

GRUPO II - CLASSE I - Plenário

TC-004.562/2010-0

Natureza: Embargos de Declaração (Tomada de Contas Especial)

Órgão/Entidade/Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

Embargantes: Cairo Alberto de Freitas (CPF 216.542.981-15) e Hospfâr Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 26.921.908/0001-21)

Representação legal: Arthur Simas Pinheiro (OAB/DF 48.314), Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e outros

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR DOIS RESPONSÁVEIS AO ACÓRDÃO 3004/2016-TCU-PLENÁRIO, PROLATADO EM PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ALEGAÇÕES DE OCORRÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NA DECISÃO RECORRIDA. APRESENTAÇÃO DE UMA DAS PEÇAS SEM ASSINATURA DOS REPRESENTANTES LEGAIS. NÃO CONHECIMENTO. CONHECIMENTO DO OUTRO RECURSO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas e pela empresa Hospfâr Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 3004/2016-TCU-Plenário, prolatado em processo de tomada de contas especial, que tratou de irregularidades relativas à oneração do ICMS na proposta de preços apresentada no Pregão 175/2005, promovido pela SES/GO para a aquisição de medicamentos.

2. Por meio da referida deliberação, esta Corte deliberou, entre outras medidas, por:

“9.3. rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros, Antônio Durval de Oliveira Borges e das empresas Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e ML Operações Logísticas Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, e § 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;

9.4. condenar os Srs. Cairo Alberto de Freitas, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Antônio Durval de Oliveira Borges e as empresas Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e ML Operações Logísticas Ltda. ao pagamento das quantias a seguir 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 recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

9.4.1. em solidariedade entre Fernando Passos Cupertino de Barros, Luiz Antonio Aires da Silva e Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

NF	Valor (R\$)	Data
086472	42.430,80	29/03/2006
085718	952,50	29/03/2006
092075	4.102,78	29/03/2006

NF	Valor (R\$)	Data
092989	625,22	29/03/2006
097523	3.721,06	11/05/2006

9.4.2. em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

NF	Valor (R\$)	Data
100236	3.061,88	31/07/2006
101450	796,82	31/07/2006

NF	Valor (R\$)	Data
101183	521,02	31/07/2006
103092	197,31	31/07/2006

9.4.3. em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
106062	2.449,98	28/08/2006
106097	416,81	28/08/2006

NF	Valor (R\$)	Data
089463	206.727,41	16/04/2007

9.4.4. em solidariedade entre Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e ML Operações Logísticas Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
034193	1.359,96	17/04/2006

 .”

3. Inconformada, a Hospfár submete ao Tribunal os presentes embargos (peça 123), por meio do qual alega a ocorrência de omissão, obscuridade e contradição na decisão recorrida, nos seguintes termos:

“OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE

Há omissão no julgado na apreciação as provas constantes dos autos considerando que, muito embora o Acórdão tenha reconhecido que houve retenção administrativa dos créditos da Embargante, entendeu que tais retenções se tornaram insubsistentes tendo em vista a orientação da Procuradoria Geral do Estado.

Na última manifestação feita pela Embargante, ela fez juntar aos autos uma planilha elaborada pela própria Secretaria de Estado da Saúde de Goiás onde se pode ver a retenção de créditos na ordem de 17% e até 100% do que era devido à fornecedora.

Também arguiu a Embargante que, muito embora a Procuradoria Geral do Estado tivesse condenado a retenção administrativa de créditos promovida pela SES/GO e determinado que a cobrança se desse pelas vias legais, o fato é que até a presente data tais créditos não foram liberados o que se caracteriza, no mínimo, em um confisco.

Entende ainda a Embargante que a análise técnica está maculada pelos julgamentos anteriores de forma que a conclusão referente ao Acórdão ora embargado merece ser reformada.

O Acórdão embargado limitou-se a aceitar como inatacável o tema apenas por já haver sido julgado caso semelhante, ignorando a possibilidade de estar incorrendo nos mesmos erros, omissões e injustiças outrora praticados.

O não enfrentamento prático de caso a caso, específico, demonstrativo, com números precisos, macula o julgado à medida em que não convence a jurisdicionada quanto ao seu acerto, sendo certo que a embargante ao contrário do que vem sendo julgada sempre agiu de boa-fé, buscou cumprir com as Leis e não praticou superfaturamento.

Toda a instrução técnica se embasa no fato de ter a Embargante supostamente descumprido o Edital, porém, não se ateve a comprovar que a Administração teria condições de adquirir os produtos por preços inferiores aos praticados por ela, ao contrário, constatou-se que os preços praticados eram realmente os de mercado.

Assim o simples descumprimento formal do Edital não autoriza a conclusão precipitada da ocorrência de superfaturamento, se impõe que o Acórdão aponte e prove, com números concretos, o *quantum* do prejuízo em comparação aos preços praticados no mercado. Sem omissão porque em nenhum momento houve a comprovação de que os preços estimados pela Administração já estivessem onerados do ICMS.

O cálculo do prejuízo apresentado no Acórdão não considera o mercado, mas apenas os procedimentos intragoverno de cálculo de débito, salientando-se mais uma vez, que competia à unidade técnica demonstrar que os preços praticados pela Embargante eram superiores aos preços de mercado ou mesmo que seria possível adquirir os produtos com preços 17% a menos do estimado.

Para o Ministério Público, *‘não interessa se as propostas de preços estavam de acordo com os preços de mercado pois a isenção acabou desconsiderada por ocasião dos pagamentos’*. Esse entendimento é extremamente simplista pois, o preço de mercado é o preço líquido de fornecimentos, ou seja, sem o ICMS.

O Acórdão padece de **obscuridade** porque se fundamenta em números/preços que não sustentam, minimamente, a acusação da prática de superfaturamento, muito pelo contrário, não considera a realidade de mercado; e de **omissão** também, por não enfrentar os argumentos fáticos suscitados pela embargante e por não ter produzido prova básica de ocorrência de superfaturamento com base nos preços praticados no mercado à época.

Pela leitura do Acórdão, fica evidente que o julgado absorveu e **renovou** a ideia de que o **critério jurídico e o rigoroso raciocínio jurídico** seriam suficientes para caracterizar o dano ao erário, deixando de lado a verdade real que advém de análise de preços de mercado.

Definitivamente, não há na Ata do Pregão 175/2005, nem em nenhum outro documento dos autos **prova nenhuma de que a embargante ofertou preço onerado**. Independente disso, concluiu-se que o pregoeiro teria considerado que o preço estava onerado, e exatamente em 17%. Inexiste a prova, mas isso não parece ter importância.

Aliás, ao acatar integralmente a manifestação do MP e o trabalho da unidade técnica, o Tribunal incorre em erro ao deixar de comprovar que, ao contrário do alegado pelo órgão ministerial, de que *‘...as contratadas indicavam apenas um valor em suas propostas e, só na execução contratual, informavam com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS’*, em verdade as fornecedoras apresentavam, **juntamente com a proposta**, as declarações de desoneração do ICMS dos preços dos produtos.

Isto implica dizer que a constatação feita pelo MP é completamente equivocada e não reflete a realidade do procedimento, e mais, comprova que desde o início, já na primeira oportunidade, a Embargante informou à Administração, de forma inequívoca, que seus preços estavam desonerados.

Se a sua proposta não atendia aos termos do Edital e não era interessante para a Administração, deveria ter sido desclassificada. Porém, foi validado o depoimento do Pregoeiro que disse que não analisava os documentos apresentados, mas sim, e tão somente, verificava se a empresa apresentava a declaração de que cumpria as regras do Edital.

Ora Srs. Ministros, a fundamentação de um entendimento com base em um depoimento colhido unilateralmente, sem a presença da parte contra quem a prova estava sendo produzida, e mais, completamente desprovido de razoabilidade e legalidade, é absolutamente inaceitável!

Como aceitar a justificativa de um pregoeiro que confessa que não analisava os documentos apresentados pelas empresas? É lógico que os documentos foram analisados e ACEITOS sem qualquer ressalva!

Essas declarações apresentadas com a proposta foram juntadas com a defesa, porém, assim como os demais documentos, não foram considerados por este Tribunal, que corroborou o entendimento do MP acerca da não desclassificação da proposta.

Aliás, é muito curioso que o Pregoeiro tenha sido eximido de qualquer responsabilidade pois, todo esse imbróglio só ocorreu em razão da participação direta da Comissão de Licitação que não só recebeu os documentos das licitantes, como também, os analisou e aceitou.

Se na oportunidade do pregão o Pregoeiro tivesse questionado a proposta da Embargante e as declarações que foram juntadas, essas dúvidas posteriores não teriam surgido pois, foi no momento da apresentação das propostas que ele as aceitou na forma como haviam sido apresentadas e com as respectivas declarações de desoneração, ou seja, ele teve plena consciência que as propostas estavam desoneradas e as homologou sem qualquer ressalva. Sua participação foi decisiva para que toda essa confusão se formasse.

Aliás, o próprio Ministério Público reconhece que seria obrigação do Pregoeiro desclassificar a proposta apresentada em desacordo com o Edital, porém, como ele assim não agiu, o 'remendo' 'de sua incompetência seria considerar as propostas como oneradas.

Neste ponto merece um apontamento acerca da manifestação do Ministério Público que, em sua fala, expõe que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas para garantir a participação isonômicas de fornecedores de outros estados.

É justamente neste ponto que se verifica a confusão da matéria até mesmo para um experiente operador do direito.

A apresentação de propostas oneradas conduziria exatamente ao tratamento anti isonômico entre os fornecedores pois, se, uma empresa de outro Estado quisesse participar do certame, a lógica é que as propostas fossem apresentadas desoneradas justamente em razão da diferença de alíquota de ICMS entre os Estados.

Aliás, este foi o exato entendimento esposado no Acórdão 140/2012 o qual pedimos vênha para transcrever:

'A exigência de que a proposta contemple o valor do ICMS gera desigualdade de tratamento porque as alíquotas do ICMS variam entre os governos estaduais. As vendas de medicamentos estão sujeitas a alíquotas de 12%, 17%, 18% e 19%. Como a venda é contemplada com a isenção, no momento do pagamento esta alíquota não terá impacto algum, para o poder público, mas gera uma competição desigual entre os fornecedores.

Assim, um competidor do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, deveria aplicar em sua proposta uma alíquota de 19%, enquanto um fornecedor o Paraná iria concorrer com 12%. Supondo que o fornecedor fluminense faça uma proposta de 100,00 e o paranaense de 99,00. Este segundo sairá vencedor do certame, porém, o poder público terá de pagar um valor maior do que pagaria para o primeiro. Descontando 12% da proposta do fornecedor do Paraná, o valor isento a ser pago será de R\$ 87,00; descontando-se 19% da proposta do fornecedor do Rio de Janeiro, o valor isento a ser pago será de R\$ 81,00.

Portanto, para que haja igualdade de condições entre os concorrentes e para que os órgãos governamentais não venham arcar com valores maiores nas aquisições de medicamentos, o correto é, que as propostas dos licitantes já prevejam valor isento do ICMS.'

O raciocínio do Acórdão supra é absolutamente cristalino e confronta diretamente o entendimento do Ministério Público que insiste que a proposta deveria ser onerada para garantir igualdade de condições. É exatamente o contrário!

Ademais, muito embora a unidade técnica tenha apresentado suas razões para justificar a não pesquisa de preços, essa seria essencial para provar que o preço do mercado não é onerado. Esta anomalia só era exigida no Estado de Goiás e não em outros Estados da Federação.

Com relação à alegação de que existe declaração contraditória apresentada pela empresa, a Embargante esclarece, que o preço estava onerado, sim como declarou, mas com os demais '*custos diretos e indiretos, embalagens, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas*', como mandava o Edital. **Exceto o ICMS, como também declarou formalmente a embargante, ainda que não se tenha atribuído relevância nenhuma a essa declaração, porém restou ignorado este fato.**

É um equívoco entender que as declarações da Embargante eram contraditórias. São declarações absolutamente coerentes e transparentes. Há um **caráter geral** quando se afirmou a inclusão de todos os custos que compunham os preços ofertados e um caráter **específico**, relativo a um único imposto, o ICMS, onde declarou-se que os preços ofertados estavam de acordo com a regulamentação estadual, sendo, também, de caráter **específico** a declaração de que *os preços cotados já estão contemplados com a redução do ICMS*.

Esclareça-se mais uma vez, que todas as empresas que participavam dos procedimentos licitatórios promovidos pela SES/GO também apresentavam propostas desoneradas com as respectivas declarações.

É de se compreender que a proposta apresentada pela empresa Hospfar que aduz estarem inclusos os impostos e a indicação de 17% deram-se por exigência do edital como se vê do item 5.1.5, que pedimos vênias para colacionar:

(...)

Este fato trata-se de mero erro material e que jamais, durante a licitação, causou qualquer dúvida, pois é certo que era prática comum entre todas as fornecedoras apresentar as declarações de desoneração, de forma que não houve ferimento ao princípio da isonomia. (Vide parecer 1893 que já foi juntado aos autos onde a própria SES reconhece que TODAS as fornecedoras do Estado praticavam a mesma conduta de desoneração)

O depoimento do Sr. Pregoeiro prestado para a Comissão não traduziu a verdade e não pode ser utilizado como prova pois não estavam presentes nenhum dos licitantes que podem afirmar o contrário o que afronta o contraditório e a ampla defesa. Sendo prova inaceitável e antijurídica sobre a qual não se pode construir a hipótese de apresentação de preços onerados pela Embargante, pois de fato, como declarado apresentou preços sem a incidência de ICMS (Desonerados) no momento da proposta.

E todos esses outros custos que oneraram sobremaneira o preço ofertado, foram ignorados simplesmente porque já existe um entendimento firmado quanto a esta questão.

Outra contradição, onde a despeito de aduzir buscar a verdade real, com o máximo respeito, este intuito não foi atingido em virtude da adoção totalitária do entendimento de que os preços ofertados estavam com a inclusão de impostos, quando evidentemente não estavam.

Há que se verificar que existem algumas particularidades neste processo acerca da pesquisa de preços de mercado, prova esta insistentemente requerida pela Embargada.

Em um primeiro momento, a Secex/GO admitiu que seria importante fazer o cotejamento entre a cotação do preço de mercado e o preço contratado pois, se o preço contratado pela Administração fosse inferior ao praticado no mercado estaria desfigurado o prejuízo na compra dos medicamentos.

Este também foi o entendimento esposado pelo D. Relator que determinou que fosse feita nova instrução para comparação dos preços ofertados e aqueles praticados no mercado.

Já na nova instrução, a Secex/GO mudou radicalmente de opinião, achou difícil a missão e não o fez o comparativo assim se pronunciando no sentido de que ‘eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. Entende-se que a estimativa de preços promovida dentro da licitação possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar o juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos.’

Ora Sr. Ministro, com todo o respeito que deve ser conferido aos trabalhos realizados pela unidade técnica, esta mudança radical de posicionamento é injustificável pois, os próprios técnicos consideraram que a comparação e preços seria de ‘grande valia’ e agora dizem que a situação é diferente, que a pesquisa junto a CMED não é confiável e que houve intervenção da Administração dizendo que os preços eram compatíveis.

Esse posicionamento é omissivo pois, demonstra claramente que a intenção é aproveitar os entendimentos anteriores sem se aprofundar em cada caso específico.

A comparação de preços seria sim de fundamental importância para demonstrar a este Tribunal que nenhuma empresa, em qualquer lugar que fosse, teria condições de ofertar os preços apontados na tomada de contas porque eles eram impraticáveis.

E mais, poderiam comprovar que nenhum Estado da Federação solicitava naquela época que os preços deveriam ser apresentados com o imposto incluído, essa peculiaridade só ocorria no Estado de Goiás.

O posicionamento da unidade técnica além de omissivo é também contraditório pois, ela mesma reconhece que a Administração validou os preços praticados justamente por entender que eles estavam de acordo com os preços praticados no mercado e que estavam de acordo com as estimativas as quais também foram consideradas legítimas.

Aliás, a própria unidade técnica reconhece a dificuldade de se obter uma referência justa no mercado.

Já no Voto proferido o D. Relator consignou o seguinte:

‘Tal conclusão estribou-se nas evidências de que a aquisição em tela só seguiu o seu curso depois que foi atestada a compatibilidade dos preços ofertados ao mercado e de que as empresas fornecedoras foram chamadas a justificar seus preços, bem como foram buscadas referências adotadas por outras instituições públicas (peça 12, p. 29-47). Com base no referido lastro informativo e ainda tendo anuência da Assessoria Jurídica da SES/GO para que deliberasse sobre o assunto, o então secretário reconheceu a compatibilidade ao mercado e autorizou a emissão das notas de empenho (peça 13, p.6c8)

Ora, se essa aceitação dos preços feita pela Administração é considerada válida, como então é possível questionar os preços que foram objeto de deliberação interna e por isso, foram homologados e adjudicados.

Naquela época os preços eram convenientes e agora não o são? Provou a unidade técnica que outras empresas teriam condições de ofertar preços menores? Não, esta prova não se encontra nos autos e por isso, é inadmissível a condenação da Embargante, pois não se pode admitir condenação sem provas.

Neste sentido, se é impossível validar uma referência de preços, como se pode dizer que os preços a serem praticados deveriam ser 17% a menos sob o simples argumento de descumprimento de edital?

Necessário seria o cotejamento dos preços justamente para verificação da exequibilidade dos mesmos já que o percentual de 17% é considerável e impacta diretamente não só na aquisição do produto, mas principalmente na sua distribuição já que existem, outros custos atrelados ao fornecimento.

Ao prevalecer a tese adotada pela unidade técnica de que sobre os preços ofertados deve haver a exclusão do percentual de 17%, aí sim, os preços não poderiam ser considerados válidos em razão da inexecutabilidade já que nenhum preço de mercado correspondia a esse valor.

Essa contradição é evidente pois se a Administração não teria condições de adquirir os produtos com preços inferiores aos que foram ofertados, não há que se falar em prejuízo pois a Embargante não recebeu mais do que era devido.

O Acórdão, não contabiliza, na determinação do *quantum* do suposto sobrepreço, todos os custos incluídos no preço adjudicado no Pregão 293/05, por determinação do Edital: a) carga tributária federal: CSSL, Cofins, IRPJ; **b) custos operacionais e logísticos: estrutura física, folha de salário, fretes etc.** custos estes que justificam os preços praticados e comprovam que a Embargante está sofrendo uma enorme injustiça pois, paga o ICMS de entrada e não pode compensá-lo na saída, o que ofende ao princípio da não cumulatividade do ICMS.

Ainda que tivesse obtido um desconto excepcional do fabricante, nenhuma empresa conseguiria praticar o preço que o Acórdão quer impor sem risco de falência. Ao não enfrentar

realidade dos números que regem um setor excessivamente competitivo, como o é o de distribuição de medicamentos, novamente o Acórdão incorre **em obscuridade e omissão**.

Na ausência de prova concreta da prática de superfaturamento, dada a fragilidade das informações disponíveis e a complexidade do mercado, torna-se preocupante a condenação que se impõe pois, bastam alegações e contas realizadas com base única e exclusivamente em Edital equivocado que gerava dúvidas na época dos fatos e em dúvida permaneceu por vários anos.

A regulação do setor de medicamentos visa controlar os excessos do mercado, de forma a inibir preços extorsivos e danosos à Administração Pública. Mas se nem ao legislador é dado o direito de impor preços à iniciativa privada, muito menos pode o aplicador da lei a interpretar para restringir direitos, impor o enriquecimento sem causa do Estado e o empobrecimento forçado de quem com ele contrata.

Como o preço desonerado ficou inferior ao preço máximo ao consumidor, não há nada que autorize a conclusão da prática de sobrepreço **sendo este o exato entendimento da Administração Pública e que foi reconhecido pela Secex/GO**. Não há na legislação nenhuma norma que vede a aceitação do preço ofertado dentro de limites absolutamente razoáveis como ocorreu naquele evento, salientando-se que houve deliberação expressa da Administração sobre os preços que ora são questionados.

Ora, Senhor Julgador, se a Embargante praticou os preços dentro da margem estabelecida pela Administração, que correspondiam aos preços de mercado e que eram declaradamente desonerados, prova-se que os preços por ela praticados não causaram prejuízo algum ao órgão e que via de consequência o julgado firmou sua convicção em suposições e não em fatos e por isso deve ser modificado.

OMISSÃO CONTRADIÇÃO - DA RETENÇÃO E COMPENSAÇÃO

A omissão do julgado conduzida pela instrução processual, que não se ateu à produção da prova quanto aos preços e, menos ainda, quanto aos valores retidos, é flagrante e por isso não deve prosperar.

Necessário se faz um maior aprofundamento nas provas dos autos relativamente ao tema das retenções administrativas, pois, se isso tivesse ocorrido, chegar-se-ia à conclusão de que não é a Embargante quem deve para a Administração, mas sim, a Administração que deve a ela.

Como se vê nestes autos, V.Exa., prudentemente, determinou a manifestação da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás no sentido de que ela prestasse informações acerca das retenções mencionadas, fazendo-o da seguinte forma:

‘Entendo que as notas fiscais relacionadas às transações comerciais de que cuidam os autos deveriam espelhar o valor dos produtos farmacêuticos e indicar expressamente o valor do ICMS a ser abatido, ou não incluído, conforme determina o S 1º, c/c inciso III, da Cláusula Primeira do Convênio CONFAZ ICMS 87/2002, que estabeleceu a isenção de ICMS sobre alguns medicamentos quando adquiridos por órgãos da administração federal, estadual ou municipal.

Entretanto, o descumprimento de tal procedimento não implica, por si só, que os produtos foram vendidos com ICMS incluso, **especialmente quando a empresa vendedora havia estabelecido em sua proposta comercial que os valores anunciados já se encontravam desonerados do valor referente ao ICMS, quando sagrou-se vencedora da licitação com esses valores, e quando constam das notas fiscais valores idênticos aos constantes da proposta.**

Ademais, se o Estado de Goiás procedeu qualquer glosa em pagamentos realizados à Hospfar tendo por fundamento o pagamento irregular de ICMS relativo às transações sob análise, então os responsáveis e a referida empresa não seriam mais devedores.’

Como já dito anteriormente, a Secex/GO mudou de opinião sobre a pesquisa de preços (mesmo porque, reconheceu que os preços praticados eram os de mercado) e limitou-se a oficiar a SES/GO sobre as aludidas retenções administrativas de crédito.

A SES/GO por sua vez, matreiramente, limitou-se a informar que as retenções administrativas foram consideradas ilegais pela Procuradoria Geral do Estado, entretanto, não deu informações completas, senão vejamos.

Conforme V.Exas. poderão observar através das planilhas juntadas pela Embargante em sua última manifestação, a SES/GO promoveu a retenção de 17% do crédito em vários processos, porém, como em alguns já havia ocorrido o pagamento de algumas notas fiscais sem, o abatimento do ICMS como no presente caso, quando então, ela se arvorou no direito de promover a retenção em outros processos na ordem de até 100% do crédito que seria devido sob o argumento de pretender ressarcir-se do prejuízo sofrido.

O fato é que essa frágil e simples afirmação da SES/GO de que a PGE condenou as retenções sem que exista uma prova sequer de os créditos retidos de outros processos tenham sido liberados, foi o suficiente para este Tribunal adotasse o entendimento de que, como não houve retenção, não há que se falar em ilegalidade.

Ocorre Sr. Ministro, que muito embora a Procuradoria Geral do Estado tenha sido clara na conclusão de que as retenções eram ilegais, a SES/GO não liberou os pagamentos até o presente momento e não pretende liberar, pois, conforme já é sabido por este Tribunal, o MPF adentrou com Ação Civil Pública conta a Embargante onde busca o ressarcimento dos supostos prejuízos ocorridos nos mesmos processos analisados no TCU.

Assim, sob o argumento de que a questão está sub judice, a Administração simplesmente se recusa a liberar o crédito que atinge o montante de quase 20 milhões de reais originais conforme fizemos comprovar através da planilha de retenções emitida pelo próprio órgão.

A justificativa da SES/GO era justamente de que, como em alguns processos foi verificado o pagamento integral dos fornecimentos, seria correta a realização da retenção do crédito destes processos em outros, fossem eles de fonte estadual ou federal.

O fato é que, a pedido da própria Embargante, a SES/GO promoveu novo levantamento das notas fiscais da empresa, bem como, seus pagamentos e cancelamentos a fim de demonstrar que os valores retidos e/ou não pagos, superam em muito os valores que estão sendo discutidos em TODOS processos analisados por este Tribunal.

As planilhas foram elaboradas e emitidas pelo Controle de Execução Orçamentária e Financeira da SES/GO e, conforme V.Exa. poderá observar, ali constam todos os cancelamentos, parciais ou totais, das Notas Fiscais emitidas pela empresa em razão dos fornecimentos efetuados.

Estes cancelamentos significam que o Estado não efetuou o pagamento dos medicamentos que foram fornecidos, alguns há mais de dez anos e que totalizam o valor **não atualizado de R\$ 19.657.175,28 (dezenove milhões, seiscentos e cinquenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais e vinte e oito centavos)**.

Vejamos a observação constante da planilha:

‘Em atenção à solicitação da empresa Hospfar quanto a quitação das notas fiscais relacionadas foi verificado junto Sistema de Programação e Execução Orçamentária e Financeira - SIOFI - a liquidação/pagamento/cancelamento dos títulos apresentados. Foram identificados os cancelamentos nos valores relacionados na planilha acima, dessa forma constatamos **que não houve pagamento parcial das notas fiscais sendo canceladas suas liquidações e respectivos empenhos, ASSIM NÃO CONSTAM NOS RELATÓRIOS DE CONTAS A PAGAR. Tais cancelamentos foram realizados visando evitar o pagamento indevido de valores relativos à retenção do ICMS** cobrados indevidamente por parte da empresa.’ (grifó nosso)

Da observação supra, é fácil compreender o porque de o Estado não se preocupa em solucionar a questão e prestar informações corretas. Com essa manobra do cancelamento parcial ou total dos empenhos/notas fiscais, a obrigação do pagamento simplesmente desapareceria do sistema e, por isso, teoricamente, o Estado, estaria desobrigado de efetuar a quitação.

Ocorre, porém, que tal manobra, assim como as retenções administrativas, é flagrantemente abusiva, ilegal e imoral e demonstra não só a total desorganização interna da

Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, mas também, a intenção deliberada de dar um ‘calote’ revestido de legalidade nas empresas fornecedoras.

Existe omissão por parte deste Tribunal na apreciação detida relativamente às retenções administrativas pois seria prudente que o TCU determinasse que a SES/GO apresentasse no processo a comprovação de que teria liberado os créditos da Embargante ou que repassou às verbas federais aos cofres da União, o que efetivamente não ocorreu.

Nem se alegue que as retenções não se deram sob a tutela desta Corte como vem aduzindo a unidade técnica e que a glosa foi considerada ilegal pois, isso acaba por induzir o intérprete ao erro senão vejamos o que consta do Voto do Relator:

‘70. Ao rever os autos, entendo que estas alegações não merecem prosperar, haja vista que o assunto da alegada retenção foi suficientemente apreciado pela unidade técnica, que, resumidamente informa:

‘27. Deter-se-á, inicialmente, na questão das retenções do pagamento do ICMS, supostamente promovidas pela SES/GO, cujas implicações conduziram à extinção do débito, vez que os valores retidos superariam os valores cobrados. A alegação não procede, pois, as retenções, mesmo que tivessem sido promovidas, não alteram o fato de que as notas fiscais relacionadas ao débito tiveram seus, valores pagos, não tendo havido retenção alguma a seu respeito. Portanto, se os valores correspondentes ao ICMS ali embutidos são indevidos, consuma-se a obrigação de que sejam restituídos. Além disso, resposta da SES/GO à diligência promovida por esta Unidade técnica dá notícia de que não há retenção (peça 41, p.2).’

71. Adicionalmente, como já mencionado no parágrafo 50 deste Voto, a alegada retenção foi considerada ilegal pela Procuradoria Geral do Estado, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 762/2011-I SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/20011-GaB/SES, e não ocorreu no presente caso, como pode ser confirmado por meio da verificação das planilhas trazidas pelo Requerente, uma vez que as referidas planilhas emitidas pela SES/GO não contemplam nenhuma das notas fiscais (NF’s) que dão origem ao débito objeto desta TCE, conforme pode-se aferir ao confrontar as NFs relacionadas na minuta de Acórdão com aquelas NFS relacionadas nestas planilhas (peça 90. p. 11/21)’

Ao deixar de analisar detidamente o tema das retenções sob o argumento de que elas foram consideradas insubsistentes, ou mesmo que não foram realizadas sob a tutela desta Corte, este Tribunal se omite ao não diligenciar corretamente sobre a possibilidade de referidos valores ainda estarem retidos.

E mais, se omite porque muito embora as retenções não tenham sido efetivadas ‘sob a tutela desta Corte’, o fato é que a Embargante trouxe esse fato ao conhecimento do Tribunal, informação esta que interfere diretamente na análise do caso.

Portanto, o assunto referente às retenções administrativas agora está sob a tutela desta Corte e, portanto, não pode este Tribunal buscar o ressarcimento de um suposto prejuízo que já está oficialmente recomposto por atitude arbitrária da administração pública e que também está sendo perseguido na esfera judicial.

Ao assim proceder, este Tribunal labora utilizando-se de dois pesos e duas medidas, pois, se por um lado tem a mão forte para condenar a conduta da Embargante que supostamente descumpriu uma norma editalícia, fecha os olhos quanto á arbitrariedade cometida pela Administração Pública Estadual, corroborando e convalidado a prática abusiva das retenções sob o argumento de que elas se tornaram insubsistentes mesmo que não exista nenhuma prova de que os aludidos créditos tenham sido recebidos.

A questão das retenções administrativas interfere diretamente no resultado desta demanda pois, se a Administração Pública a seu bel-prazer já buscou se ressarcir dos supostos prejuízos promovendo retenções de valores infinitamente superiores os que são perseguidos nas Tomadas de Contas perante este Tribunal e se esses mesmos valores são buscados na esfera judicial onde inclusive a Embargante ofereceu caução garantindo o juízo, não se mostra adequado a condenação e

consequente autorização de execução do julgado pois, assim, estar-se-ia caracterizando uma tripla condenação.

Uma condenação administrativa realizada pela SES/GO, outra da esfera judicial caracterizada pelos bens dados em caução e, por fim, a condenação por parte deste Tribunal que fatalmente autorizará a propositura de ações de execução buscando o recebimento de um mesmo crédito.

Nem se diga que as retenções são pertencentes aos cofres públicos estaduais pois, foi feito o repasse de verbas federais para pagamento de medicamentos de alto custo (exatamente os que são questionados nos autos) de forma que, compete ao Estado transferir à cota parte que pertence à União sob pena de locupletamento ilícito.

Aliás, se esse entendimento realmente prevalecer, a competência deste Tribunal para julgamento das contas deverá ser questionada já que, se o TCU entende que as verbas agora são consideradas estaduais, não poderá pretender a preservação do erário federal pois, segundo a tese, as verbas não são da União, mas sim do Estado.

Neste sentido, importa destacar que em determinado momento da primeira instrução, a unidade técnica chega a admitir que os créditos devem ser devolvidos aos cofres federais porque o débito persiste no âmbito da União. É exatamente isso que a Embargante clama!

O Tribunal de Contas tendo a ciência de que a retenção ilegal não foi liberada em favor da Embargante, deve determinar à SES/GO que devolva aos cofres da união as verbas retidas que tenham fonte federal. Essa recomposição se faz necessária e justa para que a empresa não seja triplamente condenada.

Volte-se a frisar Sr. Ministro, que neste processo, o Tribunal busca o ressarcimento atualizado de R\$ 789.344,78 (setecentos e oitenta e nove mil, trezentos e quarenta e quatro reais e setenta e oito centavos e setenta e oito centavos) enquanto a Administração Pública Estadual retém o pagamento de aproximadamente 20 milhões de reais **desatualizados**.

Dizer que o Tribunal de Contas não determinou a retenção e que por isso, não pode intervir, é uma forma simplista de não enxergar a gravidade dos fatos e continuar tratando o assunto como um mero descumprimento de edital por parte das empresas fornecedoras.

O assunto passa ao largo dessa possível irregularidade administrativa, pois, não só a unidade técnica como também o Ministério Público em momentos de compreensão da realidade dos fatos, constataram que a questão relativa à desoneração do ICMS era confusa, tendo o MPU assim se pronunciado:

‘Assim, **é verdade que prevalecia certa confusão na SES/GO** sobre a desoneração do ICMS. Esse problema aparentemente, só seria resolvido com a edição do Despacho 1298/2007 da Procuradoria Geral do Estado de Goiás em 3.2.2007 (fls. 1.442/8, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp.40/06], que definiu que, nas hipóteses de isenção e ICMS, as empresas devem apresentar na licitação tanto o preço normal de mercado do produto ou serviço (valor bruto), quanto o preço resultante da isenção do ICMS conferida (valor líquido), sendo que este último deve ser o preço considerado para julgamento.’

O Ministério Público foi condescendente neste caso. Não havia ‘certa confusão’, havia um verdadeiro caos, um desconhecimento completo da matéria o que parece prevalecer até em dias atuais pois, recentemente, a Controladoria-Geral do Estado em Goiás, condenou as determinações deste Despacho 1298/2007 que, teoricamente, veio pacificar o entendimento.

Assim Sr. Ministro, o raciocínio constante do acórdão embargado demonstra-se, data máxima vênia, simplista, e, se adotado, conduziria a conclusão de que este Tribunal não teria competência para fazer Tomada de Contas Especial, pois as verbas discutidas não pertenceriam ao erário da União, na medida que o numerário sempre é repassado ao erário do Estado e as verbas são sempre incorporadas às finanças do Estado.

A Embargante contratou com o Estado e não com a União, e assim a Embargante teve suas verbas retidas pelo Estado não sendo correto que a União se arvore apenas na cobrança de valores e

afaste a verdade real de que as retenções devem ser compensadas dos valores que pretende cobrar sob pena de cobrar 3 (três) vezes. Uma quando da retenção, outra agora que pretende executar valores atualizados de suposto débito já há muito liquidado pela retenção e, uma terceira caso a Ação Civil Pública seja julgada procedente. Todos buscam receber e garantir um mesmo débito!

O pedido da Embargante repousa no fato de que não se pode ignorar os prejuízos a que já lhe foram impostos e que se não ressaltados neste momento não serão objeto de apreciação.

De qualquer ângulo que se veja, os valores retidos foram superiores aos valores das condenações que se pretende impor, ou seja, mesmo que aceitasse a Embargante o suposto débito apontado por este Tribunal ainda assim não seria devedora, mas sim, continuaria credora, em muito, daquela Administração.

Nobre Ministro-Relator, não se pode ignorar que estes valores se referem a retenções que deveriam ter sido pagas entre os anos de 2004 a 2008, e que a Embargante já se encontra em verdadeiro prejuízo desde então. Como então admitir-se a pretensão de execução de valores pela União, sem descontar os valores retidos justamente a título de ICMS?

Observe que atualizando este valor retido pela SES/GO na forma como faz este Egrégio Tribunal, teríamos um valor ainda muito maior do que os 19 milhões confessadamente informados pela SES/GO nas planilhas apresentadas.

A compensação de valores impõe-se. Sua observância decorre do direito mais básico que se pode invocar desde as sociedades medievais que em escambo respeitavam a mais valia e compensava com produtos a diferença existente. Num Estado Democrático de Direito não se pode ignorar os direitos mais básicos de uma sociedade em especial este fundado no direito constitucional da propriedade.

Neste sentido, é de fundamental importância que V.Exa. determine a realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções e que, prove perante este Tribunal, que liberou qualquer das verbas retidas em favor da Embargante.

A omissão deste Tribunal quanto aos fatos alegados e a total inexistência de provas de que os créditos retidos tenham sido liberados, demonstra-se absurda e a injustiça do julgado deve ser modificada admitindo-se por justiça a compensação de valores bloqueados, não se admitindo a frágil alegação da unidade técnica de que as retenções não se deram sob a tutela desta Corte pois, conforme exaustivamente demonstrado, agora o assunto está sob a tutela desta Corte pois, pretende-se executar valores que não foram pagos à Embargante.

PEDIDOS

Diante do exposto, pede-se provimento do recurso, para que:

I - sejam recebidos os presentes embargos com efeitos modificativos, para que sejam providos e, conseqüentemente, saneadas as omissões, obscuridades e contradições do Acórdão atacado, excluindo-se deles as falhas que impedem o seu pleno entendimento e aplicação;

II - sejam reconhecidos:

a) que a alegada inobservância formal de uma única disposição do Edital não gerou, isoladamente, prejuízo à Administração Pública;

b) - a inexistência de prova idônea de acordo com o Pregoeiro, que implicasse o reconhecimento de preço onerado com o ICMS (17%), pela embargante;

c) a inexistência de elementos de superfaturamento, e afastada, definitivamente, a pena de pagamento dos valores mantida pelo Acórdão;

III - alternativamente:

a) seja a sanção reduzida para valores correspondentes às diferenças percentuais entre os preços máximos ao consumidor com ICMS e os preços faturados, também com ICMS pela HOSPFAR, ou ainda;

b) ou ao valor correspondente à alíquota prevista na Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário de Goiás): 10%.

IV- Seja determinada a realização de nova e completa diligência junto à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás a fim que sejam esclarecidos os valores retidos a título de ressarcimento do ICMS e se ocorreu a liberação de qualquer desses créditos em favor da Embargante após a orientação da Procuradoria Geral do Estado de Goiás que considerou ilegais as retenções promovidas pela administração pública estadual, devendo tais pagamentos serem devidamente comprovados documentalmente.

Finalmente, pede-se que também sejam consideradas todas outras razões, constantes do recurso interposto, suficientes para a reforma da decisão.”

4. Foram, ainda, juntados aos autos embargos de declaração, a seguir transcrito, em nome do Sr. Cairo Alberto de Freitas (peças 121 e 122), sem a assinatura dos seus representantes legais:

“II - DAS RAZÕES DOS PRESENTES EMBARGOS E DO EFEITO MODIFICATIVO PRETENDIDO

Inobstante os doutos e extensos fundamentos lançados na decisão ora embargada, persistem omissões que merecem ser saneadas.

Um dos principais pontos que sustentam os Embargos de Declaração diz respeito com a ausência de fundamentada manifestação, no bojo da decisão ora recorrida, acerca da responsabilidade do pregoeiro.

O Acórdão 3004/2016 eximiu o pregoeiro de qualquer culpa, isentando-o do dever de ressarcir ao Erário, de modo que fundamentou a exclusão do então responsável, apenas e tão somente em um único parágrafo, precisamente em pouco mais de uma linha, assim vejamos:

‘65. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho os posicionamentos dos pareceres precedentes, no sentido de que o responsável, apesar de revel, deva ter sua responsabilidade excluída, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possui nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já este decorreria dos atos de pagamento.’

Primeiramente, a motivação das decisões dessa E. Corte de Contas está embasada no arcabouço de regras que sustentam o estado de direito, bem como às garantias constitucionais estampadas no art. 5º da Constituição Federal, haja vista que as decisões vazias de fundamentação são passíveis de nulidade de pleno direito.

Em segundo lugar, não há dúvidas que **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 ao item 5.3 do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, este último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993.

O Pregoeiro conduziu a licitação, e, por consequência examinou, ou deveria - por dever do cargo - ter examinado a proposta das empresas e, também, as declarações que a acompanhavam. Desse modo, não há como afirmar que a conduta, no mínimo negligente, do pregoeiro, não foi uma concausa que concorreu para a ocorrência do evento tido como danoso.

A par disso, é de se ver que o Sr. Pregoeiro adotou uma atitude flagrantemente incorreta, ao simplesmente se auto isentar de averiguar se as propostas estavam ou não desoneradas. Veja o que ele **declarou à Comissão de Tomada de Contas** instaurada pela Secretaria de Saúde (TC-017.576/2005-2): *‘[...] Que independentemente de informar se o preço estava onerado ou desonerado, se a empresa declarasse estar de acordo com os termos do Edital esta era a declaração que prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada...’* (fls. 1152)

Ora, todos sabem que não é esta a maneira correta de conduzir um pregão. Uma declaração não prevalece sobre os termos do edital.

Dentre outros dispositivos legais incidentes ao ponto, confira-se o art. 4º da Lei 10.520/2002, *verbis*:

Art. 4º *A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:*

(...)

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

O que se percebe é que **os vícios que macularam a forma de pagamento despontaram ainda na fase licitatória**, de modo que isentar de culpa o Sr. Pregoeiro e, **contraditoriamente, considerar razoável exigir do então Secretário (que não tinha pleno conhecimento das condições em que fora realizado o Pregão 175/2005) o domínio de todas as minúcias relativas aos cálculos de pagamento, imputando-lhe débito total (ainda que solidário), configura, no mínimo, evidente desproporcionalidade e violação do princípio da isonomia**. Não há como exigir do Agente Político Secretário de Estado, naquelas circunstâncias, um comportamento muito diverso daquele adotado.

Ademais, ressalta-se que o Sr. Pregoeiro é quem detém a expertise na análise do procedimento licitatório. O Embargante na qualidade de Secretário de Estado tem outras atribuições técnicas e políticas, não tendo a obrigação de fiscalizar as propostas apresentadas nos certames que lhe são direcionados. Ora, resta claro que a tarefa incumbe ao Pregoeiro que possui a competência técnica para fazê-lo. Contudo, conforme demonstrado, isso não ocorreu.

Dessa forma, é patente que a conduta do Sr. Pregoeiro foi no mínimo negligente durante o procedimento licitatório, de modo que sua responsabilização é medida certa no caso em comento.

De outro lado, sabe-se que **para chegar à condenação do ora Embargante, deveria necessariamente a decisão embargada ter evidenciado a contribuição e a importância dos atos praticados pelo Embargante, então Secretário de Saúde de Goiás, para a consecução do dano apontado**.

Sob esse enfoque, os requisitos de formação de um ato ilícito são a antijuricidade, o dano e o nexo causal. Por esse motivo, é possível afirmar-se que o dever de ressarcir e demais penalidades somente existirá quando houver nexo de causalidade entre a conduta e o dano alegado.

De fato, mal é individualizado o nexo causal entre as condutas por ele praticadas e o resultado apontado como danoso.

Como bem se sabe, tais elementos devem ser necessariamente explicitados em uma decisão desta natureza, condenatória e que obriga a ressarcir dano ao Erário.

Sobre esta questão, alguns pontos devem ser lembrados.

Todo o procedimento licitatório foi realizado sob a responsabilidade da Comissão de Licitação e durante a gestão do Secretário que antecedeu o ora embargante à frente da Secretaria de Saúde, mesma Gestão que efetivou os primeiros pagamentos examinados pela decisão recorrida, isto sem nenhuma interferência dos gestores que se seguiram, os quais deram seguimento à sistemática de pagamento até então observada, **até então sem questionamentos**.

Além disso, conforme Despacho da Superintendência de Administração e Finanças da Secretaria da SES/GO nº 790/2007 - GEFIN/SAF, o ora Embargante determinou que fossem feitas as retenções, determinando-se que *'o valor relativo ao imposto ICMS, cuja certeza e exigibilidade estão sendo questionados será alvo de retenção a conta de recursos estaduais sendo 17% do valor total da nota fiscal'*.

Assim, quando o Embargante deixou a Secretaria de Goiás, havia sob seu controle um saldo de aproximadamente R\$ 9,5 milhões em favor das empresas vencedoras, relativo a todos os pregões em que havia o problema de retenção de ICMS. **Consoante ao Ofício 236/2010/SES (doc. anexo) este importe ainda permanecia em junho de 2010.**

Acontece que, as retenções foram desfeitas por força de entendimento da Procuradoria do Estado do ano de 2011 e de despacho da gestão que sucedeu a do ora Embargante, que possibilitaram o pagamento integral. Portanto, o saldo somente foi liberado (totalmente liberado) bem após a saída do Embargante do cargo de Secretário de Saúde.

Ora, se os pagamentos integrais vieram a ser efetivados após a saída do Embargante, por força de ato da gestão posterior, deveria esta ser responsabilizada pelo débito, pois assim concorreu para a efetivação do dano.

De fato, o dano, se existente, somente concretizou-se com o ato da gestão que sucedeu à do Embargante, não podendo-se retirar tal ato da linha de desdobramento causal que levou ao apontado dano ('dano direto e imediato', tal como entendimento do Tribunal).

O Embargante, ao contrário, enquanto Secretário, manteve a retenção, e se esta foi desfeita posteriormente, assim ocorreu porquanto o Embargante não detinha mais poderes para mantê-la, obviamente porquanto fora do cargo. Por tal razão não pode ser culpado por não ter mantido e tornado definitivos os bloqueios, efetivando-se as compensações.

No caso presente a conduta do ora embargante não foi determinante para a ocorrência de prejuízo ao Estado de Goiás ou à União, dadas as circunstâncias presentes à época, valendo anotar entendimento firmado em Acórdão dessa e. Corte, que bem se aplica ao caso:

'Assim, embora muitos sejam os fatores que contribuem para a produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão só os que se ligam ao dono em uma relação de necessidade, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. A Teoria do Dano Direto e Imediato distingue, então, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições. Se várias condições concorrem para o evento danoso, nem todas vão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela elevada à categoria de causa necessária do dano' (Acórdão 1.449/2009-TCU-Plenário)

Nesse diapasão, percebe-se que os requisitos necessários para a configuração do ato ilícito não foram devidamente preenchidos, de modo que não há nexos de causalidade entre a conduta e o dano alegado.

III - CONCLUSÃO.

Ante todo o exposto, os embargantes requerem o acolhimento dos presentes Embargos, a fim de que essa Colenda Corte se manifeste expressa e fundamentadamente acerca ausência de análise acerca da **responsabilidade do pregoeiro e do nexos de causalidade**, esgotando-se assim a prestação cabível neste momento processual.”

É o relatório.