

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. em face do Acórdão 975/2018-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal conheceu e negou provimento a recursos de reconsideração interpostos pela ora embargante e por Cairo Alberto de Freitas contra o Acórdão 3.006/2016-TCU-Plenário, oportunidade em que se dera o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis e condenação em débito.

2. O dano ao erário apurado nos autos decorreu da apropriação indevida pela empresa Hospfár de valores relativos a produtos faturados à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), custeados com recursos federais do Sistema Único de Saúde (SUS).

3. Necessário rememorar que, conforme detalhado no Acórdão 3.006/2016-TCU-Plenário, o item 5.3 do edital do Pregão 293/2005 (peça 2, p. 66-67) preconizava que o valor constante da proposta do licitante por ocasião do certame deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Ainda de acordo com o instrumento convocatório, se a empresa vencedora fosse estabelecida no Estado de Goiás, em atenção aos termos do Convênio-ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5.825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, essa deveria destacar na nota fiscal a isenção e excluir do valor faturado a respectiva parcela.

4. Todavia, quando do faturamento, a empresa Hospfár 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 fornecedora embolsava a totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente o que lhe era devido, isto é, a diferença entre esse e o valor do imposto, que já estava incluído nos preços desde a proposta apresentada no certame licitatório.

5. Nesta oportunidade, além de reconstituir o histórico dos fatos ocorridos e fazer considerações gerais, a embargante alega que a deliberação recorrida estaria eivada dos vícios ensejadores de declaratórios em diversos pontos, conforme especificado no Relatório precedente, o que, no seu sentir, ensejaria efeitos infringentes à deliberação.

6. Em apertada síntese, sustenta: (i) omissão na discriminação e detalhamento do débito imputado; (ii) obscuridade ao não comprovar o sobrepreço; (iii) omissão em analisar a defesa da recorrente, pois o Tribunal teria mecanicamente replicado entendimentos havidos em outros processos e decisões; (iv) omissão em considerar que a embargante já teve significativos valores retidos no âmbito administrativo pelo Estado de Goiás em razão dos mesmos fatos; (v) contradições quanto à interpretação da legislação tributária e práticas administrativas que entende seriam aplicáveis ao caso; (vi) omissão em considerar que a praxe vigente, quando da emissão de notas fiscais à época, pode ter induzido a erro a recorrente; e (vii) interpretações a partir da doutrina, legislação estadual do ICMS e orientações oriundas do Fisco Estadual.

7. Satisfeitos os requisitos atinentes à espécie, os presentes embargos devem ser conhecidos, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34, da Lei 8.443/1992.

8. Preliminarmente, acerca da natureza dos embargos declaratórios, julgo relevante transcrever o seguinte excerto do Acórdão 1.218/2015-TCU-Plenário:

“Antes de tratar especificamente dos argumentos trazidos pelos embargantes, lembro que essa espécie recursal, cujo objetivo é sanar eventuais omissões, obscuridades ou contradições, não deve ser manejada para rediscussão de mérito, o que representa, na prática, a possibilidade de repetição de um mesmo recurso, ferindo os princípios da singularidade, da isonomia e da celeridade processual. Os embargos declaratórios devem ter como fundamentação a obscuridade (falta de clareza na redação do julgado), contradição (existência de proposições inconciliáveis entre si) e omissão (falta de pronunciamento judicial sobre matéria que deveria ter sido apreciada pelo juiz.”

9. Em reforço, pertinente destacar a natureza das contradições e omissões embargáveis, consoante elucidativa explanação contida no Acórdão 3.339/2013-TCU-Primeira Câmara (grifêi):

“A omissão para o acolhimento dos declaratórios é a que diz respeito à questão que deveria ter sido apreciada pelo colegiado mas não o foi. **Não constitui omissão ou contradição a adoção de entendimento diverso do preferido pela parte, segundo seus próprios critérios de justiça e de acordo com sua particular interpretação das leis e da jurisprudência.** Não há falar em omissão quando o acórdão analisa todas as questões submetidas a exame e as decide com base em teses jurídicas, jurisprudência, interpretação de leis e análise dos fatos que são diversos dos que os jurisdicionados entendem como mais adequados.

(...) a contradição deve estar contida nos termos do *decisum* atacado, este compreendido no âmbito desta Corte como o conjunto: Relatório, Voto e Acórdão. Não cabe alegação de contradição entre o acórdão embargado e ‘doutrina’, ‘jurisprudência’ ou mesmo ‘comando legal’. A alegação é pertinente em recurso de reconsideração ou pedido de reexame, no qual o comando atacado é contrastado com a jurisprudência, a doutrina e o ordenamento jurídico. Entretanto, é descabida em embargos de declaração, cuja única finalidade é esclarecer ou integrar a decisão embargada, excepcionalmente modificando-a.”

10. Dito isso, observo que as questões ventiladas pela embargante tencionam reabrir discussão de mérito já travada por este Tribunal por ocasião da deliberação originária (Acórdão 3.006/2016-TCU-Plenário) e competente recurso de reconsideração (Acórdão 975/2018-TCU-Plenário). Ademais, não são apontadas contradições, omissões ou obscuridades embargáveis, isto é, que contemplem incompatibilidade entre os elementos da decisão – Relatório, Voto e Acórdão

11. Busca-se, na verdade, exaltar questões já decididas à luz de interpretações da doutrina, da legislação e de elementos não passíveis de exame em sede de aclaratórios. Em que pese tal situação já recomendar a pronta rejeição do recurso, permito-me tecer breves comentários.

12. Com relação à suposta falta de especificação do débito no ofício que comunica a última decisão, saliento que não foi o último *decisum* que imputou débito, e sim o Acórdão 3.006/2016-TCU-Plenário, em cujo corpo consta o detalhamento do débito tal qual reclamado pelo causídico (peça 55), e que poderia ser bem compreendido a partir de corriqueira vista dos autos.

13. Entendo, ademais, que a defesa da embargante já foi minudentemente examinada em múltiplas instâncias instrutoras, inclusive em sede de recurso, e por este Plenário três vezes. Não havendo elemento novo na defesa e não sendo este o instrumento recursal adequado, impõe-se a rejeição dos embargos.

14. De todo modo, convém reiterar que fatos ocorridos em esfera distinta deste Tribunal, como retenções administrativas de valores, aplicação de legislação e orientações tributárias estaduais, praxe contábil em emissão de documentos fiscais e outros, devem ser debatidas junto aos órgãos competentes para apreciar tais temas.

15. As decisões das referidas instâncias não vinculam esta Corte, tendo em vista a independência das instâncias e a competência constitucional do órgão de controle externo federal. Como bem salientado pelo causídico, ao TCU não compete apreciar questões tributárias, sendo que tal afirmativa está igualmente bem colocada no Acórdão 975/2018-TCU-Plenário.

16. Ao contrário do alegado, esta Corte não determinou retenção cautelar administrativa de valores perante outros órgãos e instâncias, portanto descabe provocar esta Casa para que a embargante obtenha a resolução de seu problema junto à SES/GO, como se os valores retidos estivessem “sob tutela desta Corte para fins de liberação” e o Estado de Goiás aguardasse uma deliberação nesse sentido.

17. Ainda que tais recursos possam eventualmente ser aproveitados para fins de quitação do débito, não consta dos autos que tenham sido recolhidos em favor do Fundo Nacional de Saúde, credor

especificado do débito constante no item 9.4 do Acórdão 3.006/2016-TCU-Plenário. Referida solução, se sobrevier, poderá ser averiguada pelo meio processual adequado, a cobrança executiva.

18. De mais a mais, registro, novamente, que a condenação não se deu por inadequação dos preços em relação ao mercado, por equivocada aplicação de legislação tributária ou por, alegadamente, imposição de alíquota de ICMS diversa da vigente. A condenação em exame se deu por motivo muito objetivo: faturamento a maior em relação à proposta de preço apresentada pela responsável no certame que venceu, visto que o valor oferecido vinculou o licitante nos termos de sua proposta e do edital (Lei 8.666/1993, art. 54, § 1º), **a cujos termos aderiu voluntariamente**.

19. Mesmo que exista declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não teria contemplado a incidência do tributo, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos, a exemplo de recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III, da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

20. Ora, o destaque do valor de ICMS para fins de proposta em licitação serve apenas para possibilitar a análise de preços de produtos fornecidos por licitantes sujeitas a diferenças de tratamento tributário estadual. Isso não significa, de forma alguma, que se imponha à licitante a adoção de alíquotas consideradas no edital apenas para fins de comparação em tese, quando da fase de julgamento das propostas de preço na licitação. Não há ilegalidade no procedimento ou oposição do edital à legislação tributária, pois o mecanismo entabulado não se transmuda em obrigações tributárias.

21. Por fim, combato o argumento de que a embargante teria sido vítima de má informação em *“época onde a concessão da desoneração não era prática dominada nem pelo mercado nem pela indústria, nem pela própria Administração Pública, conforme V.Exas. poderiam muito bem admitir considerando os Manuais de Aquisição feitos para orientar os gestores a adquirir medicamentos e que são omissos quanto a desoneração”*. Admitir tal argumento seria o mesmo que afastar um dos princípios fundamentais do Direito, segundo o qual ninguém pode se escusar de cumprir a lei sob alegação de desconhecê-la.

22. Portanto, não se vislumbra qualquer incoerência entre afirmações contidas na motivação da decisão embargada ou entre proposições da parte decisória, nem entre alguma asserção proferida nas razões de decidir e o dispositivo. Inexistindo propostas inconciliáveis na deliberação recorrida, não há contradição embargável.

23. Em verdade, as presentes razões recursais já foram analisadas na deliberação recorrida e foram decididas, não caracterizando omissão o fato de não terem sido adotadas as teses e interpretações preferidas pela embargante.

24. De tal modo que, inexistindo quaisquer contradições, obscuridades, omissões ou quaisquer outros vícios a serem sanados na deliberação atacada, devem ser rejeitados os presentes embargos.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de novembro de 2018.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator