

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade dos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conheço dos recursos de reconsideração interpostos por Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. e Cairo Alberto de Freitas contra o acórdão 2.876/2017 - 2ª Câmara, relatado pelo ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti e alterado pelo acórdão 8.705/2017 - 2ª Câmara, que acolheu embargos de declaração opostos pelos recorrentes e afastou a multa cominada.

2. A deliberação atacada, entre outros pontos, julgou irregulares as contas especiais dos recorrentes e condenou-os ao pagamento de R\$ 47.928,93, acrescidos de encargos legais a partir de 27/11/2007.

3. O posicionamento uniforme da Secretaria de Recursos – Serur e do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU, que adoto como razões de decidir, foi no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

4. Ao destacar os motivos mais relevantes que me conduzem a essa conclusão, inicio com breve histórico destes autos extraído da instrução da Serur:

“2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, a partir de determinação contida no subitem 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 315/2005, 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 4, p. 8), 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: os gestores Cairo Alberto de Freitas, na condição de secretário de saúde (período de efetivo exercício no cargo de 30/6/2006 a 31/3/2008), e Antônio Durval de Oliveira Borges, na condição de superintendente de administração e finanças da SES/GO (período de efetivo exercício no cargo de 1/8/2006 a 24/7/2008), bem como a empresa Hospfar.

2.4. O ato impugnado dos gestores foi a realização de pagamentos à empresa Hospfar decorrentes da aquisição de medicamentos, viabilizada pelo Pregão SES/GO 315/2005, sem que tenha havido a desoneração do ICMS, conforme estipulado no edital, e o da empresa foi o recebimento pela venda sem essa desoneração.

2.5. 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).

2.6. 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.

2.7. 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).

2.8. 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.

2.9. 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.

2.10. 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.

2.11. No caso tratado nestes autos, a dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Hospfar baseia-se na Nota Fiscal 151466, no valor de R\$ 47.928,93 (peça 6, p. 1 e peça 13, p. 3 e 6).

2.12. Conclui-se também pela exclusão da responsabilidade do pregoeiro, pelo fato de o débito ter ocorrido no momento do pagamento e não quando da licitação (peça 47, p. 7-8).

2.13. 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.

2.14. Em seguida, a empresa Hospfar e o Sr. Cairo Alberto de Freitas opuseram embargos de declaração acolhidos pelo Acórdão 8705/2017 – TCU – Segunda Câmara (peça 76), o qual afastou a pena de multa cominada.”

5. Preliminarmente, a Hospfar requereu o sobrestamento do julgamento destes autos tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal concedera repercussão geral ao RE 852.475, o que impactará as causas que busquem ressarcimento ao erário. Requereu, ainda, a suspensão deste processo até deliberação sobre ação judicial em curso com o mesmo objeto aqui tratado. Não há, porém, como acolher nenhum desses pedidos.

6. A questão da repercussão geral do RE 852.475 nos processos deste Tribunal foi minuciosamente examinada pelo ministro Augusto Nardes no TC 020.045/2015-8, processo de tomada de contas especial de mesma natureza dos presentes autos, inclusive com a participação da Hospfar.

7. Naquela oportunidade, ficou consignado no item 11 do voto do relator que “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”.

8. Ao apreciar a matéria, a 2ª Câmara acolheu parcialmente os embargos 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” (acórdão 8.712/2017).

9. Pelo princípio da independência das instâncias, não há impeditivo a que se dê continuidade ao presente feito, mesmo existindo processo em tramitação na justiça com objeto similar.

10. Destaco que existem outros processos a tratar da mesma prática irregular causadora de dano ao erário: TCs 027.013/2010-3, 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.

11. Além disso, há julgados que enfrentaram recursos de reconsideração com o mesmo tema tratado nestes autos e mantiveram a condenação dos responsáveis: TC 016.833/2009-9 (acórdão 1.989/2014 - Plenário) e TC 006.096/2013-1 (acórdão 5.732/2017 - 1ª Câmara).
12. No tocante ao mérito, todas as alegações recursais de ambos os recorrentes foram devidamente refutadas pelos argumentos consignados no relatório que antecedeu este voto, os quais incorporo às minhas razões de decidir.
13. Aduzo que tais alegações possuem o mesmo teor das defesas apresentadas na fase citatória.
14. O cerne das ponderações trazidas pela Hospfár quanto ao mérito está na afirmação de que, no preço de sua proposta, já estaria considerada a desoneração de ICMS. Seria descabida, portanto, a dedução do valor correspondente a esse tributo por ocasião dos pagamentos.
15. Entretanto, conforme esclarecido na instrução da Serur, transcrita no relatório que antecedeu este voto, era clara a regra editalícia de que “os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS”. Ao participar da licitação, a Hospfár vinculou-se aos comandos do edital, contra o qual, registre-se, não apresentou impugnação.
16. O pregão 315/2005 foi processado e julgado nos termos do art. 3º, da Lei 8.666/1993, em conformidade com o princípio de vinculação ao instrumento convocatório. Veja-se como o edital em questão dispôs sobre o tema:
- “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.” (grifos não são do original)
17. Não procedem, pois, as alegações recursais de que havia orientação do Ministério da Saúde, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás para apresentação de proposta de preço já desonerada do ICMS, porque tal orientação não se sobrepõe ao regramento específico trazido pelo edital.
18. Fica evidente, portanto, que a empresa obteve benefícios indevidos ao emitir notas fiscais com valores superiores aos que propôs.
19. Cairo Alberto de Freitas, ex-secretário de estado da Saúde, fundamentou suas alegações no argumento de que não foi omissor, de que agiu de boa-fé, pois teria procurado seguir orientação jurídica, e de que teria havido divergência de entendimento entre Controle Interno, Secretaria da Fazenda, assessoria jurídica e Procuradoria-Geral do Estado.
20. Porém, o fato é que a autorização e a realização dos pagamentos indevidos, por parte do recorrente, contribuíram para concretização do débito e que advém daí sua responsabilidade solidária. A posterior adoção de medidas corretivas pelo gestor – inclusive a retenção parcial de valores – foi levada em conta pelo TCU quando da deliberação recorrida, por meio da qual, ressalte-se, não lhe foi aplicada a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.
21. Por fim, não há como atender ao pleito de que seja aplicada somente a multa do art. 58 da Lei 8.443/1992, uma vez que praticou atos que causaram dano ao erário, o que fez surgir sua responsabilidade solidária, nos termos do §2º do art. 16 da referida Lei.
22. Em conclusão, os recursos de reconsideração apresentados por Cairo Alberto de Freitas e Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A., além de não trazerem argumentos e

documentos com força suficiente para descaracterizar as irregularidades apontadas nestes autos, reforçam o acerto da condenação deste Tribunal.

Ante o exposto, acolho os pareceres convergentes da unidade técnica e do Ministério Público junto ao TCU e VOTO por que seja adotada a minuta de acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 24 de julho de 2018.

ANA ARRAES
Relatora