

VOTO

Trago à apreciação recurso de reconsideração interposto pela Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.025/2015 – Plenário, que julgou irregulares as contas da empresa e a condenou, solidariamente com outros responsáveis, ao pagamento de débito. A referida decisão foi modificada pelo Acórdão 815/2017 – Plenário, proferido em sede de embargos de declaração parcialmente acolhidos, que afastou a penalidade de multa imposta no item 9.4.

2. O processo trata, originalmente, de tomada de conta especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), em cumprimento à determinação do Tribunal emanada no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – Plenário, em decorrência de pagamentos irregulares à empresa Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. em contrato para aquisição de medicamentos de alto custo derivado do Pregão 223/2005. O ajuste firmado recebeu o aporte de recursos federais provenientes do Sistema Único de Saúde (SUS).

3. Na época da licitação, vigorava isenção do recolhimento de ICMS para empresas fornecedoras de medicamentos estabelecidas no Estado de Goiás, conforme Convênio ICMS 87/02-Confaz e pelo Decreto Estadual 5.825/2003. O edital do pregão estabelecia que a proposta de preços dos licitantes deveria contemplar todos os impostos para fins de comparação das propostas. Porém, o valor referente a esse imposto deveria ser excluído na adjudicação e destacado na emissão da nota fiscal.

4. Porém, Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., ao faturar os medicamentos, acresceu novamente valor equivalente ao percentual de 17% a título de ICMS na nota fiscal, para depois removê-lo, o que, na prática, fez com que os valores pagos englobassem o tributo, mesmo a empresa se beneficiando da isenção fiscal.

5. No caso tratado nestes autos, para calcular o débito referente aos recursos federais, a SES/GO considerou que do total das notas fiscais apresentadas pela Hospfâr (R\$ 10.000.045,48), somente havia sido paga a quantia de R\$ 8.841.440,75, sendo indevida a parcela paga a título de ICMS no montante de R\$ 1.041.403,02. Da quantia indevida, 37,75% foram custeados com recursos federais, sendo o dano concreto calculado em R\$ 393.129,64.

6. O recurso deve ser conhecido por atender aos requisitos legais pertinentes. No mérito, acompanho a proposta elaborada pela Serur, corroborada pelo representante do MPTCU nos autos, no sentido de negar-lhe provimento. Acolho as análises e conclusões expostas na instrução reproduzida no relatório precedente, bem como acrescento os seguintes comentários a fim de fundamentar minha decisão.

7. Preliminarmente, a recorrente alega o afastamento de sua responsabilidade e o sobrestamento processual, pelo fato de, segundo ela, a decisão recorrida ter violado o direito à ampla defesa, uma vez que o STF concedeu repercussão geral ao RE 852.475, o que impactará todas as causas que busquem o ressarcimento ao erário, havendo necessidade de sobrestar o processo para impedir interpretações diversas. Requer, assim, o sobrestamento destes autos até que o STF julgue definitivamente o mencionado Recurso Extraordinário.

8. Porém, a mencionada decisão impacta apenas a fase judicial de cobrança do título extrajudicial decorrente da decisão das Cortes de Contas, não atingindo diretamente os processos em trâmite nesta Casa, em face do princípio da independência das instâncias administrativa e judicial. Essa questão já foi esclarecida na decisão que julgou os embargos opostos pela ora recorrente.

9. No mérito, a empresa tenta convencer esta Corte de que a decisão recorrida estaria equivocada, em suma, com argumentos que buscam defender que seus preços propostos no certame estariam desonerados e que, com sua adição e posterior subtração, não haveria irregularidades nos pagamentos. Nesse sentido, segundo sugerem as alegações da recorrente, busca afastar a validade das disposições editalícias de que o preço deveria comportar o ICMS apenas para fins de comparação entre

as propostas das licitantes, bem como os demais atos da licitação e do contrato que se procederam de acordo com essa regra.

10. Primeiramente, não se mostra razoável a interpretação da recorrente de que, considerando a existência de lei que previa a isenção fiscal, e sendo esta superior ao edital, não caberia a este dispor que os produtos deveriam ser licitados com impostos. Conforme tem sido amplamente discutido neste e nos demais processos de TCE relacionados ao caso, o instrumento convocatório estabelecia a referida regra apenas para fins de comparação entre os preços das licitantes, sendo que o valor a ser pago à contratada deveria ser desonerado, conforme previsto em lei. Não havia incompatibilidade entre as normas legais e as regras do certame. Nem mesmo caberia à licitante continuar participando da licitação ignorando a regra constante do edital, assumindo, mediante interpretação havida por sua conta e risco, que a cláusula não seria válida. Caso a contratação, nos termos estabelecidos no edital e vigentes na ocasião, não fosse economicamente interessante para a empresa, importando-lhe prejuízo, ela poderia se abster de participar do certame, e não conferir interpretação diversa à redação de forma a “ajustá-la” ao que lhe fosse conveniente.

11. Lembro que a regra em questão tinha o condão de equalizar as propostas dos licitantes localizados em Goiás, beneficiados pela isenção, com as daqueles instalados nos demais estados da federação, permitindo que todos concorressem em igualdade de condições. Portanto, inversamente ao que a recorrente argui, não houve violação do art. 37, inciso XXI, da CF/1988, art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8666/1993.

12. Ademais, eventuais orientações do Ministério da Saúde e da Procuradoria do Estado em sentido diverso, ainda que tratem da matéria, não vinculavam as regras do edital.

13. A recorrente também argumenta a injustiça provocada pelo Convênio Confaz ICMS 87/02, que instituiu a isenção do imposto a ser suportada apenas pelo fornecedor final, no caso a empresa distribuidora de medicamentos, que se via obrigada a aplicar o desconto integral do imposto em seu valor de venda ao consumidor ou à Administração, sendo que o adquiria com o valor onerado. Essa operação representava prejuízo às empresas do ramo, na medida em que, nas condições normais, o valor a ser pago de ICMS era abatido do valor pago na compra, por ser tributo não cumulativo. Portanto, a isenção fiscal representava uma redução de sua margem, uma vez que (preço de venda desonerado - preço de compra) é menor que (preço de venda onerado - imposto efetivamente pago - preço de compra), e seria injusto que a empresa arcasse com o custo da política pública.

14. Compreendo a dinâmica da situação e a possibilidade de que o Convênio Confaz possa ter resultado em prejuízo às atividades da empresa, porém, não caberia a esta Casa se pronunciar acerca de regra tributária estadual, nem de seus efeitos. Muito menos deixar de buscar a recomposição do erário, em decorrência da venda de medicamentos sem desoneração de ICMS para a Administração, uma vez que os medicamentos foram adquiridos com recursos federais. A atuação do Tribunal visa à responsabilização pelo prejuízo causado à Administração, que deveria pagar pelo medicamento desonerado. Eventuais perdas ocasionadas pelas normas tributárias devem ser buscadas pela empresa no Poder Judiciário, por ser questão afeta ao seu interesse particular, para que, caso obtenha êxito, receba do Estado a reparação devida, o que de forma nenhuma se confunde com alguma compensação a ser concedida no âmbito destes autos.

15. Na sequência, a recorrente defende que a desoneração de suas vendas seria facultativa. Assim, assumindo, segundo ela, por hipótese, que o medicamento tenha sido vendido à Administração com incidência de ICMS, a consequência seria a ausência de recolhimento do tributo para o Estado de Goiás e apropriação do percentual de tributo pela empresa, cuja cobrança seria de competência do fisco estadual, e não do Tribunal. Esse raciocínio também não é válido. O edital impunha que a aquisição deveria ser efetivada pelo preço desonerado e, na medida em que a Administração, ao final, pagou pelo valor integral, a empresa se beneficiou e o erário incorreu em prejuízo, pois, estando vigente o incentivo, ela não era obrigada a recolher o excedente ao fisco de Goiás. Portanto, não cabe à fazenda estadual demandar o ressarcimento, mas sim à União, que pagou valor superior ao que era devido.

16. Não seria possível considerar que o preço proposto na licitação estava desonerado, quando o edital impunha claramente condição em sentido oposto, sendo que a própria empresa declarou que cumpria o instrumento convocatório. Mesmo porque, a Administração não poderia aceitar sua proposta como válida se sobre ela não incidisse o imposto, na medida em que ela estabeleceu tal regra. Se a Administração tivesse recebido essa outra declaração que a empresa diz ter entregue, que, inclusive, não se adequava às formalidades e regras de processamento da licitação, afirmando que sua proposta estaria isenta de ICMS, a única medida cabível seria a sua desclassificação.

17. Quanto à incidência de alíquota de 10% instituída pela Lei Estadual 12.462/1994, em vez da alíquota padrão do Estado, de 17%, não há como se ter certeza, pelos elementos trazidos pela empresa, de que ela se beneficiava dessa redução, pois a referida lei impunha uma série de condicionantes a serem cumpridas para tanto. Portanto, a mera existência dessa lei, cuja vigência nem mesmo foi comprovada pela empresa, não faz prova de que a empresa fruía desse benefício fiscal.

18. Requer, com base na verdade real, que o cálculo do prejuízo ao erário tenha por base o preço de mercado, que seria equivalente à média entre o preço máximo ofertado ao consumidor e o preço de fábrica, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado. Nesse sentido, pondera que os preços desonerados não superaram o preço máximo ao consumidor. Contudo, esse argumento não merece acolhimento, pois não foram questionados os preços praticados pela empresa, mas sim os pagamentos indevidos, em desacordo com as regras do edital e do contrato.

19. Por fim, eventuais retenções de pagamentos por parte da secretaria estadual não podem servir de abatimento de sua condenação em débito pelo Tribunal. Cabe à empresa buscar seus direitos que porventura estejam sendo violados por meio do Poder Judiciário, ou mesmo buscar que tais valores sejam considerados na execução da decisão condenatória desta Corte, mas de maneira nenhuma têm impacto no débito calculado pelo Tribunal.

20. Sendo assim, entendo pelo não acolhimento dos argumentos ora trazidos pela Hospfãr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., devendo ser negado provimento ao presente recurso.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de dezembro de 2018.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator