

VOTO

Cuidam os autos, originalmente, de tomada de conta especial instaurada em cumprimento à determinação do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-Plenário, pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), em decorrência de indícios de pagamentos irregulares referentes aos contratos oriundos do Pregão 201/2005, celebrados com as sociedades empresárias Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., para aquisição de medicamentos de alto custo, com recursos federais, transferidos ao ente federativo, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Mediante o Acórdão 1.543/2016-Plenário (peça 54), esta Corte julgou irregulares as contas de Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde, de Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e das empresas Hospfár e Medcommerce, condenando-os ao pagamento de débito e multa.

O Acórdão 1.543/2016 foi mantido, na íntegra, pelo Acórdão 1.316/2017-Plenário, que rejeitou os embargos de declaração opostos por Cairo Alberto de Freitas e pela empresa Hospfár.

Na atual fase processual, apreciam-se os recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 1.543/2016-Plenário, por Cairo Alberto de Freitas, Hospfár e Medcommerce.

Em preliminar, a Hospfár requer sobrestamento processual, até que o E. STF julgue o RE 852.475, ao qual foi concedida repercussão geral, o que, no seu entender, impactará todas as causas que busquem o ressarcimento ao Erário.

No mérito, o cerne da defesa apresentada pelas empresas contratadas está na alegação de que propuseram preços já desonerados de ICMS, sendo, portanto, descabido voltar a deduzir, por ocasião dos pagamentos, o valor correspondente a esse tributo.

O gestor, por sua vez, alega que, à época, a matéria não se encontrava sedimentada no âmbito da Administração; reteve parte dos pagamentos para evitar a consecução do dano; era do pregoeiro, e não sua, a obrigação de fiscalizar as propostas das licitantes; não se beneficiou dos valores pagos a maior; e atuou com convicção de que sua conduta estava correta.

A unidade instrutiva propõe, com anuência do representante do MP/TCU, a negativa de provimento aos recursos.

Feita essa breve síntese dos fatos, passo a decidir.

Conheço dos recursos, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade atinentes à espécie.

Não há como acolher o pedido de sobrestamento dos autos. Os efeitos da repercussão geral concedida do RE 852.475, sobre os processos desta Corte de Contas, foram minuciosamente examinados no âmbito do TC 020.045/2015-8, que também trata de TCE instaurada a partir de determinação contida no subitem 9.2.2 do Acórdão 45/2008-Plenário, em razão de pagamentos a maior, realizados em benefício das sociedades empresárias ora recorrentes.

Naqueles autos, o E. Ministro-Relator Augusto Nardes consignou 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”.

Com base nesse entendimento, esta Corte proferiu o Acórdão 8.712/2017-2ª Câmara, acolhendo 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*”.

Oportuno mencionar que, entre os vários processos atuados em decorrência do comando contido no Acórdão 45/2008-Plenário, em pelo menos quatro deles, esta Corte examinou recursos de reconsideração que continham o argumento e manteve a condenação em débito das contratadas: TC 016.833/2009-9 (Acórdão 1.989/2014-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes); TC 006.096/2013-1 (Acórdão 5.732/2017-1ª Câmara, Relator José Múcio Monteiro), TC 003.490/2015-7 (Acórdão 6.308/2018-2ª Câmara, Relator Ministro Augusto Nardes) e TC 020.045/2015-8 (Acórdão 3.780/2018-2ª Câmara, Relator José Múcio Monteiro).

No mérito, as alegações recursais foram devidamente refutadas pela unidade instrutiva, por intermédio da instrução transcrita no relatório, cujas análises e conclusões incorporo na íntegra às minhas razões de decidir, sem prejuízo dos comentários a seguir.

Não socorre os recorrentes a alegação de que os preços por elas propostos estavam desonerados de ICMS.

Na época da licitação, os medicamentos a cuja aquisição se destinava o Pregão 201/2005 estavam isentos do recolhimento de ICMS para estabelecidas no Estado de Goiás, conforme Convênio ICMS 87/02-Confaz e Decreto Estadual 5.825/2003. Buscando conferir isonomia entre licitantes beneficiados pela isenção e instalados nos demais estados da federação, o instrumento convocatório estabeleceu, expressamente, para fins de julgamento e comparação entre propostas, que os preços ofertados pelas licitantes deveriam incluir todos os impostos. Porém, por ocasião da emissão da nota fiscal, o valor do imposto deveria ser destacado e excluído do valor a ser pago.

“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.” (grifei)

Ocorre que, ao faturarem os medicamentos, as contratadas acresceram o valor do ICMS na nota fiscal, para, em seguida, removê-lo, o que, na prática, fez com que os valores pagos incluíssem o tributo, mesmo com as sociedades empresárias se beneficiando da isenção fiscal.

Ora, as propostas apresentadas pelas licitantes foram julgadas em consonância com o que dispunha o edital, e não com a vontade não externada dos ora recorrentes. Se a Hospfar e a Medcommerce discordavam ou reputavam inválida a regra, cabia-lhes impugnar o instrumento convocatório ou, em último caso, absterem-se de participar do certame. Jamais apresentarem propostas dissonantes do que dispunha o texto do edital, fundadas na interpretação que lhes convinha. Ao assim procederem, assumiram o risco de que a literalidade instrumento convocatório ao final prevalecesse e, com isso, viessem a ser obrigadas a fornecer o objeto contratado nos exatos termos da regra editalícia de que dissentiam.

Não socorre Cairo Alberto de Freitas a alegação de que não foi omissor e agiu de boa-fé. Ao autorizar e realizar os pagamentos indevidos sem atentar para as regras do edital, o ex-Secretário de Estado da Saúde contribuiu decisivamente para concretização do dano, o que lhe impõe a responsabilização solidária de ressarcimento ao Erário. A posterior adoção de medidas corretivas pelo gestor foi sopesada por esta Corte por ocasião da prolação da deliberação recorrida. Tanto assim que não lhe foi aplicada multa.

Por essas razões, em consonância com os precedentes desta Corte que examinaram condutas e argumentos equivalentes, bem assim com a instrução transcrita no relatório, reputo que os recursos de reconsideração em tela não contêm elementos capazes de modificar o entendimento em que se baseia a condenação dos recorrentes.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de abril de 2019.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator