

VOTO

Versam os autos sobre embargos de declaração opostos por Hospfár Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21) (peças 243 e 244) contra o Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário (peça 196), cujo relator foi o Min. José Múcio Monteiro.

2. Por meio do acórdão acima referido, este Tribunal decidiu, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/92, c/c o art. 285 do Regimento Interno, em conhecer dos recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 1.028/2015-Plenário para, no mérito, negar-lhes provimento.

3. As irregularidades verificadas nos autos se resumem a pagamentos indevidos decorrentes de aquisição de medicamentos de alto custo com recursos públicos federais, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS - Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, consoante prescrevem os termos do edital do Pregão 314/2005.

4. Inconformada, a Hospfár Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. opôs os presentes embargos de declaração, por meio dos quais, em resumo, alega que há:

a) obscuridade no tocante à alegação acerca da prescritibilidade de ações de ressarcimento ao Erário decorrentes de ilícitos civis, pois, uma vez que não ficou comprovado o dolo da embargante, o débito deveria ser afastado;

b) omissão na análise: i) do argumento de que as normas do edital não podem ser consideradas válidas, pois houve contratação em outros termos e o procedimento licitatório não foi anulado; ii) da ausência de irregularidade passível de condenação, com base em vários argumentos trazidos nos recursos de reconsideração; iii) da alegação de que não há condenação ao ressarcimento ao Erário, quando a embargante possui créditos da ordem de dezenove milhões de reais retidos pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás; iv) do **quantum** de sobrepreço ou superfaturamento, pois o dano ao erário não pode ser presumido;

c) falha na conclusão de que o edital, mesmo contrariando norma legal, deveria prevalecer e os Pareceres GOT 104/04 e 1893/2008 não se aplicariam ao pregão;

d) contradição: i) na conclusão de que o edital oriundo do Estado de São Paulo teria facultado às licitantes a apresentação de preços desonerados de impostos, ao passo que, para o edital em exame, as licitantes deveriam apresentar preços onerados; ii) ao entender aplicável a alíquota de 17% ao ICMS, quando, na verdade, a recorrente faz jus a uma de 10%, segundo a legislação estadual;

e) contradição entre a decisão embargada e o Acórdão 140/2012-TCU-Plenário.

5. Antes de examinar as razões acima, com arrimo nos exames preliminares de admissibilidade, ratifico o juízo pela admissão dos embargos presentemente opostos (peças 247).

6. Quanto ao mérito, a leitura atenta dos autos permite inferir que, além de terem sido levados em consideração pela decisão embargada, sem que haja nenhum indício de obscuridade, omissão ou contradição no relatório, no voto ou no corpo do acórdão, os argumentos de defesa também não foram suficientes para elidir os indícios de irregularidades que resultaram no Acórdão 1028/2015 – TCU – Plenário (relator Min. Augusto Sherman), impossibilitando dar-lhes efeitos infringentes, como almeja a embargante.

7. A alegada obscuridade no tocante à jurisprudência a respeito da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário, decorrentes de ilícitos civis, por exemplo, além de se tratar de matéria levada em conta, ficou claro que seus efeitos não atingem processos em curso no âmbito deste Tribunal e nem servem para justificar um eventual sobrestamento do presente.
8. Alegando omissão, a embargante também inova, em sede de embargos de declaração, ao aventar a questão da validade das normas do edital e os efeitos da nulidade da contratação sobre a validade de todo o procedimento licitatório. Igualmente, o relator não se omitiu em apreciar a alegação de ausência de irregularidade passível de condenação, à vista dos vários argumentos trazidos nos recursos de reconsideração.
9. A meu ver, configura também tentativa de rediscussão do mérito o argumento de que houve contradição entre a decisão embargada e o Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, o que é incompatível com a natureza do recurso ora examinado.
10. Enfim, os indícios, analisados em conjunto no acórdão embargado, são mais que suficientes para respaldar o desfecho dado ao processo, e as razões se arrimaram basicamente na existência de débito decorrente do pagamento a mais a título de ICMS, uma vez que os valores da proposta vencedora efetivamente contratados já deveriam estar onerados de todos os tributos, em razão do determinado no ato convocatório.
11. Descabe, portanto, o argumento de que o débito inexistente, sob a alegação de que o valor pago é compatível com o mercado, uma vez que, se fosse considerado na quantificação do débito, dispensaria a necessidade de ressarcimento. Quanto ao isso devo afirmar que, na verdade, a quantia devida decorre do descumprimento do edital e do contrato, cujos termos determinam que, no preço ofertado, já estejam embutidos todos os tributos, e não da incompatibilidade com os preços de mercado como o alegado. De resto, este posicionamento está bem claro na decisão embargada.
12. Além disso entendo que foge à alçada deste Tribunal apreciar o mérito das retenções de pagamento já efetuadas e, com base nisso, autorizar seu abatimento do montante devido, em satisfação do interesse particular da recorrente. Considerando todo o exposto, elementos dos autos apontam para a licitude da medida e a embargante dispõe dos meios jurídicos adequados para fazê-lo na fase de execução do acórdão condenatório ou mesmo antes dela, junto ao Poder Judiciário. Portanto, não há omissão do julgado em relação à matéria.
13. Deste modo, acolho os pareceres uniformes da Secretaria de Recursos (Serur), incorporando-os como parte das presentes razões de decidir, e Voto no sentido de que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de abril de 2020.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator