VOTO

Esta tomada de contas especial foi instaurada em atendimento ao Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, proferido em processo de representação formulada pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás, que tratou de irregularidades em certames licitatórios promovidos pela SES/GO para a aquisição de medicamentos custeados com recursos transferidos pela esfera federal à conta do SUS.

2. Nos trabalhos realizados por equipe da Secex/GO no âmbito do processo de representação, foi apurada a ocorrência da mesma irregularidade relativa à oneração do ICMS nas propostas de preço apresentadas em diversos certames. Como resultado, o Acórdão 45/2008-Plenário determinou a instauração de uma tomada de contas especial para cada um dos pregões relativos à aquisição de medicamentos.

3. O caso em tela se refere ao Pregão 04/2006, vencido pela empresa Medcomerce Ltda. para fornecer os medicamentos Cloridrato Ciprofloxina 500mg (4.800 comprimidos); Eritropoetina Humana Recombinante 4.000 UI (162.000 inj. ser. ou F/A); Hidroxiuréia 500 mg (24.000 cápsulas); Leite PKU 1 – 500g (120 latas); Leite PKU 2 – 500g (1.440 latas) e Leite PKU 3 – 500g (516 latas).

4. Conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (fl. 30, peça 3), o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Esse valor onerado com o ICMS tinha o propósito de servir apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto. Ainda de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela.

5. Todavia, quando do faturamento, a empresa Medcomerce acrescia novamente o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprir a isenção tributária aplicável. Como resultado, a empresa embolsava a totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente a diferença entre o valor adjudicado e o valor do imposto originalmente incluído na proposta.

6. É importante esclarecer que em outros pregões, os medicamentos foram custeados com recursos estaduais e federais, na proporção de 80% e 20%, respectivamente. No caso presente, de acordo com documentos às fls. 22 da peça 13 e 15, 21 e 23 da peça 22, o pagamento ocorreu somente com recursos federais (Fonte 23). Por tal razão, o débito quantificado deverá ser integralmente devolvido ao erário federal. Também deve ser esclarecido que a totalidade dos recursos federais foi empenhada e paga à empresa, não tendo sido alcançada por retenções efetuadas pela SES/GO (fl. 12, peça 28).

7. No âmbito deste Tribunal, foram responsabilizados solidariamente pelo débito, com aplicação de multa, o Sr. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário Estadual de Saúde; Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, e a empresa Medcomerce, bem como excluída a responsabilidade do Sr. Adriano Kennen de Barros, pregoeiro, por ausência de nexo causal entre sua conduta e o dano (fls. 47-48, peça 24).

8. O MP/TCU, em sua primeira manifestação, concordou com a exclusão da responsabilidade do Sr. Adriano Kennen destas contas, mas ponderou que as contas dos demais responsáveis deveriam ser arquivadas, tendo em vista que o débito afigura-se inferior ao limite mínimo para a instauração e o encaminhamento de tomada de contas especial ao TCU (fl. 52, peça 24).

9. Determinei o retorno dos autos à unidade técnica, seguindo a linha adotada no TC-004.589/2010-6, em 4/4/2011, com vistas a conferir tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50194116.

Goiás, em decorrência da realização de pagamentos às empresas contratadas sem a dedução do valor referente ao ICMS, em desacordo com as regras fixadas nos editais dos respectivos pregões (peça 27).

10. Em nova manifestação, a Secex/GO ponderou que a estimativa de preços promovida na licitação possui legitimidade jurídica para servir como referência de mercado, mantendo a proposta anterior (peças 29-30).

11. O MP/TCU, por sua vez, revendo o posicionamento anterior, considerou que não há que se falar em arquivamento dos autos em razão do valor do débito, pois a soma dos débitos apurados em todas as TCEs supera em muito o valor estabelecido na IN TCU 56/2007. Divergindo da Secex/GO, foi proposto o reconhecimento da boa-fé dos responsáveis, a rejeição das alegações de defesa e a fixação de novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito (peça 31).

12. Acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de dano ao erário, o qual se imputa em solidariedade aos agentes públicos e empresa Medcomerce Com. Medicamentos e Prod. Hospitalares Ltda., conforme razões que exporei a seguir. Quanto à divergência havida entre os pareceres, no tocante ao reconhecimento da boa-fé dos gestores, tratarei da questão em tópico específico mais adiante.

13. Cumpre, por fim, registrar a importância do tema aqui tratado, que aparenta simplicidade ante a quantia envolvida na presente TCE. No entanto, conforme noticiado no portal do Ministério Público do Estado de Goiás em maio/2010, apurações conduzidas pelo MPF e pelo MPE contabilizaram prejuízos da ordem de R$ 13 milhões aos cofres públicos em fraudes nas compras de medicamentos feitas pela SES/GO nos anos de 2002 a 2008. Nesse contexto, deve ser enfatizado que já se encontram em tramitação nesta Corte diversas tomadas de contas especiais relacionadas a esses fatos.

II – Medcomerce – alegações de mérito: inexistência de conluio, preços dos medicamentos desonerados de acordo com edital, equilíbrio econômico-financeiro do contrato

14. De início, no tocante à argumentação sobre a questão de eventual conluio (fls. 32-35, peça 23), constante do Acórdão 45/2008 – Plenário, ressalto que tal matéria não foi objeto do ofício citatório (fls. 5-6, peça 23) nem servirá de fundamento para irregularidade das contas da empresa, razão pela qual não será objeto de manifestação.

15. O principal argumento trazido pela empresa Medcomerce (fls. 24-27, peça 23) constituiu-se na alegação de que sua proposta se encontrava desonerada do ICMS, de acordo com o edital, e posteriormente com o Contrato 47/2007. Consoante alegado, esse fato seria de conhecimento da Administração, na pessoa do pregoeiro, e estaria reconhecido no contrato. Afirma, ainda, que o procedimento estaria referendado por parecer da Gerência de Orientação Tributária da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás. A empresa alega que a Procuradoria do Estado e a Assessoria Jurídica da SES/GO não apontaram o valor adjudicado como restrição em seus pareceres (fls. 3-6, peça 15, 55, peça 20, e 3-6, peça 21).

16. Verifica-se, todavia, que os elementos contidos no processo contradizem essas afirmações.

17. 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.

> **"5.1.5.** (...) No preço ofertado deverão estar incluídas todas as despesas que incidam ou venham a incidir, tais como, fretes, impostos, taxas, encargos enfim, todos os custos diretos e indiretos necessários ao cumprimento do objeto ora licitado, inclusive os decorrentes de troca de produto dentro do prazo de garantia, se for o caso.
>
> (...)
>
> **5.3.** Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50194116.

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, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.

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 e, no que couber, ao Convênio 26/03, 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."

18. A propósito, veja-se que o Convênio ICMS 87/02 concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional, desde que observadas certas condições (e. g.: que os medicamentos também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI) e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal.

19. Então, tem-se que o edital previa que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS. Também preceituava que o tributo seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a SES não seria contribuinte do tributo, já que os produtos licitados gozariam de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais.

20. É certo que constava do item 11 da proposta da empresa Medcomerce a afirmativa de que os preços estavam desonerados. Contudo, veja-se que, no item 6 da mesma proposta (fl. 26, peça 9), constava declaração em sentido contrário afirmando que, nos preços, estavam incluídos os impostos. Ainda, nos itens 7 e 9 da proposta, a empresa anotou que concordava e se sujeitava a todas as normas e exigências do edital, o que significa que a empresa aceitou a exigência de inclusão do ICMS nos preços ofertados.

21. Diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia ao pregoeiro questionar a empresa se seus preços foram ofertados com incidência ou não de ICMS. Caso a proposta apresentada já se encontrasse desonerada, caberia ao pregoeiro desclassificá-la por descumprimento do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, esse último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993.

22. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas. Conforme depoimento prestado à comissão de TCE, o pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros (fls. 39-40, peça 21), independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, considerou que se ela declarasse estar de acordo com os termos do edital, esta declaração prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada. Tomando em consideração esse depoimento, mais a informação constante do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no edital havia previsão de que *"a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis"*, a comissão de instauração da TCE entendeu que, apesar da falha em não se ter procedido à desclassificação da proposta, a empresa permaneceu vinculada aos termos do edital e às declarações prestadas acerca da inclusão de todos os tributos, de modo que os preços ofertados, pela vinculação ao instrumento convocatório, deveriam ser reputados com inclusão do ICMS (Relatório Conclusivo 006/2009, fls. 50-51, peça 21 e 1-33, peça 22, vol. 5).

23. De todo modo, verifica-se que a primeira declaração, que foi formulada especificamente para expor os preços ofertados no Pregão 04/2006 e detalhar o fornecimento, apresentava teor inequívoco de que o ICMS estava incluído, motivo pelo qual se rejeita a alegação da defendente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50194116.

24. Também não há como aceitar a alegação de que a desoneração estaria reconhecida no contrato assinado com a SES/GO. Isso porque a cláusula quarta, item 04.4, estabelecia que os preços incluíam todos os impostos (fl. 20, peça 12). Ao mesmo tempo, a cláusula sexta, item 06.5, determinava o procedimento a ser adotado quanto ao ICMS, ou seja, a utilização da alíquota interna de origem no produto cotado e a aplicação do Convênio ICMS 26/03 na emissão da nota fiscal, exatamente como preceituado no edital (fl. 23, peça 12).

25. Verifico, portanto, que a linha de argumentação da empresa se baseia na premissa de que a sua proposta já continha os preços desonerados, daí decorrendo, por meio do contrato, uma equação econômico-financeira, que seria quebrada caso prevaleça o entendimento da unidade técnica. Ocorre que tal premissa não é verdadeira. Ao contrário, a partir das informações dos autos, está claro que a proposta apresentada incluía o ICMS, logo, utilizando o exemplo da Medcomerce, a sua remuneração foi maior do que o respectivo encargo, o que desequilibra a equação econômico-financeira em desfavor do erário, sendo necessária a recomposição.

III - Medcomerce - alegação de mérito: observância ao Parecer GOT 104/2004 da Sefaz

26. O parecer da Sefaz/GO, Parecer 104/2004-GOT, também não dá guarida à tese defendida pela empresa. O texto afirma claramente que, nos casos em que o edital da licitação fosse omisso, 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 (fls. 6-7, peça 24).

27. Convém ressaltar que o citado parecer autorizava a adoção de procedimentos alternativos na hipótese de o edital ser omisso. Ocorre que, no caso presente, o edital não era omisso. Como transcrito no item 17 retro, 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 04/2006, ou seja, a apresentação de proposta onerada.

IV - Medcomerce - alegações de mérito: anuência da Assessoria Jurídica da SES/GO e da PGE e condições contratuais

28. A empresa alegou que a adequação da apresentação da proposta desonerada também foi reconhecida no despacho exarado pelo Procurador-Geral do Estado (Despacho-AG 1.298/2007) e em portaria editada pela SES/GO em 2008, que determinou a apresentação de propostas desoneradas nos casos abrangidos pelo Convênio ICMS 87/02-Confaz (isenção a medicamentos excepcionais).

29. Diferentemente do alegado, o despacho da PGE não referendou o procedimento adotado pela empresa (fls. 27-33, peça 21).

30. É de se reconhecer que o parecer do titular da PGE estabeleceu orientação no sentido de que o Estado estava obrigado a usufruir das isenções tributárias em tela por serem essas um benefício que lhe foi concedido pela lei. Assim, segundo o entendimento da PGE, os editais de licitação deveriam passar a exigir as propostas já com o valor líquido, sem a carga tributária do ICMS.

31. Todavia, essa orientação não pode ser utilizada no caso presente, porque a peça, datada de 05/02/2007, afirma claramente que tal entendimento deveria ser aplicado somente às compras futuras e às licitações em andamento, com republicação dos editais (itens 13 e 14, fl. 31 e 19, fl. 32, peça 21). Nas licitações já concluídas, como o Pregão 004/2006 aqui examinado, o despacho estabelece que (item 20, da fl. 32, peça 21):

> "Por outro lado, admitindo-se hipóteses em que já tenha havido a contratação do fornecedor, ou seja, vencida a etapa de licitação pública, os agentes públicos deverão solicitar ao

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50194116.

fornecedor a observância da isenção e a consequente dedução do valor do ICMS, quando da emissão do documento fiscal, por imposição da legislação tributária."

32. Como se percebe a partir da transcrição acima, o despacho da PGE deixa evidente que, até aquele momento, a exigência de propostas oneradas era a regra seguida pela SES/GO.

33. Com relação à portaria da SES editada em 2008 (peça 23, p. 45), veja-se que a norma se refere a fatos posteriores, não se aplicando ao caso.

V - Medcomerce – alegação de mérito: percentual de devolução correto é de 10%, ao invés de 17%

34. A empresa sustentou também que, ainda que fosse cabível a devolução dos recursos, estes corresponderiam a um desconto de apenas 10% e não 17%, em vista do teor do art. 6º, inciso XCI, combinado com o art. 8º, inciso VIII, ambos do Anexo IX da Lei Estadual 4.852/97 (Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE).

35. Esse argumento deve ser refutado, pois tal isenção não foi mencionada nas propostas de preço e, além disso, não seria cumulativa com a isenção de 17% do ICMS em razão do fornecimento de medicamentos ao poder público, hipótese aplicável por ser mais abrangente.

36. Ademais, a própria empresa juntou declaração à proposta informando que o ICMS fora considerado no percentual de 17% (fl. 26, peça 9). Em adição, o exame das notas fiscais da Medcomerce glosadas nesta TCE (fls. 38 e 50, peça 15, 2 e 4, peça 16) demonstra que o acréscimo indevido de ICMS e o desconto posteriormente efetuado corresponderam a 17% do valor dos produtos. Por conseguinte, afigura-se infundado o argumento.

VI - Medcomerce – alegação de mérito: valores foram retidos pela SES

37. A última questão levantada pela empresa consiste na afirmação de que o valor objeto deste processo já teria sido retido pela SES/GO quando dos pagamentos.

38. Como anotado pela Secex/GO e referido no item 6 retro, não há comprovação de que os valores discutidos nesta TCE houvessem sido retidos.

39. Além disso, tem-se que os valores aqui tratados foram pagos em 1º e 18/9/2006 (conforme destacado pela unidade técnica – item 12 do Relatório – a data correta do débito no valor de R$ 10.005,73 seria 18/09/2006 e não a constante da citação, 23/04/2007, que será mantida apenas para evitar prejuízo à defesa), enquanto que as retenções somente começaram a ser feitas a partir de dezembro de 2006, conforme se verifica no despacho emitido pelo titular da SES/GO (fl. 55, peça 16). Nesse despacho há ainda referência à conta de recursos estaduais, sendo que os valores ora questionados foram pagos integralmente com recursos federais.

40. Ainda, observa-se que, no respectivo relatório, a Comissão de TCE analisou as notas fiscais emitidas pela empresa Medcomerce e os pagamentos realizados, tendo-se adstrito a lançar como débito somente os casos em que ficou caracterizado pagamento a maior (fl. 13, peça 22).

41. A partir de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, no qual consta a informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho "GAB" 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal (peça 28).

42. Portanto, não assiste razão à defendente quanto a esse ponto.

43. Em acréscimo às alegações expostas nos itens precedentes, a empresa desenvolveu arrazoado fundamentado nos princípio da segurança jurídica, na perfeição do ato jurídico e no equilíbrio econômico-financeiro, este já referido acima, entre outros. Sobre essas questões faço remissão à análise desenvolvida pela Secex/GO, concluindo que tais argumentos não são capazes de dar respaldo aos atos ilícitos praticados e aos pagamentos indevidos efetuados.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50194116.

44. Por fim, a empresa teceu longo comentário sobre a exigência de carta de credenciamento no Pregão 004/2006. Como este aspecto não foi questionado e não se vincula ao débito discutido nesta TCE, descabe tratar desse assunto neste processo.

VII – Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges

45. Solidariamente com a empresa Medcomerce, foram citados os Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário Estadual de Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças, por terem autorizado e executado, respectivamente, os pagamentos contemplando o procedimento irregular de desoneração.

46. Em síntese, a defesa conjunta dos responsáveis alega que, quando tomaram conhecimento dos fatos, adotaram providências para apuração e retenção do valor de 17% relativo ao ICMS. Os ex-gestores afirmam também que a questão da oneração/desoneração do ICMS era controversa como estaria demonstrado pelos pareceres jurídicos então expedidos e pelo depoimento do pregoeiro.

47. Os elementos contidos nos autos não dão razão aos responsáveis.

48. No verso da Nota Fiscal 048939, que originou pagamento indevido no valor de R$ 10.005,73 (fl. 6, peça 16), constou o atesto de recebimento dos fármacos pela Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa e o seguinte encaminhamento feito pela direção da unidade:

> "Ouvir [a] Superintendência de Administração e Finanças quanto à especificação da Nota Fiscal, descontos, cálculos de impostos [e] desoneração.
> O Atesto da Unidade refere-se ao quantitativo de medicamentos efetivamente recebidos." [Grifo do Relator.]

49. Resta evidenciado que a necessidade de efetuar a desoneração era de conhecimento das unidades envolvidas, que havia a obrigação de verificar a correção da desoneração procedida na nota fiscal e que houve encaminhamento específico dirigido ao setor chefiado pelo Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges solicitando que fosse efetuada verificação nesse sentido.

50. Ao se examinar a documentação expedida na ocasião do pagamento, constata-se que esse foi realizado sem que fosse expedido o pronunciamento específico solicitado. Em outras palavras, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges autorizaram a realização de pagamento de forma irregular, pois não foram adotadas as medidas fiscalizatórias prévias necessárias para verificar e assegurar a correção dos valores despendidos.

51. No verso das três outras notas fiscais glosadas (NFs 048125, 047762 e 048041) referentes a pagamentos indevidos nos valores de R$ 26,52, R$ 3.559,44 e R$ 3.559,44 (fls. 39 e 51 da peça 15 e 3 da peça 16), constou o carimbo padronizado do setor financeiro atestando que as notas fiscais encontravam-se de acordo com a ordem de fornecimento. Registre-se que a ordem de fornecimento informava a quantidade total de medicamentos contratados, o valor unitário, por comprimido de ciprofloxacina ou por lata de leite PKU, o valor total contratado para cada medicamento e sua descrição. Assim, verifica-se que o exame feito não atendeu integralmente à solicitação encaminhada pela Central de Medicamentos. Embora se possa admitir que tenham sido confrontadas as especificações gerais lançadas nas notas fiscais com a ordem de fornecimento (descrição e quantidades), veja-se que não houve pronunciamento específico quanto à questão dos impostos. Por conseguinte, pode-se concluir que os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges autorizaram os respectivos pagamentos sem que fossem adotadas medidas de supervisão suficientes para assegurar a adequação dos valores pagos ao fornecedor.

52. Nesse contexto, não socorre os responsáveis a alegação de que adotaram providências para apuração e retenção dos valores indevidos lançados, uma vez que tais medidas foram executadas posteriormente, por provocação dos órgãos de controle, e se fizeram necessárias porque, na origem dos pagamentos, não foi observado o procedimento fiscalizatório devido.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50194116.

53. Quanto à suposta controvérsia quanto à oneração/desoneração do ICMS, tal argumento também não procede, porque os documentos demonstram que a oneração das propostas, tal como previsto no edital, era de conhecimento geral.

54. No depoimento do pregoeiro tomado pela Comissão de TCE e citado pelos responsáveis, o servidor declarou que "em geral, as propostas eram apresentadas oneradas e por isso igualava as outras, ou seja, eram consideradas oneradas."

55. Os pareceres jurídicos mencionados na defesa foram proferidos no caso das aquisições realizadas junto à empresa Hospfar, que questionou em juízo o procedimento de desoneração. Alguns desses pareceres foram citados pela empresa Medcomerce e analisados nas seções anteriores retro.

56. A partir da leitura dos pareceres (fls. 55-56 da peça 20 e 16-33 da peça 21), fica claro que o procedimento adotado nas licitações da SES/GO era a exigência de apresentação de propostas oneradas com todos os impostos. Por outro lado, constata-se que a controvérsia se referia ao procedimento a ser adotado em futuras licitações, se a manutenção da exigência de oneração ou a apresentação de propostas desoneradas.

57. Não obstante a Procuradoria Geral do Estado tenha concluído no Despacho 1298/2007 que os editais de licitação deveriam passar a exigir as propostas já com o valor líquido (desoneradas), o órgão deixou assente que os casos com licitação já finalizada estavam vinculados aos ditames dos respectivos editais, ou seja, a apresentação de propostas oneradas (item 28 retro).

58. Outras alegações suscitadas na defesa - responsabilidade do agente político, culpa, boa fé, solidariedade com a empresa, precedentes jurisprudenciais, entre outras - foram adequadamente rejeitadas na instrução da Secex/GO, motivo pelo qual faço remissão às análises transcritas no relatório supra.

59. Finalmente, os responsáveis alegaram que teria ocorrido a perda de objeto da TCE, visto que a SES/GO teria editado norma em 2009 determinando o bloqueio de pagamentos aos fornecedores de fármacos e a compensação dos valores pagos indevidamente.

60. Essa alegação não lhes socorre, porque não há provas de que tenha sido realizada uma possível compensação, com a devolução dos recursos aos cofres federais, não havendo discriminação dos valores e da fonte dos eventuais recursos retidos. Consequentemente, não há comprovação de que tais bloqueios tenham efetivamente assegurado o débito federal objeto desta TCE.

61. Por essas razões, subsiste a responsabilidade dos gestores pelos pagamentos indevidos efetuados.

VIII - Sr. Adriano Kennen de Barros

62. Com relação à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho a proposta de excluí-lo desta tomada de contas especial, uma vez que os elementos contidos no processo não permitem estabelecer o nexo causal entre a irregularidade ocorrida nos pagamentos e sua conduta nas fases interna e externa da licitação.

63. Embora deva ser criticada a falta de zelo do servidor na condução do certame, já que ele não atentou para a dubiedade das declarações apresentadas pela empresa licitante, deixo de propor a imposição de multa ao pregoeiro, por entender que os termos da citação não abordaram esse aspecto e que o retorno dos autos para nova audiência não se mostra conveniente.

IX - Existência/Inexistência de Boa-Fé

64. Relativamente ao juízo acerca da existência ou não de boa-fé por parte dos gestores, lamento divergir do parecer por último exarado pelo Ministério Público/TCU, pois não entendo restar configurada, e, por isso, acompanho a proposta de julgamento, desde logo, desta tomada de contas especial, conforme parecer produzido pela Secex/GO.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50194116.

65. De acordo com a análise empreendida na seção VII acima, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges autorizaram a realização de pagamentos de forma irregular, sem a devida supervisão/fiscalização, mesmo sabendo da obrigação de verificar a correção da desoneração procedida na nota fiscal, bem como somente adotaram providências para apuração dos pagamentos irregulares após a provocação por parte dos órgãos de controle.

66. Portanto, entendo não haver elementos que apontem a boa-fé dos responsáveis.

X – Da não aplicação de multa proporcional ao dano

67. Em que pese isso, tomo por parâmetro os critérios de equidade e proporcionalidade na avaliação dos fatos e das condutas dos responsáveis solidários arrolados nestes autos, especialmente, com vistas à adoção de uma deliberação equilibrada face à divergência havida entre as propostas formuladas pelo *Parquet* especializado e pela unidade técnica.

68. Nesse sentido, reconheço que ao menos durante a gestão dos envolvidos, ainda que após a atuação dos órgãos de controle, os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges envidaram esforços para apurar as irregularidades e solucionar o problema. Com efeito, foi a partir do reconhecimento de tais medidas, aqui consideradas com as devidas ponderações indicadas no item antecedente, que o nobre representante do Ministério Público, no último parecer exarado nos autos, ofereceu proposta parcialmente divergente da secretaria, no sentido do reconhecimento de boa-fé.

69. Penso que, conquanto tais medidas se traduzam insuficientes para a demonstração da boa-fé na prática do evento danoso, revelam condutas posteriores atenuantes para os fins de aplicação de sanção. Assim, tais fatos conduzem-me a deixar de propor que este Tribunal aplique a sanção indicada no parecer da unidade técnica, qual seja, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

XI - Conclusão

70. De todo exposto, conclui-se que o débito objeto desta TCE decorreu da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital do Pregão 04/2006, que previa claramente que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Conforme constatado, a empresa Medcomerce, sob a alegação de que apresentara preços desonerados, emitiu notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhe permitiu receber pagamentos com valores indevidamente majorados.

71. Diante do não acolhimento das alegações de defesa da empresa Medcomerce e dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, cumpre julgar as respectivas contas irregulares e condenar os responsáveis solidariamente em débito.

Diante do exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em tagDataSessao.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50194116.