

GRUPO I – CLASSE I – PLENÁRIO

TC-016.826/2009-5

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Tomada de Contas Especial)

Recorrentes: Cairo Alberto de Freitas (ex-Secretário de Estado da Saúde); Profarma Speciality S.A. (nova denominação da Prodiel Farmacêutica Ltda.); ML Operações Logísticas Ltda. (nova denominação da Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.); e Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda.

Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás - SES/GO

Sumário: TCE. RECURSOS DO SUS. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. PREJUÍZO DECORRENTE DE PAGAMENTOS INDEVIDOS, REFERENTES À NÃO DESONERAÇÃO DO ICMS, NOS TERMOS DEFINIDOS NO EDITAL. CONTAS IRREGULARES DOS GESTORES RESPONSÁVEIS PELOS PAGAMENTOS E DOS FORNECEDORES. DÉBITOS SOLIDÁRIOS. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução produzida pela Secretaria de Recursos (peça 192), que analisou os recursos de reconsideração tratados nesta fase processual e na qual se propõe, com a anuência do MP/TCU (peça 196), o conhecimento e a negativa de provimento às peças recursais:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração (peças 98, 99, 130 e 182) interpostos por Cairo Alberto de Freitas, Profarma Speciality S.A. (nova denominação da Prodiel Farmacêutica Ltda.), ML Operações Logísticas Ltda. (nova denominação da Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.) e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1028/2015-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, que julgou irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os ao pagamento do débito apurado bem como de multa proporcional. A pena de multa foi afastada pelo Acórdão 816/2017-Plenário, que acolheu os embargos declaratórios opostos pela empresa Hospfar.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

‘VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás - SES/GO, a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela SES/GO por meio do Pregão 314/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:

9.1. excluir os Srs. Adriano Kennen de Barros e Benevides Mamede Júnior do rol de responsáveis;

9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos

Hospitales Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitales Ltda. e Prodiel Farmacêutica Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas 'b' e 'c', § 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;

9.3. condenar solidariamente os responsáveis a seguir arrolados ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data dos efetivos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

9.3.1. responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitales Ltda.:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
99074	15.552,62	28/11/2007
111106	14.374,52	28/11/2007
115604	3.442,93	28/11/2007
117546	48.527,04	28/11/2007
117540	8.596,56	28/11/2007

9.3.2. responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitales Ltda.:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
51343	535,50	1/9/2006
50374	28,56	1/9/2006
50373	1.135,26	1/9/2006
55237	1.097,27	18/9/2006
62143	1.570,80	18/9/2006
62147	946,05	18/9/2006
62567	267,75	18/9/2006
65835	234,45	18/9/2006
65961	2.356,20	18/9/2006
68245	535,50	18/9/2006
70333	2.213,40	18/9/2006

9.3.3. responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Prodiel Farmacêutica Ltda.:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
285828	6.704,46	14/2/2007

9.4. aplicar às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitales Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitales Ltda. e Prodiel Farmacêutica S.A. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno, nos valores individuais de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), R\$ 2.000,00 (dois mil

reais) e R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), respectivamente, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. 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;

9.6. 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 novos processos de tomada de contas especial relativos aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 314/2005 - SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, sendo um processo para cada empresa contratada no referido pregão, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que:

9.6.1. 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 001/2009 da comissão instauradora de TCE e, portanto, apenas uma parte das notas fiscais emitidas pela empresa Hospfar, Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares, Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiel Farmacêutica Ltda.;

9.6.2. há, no referido Relatório Conclusivo 001/2009, informação da existência de um dano potencial que poderia se concretizar com a realização de pagamentos integrais às empresas, em face da emissão de notas fiscais e de suas propostas, consideradas por essas como já tendo sido desoneradas do ICMS, o que só não ocorreu em razão das retenções que vinham sendo efetuadas por essa unidade;

9.6.3. 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 (peça 41), de modo que, assim, se possibilitou, com esses documentos, a realização dos pagamentos pleiteados pelas empresas, concretizando-se, possivelmente, o dano potencial apurado pela comissão instauradora da TCE;

9.7. determinar à Secex/GO que:

9.7.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do subitem 9.6 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;

9.7.2. monitore o cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida por este Tribunal e, tão logo receba o processo de tomada de contas especial assim constituído, realize a citação dos responsáveis nele identificados;

9.8. 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

9.9. 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 314/2005 - SES/GO.'

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de conta especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás - SES/GO, em cumprimento às disposições do Acórdão 45/2008-Plenário (subitem 9.2.3, relator Exmo. Ministro Raimundo Carreiro), do Acórdão 1789/2010-2ª Câmara (subitem 1.6.1, relator Exmo.

Ministro Augusto Sherman) e do Acórdão 2770/2011-2ª Câmara (relator Exmo. Ministro Augusto Sherman).

2.1. A irregularidade tratada nestes autos diz respeito aos processos de pagamentos decorrentes dos contratos resultantes do Pregão 314/2005, realizado para aquisição de medicamentos de alto custo com recursos públicos federais, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS - Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nos termos previstos no correspondente edital.

2.2. 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).

2.3. 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.

2.4. 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).

2.5. 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.

2.6. 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.

2.7. No caso tratado nestes autos, relativamente às irregularidades atinentes ao Pregão 314/2005, a Comissão Permanente de Tomada de Contas Especial - CPTCE, no âmbito da SES/GO, elaborou o Relatório Conclusivo 1/2008, descrevendo os fatos e as análises realizadas no processo de apuração (peça 23, p. 53).

2.8. No âmbito deste Tribunal, foram citados, solidariamente o Sr. de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, Benevides Mamede Júnior, ex-Superintendente-Executivo da SES/GO e Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro, bem como as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiel Farmacêutica Ltda.

2.9. A decisão recorrida afastou a responsabilidade do pregoeiro bem como considerou que as alegações de defesa oferecidas pelos responsáveis arrolados foram incapazes de afastar a irregularidade apontada e, em consequência, entendeu pela irregularidade das presentes contas, fundamentada no art. 16, inciso III, alíneas b e c, da Lei 8.443/1992, com débito e multa prevista no art. 57 da referida norma, no que foi acompanhada pelo representante do Ministério Público junto ao TCU.

2.10. Em seguida, a empresa Hospfar e o Sr. Cairo opuseram embargos de declaração acolhidos pelo Acórdão 816/2017-Plenário para afastar a pena de multa.

2.11. Neste momento recursal, os indigitados apresentam argumentos que consideram suficientes para afastar a sua condenação em débito.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames de admissibilidade às peças 134-136 e 189, ratificados às peças 139 e 191 pelo Exmo. Ministro José Múcio, que conheceu dos recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas, Profarma Speciality S.A. (nova denominação da Prodiel Farmacêutica Ltda.), Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., contra o Acórdão 1028/2015-Plenário, bem como suspendeu os efeitos dos subitens 9.2, 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.5 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 as teses de incompetência, nulidade processual e prescrição.

5. Nulidade

5.1. A empresa Profarma argui a necessidade de afastar a sua responsabilidade, tendo em vista a aventada ocorrência de nulidade em face da violação do princípio da ampla defesa, tendo em vista que a Administração Pública reteve valores que seriam devidos à empresa de forma irregular, pois não respeitou o contraditório e a ampla defesa ao não oportunizar defesa prévia, o que acarreta, a seu ver, nulidade de todo o processo ao violar dispositivo da Lei de Licitações (peça 98, p 1-5).

5.2. Requer declarar nulo o presente processo.

Análise

5.3. Não assiste razão à recorrente, sendo inadequado o seu pleito. Informe-se, inicialmente, que essa questão foi enfrentada pela decisão recorrida à peça 82, p. 10 itens 66 e 67 e p. 12, itens 84-86, com cujas análises se anui plenamente. Explica-se.

5.4. A empresa Profarma argui que houve nulidade no em razão da ausência de contraditório junto ao órgão instaurador, na denominada fase interna da tomada de contas especial.

5.5. Existe distinção entre fase interna e fase externa de uma tomada de contas especial. Na fase interna, aquela promovida no âmbito do órgão público em que os fatos ocorreram, não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Constitui procedimento inquisitório de coleta de provas assemelhado ao inquérito policial, no qual não se tem uma relação processual constituída nem há prejuízo ao responsável. O estabelecimento do contraditório nessa fase não é obrigatório, pois há mero ato investigatório sem formalização de culpa. Como não existem partes nem antagonismos de interesse nessa fase, a ausência de citação ou de oportunidade de contraditório dos documentos juntados não enseja nulidade.

5.6. A garantia ao direito à ampla defesa e ao contraditório se dá, nos termos do devido processo legal, na fase externa da tomada de contas especial, que se inicia com a autuação do processo junto a este Tribunal e finda com o julgamento. Esse é o entendimento desta Corte de Contas, conforme consignado nos acórdãos 1.540/2009-1ª Câmara, 2.329/2006-2ª Câmara e 2.647/2007-Plenário.

5.7. Como a recorrente foi devidamente citada por este Tribunal, não pode alegar cerceamento de defesa pela ausência de oportunidade de ser ouvido na fase interna do processo de contas especial. Assim, o argumento apresentado não pode prosperar.

5.8. No que tange à retenção de valores que considera inadequada, trata-se de conflito a ser resolvido diretamente com a administração pública local que praticou o ato ou pela via judicial, sem a intermediação desta Corte, pois foge a competência deste TCU.

6. Prescrição

6.1. A empresa Hospfar alega que o STF concedeu repercussão geral ao RE 852.475, o que impacta, a seu ver, todas as causas que busquem o ressarcimento ao Erário, havendo necessidade de sobrestar o processo para impedir interpretações diversas.

6.2. *Requer, assim, o sobrestamento do presente processo até que o STF julgue definitivamente o RE 852.475.*

Análise

6.3. *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 questão suscitada pela recorrente em sede de embargos de declaração no âmbito do TC 020.045/2015-8:*

‘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’.

*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.'

6.4. *Por fim, o Acórdão 8712/2017-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;'

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

MÉRITO

7. Delimitação

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

8. Ausência de irregularidade

8.1. *Os recorrentes afirmam a necessidade de afastar a sua responsabilidade, tendo em vista a alegação de que não há irregularidade passível de condenação nas presentes contas, com base nos seguintes argumentos (peças 98, 99, 130 e 182):*

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 (peça 99, p. 3);

b) haveria quebra de isonomia entre os licitantes no momento da formação do preço de venda diante das diferenças de incentivos fiscais recebidos de acordo com localização da sede da empresa, tendo em vista a diferença de alíquota entre os estados, violando, a seu ver, o art. 37, XXI da CF/1988, o art. 3º, parágrafo 1º, I da Lei 8666/1993 e o Convênio ICMS/Confaz 87/2002 (peça 99, p. 6 e 46);

c) a empresa ML não incluiu em seu preço o valor do ICMS, pois este era equivalente a zero, diante da sua isenção (peça 99, p. 5);

d) 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 98, p. 10-17, peça 99, p. 8 e peça 182, p. 4, 7-8);

e) a empresa anexou junto à sua proposta de preço declaração de que os produtos estavam sendo ofertados desonerados do ICMS (peça 99, p. 9);

*f) risco de **bis in idem**, diante de processo judicial (peça 99, p. 9-10);*

- g) o débito deve ser afastado, pois a empresa ML se encontra em situação de recuperação judicial (peça 99, p. 10-11);
- h) conforme informação da proposta de preço, a recorrente empresa Profarma atuou com boa-fé, pois informou que apresentou sua proposta de preço já com a desoneração do ICMS (peça 98, p. 8-9);
- i) a empresa ofertou preço abaixo do preço de mercado (peça 98, p. 24 e 25);
- j) não há provas de que o preço tenha sido apresentado contendo o ICMS, não sendo possível presumir o dano (peça 98, p. 23 e peça 182, p. 14 e 29);
- k) o preço faturado é o mesmo do ofertado, não tendo recebido qualquer valor de forma indevida, o que torna a sua condenação descabida, sob pena de inexecutabilidade da proposta, desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e enriquecimento ilícito da Administração Pública, não devendo o dano ser presumido (peça 98, p. 14, 15, 18-23);
- l) todas as empresas concorrentes na licitação teriam afirmado ter apresentado o preço desonerado (peça 98, p. 15 e peça 182, p. 24-27);
- m) o que ocorreu foi mera falha formal, descontar o ICMS na proposta ao invés da nota fiscal (peça 98, p. 25 e peça 182, p. 14);
- n) declaração padrão de que a proposta está de acordo com os termos do edital não deve se sobrepor à declaração específica e expressa de que o ICMS já havia sido descontado (peça 98, p. 9-10 e 23 e peça 182, p. 16);
- o) cobrou-se o preço unitário da proposta desonerada, o ICMS não foi incluído na nota fiscal e não houve aumento da nota fiscal para posterior abatimento do ICMS (peça 98, p. 17, 24, 25);
- p) os medicamentos foram entregues e o preço pago foi com desconto do ICMS, não havendo dano ao Erário (peça 98, p. 16);
- q) impor o ressarcimento é fazer incidir a desoneração duplamente, tornando o preço irrisório (peça 98, p. 15 e peça 182, p. 17);
- r) no Acórdão 140/2012-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-Plenário, relator Ministro André Luís de Carvalho, e 1154/2013-Plenário, relator Ministro Valmir Campelo, houve entendimento pela inexistência de débito, 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 99, p. 4, peça 130, p. 4-7)
- s) o pregoeiro aceitou as propostas como se estivessem desoneradas do imposto, devendo prevalecer o princípio da presunção de validade dos atos administrativos, sob pena de violar a segurança jurídica, assim, não podem ser aceitos argumentos com base na alegação de que não foram analisados os documentos apresentados; como atuou de forma negligente, o pregoeiro deve ser responsabilizado (peça 182, p. 4 e 11-14 e peça 130, p. 11-13);
- t) 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 130, p. 8-11, 14 e 17);
- u) 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 130, p. 15-19).
- w) a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. 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 182, p. 5, 12-17 e 24);

x) houve violação do princípio da não-cumulatividade 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 182, p. 5-6 e 12);

y) 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 182, p. 6 e 13)

z) 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 182, p. 7-8 e 17-22);

a.1) a lei é superior ao edital, princípio da legalidade, se há isenção, os produtos não poderiam ser licitados com impostos, a seu ver (peça 182, p. 9-11);

b.1) 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 (peça 182, p. 14-15);

c.1) 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 182, p. 22-30); e

d.1) há retenções pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás em valores superiores ao débito imputado às empresas Hospfar e Profarma, o que deve ser averiguado por esta Corte e abatido do débito a ser pago, sob pena de serem cobradas três vezes pelo mesmo fato (peça 98, p. 27-28 e peça 182, p. 30-38).

8.2. *Requerem o afastamento da condenação ou, alternativamente, a redução do débito ou a alteração do débito para a pena de multa do art. 58 da Lei 8.443/1992.*

8.3. *Informe-se que a recorrente ML apresenta juntamente à sua peça recursal os documentos citados por ela em suas razões recursais para fins de consulta, tais como contrato social, procurações e inteiro teor de processos judiciais, pareceres e portarias (peça 99, p. 11-85).*

Análise

8.4. *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 82 e 83). 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 112). Explica-se.*

8.5. *Diante da anuência integral ao exposto na decisão recorrida bem como naquela que rejeitou os embargos de declaração, 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.*

8.6. *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 001.922/2009-5, 016.828/2009-0, 004.589/2010-6, 004.592/2010-7, 004.596/2010-2, 016.592/2010-7 e 027.019/2010-1.*

8.7. *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-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes, e TC 006.096/2013-1, Acórdão 5732/2017-1ª Câmara, Relator José Múcio Monteiro.*

8.8. *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. Reitera-se anuir-se, portanto, à análise do relatório contida à peça 82, p. 23.

8.9. 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 a regramento específico trazido pelo edital. Dessa forma, não sendo omissa 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.

8.10. 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-Plenário, aplicável por inteiro ao presente caso, em que o Relator, Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, assim examinou essa questão (grifos acrescentados):

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).

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 de licitação fosse omissa, 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 omissa. Ocorre que, no caso presente, o edital não era omissa. 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 omissivo 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 o edital da licitação fosse omissivo, 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 omissivo, era obrigatória a 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.'

8.11. 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.

8.12. 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.

8.13. Registre-se não ser competência das empresas licitantes modificar 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 pelos recorrentes, optando, segundo alegam, por agir por conta própria, sob pena de futura responsabilização. Essa alegação apenas permite concluir que assumiram o risco de contrariar os termos do edital sem qualquer amparo jurídico ou administrativo.

8.14. 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 a 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 questionamento tanto do edital quanto das propostas das licitantes (peça 83, p. 4). Destaque-se o seguinte trecho do voto da decisão recorrida em que se delimitou a origem do dano ao Erário (peça 83, p. 4):

‘22. Em vez disso, o procedimento reputado correto na situação evidenciada nos autos consistiria na emissão de nota fiscal pelo valor bruto, exatamente como indicado na proposta, para em seguida deduzir o ICMS, sendo o resultado líquido objeto de pagamento pela SES, o que não ocorreu, estando explicitada, dessa forma, a origem do débito, conforme entendimentos da comissão instauradora, da unidade técnica deste Tribunal, do Ministério Público/TCU e também deste relator.’

8.15. Considera-se que, acertadamente, a declaração dita genérica pelos recorrentes se sobrepôs à específica, sob pena de desclassificação das propostas. Atente-se que o item 2.2 do edital aduzia que ‘participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis’ (peça 4, p. 4), 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 e que não foi realizada sua desoneração no momento da cobrança. Anui-se, portanto, às conclusões do Parecer Técnico à peça 23, p. 60.

8.16. 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 4, p. 8, grifos do original):

‘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.’ (destaquei)

OBS: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame, deverá atender aos termos do Convênio ICMS 26/03 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.’

8.17. Nesse sentido, o ressarcimento ao erário é devido justamente para respeitar a equação econômico-financeira prevista no edital, lei da licitação, o que restou provado ter sido violado pelos licitantes no momento da cobrança. Não se verifica enriquecimento ilícito da União com a referida medida.

8.18. No que tange à perda de isonomia entre os licitantes, estes 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, cada empresa deveria adotar a estratégia mais interessante para vencer a licitação considerando todos os ônus inerentes à sua condição. Nesse sentido, anui-se ao entendimento do Acórdão 1344/2013-Plenário, relator Exmo. Ministro Augusto Sherman (TC 027.013/2010-3), no seguinte sentido, quando afastou a aplicabilidade do Acórdão 140/2012-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.

8.19. Leitura atenta do excerto acima permite concluir que também não é possível aplicar a este caso as conclusões do Acórdão 140/2012-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, pois as regras do edital eram claras, não tendo sido questionadas oportunamente seja no âmbito recursal da licitação ou até mesmo nesta Corte de Contas por meio de representação. Apesar de afirmarem 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.

8.20. No mesmo sentido, deve ser afastado do presente caso concreto o entendimento proferido no âmbito do Acórdão 3596/2014-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-Plenário (grifos acrescentados):

‘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).

8.21. Já no âmbito do Acórdão 1154/2013-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 1701/2016-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 débito não foi afastado, como alega o recorrente.

8.22. 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 constam dos autos são suficientes para a tomada de decisão.

8.23. 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.

8.24. O valor do ICMS não era zero real como alega a recorrente. Quando há isenção de imposto, renuncia-se à 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.

8.25. 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 (peça 23, p. 63). Note-se, ainda, que, no voto da decisão recorrida, à peça 83, p. 12-13, itens 51 e 60, esse argumento foi assim afastado:

‘51. Conforme considerações apresentadas pelo Parquet especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio das empresas defendentes, são incontestes alguns fatos contrários ao pleito: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa Hospfar (fls. 20, peça 7): ‘Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezesete por cento)’; b) os preços aceitos pelas licitantes, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordaram as empresas, 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%. Em adição, o MP/TCU adequadamente arremata que ‘assim, já estando totalmente isenta de ICMS, as empresas não podem pleitear a redução desse tributo em apenas 7%, resultando na alíquota de 10%’ (fls. 8, peça 71). Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado. 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 às empresas fornecedoras 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, as empresas sob o pretexto de que haviam apresentado proposta desonerada, faturavam o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, e acresciam novamente o imposto, embolsando, portanto, valor superior ao devido.

(...)

60. A questão da redução da alíquota de 17% para 10% já foi analisada na seção VI acima, não sendo possível tal interpretação. Até porque as empresas aplicaram a alíquota de 17% nas notas fiscais emitidas. Além disso, os valores não permaneceram retidos, como dito na seção anterior. Logo, entendo não proceder o argumento da empresa.’

8.26. Anui-se ao entendimento acima.

8.27. Ademais, inexistente risco de **bis in idem** na cobrança do débito. Explica-se. A recorrente ML argui que estaria ocorrendo **bis in idem** e litispendência pelo fato de existirem processos no Poder Judiciário e no TCU pelos mesmos motivos.

8.28. O fato de ser ré em ação judicial não é fator legal para declaração de ilegitimidade passiva no âmbito dos processos desta Corte. No ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas jurídicas - cível, criminal e administrativa. Dessa forma, o fato de tramitarem processos em esferas distintas não viola o princípio que veda o **bis in idem**, como se constata pelo teor dos artigos 935 do Código Civil, 66 do Código de Processo Penal, 126 da Lei 8.112/90 e 12 da Lei 8.429/1992.

8.29. Esta Corte de Contas possui entendimento pacífico no sentido de que a tramitação de ações em outras esferas, com vistas à apuração de condutas antijurídicas, não configura dupla apenação (Acórdão 40/2007-Plenário, relator Exmo. Ministro Aroldo Cedraz). Nesse sentido é excerto do voto

condutor do Acórdão 654/1996-2ª Câmara, relator Exmo. Ministro Fernando Gonçalves, o qual afasta a possibilidade de **bis in idem**, ainda que haja ação de ressarcimento de dano, interposta em sede judicial, concomitante a decisão deste Tribunal:

‘O risco de um ressarcimento em duplicidade por parte do responsável está de todo afastado, em razão da orientação já sumulada nesta Corte no sentido de que os valores eventualmente já satisfeitos deverão ser considerados para efeito de abatimento na execução (Enunciado da Súmula-TCU nº 128).’

8.30. Ademais, também não há litispendência, pois esta apenas se verifica quando há reprodução de ação anteriormente ajuizada, ocorrendo a denominada triplíce identidade, isto é, mesmas partes, pedido e causa de pedir. Nos processos perante o TCU não há que se falar em partes, nem mesmo há exercício de direito de ação em face do Estado-Juiz, razão pela qual impende concluir que a litispendência apenas pode ocorrer quando ambos os processos estão em curso perante o Poder Judiciário.

8.31. Por fim, na linha do Acórdão 11531/2016-Segunda Câmara, relator Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, dentre outros arestos, prevalece como regra a independência das instâncias judicial e de controle externo do Tribunal. Veja-se o excerto de Jurisprudência Seleccionada especificamente aplicável ao caso:

‘O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do TCU para instaurar tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir o Erário. Diante da coexistência de dois títulos executivos referentes ao mesmo fato, deve-se deduzir o valor da obrigação que primeiramente foi executada quando da execução do título remanescente.’

8.32. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.

8.33. 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.

8.34. A recorrente Hospfar 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, deve recorrer às instâncias competentes.

8.35. 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.

8.36. O TCU entendeu pelo afastamento da responsabilidade do pregoeiro, pois seus atos não estavam relacionados aos pagamentos irregulares (peça 83, p. 14, item 76), 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 82, p. 6).

8.37. 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.

8.38. 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 o Acórdão 816/2017-

Plenário (peça 111), que acolheu os embargos de declaração, afastado a pena de multa incidente sobre o débito (art. 57 da Lei 8443/1992, peça 83, p. 14 e peça 112, p. 1). 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 § 2º).

8.39. 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.

8.40. 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 pagamentos sem observância das regras do edital, os quais deram causa ao dano ao erário. Nessa linha, as contas do recorrente foram julgadas irregulares, com conseqüente condenação em débito, em razão de pagamentos indevidos às empresas contratadas (peça 82, p. 6, item 33), atinentes à aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão 314/2005. 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 o recorrente, atraindo para si reponsabilidade solidária pelo dano ao Erário.

8.41. 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.

8.42. 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.

8.43. Por fim, quanto a valores que teriam sido retidos pelo Estado de Goiás, importante informar que à peça 83, p. 13, itens 65-66 esta Corte entendeu não haver recursos federais retidos pelo ente estadual.

8.44. Ademais, não haverá tríplice cobrança sobre um mesmo fato gerador. Note-se que o reconhecimento do dano pode ocorrer em diferentes esferas jurídicas, com conseqüências 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 ressarcimento já foi realizado, como alegam os recorrentes, mediante a apresentação das provas que julgar adequadas.

8.45. Nesse sentido, foge à competência desta Corte de Contas arbitrar conflitos entre a Administração Estadual e as empresas contratadas 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.

8.46. *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 possibilidade 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

9. *A empresa Hospfar solicita que as comunicações sejam encaminhadas ao seu advogado Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) (peça 182, p. 38).*

Informe-se, por fim, o impedimento do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz (peça 189, p. 3, item 2.6.2).

9.1. *A empresa Hospfar solicita que as comunicações sejam encaminhadas ao seu advogado Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) (peça 144, p. 42).*

CONCLUSÃO

10. *Da análise anterior, conclui-se, preliminarmente, inexistir causas de nulidade no presente processo.*

10.1. *No mérito, entendem-se adequadas as conclusões da decisão recorrida no sentido de que houve dano ao Erário na contratação resultante do Pregão 314/2005, ante a 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 sido acrescentado no momento da elaboração das propostas de preço.*

10.2. *Dessa forma, propõe-se o não provimento dos recursos.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. *Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas, Profarma Speciality S.A. (nova denominação da Prodiel Farmacêutica Ltda.), ML Operações Logísticas Ltda. (nova denominação da Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.) e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., contra o Acórdão 1028/2015-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.”

É o relatório.