

INSTRUÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS

1. IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

TC - 004.562/2010-0 NATUREZA DO PROCESSO: Tomada de Contas Especial. UNIDADE JURISDICIONADA: Ministério da Saúde (MS).	ESPÉCIE RECURSAL: Recurso de reconsideração. PEÇA RECURSAL: R005 - (Peça 169). DELIBERAÇÃO RECORRIDA: Acórdão 3004/2016-Plenário - (Peça 101)
---	---

NOME DO RECORRENTE	PROCURAÇÃO	ITEM(NS) RECORRIDO(S)
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	Peça 97.	9.3 (segunda parte), 9.4, 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3 e 9.5

2. EXAME PRELIMINAR

2.1. PRECLUSÃO CONSUMATIVA

O recorrente está interpondo recurso de reconsideração contra o Acórdão 3004/2016-Plenário pela primeira vez?	Sim
---	------------

2.2. TEMPESTIVIDADE

O recurso de reconsideração foi interposto dentro do prazo previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU?

NOME DO RECORRENTE	NOTIFICAÇÃO	INTERPOSIÇÃO	RESPOSTA
Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda.	11/01/2017 - GO (Peça 128)	12/04/2017 - GO	Não

Data de notificação da deliberação: 11/01/2017 (peça 128)*.

Data de oposição dos embargos: 19/01/2017 (peça 121 e 122)**.

Data de notificação dos embargos: 28/03/2017 (peça 168)*

Data de protocolização do recurso: 12/04/2017 (peça 169).

*As notificações relativas ao acórdão original e aos embargos foram encaminhadas ao endereço de seu procurador, conforme contido à peça 97, p. 1, rodapé, com exceção do número da sala, constando nos AR de peças 128 e 168 a sala 407, ao invés de 408-410, no entanto, a indicação de sala contigua não afetou a comunicação, pois o recorrente consigna em seus embargos (peça 123, p. 1) que teve ciência do acórdão original em 11/01/2017, e neste recurso não questiona a ocorrência, de forma que é possível afirmar que o recorrente foi devidamente notificado no endereço de seu procurador, e de acordo com o disposto no art. 179, II, § 7º do RI/TCU.

**Considerando que a oposição de embargos de declaração é causa de suspensão do prazo para interposição dos demais recursos (art. 34, § 2º da LOTCU), ainda que interpostos por terceiros, conclui-se que, para a presente análise de tempestividade, devem ser considerados tanto o lapso ocorrido entre a notificação da decisão original e a oposição dos referidos embargos, quanto o prazo compreendido entre a notificação da deliberação que julgou aos embargos e a interposição do presente recurso.

Assim, conclui-se que o presente recurso resta intempestivo, senão vejamos.

Com relação ao primeiro lapso temporal, entre a notificação da decisão original e a oposição de embargos, transcorreram 7 dias. No que concerne ao segundo lapso, entre a notificação acerca do julgamento dos embargos e a interposição do recurso, passaram-se 15 dias. Do exposto, conclui-se que o expediente foi interposto após um período total de 22 dias.

2.2.1. Em sendo intempestivo, houve superveniência de fatos novos?

Não

Para análise do presente requisito, verifica-se oportuno a realização de breve histórico dos autos.

Trata-se de tomada de contas especial, instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 175/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juez Barbosa/SES-GO, apreciado por meio do Acórdão 3004/2016-TCU-Plenário (peça 101), que, dentre outras deliberações, julgou irregulares as contas da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., e lhe aplicou débito solidário.

Em essência, restou configurado nos autos a realização de pagamentos irregulares, pois foi constatado que a empresa Hospfar, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentou o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha (peça 103, Relatório, p. 3, item 3).

A Hospfar, na eventualidade de ter de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS, pleiteou que esses valores sejam calculados com base no percentual de 10% que foi indeferido por ser vedado pela Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII, na alínea 'b' 1 que estabelece que o benefício não se aplica à operação já contemplada com outra redução de base de cálculo ou concessão de crédito outorgado, sendo facultada a opção pelo benefício mais favorável - Redação dada pelo Decreto 5.067, de 25.6.1999, com vigência de 1º.5.1999 a 31.7.2008 (peça 103, Relatório, p. 15).

Contra a decisão condenatória, Cairo Alberto de Freitas (peças 121 e 122) e a recorrente (peça 123) opuseram embargos de declaração, apreciados pelo Acórdão 313/2017-TCU- Plenário (peça 145) que não conheceu do primeiro, e do segundo, conheceu para rejeitar no mérito, sendo mantida a deliberação original.

Devidamente notificado, a recorrente interpõe a presente peça recursal intempestiva.

Preliminarmente, faz-se mister ressaltar que o artigo 32, parágrafo único, da Lei 8.443/1992, estatui que “não se conhecerá de recurso interposto fora do prazo, salvo em razão de superveniência de fatos novos, na forma do Regimento Interno”.

Regulamentando esse dispositivo, o artigo 285, § 2º, do RI/TCU dispõe que “Não se conhecerá de recurso de reconsideração quando intempestivo, salvo em razão de superveniência de fatos novos e dentro do período de cento e oitenta dias contado do término do prazo indicado no *caput*, caso em que não terá efeito suspensivo”.

Para que o presente recurso possa ser conhecido, uma vez interposto dentro do período de cento e

oitenta dias, torna-se necessária a superveniência de fatos novos.

Na peça ora em exame, o recorrente apresenta os seguintes argumentos:

i. não é justo fazer com que o particular pague pelo desencontro das orientações que recebeu do poder público, que seja condenado pelas práticas aceitas pela Administração e orientadas pelo Estado (Sefaz-GO) mediante pareceres que induziram a recorrente a crer estar agindo corretamente (p. 3);

ii. os preços que cotou não estavam onerados de ICMS, não houve apropriação da diferença, até porque inexistente diferença, existindo sim ICMS pago na entrada que não pode ser abatido na saída dos produtos e que se convertem em prejuízo para a recorrente (p. 3)

iii. não restou analisado o fato de a recorrente pagar o ICMS na entrada e ter que desonerá-lo na saída, em flagrante afronta ao princípio da não cumulatividade que informa o ICMS e simplesmente impor que se pratique o preço desejado pelo Governo sem que a legislação viabilize este mesmo preço é o que ocorre nestes autos (p. 4);

iv. a CMED, sobretudo a partir da regulamentação do mercado ocorrida pela Resolução CMED nº 4/2006 ao criar a CAP, ignorou a desoneração de ICMS sobre os fármacos, falha repetida pela Resolução nº 3/2011, não disciplinando claramente que o Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG) deveria ser obtido através do abatimento do ICMS sobre o Preço Fábrica para então abater-se o Coeficiente de Adequação do Preço (CAP), e embora a fórmula do PMVG sequer mencione o abatimento de ICMS, sutilmente esta Câmara fê-lo incluir, mencionando-o em seus comunicados “quando for o caso”, e ao assim proceder deixou de orientar aos jurisdicionados de forma clara quanto a sua real intenção (p. 4-5);

v. o Confaz também não se esmerou na confecção do Convênio ICMS 87/2002, fazendo-o como uma norma genérica, que não desonerou toda a cadeia de medicamentos desde o fabricante até o Governo, esquecendo-se da existência da cadeia de distribuição, que foi e continua a ser prejudicada pelo pagamento do ICMS sobre os mesmos fármacos, sendo obrigada a entregar desonerados para a Administração Pública, em flagrante afronta ao princípio da não cumulatividade (p. 5);

vi. do Convênio ICMS 87/02 se extrai uma condicional no parágrafo primeiro, se o contribuinte não abateu do preço da mercadoria o ICMS, como alega a SESMG, não houve a condição indicada pelo inciso III do § 1º da Clausula Primeira do Convênio ICMS 87/02, e, não satisfeita a condição da Lei, não há que se exigir a desoneração, além disso, jamais o Convênio 87/02 determinou fosse feita a desoneração em 17% (p. 6);

vii. neste quadro legislativo falho e mau regulamentado, a indústria farmacêutica não se via obrigada a desonerar fármaco algum, pois a lei somente exigia, e continua a exigir esta obrigação do fornecedor, apenas recentemente, por volta de 2010 passou a conceder desconto cumulativo que permitisse atender a ambas obrigações - desoneração + desconto do CAP (p. 7);

viii. independentemente de o edital constar, ou não, a exigência de desoneração, ela não poderia ser descumprida pelos licitantes, pois o edital não é superior à lei e à esta deve se subordinar, pelo princípio da legalidade (p. 9);

ix. o Tribunal fixou entendimento de que a tabela CMED não é confiável para a fixação de preço de referência nas aquisições de medicamentos pelos órgãos públicos, fazendo-o por meio do Acórdão 3016/2012 (p. 10-11);

x. em momento algum o Convênio Confaz ICMS 87/02 exige que o desconto do valor do ICMS se dê sobre o preço fábrica, e nem poderia ser pois assim sendo inexequível e inexigíveis seriam os preços, pois a recorrente não possuía margem que lhe permitisse praticar descontos de 17% sobre o preço fábrica (11);

xi. não se apropriou nem se beneficiou do ICMS, as operações de fornecimento de medicamentos para a SES/GO eram deficitárias para a recorrente que pagava o ICMS na entrada e não lhe era permitido utilizar deste crédito na saída, pois era obrigada a estornar este crédito fiscal considerando não ser importadora ou fabricante, e rebate a tese de que os preços cotados já estavam onerados com ICMS, pois isso vai contra as provas dos autos onde encontram-se as declarações de que os preços estão desonerados. O fato do edital exigir o contrário não muda este fato, não sendo o princípio da vinculação ao edital superior à Lei (p. 12);

xii. não acresceu 17% sobre o preço que cotou, o valor cotado foi sem imposto, conforme declarado no processo (p. 12);

xiii. o parágrafo Primeiro da Cláusula Primeira do Convênio Confaz ICMS 87/02, condiciona a isenção a que o contribuinte abatesse o valor do imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando-o na nota fiscal, e se este Tribunal informa que não foi concedido este desconto, tem-se então, claramente que, não foi satisfeita a condição de concessão da isenção, motivo pelo qual esta não pode ser exigida (peça 13);

xiv. não há na Ata do Pregão 175/2005, nem em nenhum outro documento dos autos prova de que a recorrente ofertou preço onerado e, independentemente disso, concluiu-se que o pregoeiro teria considerado que o preço estava onerado, e em 17% (p. 14);

xv. esclarece que o preço estava onerado com os custos diretos e indiretos, embalagens, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas, exceto o ICMS, como declarou formalmente a empresa, e a proposta apresentada, de que estariam inclusos os impostos e a indicação de 17% deram-se por exigência do edital e este fato traduz-se como erro material, pois é certo que era prática comum entre todas as fornecedoras apresentar declarações de desoneração, de forma que não houve ferimento ao princípio da isonomia (p. 15-16);

xvi. o inciso 1, da linha “b”, utilizado para negar a possibilidade de utilização da alíquota de ICMS de 10%, foi revogado, daí demonstra-se frágil a fundamentação da negativa de seu pleito (p. 17-18);

xvii. a Lei Estadual 12.462/94, em seu artigo 1º, inciso III autoriza a cobrança de ICMS à base de 10% de alíquota no Estado de Goiás, sendo certo que a própria SES/GO autorizava que fosse praticada desoneração à esta base e demonstrado que o valor que deveria ser desonerado é o mesmo valor do imposto que seria devido se não houvesse isenção, não se mostra adequado condenar e autorizar a cobrança de 17% sobre todo fornecimento quando o imposto devido seria de 10% (p. 20);

xviii. há necessidade de aprofundamento nas provas dos autos relativamente às retenções administrativas, pois, se isso tivesse ocorrido, chegar-se-ia à conclusão de que não é a recorrente que deve para a Administração, mas sim, o contrário (peça 21);

xix. a SES/GO limitou-se a informar que as retenções administrativas foram consideradas ilegais pela Procuradoria Geral do Estado, e essa frágil afirmação, sem que exista prova de que os créditos retidos de outros processos tenham sido liberados, foi suficiente para que este Tribunal adotasse o entendimento de que, como não houve retenção, não há que se falar em ilegalidade, no entanto, a SES/GO não liberou os pagamentos até o presente momento e não pretende liberar, pois, o MPF propôs Ação Civil Pública conta o recorrente em busca do ressarcimento dos supostos prejuízos ocorridos nos mesmos processos analisados no TCU (p. 22);

xx. a SES/GO, a pedido do recorrente, 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 (p. 23);

xxi. estes cancelamentos significam que o Estado não efetuou o pagamento dos medicamentos que

foram fornecidos, alguns há mais de dez anos e que totalizam R\$ 19.657.175,28, em valor não atualizado (p. 23);

xxii. não concorda com a justificativa de que as retenções não se deram sob a tutela desta Corte e ao deixar de analisar o tema das retenções, entende que a omissão está caracterizada pois se a diligência fosse completa, seria possível comprovar que os referidos valores ainda se encontram retidos (p. 24);

xxiii. a questão das retenções administrativas interfere no resultado desta demanda pois, se a Administração Pública a seu bel prazer já buscou se ressarcir dos supostos prejuízos promovendo retenções de valores superiores aos que são perseguidos nas tomadas de contas e se esses mesmos valores são buscados na esfera judicial onde inclusive ofereceu caução garantindo o juízo, não se mostra adequado sua condenação (p. 25);

xxiv. o Tribunal de Contas, tendo ciência de que a retenção ilegal não foi liberada em favor do recorrente, deve determinar à SES/GO que devolva aos cofres da União as verbas retidas que tenham fonte federal e essa recomposição se faz necessária e justa para que a empresa não seja triplamente condenada (p. 25-26);

xxv. o 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, ademais, contratou com o Estado e não com a União (p. 26);

xxvi. os valores retidos foram superiores aos valores das condenações, a compensação se impõe, e nesse sentido, é fundamental que seja determinada a realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções, e com a competente documentação será possível verificar a existência de crédito retido superior ao perseguido em todas as tomadas de contas instauradas (p. 27);

Os argumentos apresentados estão desacompanhados de qualquer documento.

Isto posto, observa-se que o recorrente busca afastar a sua responsabilidade por meio de argumentos e teses jurídicas que, ainda que inéditos, não são considerados fatos novos por este Tribunal, conforme consolidada jurisprudência desta Corte (Acórdão 923/2010 – TCU – Plenário, Acórdãos 6989/2009 e 323/2010, ambos da 1ª Câmara, e Acórdão 1285/2011 – TCU – 2ª Câmara).

Com efeito, novas linhas argumentativas representariam elementos ordinários que somente justificariam o seu exame na hipótese de interposição tempestiva do recurso. Entendimento diverso estenderia para cento e oitenta dias, em todos os casos, o prazo para interposição dos recursos de reconsideração e pedido de reexame, tornando letra morta o disposto no artigo 33 da Lei 8.443/1992, que estabelece período de quinze dias para apresentação destes apelos.

A tentativa de se provocar a pura e simples rediscussão de deliberações do TCU com base em discordância com as conclusões deste Tribunal não se constitui em fato ensejador do conhecimento do recurso fora do prazo legal.

Por todo o exposto, não há que se falar na existência de fatos novos no presente expediente recursal, motivo pelo qual a impugnação não merece ser conhecida, nos termos do artigo 32, parágrafo único, da Lei 8.443/1992.

2.3. LEGITIMIDADE

Trata-se de recurso interposto por responsável/interessado habilitado nos autos, nos	Sim
--	------------

termos do art. 144 do RI-TCU?	
-------------------------------	--

2.4. INTERESSE

Houve sucumbência da parte?	Sim
-----------------------------	------------

2.5. ADEQUAÇÃO

O recurso indicado pelo recorrente é adequado para impugnar o Acórdão 3004/2016-Plenário?	Sim
---	------------

2.6. OBSERVAÇÕES

Trata-se de processo em que constam como advogados constituídos nos autos os Srs. GEORGES LOUIS HAGE HUMBERT (OAB/BA 21.872) e MARCOS DE ARAÚJO CAVALCANTE (OAB/DF 28560), relacionados pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz no Anexo I ao Ofício nº 5/2013 - GAB.MIN-AC dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU. Dessa forma, encaminhe-se ao Gabinete do Ministro Relator, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, com o alerta de que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz.

3. CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO PRELIMINAR

Em virtude do exposto, propõe-se:

3.1 não conhecer do recurso de reconsideração, interposto por Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., por restar intempestivo e não apresentar fatos novos, nos termos do artigo 32, parágrafo único e inciso I, da Lei 8.443/92, c/c o artigo 285, caput e §2º, do RI/TCU;

3.2 encaminhar os autos, via Secretaria das Sessões, ao **gabinete do relator competente para apreciação do recurso**;

3.3 à unidade técnica de origem dar ciência ao recorrente e aos órgãos/entidades interessados do teor da decisão que vier a ser adotada, encaminhando-lhes cópia, acompanhada de seu relatório e voto.

SAR/SERUR, em 02/06/2017.	Regina Yuco Ito Kanemoto AUFC - Mat. 4604-3	Assinado Eletronicamente
------------------------------	--	--------------------------