

GRUPO II – CLASSE ____ – Plenário

TC 016.826/2009-5

Natureza(s): Embargos de Declaração (em processo de Tomada de Contas Especial)

Órgão/Entidade: Governo do Estado de Goiás

Embargante: Hospfâr Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21)

Advogados com procuração nos autos: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267) e outros

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PAGAMENTOS INDEVIDOS NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. ACRÉSCIMO DO ICMS A VALOR FATURADO JÁ ONERADO PELO IMPOSTO. CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. CONDENAÇÃO AO RECOLHIMENTO DO DÉBITO. MULTA PARA ALGUNS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Hospfâr Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21) (peças 243 e 244) contra o Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário (peça 196), relator Min. José Múcio, que negou provimento ao recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 1028/2015-TCU-Plenário (peça 84), relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti:

Acórdão nº 1028/2015 - TCU – Plenário

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 Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos

Hospitales Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares 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 Hospifar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

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

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

| <i>Nota Fiscal</i> | <i>Valor (R\$)</i> | <i>Data</i> |
|--------------------|--------------------|------------------|
| <i>51343</i> | <i>535,5</i> | <i>1/9/2006</i> |
| <i>50374</i> | <i>28,56</i> | <i>1/9/2006</i> |
| <i>50373</i> | <i>1.135,26</i> | <i>1/9/2006</i> |
| <i>55237</i> | <i>1.097,27</i> | <i>18/9/2006</i> |
| <i>62143</i> | <i>1.570,80</i> | <i>18/9/2006</i> |
| <i>62147</i> | <i>946,05</i> | <i>18/9/2006</i> |
| <i>62567</i> | <i>267,75</i> | <i>18/9/2006</i> |
| <i>65835</i> | <i>234,45</i> | <i>18/9/2006</i> |
| <i>65961</i> | <i>2.356,20</i> | <i>18/9/2006</i> |
| <i>68245</i> | <i>535,50</i> | <i>18/9/2006</i> |
| <i>70333</i> | <i>2.213,00</i> | <i>18/9/2006</i> |



| | | |
|--|-----------|------------|
| | <i>40</i> | <i>006</i> |
|--|-----------|------------|

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

| Nota Fiscal | Valor (R\$) | Data |
|-------------|-------------|-----------|
| 285828 | 6.704,46 | 14/2/2007 |

9.4. aplicar às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiet 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 Prodiet 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.*

Acórdão 1858/2018 – TCU – Plenário

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em fase de recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas, Profarma Speciality S.A., ML Operações Logísticas Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.028/2015-Plenário.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/92, c/c o art. 285 do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. *conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;*

9.2. *comunicar a presente decisão aos recorrentes, à Procuradoria da República no Estado de Goiás, ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás.*

2. O teor principal da instrução técnica, com a proposta de encaminhamento endossada pelo titular da Secretaria de Recursos - Serur, é reproduzido a seguir, com ajustes de forma (peças 249 e 250), **verbis**:

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-TCU-Plenário (subitem 9.2.3, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro), do Acórdão 1789/2010-TCU-2ª Câmara (subitem 1.6.1, da relatoria do Ministro Augusto Sherman) e do Acórdão 2770/2011-TCU-2ª Câmara (relator 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 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.

2.5. Por fim, no âmbito do TC 008.322/2010-4, o Tribunal fixou prazo para que a SES/GO cumprisse as disposições do Acórdão 1789/2010-TCU-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. Neste Tribunal foram citados, solidariamente, o então Secretário de Estado da Saúde, o ex-Superintendente de Administração e Finanças, o ex-Superintendente-Executivo da SES/GO e o Pregoeiro à época dos fatos, 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 Tribunal.

2.10. Em seguida a empresa ora embargante opôs embargos de declaração acolhidos pelo Acórdão 816/2017-TCU-Plenário para afastar a pena de multa.

2.11. Inconformada a empresa Hospfar interpôs recurso de reconsideração que, apreciados por meio do Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário, teve negado provimento.

2.12. Contra esse último julgado a mesma recorrente opõe os embargos de declaração objeto desta instrução em razão do Despacho proferido pelo relator à peça 246.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 247), pendente de análise pelo relator, Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, que propôs o conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, e a suspensão dos efeitos do item 9.1 do Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário, em relação à embargante.

EXAME TÉCNICO

4. Alega a embargante, em síntese, a ocorrência das seguintes omissões, contradições ou obscuridades no acórdão embargado:

a) há flagrante obscuridade quanto à alegação trazida em sede de razões recursais acerca da prescrição, eis que trazido ao conhecimento desta Corte posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral no RE 852.475, no qual se reconheceu a prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícitos civis, reforçando entendimento já adotado no RE 669.069. Dessa forma, e não havendo comprovação de que a recorrente tenha agido com dolo, deve ser conferido efeitos infringentes ao presente recurso e afastado o débito imputado à embargante;

b) há omissão em se analisar o argumento de que não há que se falar em regras contidas no edital de licitações de que os preços deveriam ser apresentados com o ICMS, pois a contratação não teria sido formalizada pelo ente público e, não tendo sido outorgado o contrato, as normas editalícias não podem ser consideradas válidas, pois seriam nulas todas as etapas do procedimento licitatório;

c) teria sido omissa o acórdão embargado quanto às alegações trazidas em suas razões recursais e descritas por esta Corte, conforme item 8 da instrução desta Unidade Técnica (peça 192), reproduzida no relatório (peça 198);

d) foi omissa o Tribunal quanto à alegação de que a embargante não pode ser condenada em ressarcir o erário tendo a mesma créditos da ordem de dezenove milhões de reais retidos pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, sendo, em seu entender inadmissível, que esta Corte apenas informe que a embargante deve procurar a satisfação de seus créditos por outras vias, já que a Súmula 128 permite a compensação entre débito e créditos retidos pela Administração Pública;

e) seria falho o acórdão vergastado em relação à conclusão de que o edital, mesmo contrariando norma legal, deveria prevalecer; e de que os pareceres oriundos dos órgãos jurídicos do ente estadual não se aplicariam ao pregão tratado nos presentes autos (Parecer GOT 104/04 e Parecer 1893/2008);

f) absolutamente contraditória a conclusão do Tribunal, contida no item 8.20 reproduzido no relatório que fundamenta a deliberação combatida, de que edital oriundo do estado de São Paulo teria discricionariedade em facultar às licitantes a apresentação de preços com a dedução dos impostos ao passo que para o edital tratado nos presentes autos deveriam as licitantes, no entender do Tribunal, apresentar preços onerados;

g) contraditório em aplicar a alíquota de 17% ao ICMS, eis que a recorrente faria jus ao que prevê a legislação estadual que a fixa em 10%;

h) foi omissa o Tribunal ao não comprovar a ocorrência de sobrepreço ou superfaturamento e da adequação dos preços ofertados com os praticados no mercado, pois o dano ao erário não pode ser presumido, devendo haver a necessária comprovação. Ademais, não serve de comprovação de que os preços ofertados estariam onerados o depoimento prestado pelo então pregoeiro, eis que colhido sem que as empresas licitantes pudessem contradizê-lo ou mesmo apresentar defesa, sendo, portanto, nulo;

i) há contrariedade da decisão embargada ao que dispôs o Tribunal ao prolatar o Acórdão 140/2012-TCU-Plenário.

4.1. Em relação a cada ponto em que se afirma haver falhas a serem supridas nesta etapa processual a recorrente apresenta argumentos adicionais reforçando aqueles contidos nas peças por ela trazidas nas fases anteriores dos autos, citando doutrina e jurisprudência que julga aproveitá-la.

Análise

4.2. Inicialmente cabe esclarecer que a recorrente, apesar da extensa peça apresentada, não logrou apontar qualquer vício sanável via embargos de declaração.

4.3. Nesse sentido verifica-se que o eventual acolhimento de embargos de declaração tem como pressuposto a ocorrência de omissões, contradições ou obscuridades na própria decisão combatida, ou seja, em seu conteúdo, e não, como aponta a recorrente, com a doutrina ou outros julgados desta Corte ou do Poder Judiciário estranhos ao acórdão combatido, o que demonstra evidente intuito de se rediscutir o mérito da decisão, incabível na via estreita dos embargos.

4.4. Com relação a cada um dos alegados vícios que deveriam ser corrigidos por esta Corte, seguindo a ordem já descrita, verifica-se:

a) a alegação trazida pela recorrente acerca da prescrição foi tratada no voto condutor do acórdão embargada sem a apontada obscuridade, eis que se baseou justamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a recorrente havia afirmado ter este Tribunal descumprido, assim se manifestando o relator:

7. Outra questão preliminar foi trazida pela recorrente Hospfar, que reclama o sobrestamento destes autos ante a concessão, pelo Supremo Tribunal Federal, de repercussão geral ao RE 852.475, em que se discutirá matéria relativa à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

8. Com relação a isso, valem as considerações do voto condutor do Acórdão 8.712/2017-2ª Câmara, reproduzidas na instrução da Serur transcrita no relatório precedente, que trazem as razões pelas quais a repercussão geral conferida ao RE 852.475 acerca da prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário (tema 899), e particularmente a determinação de suspensão do processamento das demandas pendentes em que esteja em debate a matéria, alcançou tão somente a fase forense da cobrança de título extrajudicial originado das decisões das Cortes de Contas, não atingindo diretamente os processos de contas em trâmite nessas jurisdições, em face do princípio da independência das instâncias administrativa e judicial. Na mesma linha, temos os Acórdãos 1.889/2018, 1.861/2018 e 1.978/2018 da 2ª Câmara e o Acórdão 6.110/20177, da 1ª Câmara.

9. A corroborar tal entendimento há ainda a recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no MS 35.623/DF, em que o Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar a tese da impetrante naquele feito segundo a qual, diante do reconhecimento da repercussão geral e da determinação de suspensão de todos os processos em tramitação no território nacional que tratem da prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário até julgamento final do assunto pelo STF, também seria necessário o sobrestamento da tomada de contas em desfavor da impetrante em trâmite neste TCU, assentou que “(...) não procede a alegação de que o processo de tomada de contas especial deveria ficar suspenso até o julgamento do tema 899 da sistemática da repercussão geral. Isso porque tal instituto não vincula a Administração Pública, salvo expressa determinação legal em sentido contrário”.

10. Resta claro, portanto, que a repercussão geral conferida ao RE 852.475 não atinge os processos em curso no TCU e não pode servir de pretexto para o sobrestamento desta tomada de contas especial.

b) não há, nas razões do recurso de reconsideração apresentado pela recorrente, qualquer menção à nulidade do edital de licitações em razão de ausência de outorga do contrato, motivo pelo qual não procede o argumento de omissão no enfrentamento da questão.

c) no referido item 8 da instrução de mérito desta Unidade Técnica, acerca das razões recursais trazidas pelo recorrente quando da interposição do recursos de reconsideração, são descritos e, sem a alegada omissão, devidamente enfrentados todos os argumentos recursais,

assim, de forma ampla e profunda, constando da instrução reproduzida posteriormente no voto condutor da deliberação ora embargada:

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 acrescidos):

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 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.

44. Convém ressaltar que o citado parecer autorizava a adoção de procedimentos alternativos na hipótese de o edital ser omissivo. Ocorre que, no caso presente, o edital não era omissivo. 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 acrescidos):

'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 tríplex cobrança sobre um mesmo fato gerador. Note-se que o reconhecimento do dano pode ocorrer em diferentes esferas jurídicas, com consequências 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.

d) novamente equivoca-se a recorrente na eleição da via recursal, eis que o intuito, assim como nos demais itens apontados como corrigíveis via embargos de declaração, é combater o mérito da deliberação, pois este Tribunal não tem competência para tutelar interesses privados, assim como não é correta a interpretação dada pela recorrente do teor da súmula 128 deste Tribunal. Para demonstrar não existir omissão, dado que o argumento constou do recurso de reconsideração, segue a devida análise empreendida na fase processual anterior e constante do voto do relator:

30. No tocante às quantias supostamente retidas pelo Estado de Goiás, de que já se falou neste voto, mencione-se ainda que, conforme destacado pela unidade técnica, esta Corte entendeu não haver recursos federais glosados pelo ente estadual. Vale esclarecer também, de todo modo, que em nenhuma hipótese haverá cobrança em duplicidade do débito, porquanto, independentemente da esfera jurídica em que ocorra o reconhecimento do dano, haverá apenas um ressarcimento, já que na execução da dívida poderá ser demonstrada a eventual devolução de recursos já efetuada ao erário.

e) não existe a alegada falha, eis que, conforme voto do ministro relator, o edital de licitações não teria contrariado qualquer norma superior, mas apenas viabilizado e normatizado questões afetas à forma como a não incidência do tributo seria tratada na licitação, eis que tais temas não eram tratados nas demais normas, conforme se colhe do seguinte trecho de suas razões de decidir:

18. É improcedente também a alegação de que o edital não deveria ser observado, por contrariar normativo que estabelecia à época da licitação a isenção do imposto para a compra de remédios de alto custo. O edital não comandou a cobrança do imposto, apenas determinou a sua consideração na proposta de preço para posterior desoneração, quando fosse o caso, definindo procedimento meramente operacional não vedado à época pela legislação e que tinha em vista justamente o atendimento da lei, uma vez que os medicamentos objeto do pregão seriam, ao final, adquiridos pelo Estado de Goiás sem a incidência do ICMS.

19. Há notícia nos autos de que a recorrente Hospfar impugnou editais publicados pela SES/GO, tanto na via administrativa quanto na judicial, relativamente a essa forma de

apresentação das propostas, sem obter sucesso, circunstância que evidencia a sua ciência de que os pagamentos do preço proposto, sem o abatimento do ICMS, violavam regras editalícias e contratuais que eram conformes à legislação vigente.

20. Rejeito, portanto, todos os argumentos que combatem a metodologia estabelecida no instrumento convocatório.

21. Parece claro também que eventuais orientações administrativas para que as propostas fossem apresentadas com preços já desonerados do ICMS não teriam o condão de derogar a necessidade de observância das regras específicas do edital, nos termos do que dispõe o art. 3º da Lei 8.666/1993, segundo o qual a licitação será processada e julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Nesse sentido, os próprios pareceres administrativos trazidos para confirmar as mencionadas diretrizes quanto às formas de apresentação das propostas consignam literalmente que as orientações ali contidas somente se aplicariam quando não houvesse no instrumento convocatório regramento expresso sobre o assunto, condição que, como já se viu, não se aplicava ao presente caso.

*f) não existe a alegada contradição, pois apenas verificou este Tribunal, conforme voto que fundamenta o acórdão embargado, que os preços ofertados pela recorrente deveriam estar onerados e que os apresentados no âmbito do estado de São Paulo, nos termos do edital, poderiam conter ou não os tributos, *ipsis litteris*:*

25. (...) Vale dizer, de todo modo, que no caso apreciado mediante o Acórdão 3.596/2014-Plenário o edital facultava a apresentação do preço com a dedução do imposto, configurando situação diferente da em comento, em que havia regra clara e impositiva pela apresentação de preços já onerados. Já no âmbito do Acórdão 1.154/2013-Plenário, a informação que se tem é que, depois da condenação dos responsáveis em multa, foi determinada a apuração de débito em tomada de contas especial que se encontra em tramitação nesta Casa (TC 023.957/2016-6), indicando que, diferentemente do alegado pelos recorrentes, o débito não foi totalmente afastado.

g) novamente há inconformismo com o mérito da deliberação embargada, pois inexistente qualquer contradição, o que sequer buscou apontar a recorrente nas razões de seus embargos de declaração. Entretanto, para que não restem dúvidas acerca da correção e da clareza com que o tema foi tratado pelo relator, segue seu posicionamento acerca da questão:

27. Resta também infundada a alegação de que a alíquota a ser utilizada no cálculo do débito não deveria ser a cota máxima de 17%, mas a de 10%, aplicável à contratada na condição de distribuidora atacadista de medicamentos. Veja-se que o próprio regulamento do código tributário do Estado de Goiás (Decreto 4.852/1997), em seu art. 8º, estabelecia que o benefício da alíquota de 10% mencionada pela recorrente não se aplicava a operação já contemplada com outra redução de base de cálculo ou concessão de crédito outorgado, “sendo facultada a opção pelo benefício mais favorável”. Por essa razão, a alíquota usada pelas empresas nas notas fiscais contestadas foi de 17%, já que, dispondo-se da isenção cheia do ICMS, não haveria razão para se pleitear um abatimento menor do tributo.

h) foi corretamente demonstrado pelo Tribunal, desde a citação da embargante, que os valores cobrados pela embargante para a venda dos remédios ocasionou dano ao erário em decorrência da incidência dupla do ICMS e do desconto simples e, também, que seria ônus seu a comprovação da inexecuibilidade dos preços considerados regulares por esta Corte, assim se manifestando, para restar afastada a alegada omissão, o relator:

28. A afirmação de que, como o preço apresentado foi o de mercado, a desoneração do imposto acarretaria propostas inexecuíveis, veio desacompanhada de documentação comprobatória. A unidade técnica ressalta a existência no mercado farmacêutico de preços variados para cada medicação, havendo preço máximo ao consumidor, mas não preço mínimo

para venda, razão pela qual o argumento da recorrente teria de ser cabalmente demonstrado, o que não se fez nos presentes autos.

29. Com relação à tese de que o preço contratado estaria dentro das referências de mercado, tem-se a dizer que a condenação em débito não decorreu de preços excessivos frente aos praticados no mercado, mas sim da não desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos efetuados à contratada. Note-se contudo que, concretamente, os recorrentes não demonstram, por exemplo, que os preços tenham atendido à tabela de referência aceita pelo Tribunal nas aquisições de medicamentos promovidas com recursos federais, que é o sistema Siasg/Comprasnet/BPS.

i) por fim, não há como se reconhecer qualquer contrariedade na decisão embargada com o que foi decidido pelo Tribunal ao prolatar o Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, haja vista que, conforme tratado no item 4.3 desta instrução, qualquer acolhimento em embargos de declaração decorreria de falhas contidas em seus termos, e não em comparação que o que tenha sido decidido em outros julgados. Ademais, o que restou decidido pelo Tribunal é perfeitamente compatível com tudo o que foi tratado nos presentes autos, tendo decidido o Tribunal com base no seguinte trecho do voto:

23. Posteriormente, ao examinar o Convênio 87/2002 precipuamente sob o aspecto da isonomia entre licitantes, este Tribunal, no Acórdão 140/2012-Plenário, determinou ao Ministério da Saúde que orientasse os gestores federais, estaduais e municipais acerca da aplicação da isenção do ICMS nas aquisições de medicamentos, alertando os entes para que as propostas dos licitantes passassem a contemplar a isenção do tributo. Na mesma assentada, também foi recomendado ao Comfaz que alterasse o § 6º supratranscrito, de forma a prever tal orientação.

24. Por óbvio, tal decisão não afetou atos pretéritos como os do pregão em comento, que é de 2005, nem tornou ilegais os procedimentos licitatórios de compra de medicamentos realizados até então, nos quais constaram exigências de que os preços das propostas fossem onerados com o ICMS. Até porque, é bom que se diga, a análise técnica que fundamentou o Acórdão 140/2012-Plenário não considerou os efeitos de outras normas tributárias, como o Convênio ICMS 26/2003, aprovado e ratificado internamente no Estado de Goiás pelo Decreto 5.825/2003, que, ao conferir isenção às empresas do próprio estado, poderia afetar a isonomia dos licitantes e eventualmente justificar a opção pela comparação de propostas oneradas com o tributo, independentemente do enquadramento do medicamento no Convênio ICMS 87/2002.

4.5. Dessa forma, não logrou a embargante comprovar qualquer vício de omissão, contradição ou obscuridade no arresto recorrido.

CONCLUSÃO

5. Da análise anterior conclui-se que devem os embargos, ante a ausência de vícios capazes de acolhê-los, serem rejeitados.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração opostos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (peças 243 e 244) contra o Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos embargos e, no mérito, rejeitá-los;

b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida à embargante e aos demais interessados.

É o Relatório.