

VOTO

Em exame embargos de declaração opostos pela empresa Hospfâr Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. e pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas contra o Acórdão 3004/2016-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal julgou irregulares as contas dos recorrentes e demais responsáveis, condenando-os solidariamente ao débito, em decorrência 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. Trato, de início, dos embargos opostos pela Hospfâr, os quais devem ser conhecidos por este Tribunal, considerando que preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no art. 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno do TCU.

3. Quanto ao mérito, de plano considero inexistirem os vícios alegados pela empresa na decisão embargada.

4. Lembro que os embargos de declaração têm por objetivo sanar eventual omissão (referente a questões relevantes trazidas pelas partes e não abordadas pelo Relator), obscuridade (dificuldade no entendimento do texto da deliberação que torne incompreensível o comando imposto ou a manifestação de vontade do Relator) ou contradição (afirmação conflitante na fundamentação da decisão ou entre esta e a conclusão alcançada pelo Relator), o que não foi verificado no presente processo. Ressalto, portanto, que todos os argumentos aventados pelos responsáveis capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada foram analisados nas peças que fundamentam o Acórdão 3004/2016-TCU-Plenário, consoante prescrito no art. 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil.

5. A peça interposta pela Hospfâr, integralmente reproduzida no relatório precedente, evidencia, na realidade, a intenção de rediscutir o mérito.

6. A embargante alega omissão na deliberação, apresentando extensa e reiterada argumentação quanto à retenção administrativa de créditos da Hospfâr por parte da SES/GO. Em síntese, afirma que a instrução processual não se ateve à produção da prova quanto aos valores retidos; que o suposto prejuízo já está oficialmente recomposto por atitude arbitrária da administração pública; que o Tribunal omitiu-se ao tomar conhecimento da retenção e não diligenciar corretamente sobre a possibilidade de os valores ainda estarem retidos; que a SES/GO deve devolver aos cofres da União as verbas retidas; que a empresa está sendo triplamente condenada pelo mesmo débito (a primeira quando da retenção, a segunda com a condenação do TCU e a terceira caso a ação civil pública em andamento seja julgada procedente); que, apesar de as retenções não terem sido realizadas sob a tutela desta Corte, o Tribunal tomou conhecimento da informação que interfere diretamente na análise do caso; e que, se as retenções são pertencentes aos cofres públicos estaduais, a competência deste Tribunal para julgamento das contas deve ser questionada.

7. A retenção dos valores por parte da SES/GO foi tratada na seção “X – Novos elementos” (itens 66 a 73) do voto condutor do Acórdão 3004/2016-TCU-Plenário. Assim, não se trata de omissão na análise da questão, mas mero inconformismo com o entendimento sustentado na deliberação no sentido de que restou demonstrada a inexistência de qualquer retenção, no caso concreto, “por meio de verificação das planilhas trazidas pelo Requerente, uma vez que as referidas planilhas emitidas pela SES/GO não contemplam nenhuma das notas fiscais (NFs) 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”.

8. Acrescento apenas que a existência de ações em diferentes instâncias não afasta a competência do TCU para julgar tomada de contas especial e imputar débito ao responsável, cabendo a este comprovar, na fase de execução do acórdão, o eventual ressarcimento realizado, de modo a evitar o duplo pagamento.

9. Outro questionamento oferecido pela Hospfâr refere-se aos preços praticados no mercado. De acordo com os embargos, “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.”

10. Para defender seu posicionamento, a embargante afirma que a unidade técnica reconhece que a Administração validou os preços praticados justamente por entender que eles estavam de acordo com os preços praticados no mercado e com as estimativas consideradas legítimas; que, ao prevalecer a tese adotada de que sobre os preços ofertados deve haver a exclusão do percentual de 17%, os preços não poderiam ser considerados válidos em razão da inexecutabilidade; que a Administração não teria condições de adquirir os produtos com preços inferiores aos que foram ofertados e, portanto, não há que se falar em prejuízo.

11. As alegações não socorrem à Hospfâr, eis que o superfaturamento, inicialmente apontado considerando a extrapolação à estimativa de preços que antecedeu à licitação, foi afastado, diante das dificuldades encontradas para se obter uma adequada referência de preços para aquisição de medicamentos no setor público, conforme exposto nos itens 9 a 14 da instrução da Secex/GO, reproduzida no item 3 do relatório que compõe a deliberação atacada. Também o parecer do Ministério Público analisa a questão relacionada ao preço de mercado.

12. Registrei, claramente no voto, a origem do débito, a qual se refere às despesas concernentes ao pagamento indevido de tributo, uma vez que as empresas cobraram da SES/GO preços indevidamente acrescidos de ICMS, sendo que a legislação e o edital determinavam que os preços deveriam ser desonerados desse imposto: “13. Quanto ao mérito desta TCE, acompanho os pareceres produzidos pela unidade técnica e pelo Ministério Público/TCU, no sentido da existência de danos ao erário decorrentes do acréscimo indevido do percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado quando do faturamento dos medicamentos, os quais se imputam em solidariedade aos agentes públicos e às empresas fornecedoras dos medicamentos licitados”.

13. Nesse ponto, os embargos alegam a existência de contradição acerca do entendimento de que os preços ofertados estavam com a inclusão de impostos. Todavia, tanto o relatório (itens 18 a 19, 29 a 32 da instrução), quanto o voto (III - Hospfâr e Milênio - Alegação de Mérito: Cotação de preços desonerados conforme declaração, itens 22 a 27) integrantes da decisão recorrida expõem, de forma cristalina, os fundamentos adotados para não acolher a tese de que suas propostas estavam desoneradas do ICMS. Essa questão, por ser o ponto central do descumprimento ao edital do certame, que exigia que os preços ofertados incluíssem esse imposto, como visto, também foi objeto de minuciosa e nítida análise.

14. Os embargos contêm, ainda, argumentos, sem apontar, de forma específica quais seriam as omissões, contradições ou obscuridades, quanto à tentativa de demonstrar que não apresentou proposta onerada com a incidência do ICMS; ao acolhimento do depoimento do pregoeiro no sentido de que apenas verificava se a empresa apresentava declaração de que cumpria as regras do edital; ao entendimento exposto no Acórdão 140/2012 de que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas para garantir a participação isonômicas de fornecedores de outros estados; à declaração de que os preços cotados já estavam contemplados com a redução do ICMS; e à confusão que havia acerca da desoneração do ICMS.

15. Trata-se, portanto, de mera tentativa de rediscussão do mérito da decisão e demonstração de inconformismo, não cabível em sede de embargos de declaração.

16. Entendo que a embargante não conseguiu demonstrar a ocorrência de omissões, obscuridades ou contradições na decisão recorrida capazes de ensejar o seu saneamento pela via dos presentes embargos.

17. Diante disso, não há como acolher o recurso oposto pela Hospfâr, como também os pedidos alternativos apresentados pela empresa para redução do débito aos valores correspondentes às

diferenças percentuais entre os preços máximos ao consumidor com ICMS e os preços faturados, também com ICMS pela HOSPFAR, ou ainda ao valor correspondente à alíquota prevista na Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário de Goiás): 10%, bem como para realização de nova diligência junto à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás.

18. Quanto ao recurso oferecido em nome do Sr. Cairo Alberto de Freitas, constato que a peça juntada aos autos não contém a assinatura dos seus representantes legais (peça 121). Tratando-se de documento apócrifo, os embargos não devem ser conhecidos.

19. De todo modo, ainda que excepcionalmente se relevasse a falha em homenagem aos princípios do formalismo moderado e da busca da verdade material, o embargante não apresentou elementos capazes de efetivamente apontar a existência de vícios na deliberação atacada.

20. O Sr. Cairo Alberto de Freitas requer que esta Corte se manifeste expressa e fundamentadamente quanto à ausência de análise acerca da responsabilidade do pregoeiro e do nexo de causalidade.

21. Alega omissão da deliberação, ante a ausência de fundamentada manifestação acerca da exclusão da responsabilidade do pregoeiro, cuja conduta negligente teria, no entender do responsável, concorrido para a ocorrência do dano. Argumenta o ex-secretário de saúde que os vícios que macularam a forma de pagamento despontaram na fase licitatória. Assim, seria contraditório isentar a responsabilidade do pregoeiro e exigir do então secretário o domínio de todas as minúcias relativas aos cálculos dos pagamentos.

22. A decisão seria omissa ainda ao não evidenciar a contribuição e a importância dos atos praticados para a consecução do dano pelo embargante, o qual tinha outras atribuições técnicas e políticas, não tendo a obrigação de fiscalizar as propostas apresentadas nos certames. Haveria falha da individualização do nexo causal entre as condutas praticadas e o resultado danoso. O responsável apenas deu seguimento à sistemática de pagamento adotada na gestão anterior, até então sem questionamentos.

23. Além disso, o então secretário determinou a retenção do valor relativo ao ICMS, tendo a liberação desses recursos, por força de entendimento da Procuradoria do Estado, ocorrido somente após a saída do embargante do cargo. Dessa forma, argumenta que o dano concretizou-se apenas na gestão seguinte, não tendo a conduta do responsável sido determinante para a ocorrência do prejuízo.

24. Não há razão ao embargante. No trecho do voto que tratou da questão, transcrito nos embargos, além de registrar o entendimento de que o ato cometido pelo pregoeiro não possui nexo de causalidade imediato com o dano, consignei que acompanhei os posicionamentos dos pareceres precedentes. No relatório, constou que a Secex/GO concluiu pela exclusão da responsabilidade do pregoeiro, pelo fato de o débito ter ocorrido no momento do pagamento e não quando da licitação. Também na manifestação do Ministério Público, há concordância com a proposta da unidade técnica “de que seja excluída sua responsabilidade, pois não tinha como antever que a empresa deixaria de abater o tributo, depois, ao emitir as notas fiscais, de modo a poder tomar qualquer medida preventiva, durante a realização do certame”.

25. Ainda que existisse a alegada omissão, o que não se confirmou, o que importa é a fundamentação adotada para responsabilizar o ex-secretário, devidamente registrada da deliberação. O nexo causal entre as condutas praticadas e o resultado danoso, restou, ao contrário do alegado, evidenciado tanto no relatório (itens 34 a 36), quanto no voto (itens 47 a 55), do qual destaco o seguinte trecho: “53. Nesse sentido entendo ser clara a responsabilidade dos gestores. O senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela autorização para os pagamentos feitos à empresa Hospfar (pregão nº 175/2005), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; (...)”

26. O argumento relativo às retenções também não passou despercebido. Embora insuficientes para afastar o débito, as medidas adotadas pelo embargante serviram de atenuantes para que este

Tribunal deixasse de aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, conforme explicitado nos itens 61 a 64 do voto condutor da deliberação embargada.

27. Não há, por conseguinte, omissões, contradições ou obscuridades também em relação às questões apresentadas pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas. Mais uma vez, trata-se de tentativa de rediscutir o mérito da decisão.

Ante o 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 22 de fevereiro de 2017.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator