

VOTO

Cuidam os autos de tomada de conta especial (TCE) instaurada em cumprimento à determinação do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, relator o E. Ministro Raimundo Carreiro, em decorrência de indícios de pagamentos irregulares referentes aos contratos oriundos do Pregão 224/2005, celebrados com as empresa Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiel Farmacêutica Ltda. (atual Proforma *Speciality* S.A.), para aquisição de medicamentos de alto custo, com recursos federais, transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

A irregularidade das contas reside basicamente na ausência de desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados às empresas contratadas pela Secretaria de Estado de Saúde (SES-GO) de Goiás, em flagrante contrariedade ao edital de licitação. Os pagamentos foram custeados com recursos do Sistema Único de Saúde (SUS).

Violando expressas disposições do instrumento convocatório e contando com a omissão dos gestores públicos responsáveis, as empresas contratadas pela SES-GO faturaram valores contratados para fornecimento de medicamentos sem considerar a isenção fiscal de ICMS sobre determinados fármacos em relação às respectivas propostas comerciais apresentadas na licitação, a fim de gerar o abatimento do referido tributo no momento do pagamento.

Mediante Acórdão 1.029/2015-Plenário, relator o E. Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti (peça 114), esta Corte julgou irregulares as contas, entre outros gestores públicos, de Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), e das empresas Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Prodiel Farmacêutica Ltda., condenando-os solidariamente ao ressarcimento de dano e, individualmente, ao pagamento de sanção pecuniária. A penalidade de multa foi posteriormente afastada pelo Acórdão 818/2017 – TCU – Plenário (peça 136).

A empresa Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. não foi arrolada como responsável uma vez que o débito ao erário federal que lhe havia sido imputado seria de apenas R\$ 96,61.

Nesta oportunidade, apreciam-se recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas, Proforma *Speciality* S.A. (nova denominação da Prodiel Farmacêutica Ltda.), e Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., contra o Acórdão 1029/2015 - TCU – Plenário, parcialmente reformado pelo Acórdão 818/2017 – TCU – Plenário.

Em preliminar, os recorrentes pugnam pelo sobrestamento processual até que o E. STF julgue o RE 852.475, ao qual foi concedida repercussão geral, por tratar da hipótese de prescrição de todas as pretensões que busquem o ressarcimento de dano ao Erário.

Suscitam nulidade processual em razão da ausência de contraditório e de ampla defesa no âmbito do órgão instaurador da TCE, no caso, Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, além da retenção indevida de valores devidos às empresas.

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 apresentação, passo a decidir.

Conheço dos recursos de reconsideração, preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992.

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 Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em razão de pagamentos a maior, realizados em benefício das sociedades empresárias ora recorrentes.

Naqueles autos, o relator, E. Ministro 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-TCU-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 autuados em decorrência do comando contido no Acórdão 45/2008-TCU-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 a E. Ministra Ana Arraes); TC 006.096/2013-1 (Acórdão 5.732/2017-1ª Câmara, relator o E. José Múcio Monteiro), TC 003.490/2015-7 (Acórdão 6.308/2018-2ª Câmara, relator o E. Ministro Augusto Nardes) e TC 020.045/2015-8 (Acórdão 3.780/2018-2ª Câmara, relator o E. Ministro José Múcio Monteiro).

Afasto, também, a preliminar de cerceamento de defesa e de contraditório, uma vez que, no âmbito desta Corte de Contas, foi franqueado aos responsáveis oportunidade para contrapor as irregularidades a eles imputadas.

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 224/2005 estavam isentos do recolhimento de ICMS para estabelecimentos 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 os 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 Prodiel Farmacêutica Ltda. 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 a Cairo Alberto de Freitas a alegação de que não foi omisso e agiu de boa-fé. Ao autorizar e realizar os pagamentos indevidos sem atentar para as regras do edital e sem os cuidados mínimos de um gestor mediano, 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 1 de abril de 2020.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator