

VOTO

Trata-se de remédio jurídico adequado à espécie recursal e, por estarem satisfeitos os requisitos legais de admissibilidade, entendo que ambos os embargos declaratórios devem ser conhecidos.

2. Antes, porém, de adentrar à questão de fundo, rememoro que a Tomada de Contas Especial cujo deslinde ensejou os presentes embargos, foi instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás, por determinação inserta no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário.

3. No mérito, quanto aos aclaratórios opostos pela empresa Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., relativamente à questão das retenções de créditos efetuadas pela SES/GO, assim ficou reportado no Voto que conduziu o Acórdão 3006/2016 – Plenário, objeto destes embargos:

“60. 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:

‘48. Ainda, em defesa (fl. 1646), os citados alegam que houve saneamento da falha, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfár promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na perda do objeto da TCE.

49. Todavia, sabe-se que a retenção de crédito realizada pela SES-GO, refere-se à fonte 23, recursos federais, os quais devem ser devolvidos aos cofres federais, portanto a simples retenção feita pelo Estado não supre o débito referente a recursos federais, porquanto esses valores devem ser repassados aos cofres federais. De modo que, mesmo a defesa invocando vários dispositivos legais, no âmbito do Regimento Interno desta Corte de Contas e do Código Civil Brasileiro, sobre a extinção processual e o arquivamento do processo, não cabe acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa, uma vez que o débito ainda persiste no âmbito da União.’

61. Adicionalmente, como já mencionado no parágrafo 40 deste Voto, a alegada retenção foi considerada ilegal pela Procuradoria Geral do Estado, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-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 (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 (peça 44, p. 11/21).

62. Como corolário desta aferição, fica demonstrada a inexistência de qualquer retenção relacionada aos valores que devem ser ressarcidos aos cofres federais”.

4. No que tange as alegações relativas aos preços cotados e os de mercado, é importante que não questione a ocorrência de sobrepreço ou desconformidade de preços com o mercado, mas sim a adoção de procedimento contrário ao edital, que resultou em pagamentos indevidos às empresas fornecedoras dos medicamentos. Como já explanado anteriormente, o edital da licitação determinava a apresentação de propostas com os preços onerados pelo ICMS e o abatimento do tributo quando do pagamento. No entanto, as empresas sob o pretexto de que haviam apresentado proposta desonerada, faturavam o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, e acresciam novamente o imposto, embolsando, portanto, valor superior ao devido.

5. No tocante à aplicação do entendimento outrora esposado no Acórdão 140/2012 – Plenário, quanto à inconstitucionalidade da exigência de apresentação de preços onerados para

medicamentos isentos, ressalto que essa matéria já foi exaustivamente discutida no *decisum* ora atacado:

“(…)

22. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 293/2005, dentre as quais, a Hospfar e a Milênio, pois o edital era de uma clareza solar ao dispor sobre a necessidade de que as propostas fossem apresentadas com oneração de ICMS, em que pese, para fins de pagamento, esse imposto devesse ser abatido, conforme os Convênios ICMS 87/2002 e 26/2003.

23. Os convênios do ICMS não dispunham, à época, como deveriam ser apresentadas as propostas de licitantes, como recentemente se fez na alteração havida no Convênio ICMS 87/2002. Aqueles convênios se limitavam a autorizar a concessão de isenção e a indicar que o valor dessa isenção deveria ser discriminado e destacado nas notas fiscais. Portanto, essas notas fiscais conteriam o valor bruto e o líquido, isento de ICMS, mas nada era disposto a respeito das propostas de licitantes.

24. O edital, portanto, era a regra absoluta a reger as licitações no tocante à forma de apresentação das propostas, e os convênios de concessão de ICMS só interferiam no momento da realização dos pagamentos, do faturamento (emissão de NFs), haja vista que a desoneração se tornava obrigatória para os casos enquadrados nas isenções concedidas, sob pena de a apropriação do imposto pelo fornecedor se configurar enriquecimento ilícito.

25. Logo de se ver que o Acórdão 140/2012 - Plenário possui efeitos *ex nunc*, possuindo validade apenas a partir de sua prolação por este Tribunal, não afetando assim atos pretéritos praticados ou definidos em licitações anteriores na administração”.

6. Quanto aos embargos opostos pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas, no que se refere à responsabilização solidária pelo débito a ser recomposto, esta decorreu da “autorização para os pagamentos feitos à empresa Hospfar (pregão nº 293/2005 - fl. 1306), 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”. (item 43 do Voto condutor do Acórdão 3006/2016 – Plenário). Ressalte-se que a responsabilidade pelo ressarcimento do dano recai, tanto sobre quem eventualmente se beneficiou, quanto sobre aquele que deu causa ao prejuízo. Assim, resta caracterizado o nexo causal entre a ação do embargante e o resultado danoso do ato por ele praticado.

7. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, acompanhei, então, os posicionamentos dos pareceres precedentes, no sentido de que o responsável, apesar de revel, devia ter sua responsabilidade excluída, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possuía nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já que este decorria dos atos de pagamento. Portanto, como antes já deixei consignado, os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram praticados pelos responsáveis em questão, não por atos de terceiros, como quer sugerir o embargante.

8. Destarte, em face da ausência de omissão contradição ou obscuridade a considerar, resta claro e evidente que tanto os embargos opostos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., quanto pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas, se prestam, tão somente, para rediscussão de mérito da matéria, bem como para reavaliação dos fundamentos que conduziram à prolação do acórdão embargado, razões que me conduzem a conhecer de ambos os embargos, mas os rejeitar.

Pelo 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 19 de julho de 2017.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator