requisitos de admissão aplicáveis à espécie e dispostos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992. Com relação ao mérito, acompanho os pareceres prévios, transcritos no relatório precedente, razão pela qual adoto os argumentos neles expendidos em minhas razões de decidir, sem prejuízo de trazer os comentários que se seguem.

9. No essencial, alegam os recorrentes que inexistiu a irregularidade que ensejou suas condenações, porquanto as propostas que integraram o Pregão 130/2006 haviam sido feitas considerando o valor desonerado de ICMS, observada a isenção tributária disposta em lei, de sorte que os valores pagos pela SES/GO já estavam liquidados desse imposto.

10. Como bem salientou a unidade técnica, as razões recursais apresentam argumentos similares àqueles discutidos em sede de alegações de defesa, doravante novamente analisados em razão do efeito devolutivo próprio da espécie recursal.

11. A empresa Hospfar requer, em preliminar de suas razões recursais (peça 151), que o presente processo seja sobrestado até a decisão do RE 852.474, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF), em que será decidida questão relacionada à prescrição de ressarcimento ao erário em decorrência de ato de improbidade administrativa, na medida em que foi reconhecida repercussão geral do tema a ser decidido.

12. A Repercussão Geral 897, a que se refere a apelante, está relacionada à prescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa. A presente TCE é regulada pela Lei 8.443/1992 e não trata da matéria em relevo, nem mesmo do ressarcimento ao erário em decorrência da prática de tais atos ilícitos. Os atos que importam em improbidade administrativa possuem regência específica, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

13. Ademais, o reconhecimento da Repercussão Geral 897 acarretou o sobrestamento de todas as ações judiciais em tramitação no território nacional, nos termos do que estabelece o art. 1.035, § 5º, do CPC, e que tratam do mesmo tema. Mencionado sobrestamento, expressamente reconhecido pelo STF, diga-se, não alcança os processos administrativos que tramitam na Corte de Contas, conforme já decidiu esta Corte quando da prolação do Acórdão 8.712/2017-TCU-2ª Câmara.

14. No mérito, prossegue a Hospfar com o argumento de que o princípio da vinculação ao edital, que previa a apresentação de proposta incluindo os valores dos tributos, dentre eles o ICMS, não deveria ser observado em razão de existência de lei em sentido contrário, concedendo isenção do citado imposto. Segundo ela, o preço faturado foi o mesmo do ofertado, sem a incidência do ICMS e de acordo com o preço de mercado.

15. O edital do Pregão 130/2006, conduzido pela SES/GO, em momento algum fixou a cobrança de imposto cuja isenção tributária foi assegurada por lei estadual, mas apenas exigiu o destaque, nas propostas de preço a serem apresentadas, dos impostos incidentes sobre os produtos fornecidos, entre eles, o ICMS, com sua posterior desoneração na nota fiscal. Não há que se falar, portanto, em afronta do mencionado edital aos ditames da lei estadual. Nesse sentido, não restam dúvidas de que os preços faturados, similares àqueles constantes das propostas, tiveram em sua composição parcela relativa ao ICMS.

16. Alegam as empresas Hospfar e Medcommerce que haveria orientação do Ministério da Saúde, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás (Sefaz/GO) e da Procuradoria Geral do Estado de Goiás para apresentação da proposta de preço já desonerada do ICMS, somado ao fato de que o pregoeiro teria aceitado as propostas como se estivessem desoneradas do imposto. Apontam que teriam agido de boa-fé, porquanto declararam que suas propostas de preço já estariam livres do ICMS. Desse modo, prossegue a Hospfar, teria ocorrido apenas falha formal, qual seja, descontar o ICMS na proposta em vez de na nota fiscal.

17. Cabe o registro de que eventual orientação administrativa diversa daquela constante expressamente em edital não tem o condão de se sobrepor à regra editalícia. Tais orientações encontrariam espaço de aplicação apenas para preencher lacunas deixadas por determinado edital. No caso concreto, o regramento do certame (peça 5, p. 20) foi claro ao estipular que as propostas de preço

deveriam conter o valor dos tributos, inclusive do ICMS, com o subsequente desconto desse valor na nota fiscal.

18. A aceitação dos termos do edital pelas apelantes, porquanto não interpuseram qualquer medida administrativa ou judicial tendente a questionar as regras ali expostas, reforça o entendimento de que os preços apresentados em suas propostas embutiam o valor do ICMS, tal qual por ele exigido. Desse modo, mera declaração em sentido contrário por parte das recorrentes, de que suas propostas de preço estariam livres do ICMS, não infirma o entendimento de que elas aceitaram os termos editalícios, tampouco serve de base para demonstrar a alegada boa-fé, o que também afasta a hipótese de erro formal.

19. Entende a empresa Hospfar que teria havido violação do princípio da não-cumulatividade do ICMS, na medida em que teve que assumir o ICMS devido na entrada dos medicamentos na empresa e entregar os produtos desonerados do imposto para a administração pública.

20. Não calha, nesta Corte de Contas, a análise do argumento de eventual violação ao princípio da não-cumulatividade, em face de pagamentos de ICMS na entrada de medicamentos na empresa. O que se apura nesta TCE é o fato de a administração pública estadual ter pago indevidamente o valor correspondente ao mencionado imposto às empresas fornecedoras de medicamentos, com recursos federais. Possíveis créditos tributários decorrentes de operações de aquisição de medicamentos de fornecedores da ora apelante devem ser reclamados nas vias adequadas.

21. Arguem as empresas Hospfar e Medcommerce que o cálculo do débito não poderia ter considerado a alíquota máxima de 17%, mas o percentual de 10%, pois esse seria o percentual devido caso não houvesse isenção. Referido débito, prossegue a recorrente Hospfar, deveria ter considerado como base de cálculo para a incidência do ICMS o preço de mercado, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado.

22. Com relação à quantificação do débito, que se utilizou da alíquota de 17% de ICMS, socorro-me da análise realizada no âmbito da decisão recorrida quando da apreciação do mesmo argumento (peça 70, p. 19-20), pela clareza com que a questão foi tratada:

VI - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

76. 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%.

77. 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. 15, peça nº 8; b) os preços cotados pela licitante para os itens 4, 7 e 8 foram iguais ou superiores àqueles constantes da estimativa da licitação, os quais sabidamente 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. 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.

23. Há que se considerar, ainda, que a quantificação do débito em processo de TCE deve respeitar a regra disposta no art. 8º da IN TCU 71/2012, cuja realização deve ser dar, sempre que possível, com exatidão a ser aferida com base nos elementos constantes dos autos. Nesse sentido, os

valores pagos efetivamente pela SES/GO à ora recorrente são claros, definidos e específicos, conforme se observa dos autos, não havendo necessidade de realizar estimativas de pagamentos com base em valores de mercado, como reclama a apelante Hospfar.

24. De mais a mais, o débito apurado nesta TCE não se refere à ocorrência de sobrepreço, comparativamente àqueles praticados pelo mercado, mas aos valores pagos a maior e de forma indevida pela SES/GO a título de ICMS, cuja isenção era garantida por lei.

25. Em face do exposto, opino, no mérito e em sintonia com os pareceres prévios, pela negativa de provimento dos recursos de reconsideração interpostos pelas empresas Hospfar e Medcommerce.

26. O Sr. Cairo Alberto de Freitas, nas razões de apelo dispostas à peça 143, alega, no essencial, que o pregoeiro teria aceito as propostas de preço como se estivessem desoneradas do ICMS, razão pela qual, em seu entendimento, deveria prevalecer o princípio de presunção de validade dos atos administrativos, o que afastaria sua responsabilidade. A seu sentir, o pregoeiro deveria ser responsabilizado em face de sua conduta.

27. Cabe menção de que a conduta do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, não guarda nexos de causalidade com o dano apurado, porquanto este decorreu das ações de pagamento, razão pela qual sua responsabilidade foi excluída pela decisão adversada.

28. De igual modo, a aceitação das propostas pelo pregoeiro não alberga o entendimento, como quer o recorrente, de que elas estariam desoneradas do valor do ICMS, justamente pelo fato de o edital prever expressamente o contrário. A aceitação das propostas de preço deu-se exatamente nos termos do que previa o edital.

29. Entende o apelante que não haveria nexos de causalidade entre sua conduta, na qualidade de agente político, e o débito a ele imputado, pois ele teria suspenso os pagamentos a partir do conhecimento dos fatos, de sorte que teria mantido a retenção durante toda sua gestão. Prossegue afirmando que, diante dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sua responsabilidade não poderia ser solidária pois não teria se beneficiado dos valores.

30. Com relação à retenção dos pagamentos pelo Sr. Cairo após ele ter percebido a falha, é digno de registro que a decisão recorrida já considerou tal fato como atenuante no momento da dosimetria da pena de multa a ele aplicada, nos termos do art. 57 da Lei 8.443/1992, embora tenha entendido que as referidas retenções não implicaram o reconhecimento da boa-fé por parte do responsável.

31. Por derradeiro, observo que a condenação do Sr. Cairo decorreu da comprovação de que ele, mesmo na condição de agente político, autorizou os pagamentos irregulares, sem o devido cuidado de observância às regras editalícias, contribuindo, assim, para a ocorrência do dano apurado, de sorte que sua responsabilidade solidária fundou-se na aplicação das disposições contidas nos arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da CF/1988. Ademais, o fato de não ter se locupletado dos prejuízos causados ao Erário é irrelevante para sua responsabilização.

32. Ainda com relação à conduta do recorrente, em referência ao voto condutor da decisão apelada, transcrevo trecho da instrução de mérito da Serur (peça 176, p. 16), que tão bem a delimitou:

7.34. Ademais, 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.

7.35. 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.

33. Em razão do que restou expandido, entendo que, no mérito e em consonância com os pareceres precedentes, deve ser negado provimento ao recurso de reconsideração aviado pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas.

Com essas considerações, VOTO para que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de março de 2018.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator