

VOTO

Em julgamento recursos de reconsideração interpostos por Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. e Cairo Alberto de Freitas contra o Acórdão 3.006/2016-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal julgou irregulares as contas dos responsáveis e os condenou em débito, além de outras medidas associadas. A decisão foi integralmente mantida em sede de aclaratórios por ocasião do Acórdão 1.572/2017-TCU-Plenário.

2. O dano ao erário apurado nestes autos decorreu da apropriação indevida de valores faturados pela empresa Hospfâr à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), custeados com recursos federais do Sistema Único de Saúde (SUS).

3. Conforme detalhado no Acórdão 3.006/2016-TCU-Plenário, o item 5.3 do edital do Pregão 293/2005 preconizava que o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. O montante onerado com o referido tributo tinha o propósito de servir para fins de julgamento e comparação entre propostas, apenas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto. Ainda de acordo com o instrumento convocatório, se a empresa vencedora fosse estabelecida no Estado de Goiás, em atenção 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, essa deveria destacar na nota fiscal a isenção e excluir do valor faturado a respectiva parcela.

4. Todavia, quando do faturamento, a empresa Hospfâr 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 fornecedora embolsava a totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente o que lhe era devido, isto é, a diferença entre esse e o valor do imposto, que já estava incluído nos preços desde a proposta apresentada no certame licitatório.

5. A problemática foi inicialmente tratada por esta Corte no Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, o qual determinou a instauração de uma TCE para cada um dos pregões relativos à aquisição de medicamentos. Apenas a Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. consta como responsável em mais de vinte tomadas de contas especiais em curso nesta Corte, sem falar nas demais empresas envolvidas no esquema fraudulento.

6. Reitero, igualmente como o fez a decisão ora recorrida, a importância do tema aqui tratado, apesar da aparente singeleza das quantias envolvidas isoladamente nesta TCE. Apurações conduzidas pelos Ministérios Públicos Estadual e Federal 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.

7. De retorno ao caso em epígrafe, diante de acórdão condenatório nestes autos, os recorrentes desferem uma bateria de argumentos, a seguir sumarizados:

7.1. Necessidade de sobrestamento dos autos, pois a decisão guerreada teria violado o direito à ampla defesa, tendo em vista a repercussão geral concedida pelo Supremo Tribunal Federal ao Recurso Especial (RE) 852.475, com suposto impacto nas causas relativas ao ressarcimento ao erário;

7.2. O princípio da vinculação do edital não deveria ser observado se houver comando legal em sentido contrário, como no presente caso, em que havia lei concedendo isenção ao imposto, pois, em seu sentir, a lei é superior ao edital; assim, se há isenção legal, os produtos não poderiam ser licitados com impostos, a seu ver;

7.3. Haveria julgados deste TCU em sentido oposto ao decidido no caso em apreço (Acórdãos 140/2012, 1.154/2013 e 3.596/2014, todos do Plenário);

- 7.4. Haveria 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 preços, na licitação, já desonerada;
- 7.5. Inexistência de provas de que o preço tenha sido apresentado contendo o ICMS;
- 7.6. Considerações fáticas sobre o comportamento esperado de empresas participantes do mesmo certame e do pregoeiro;
- 7.7. Ocorrência de falhas formais na emissão das notas fiscais;
- 7.8. Boa-fé;
- 7.9. Alterações de natureza tributária, como: providências esperadas da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás; suposta violação do princípio da não-cumulatividade do ICMS pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz); entendimento de que a isenção do ICMS seria facultativa e não obrigatória; alíquotas de desoneração aplicáveis por força do convênio estadual tributário; existência de 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;
- 7.10. Que o cálculo do dano deveria considerar o preço real de mercado (média entre o preço máximo ao consumidor e o preço de fábrica);
- 7.11. Inexistência de nexo de causalidade entre a conduta de Cairo Alberto de Freitas e o débito cominado, pois teria agido de boa-fé ao suspender os pagamentos a partir do conhecimento do fato; e
- 7.12. Que o responsável Cairo Alberto de Freitas não teria se beneficiado dos valores, mas somente a empresa, que teria agido de má-fé, não podendo ser condenado junto a ela em solidariamente.
8. Ao fim, requerem o afastamento da condenação, ou, alternativamente, a redução do débito ou somente aplicação da pena de multa do art. 58 da Lei 8.443/1992.
9. Após examinar as razões recursais, a Secretaria de Recursos (Serur) concluiu que não foram trazidos elementos suficientes para alterar a deliberação recorrida, razão pela qual, com a concordância do Ministério Público junto ao TCU, propõe o conhecimento e o não provimento do apelo recursal.
10. Preliminarmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que o presente recurso merece ser conhecido, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992.
11. Quanto ao mérito, acompanho a análise empreendida pela secretaria especializada, transcrita no relatório precedente, a qual enfrentou e afastou com propriedade cada um dos argumentos apresentados pelos recorrentes, razão pela qual incorporo seus fundamentos às minhas razões de decidir, sem prejuízo das seguintes considerações.
12. No que tange à preliminar de sobrestamento em função do RE 852.475, bem salientou a Serur que, nos termos daquele julgado, esclarecido por meio de posteriores embargos de declaração, a tese da prescribibilidade 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. Ou seja, a prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa não foi alcançada no referido precedente. Assim, o julgado em tela em nada influencia o acórdão atacado.
13. Os demais argumentos elencados repetem conteúdo das alegações de defesa (peças 55 e 56). Ainda que tenham sido apropriadamente refutados pela secretaria instrutora, não me furtarei de comentar os principais aspectos.

14. Com relação à regra editalícia, cabe ressaltar que ela não determinou se e como seria cobrado o tributo, mas apenas a forma como ele deveria ser apresentado na proposta de preço para fins de comparabilidade. Eventuais orientações em sentido diverso, além de não se revestirem de obrigatoriedade, não se comunicam ou se sobrepõem em relação às regras editalícias.

15. Ademais, não se constata ilegalidade no iter procedimental editalício de acrescer o imposto e depois retirá-lo diante da sua isenção. Ao assim proceder, o edital não influencia a obrigação tributária, apenas torna transparente a forma pela qual as diversas propostas seriam comparadas, considerando a possibilidade de licitantes oriundos de outros estados que não Goiás, onde vigia a isenção. De certo que essa regra simplesmente comparativa não modifica a legislação tributária, a depender do estado de origem da fornecedora que fosse selecionada.

16. Dessa maneira, se a Hospfar supostamente agiu em desacordo com o edital ao não apresentar a proposta contendo o ICMS, o fez por conta e risco próprios, não se podendo alegar que discordava do dispositivo ou não o teria compreendido. Há meios próprios para contestação das regras, que não foram utilizados pela recorrente ao longo de todo o procedimento licitatório e contratual.

17. Além de aquiescer às regras do certame ao dele participar, a empresa licitante emitiu declaração de anuência aos termos do edital, logo tem-se que o ICMS estava embutido no preço, e a sua não desoneração causou prejuízo ao erário, porque esse imposto, na prática, não incidia na transação.

18. Quanto aos julgados elencados no recurso, a Serur evidenciou tratarem de casos distintos, não sendo possível aplicar os enunciados e entendimentos neles contidos ao presente caso.

19. Argumentos relativos a comportamentos esperados das empresas participantes do mesmo certame e do pregoeiro não podem ser acolhidos, por tratarem de mera suposição.

20. De forma semelhante, não cabe ao TCU apreciar alegações sobre tratamentos tributários supostamente aplicáveis à espécie, por serem estranhos a suas competências. Ainda que não o fossem, o débito apurado não decorre de entendimentos tributários. O tratamento a ser dado ao ponto é o mesmo relacionado ao argumento dos preços cotados e os de mercado.

21. Ora, não se questionou a ocorrência de incorreto tratamento tributário, 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 – o que não era admitido pelo edital –, faturava o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, acrescia novamente o imposto e o retirava uma só vez, retendo para si, portanto, valor superior ao devido.

22. Referido comportamento, por consequência, afasta as alegações de boa-fé e mera falha formal, devidamente refutadas também na instrução da Serur. Não há que se falar em mera impropriedade quando se identifica dano ao erário resultante de inobservância de regra clara constante do edital.

23. No que tange à alíquota adotada para cálculo do débito, considera-se adequada a taxa 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 esse argumento foi assim afastado:

“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% (dezesete 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.”

24. Quanto aos atos relatados por Cairo Alberto de Freitas para retenção de pagamentos quando percebeu a falha, esta ação foi devidamente considerada como atenuante pela decisão recorrida, restando afastada do responsável a pena de multa incidente sobre o débito (art. 57 da Lei 8.443/1992).

25. Por outro lado, não se pode aplicar a pena de multa do art. 58 da Lei Orgânica, como requer o indigitado, pois ele realizou pagamentos irregulares que contribuíram para a ocorrência do dano ao erário, daí decorrendo sua responsabilidade solidária pelo débito. Importante frisar que a lei não impõe provar locupletamento indevido ou a ausência de boa-fé para julgamento das contas e aplicação da condenação em débito, mas apenas que seus atos tenham contribuído para o dano, ou seja, que esse tenha decorrido de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico (Lei 8.443/1992, art. 16 § 2º, alínea “a”), o que configura erro grave na gestão de recursos públicos. Ademais, o acórdão recorrido não impôs qualquer penalidade ao responsável, pois a condenação em débito não é sanção, mas obrigatoriedade de ressarcimento.

26. Por fim, quanto a valores que teriam sido retidos pelo Estado de Goiás, importante informar que, conforme Voto condutor do acórdão atacado (parágrafos 61-63), esta Corte entendeu não haver recursos federais retidos pelo ente estadual.

27. Em qualquer caso não haverá múltipla cobrança sobre um mesmo fato irregular. O reconhecimento do dano pode ocorrer em diferentes esferas jurídicas, com consequências distintas, mas o ressarcimento será apenas um, sob pena de enriquecimento ilícito da União, o que é passível de afastamento posterior. Atente-se estar, por enquanto, diante de processo de conhecimento. No âmbito de futuro processo de execução, poder-se-á comprovar que o ressarcimento já foi realizado, como alegam os recorrentes, mediante a apresentação das provas que julgarem adequadas.

28. 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. Mantém-se, assim, o disposto no Voto da decisão recorrida.

29. De todo o exposto, ratifica-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.

30. Na pretensão de cumprir apenas formalmente referida regra, a contratada emitiu notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, apesar de esse já o englobava, para deduzi-lo uma só vez em seguida. Na prática, a empresa recebeu o valor do produto e o montante do

ICMS, apesar de ser isenta de seu pagamento, o que lhe permitiu receber pagamentos com valores indevidamente majorados, causando dano ao erário.

31. Reiteradas vezes este Tribunal apreciou os mesmos fatos e irregularidades havidos na SES/GO, cujos julgados foram uníssonos pela condenação em débito dos responsáveis, inclusive em sede de recursos (v.g. Acórdãos 1.344/2013-TCU-Plenário, 1.989/2014-TCU-Plenário e 5.732/2017-TCU-Primeira Câmara).

32. Portanto, ratificam-se as conclusões do acórdão recorrido que demonstrou a existência de dano ao erário na contratação resultante do Pregão 293/2005. Sendo assim, diante da ausência de elementos capazes de alterar o juízo anteriormente formulado, não é possível reformar o julgado, como pretendem os recorrentes.

33. Feitas essas considerações, entendo que o presente recurso deve ser conhecido e rejeitado, mantendo-se inalterada a deliberação ora combatida.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de maio de 2018.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator