

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 Hospfär 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 2.573/2016 - Plenário, objeto destes embargos:

“47. Necessário ainda discorrer sobre a alegação, apresentada (...) no sentido de que o Estado de Goiás havia procedido a retenções em montante correspondente aos pagamentos supostamente realizados a maior, o que, segundo se alega, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário.

48. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar: 1º) inexiste nos autos qualquer indicativo de que tais montantes retidos hajam sido recolhidos aos cofres públicos federais; 2º) conforme resultado de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011- GAB/SES, no qual consta a informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho ‘GAB’ 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal (vide peça 25).

49. Portanto, mesmo as retenções (ou glosas) até então efetuadas foram tornadas insubsistentes no âmbito dos processos de pagamento, disso resultando não só a constatação de que o dano apurado nesta tomada de contas especial efetivamente restou configurado, como também possivelmente, a esta altura, é maior que o apurado inicialmente pela comissão responsável pela instauração desta tomada de contas especial”.

4. Acrescento, quanto a esse ponto, que a empresa Hospfär juntou aos autos planilhas relacionando as notas fiscais objeto de retenções pela SES/GO (peça 83, p. 10/20), onde não constam as notas fiscais atinentes ao débito imputado à Hospfär (conforme item 9.1 do Acórdão 2.573/2016 - Plenário).

5. No que tange às alegações relativas aos preços cotados e os de mercado, é importante que se esclareça que não se questionou 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.

6. No tocante à aplicação da alíquota de 17% de ICMS nas notas fiscais, conquanto, no entender da embargante, o correto seria a aplicação da alíquota de 10%, trata-se de tema também já considerado no voto condutor do *decisum* embargado:

“45. Conforme indicado no derradeiro parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a Hospfär tenta, em linha adicional de defesa, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,25%), garantida pela Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII. Assim, na

eventualidade de ter de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado, pleiteia que esses valores não sejam calculados com base no percentual de 17%, como se fez na presente TCE, mas sim de 10%.

46. Conforme considerações apresentadas pelo *Parquet* especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são inconteste alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: ‘Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)’, conforme fls. 15, peça nº 8; b) os preços cotados pela licitante para os itens 4, 7 e 8 foram iguais ou superiores àqueles constantes da estimativa da licitação, os quais sabidamente estavam onerados com ICMS à alíquota de 17%; c) as notas fiscais foram emitidas com majoração e posterior dedução do ICMS à alíquota de 17% e não de 10%, conforme pleiteia a empresa. Ademais, a aplicação do percentual referido pela defendente nas faturas objeto de impugnação carece de efetiva comprovação. Portanto, não se sustenta tal alegação de defesa”.

7. No ponto em que considera aplicável, neste caso, o 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:

“(…)

38. De fato, o disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário não socorre os responsáveis, nem justifica o procedimento adotado pelas licitantes do Pregão 171/2005, dentre as quais, a Hospfar, 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.

39. 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.

40. 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, quando, em razão do produto ou do comprador, não houver sua incidência e, portanto, o repasse aos cofres do estado. A propósito, o seguinte trecho da instrução que fundamentou o Acórdão 140/2012 - P confirma essa constatação: ‘127. Este § 6º foi incluído pelo Convênio - Confaz 57/2010, ou seja, antes de abril de 2010 não havia previsão de como a isenção do ICMS deveria ser tratada nas licitações. Por conseguinte, a forma como a isenção seria tratada era regida pelo edital do certame’. (fls. 5, peça nº 31, TC-009.625/2011-9).

41. 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”.

8. Quanto ao questionamento da conduta e da exclusão de responsabilidade do pregoeiro, após exaustiva análise no âmbito dos pareceres os quais incorporei às minhas razões de decidir, assim deixei consignado no aresto vergastado:

“57. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, acompanho os posicionamentos da unidade instrutiva desde a instrução exordial, no sentido de não se lhe atribuir responsabilidade neste feito, em função de igualmente entender que o ato por ele cometido não possui nexo de causalidade imediato com o dano apurado nos autos, já este decorreria dos atos de pagamento”.

9. Relativamente aos embargos opostos pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde, no que se refere à responsabilização solidária pelo débito a ser recomposto, esta decorreu da autorização para os pagamentos feitos à empresa Hospfar (pregão 292/2005), 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. Ressalte-se que a responsabilidade pelo ressarcimento do dano recai, tanto sobre quem eventualmente dele 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.

10. No que se refere à responsabilidade do pregoeiro, como já antes dito, 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.

11. 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