

GRUPO II – CLASSE I – Plenário
TC 008.959/2009-7.

Natureza: Embargos de declaração em Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Órgão: Secretaria de Estado de Saúde de Goiás (SES/GO).

Embargantes: Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Hospfár Industria e Comercio de Produtos Hospitalares S.a. (26.921.908/0001-21); Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (37.396.017/0001-10).

Representação legal: Marlus Vinicius Siqueira (OAB/GO 32.670) e outros, representando Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.; Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e outros, representando Hospfár Industria e Comercio de Produtos Hospitalares S.A.; Arthur Simas Pinheiro (OAB/DF 48.314) e outros, representando Cairo Alberto de Freitas.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. RAZÕES DE EMBARGO INSUFICIENTES PARA DEMONSTRAR OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. RECONHECIMENTO DE OCORRÊNCIA DE UMA DAS OMISSÕES APONTADAS. ACOLHIMENTO PARCIAL DE UM DOS EMBARGOS E REJEIÇÃO DOS DEMAIS.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de embargos de declaração opostos por Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares LTDA. (peça 206), por Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares LTDA. (peças 203 a 205) e por Cairo Alberto de Freitas (peça 198), então Secretário de Estado de Saúde de Goiás, em face do Acórdão 531/2018-TCU-Plenário que conheceu dos recursos de reconsideração interpostos pelos ora embargantes contra o Acórdão 469/2016-TCU-Plenário, para, no mérito, negar-lhes provimento.

2. O Acórdão 469/2016-TCU-Plenário julgou irregulares as contas especiais dos embargantes, condenou-os solidariamente em débito e exarou determinações à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás e à Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás (Secex-GO).

3. Em sua origem, o presente processo tratou de tomada de contas especial (TCE) instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), em cumprimento à determinação contida no subitem 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em decorrência de realização de pagamentos irregulares às empresas Hospfár e Medcommerce, para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 130/2006, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

4. O julgamento pela irregularidade das contas dos recorrentes decorreu do fato de as mencionadas empresas, isentas do recolhimento do ICMS por força da legislação tributária estadual, quando do faturamento dos medicamentos fornecidos, acresciam o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprimento da isenção tributária. Em outras palavras, não houve a desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos a elas realizados. Assim procedendo, essas empresas receberam indevidamente da SES/GO os valores correspondentes ao referido tributo.

5. Vale dizer que, quando da realização do Pregão 130/2006, por força editalícia, as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS, e, por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater, na nota fiscal, o ICMS embutido, em razão de isenção do tributo nas operações de fornecimento ao Estado de Goiás, de forma que o valor bruto com impostos serviria apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas.

6. Cabe o registro de que a irregularidade que ensejou a presente TCE também foi detectada em vinte outros processos licitatórios conduzidos pela SES/GO, razão pela qual esta Corte, por meio do Acórdão 1.789/2010-TCU-2ª Câmara, determinou àquela Secretaria estadual que apurasse tais falhas e, se necessário, instaurasse as tomadas de contas especiais respectivas. Dada a prática irregular reiterada no âmbito da SES/GO, apurações conduzidas pelos ministérios públicos estadual e federal indicam que entre 2002 e 2008 teriam sido desviados R\$ 13 milhões dos cofres públicos federais na compra de medicamentos pelo Estado de Goiás.

7. Alega a empresa Medcommerce, em suas razões de embargo, após demonstrar a tempestividade do recurso aviado, que:

a) a decisão embargada seria omissa ao não mencionar a fundamentação para o afastamento da responsabilidade do pregoeiro responsável pelo Pregão 130/2006, porquanto o TCU apenas teria feito menção ao fato de que os atos do pregoeiro não estavam relacionados aos pagamentos irregulares (peça 70, p. 22, item 93);

b) a seu sentir, o pregoeiro deveria ter questionado a empresa acerca dos preços ofertados no momento de participação no certame, pois possuía o dever de analisar as propostas e, inclusive, desclassificar aquela que se encontra em desacordo com o edital;

c) o pregoeiro, ao aceitar a proposta em desacordo com o edital teria sido negligente, de sorte que o TCU não poderia se omitir em relação a tal conduta;

d) a decisão embargada também seria omissa em face de o TCU ter ignorado as razões do recurso interposto pela embargante com relação à alegação (e provas) de que o preço proposto já não continha, em sua formação, o ICMS;

e) a alegada omissão restou caracterizada ao não considerar o laudo pericial juntado pelo embargante atestando a inexistência do ICMS no preço praticado, de sorte que o Tribunal deixou de apontar, inclusive, números e valores que comprovariam a prática do suposto sobrepreço;

f) a decisão vergastada também foi omissa ao não considerar a argumentação do embargante de que teve seus valores bloqueados em virtude da investigação em tela, fato que caracterizaria o bis-in-idem, porquanto foi condenada a ressarcir valores já pagos em data pretérita.

8. Ao final, requer o recebimento dos aclaratórios por esta Corte de Contas para que, no mérito, as omissões ora apontadas sejam sanadas.

9. Aduz a empresa Hospfar, em suas razões recursais e em extrato, como forma de demonstrar a existência de obscuridade, contradição e omissão e após alegar a tempestividade dos embargos, que:

a) o ofício de notificação da decisão embargada (peça 194), faz menção a quatro débitos, relativamente a quatro notas fiscais, imputados à embargante, enquanto que o relatório da mesma

decisão (peça 182) teria apontado débito relativo a apenas duas notas fiscais, de números 117554 e 117556, o que caracterizaria o vício de obscuridade;

b) teria ocorrido omissão em face de não ter sido tratada, na decisão combatida, a questão da compensação do ICMS devido nas operações de entrada e saída de mercadoria, de sorte que não foi considerada a retenção, pelo Estado de Goiás, do valor de R\$ 19.657.175,28 da embargante, deixando que a empresa Hospfär “se vire” quando das execuções;

c) a decisão recorrida teria se limitado a aceitar como inatacável os fundamentos do Acórdão 469/2016-TCU-Plenário, que julgou as contas da embargante irregulares, não enfrentando questões como: i) ausência de números precisos que indicassem a prática de sobrepreço ou superfaturamento associado ao débito imputado; ii) os preços cotados, no âmbito do Pregão 130/2006, não eram onerados com o ICMS, como assumido incorretamente por este TCU; iii) ausência de fundamento legal que justifique o sobrepreço de 17%, quando a lei determina a alíquota de ICMS de 10%;

d) os preços constantes da proposta, considerada para fins do Pregão 130/2006, além de não conterem o valor do ICMS, pois eram desonerados, representavam os preços de mercado;

e) a posição inicialmente defendida pela Secex/GO, de que seria necessária a realização de pesquisa de mercado para verificar a adequabilidade dos preços propostos e comprovar que eles estariam desonerados de ICMS, foi posteriormente modificada no âmbito da unidade técnica sem que a mencionada pesquisa tivesse sido realizada, a seu ver, uma clara omissão;

f) a realização da referida pesquisa, em seu entendimento, indicaria que as empresas não teriam condições de ofertar os preços apontados na tomada de contas pois eles seriam impraticáveis;

g) em suma, inexistiria nos autos provas que indicassem que outras empresas teriam condições de ofertar preços menores que os propostos, o que descaracteriza o dano ao erário e inviabilizaria a condenação da embargante, argumento não enfrentado pelo TCU na decisão combatida em clara omissão;

h) presente obscuridade e contradição no acórdão embargado “ao aduzir que não procede a alegação de que o edital não deveria ser observado, conquanto o simples fato de ele determinar a oferta onerada de um produto desonerado por lei” (sic); a favor de sua tese, traz excerto de parecer do jurista Marçal Justen Filho em que se conclui pela ocorrência de falha no edital do Pregão 130/2006 que previu a inclusão de custo ao licitante relativo a carga tributária inexistente;

i) fazer os preços constantes das propostas incluir a alíquota de ICMS, observando o edital, mas contrariando a lei, seria criar orçamentos imprecisos, pois eles não refletiriam o real custo da licitante para o fornecimento de fármaco de alto custo;

j) as decisões do TCU que culminaram com o reconhecimento de irregularidades nos fornecimentos de medicamentos de alto custo, além de interpretar de forma equivocada o Parecer 104/04 GOT, da Sefaz/GO, desconsideraram o teor do Parecer 1893/2008, que comprovaria que a desoneração de ICMS era sistêmica no âmbito dos fornecedores da SES/GO, na forma que restou orientado pelo Parecer 104/04 GOT, caracterizando omissão do julgado embargado;

k) a decisão combatida também sofreria de omissão por ter desconsiderado o Parecer 1198/2008-GPT, em que a própria Sefaz/GO teria aprovado a forma de desoneração de ICMS praticada pela embargante, nos termos do que prescrevia o Parecer 104/04 GOT;

l) não existe na ata do Pregão 130/2006, nem em nenhum outro documento dos autos, prova de que a embargante ofertou preço onerado, ao contrário, existiria prova de que a embargante teria ofertado os produtos, no âmbito do dito pregão, desonerados do ICMS, conforme declaração específica apresentada àquela ocasião;

- m) o depoimento prestado pelo pregoeiro, dando conta de que não analisava os documentos apresentados, mas tão somente verificava se a empresa apresentava a declaração de que cumpria as regras do edital, não poderia se prestar a fundar o entendimento do TCU, porquanto tal depoimento foi colhido unilateralmente, sem a presença da parte contra quem a prova estava sendo produzida;
- n) a análise técnica constante do relatório que precedeu ao acórdão recorrido teria sido omissa quando desconsidera a alegação da embargante de que os preços das ordens de fornecimento são iguais aos de sua proposta de preços, pois tal análise teria concluído que o preço da ordem de fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais;
- o) a decisão embargada padeceria de contradição na medida em que o TCU, ao entender, em sua jurisprudência, ser inaceitável que editais exijam preços onerados nas propostas de preços das licitações, sendo exatamente essa a conduta da embargante, não aplicou tal entendimento ao caso concreto;
- p) o relatório que precedeu o acórdão recorrido teria incorrido em obscuridade e omissão porquanto, sem nenhum cálculo de que se tenha conhecimento para se comprovar a prática de sobrepreço, concretiza a situação de a empresa ser obrigada a praticar preço impossível, a título de desoneração de ICMS, impondo risco de falência;
- q) a decisão combatida firmou entendimento de que teria ocorrido prejuízo ao erário com base em suposições e não em fatos, na medida em que os preços praticados pela embargante estavam em conformidade os valores estimados, que correspondiam aos preços de mercado e que eram declaradamente desonerados de ICMS;
- r) tanto a decisão embargada, quanto outros julgados do TCU acerca do mesmo tema, apontam indevidamente que a alíquota de ICMS incidente seria de 17%, ignorando o disposto no Regulamento do Código Tributário e na Lei Estadual 12.462/1994, que estabelecem a alíquota de 10% para esse tipo de operação;
- s) o TCU, sob o fundamento de se cuidar de verba estadual, teria sido omissa ao não tratar da questão da retenção administrativa dos valores devidos pela SES/GO à embargante, em montante original próximo a R\$ 20 milhões, decorrente do fornecimento dos medicamentos contratados, retenção esta realizada sob o argumento de que a questão da cobrança indevida do ICMS sobre medicamentos estaria sub judice;
- t) considerando que a retenção administrativa interfere diretamente na análise do presente caso, na medida em que o TCU não poderia mais buscar o ressarcimento de suposto prejuízo já devidamente recomposto, de sorte que a questão estaria sob a tutela desta Corte, sob pena de ocorrência de tripla condenação, nos âmbitos da SES/GO, judicial e do TCU;
- u) a decisão embargada seria contraditória pois ao admitir que os valores retidos pela SES/GO são estaduais, fora de sua alçada de atuação, não teria competência para instauração da presente TCE, porquanto os valores questionados não pertenceriam à União;
10. Ao final, requer a recorrente o provimento dos embargos apresentados para que sejam recebidos com efeitos infringentes, de sorte a sanear as omissões, obscuridades e contradições apontadas.
11. Adicionalmente solicita o reconhecimento de que teria ocorrido: a inobservância formal de uma única disposição editalícia não gerou, isoladamente, prejuízo ao Erário; a inexistência de prova idônea, de acordo com o pregoeiro, que implicasse o reconhecimento do preço onerado com o ICMS de 17%; o valor correto devido a título de ICMS seria de 10% e não de 17%; a inexistência de fundamento jurídico para se decretar a ilegalidade da compra por ausência de provas; a inexistência de prova de sobrepreço ou superfaturamento e afastado o débito imputado, para, alternativamente, seja ele reduzido tendo por base a alíquota de ICMS de 10%.

12. Por fim, requer a mesma embargante que seja determinada a compensação dos valores retidos.

13. Alega o Sr. Cairo Alberto de Freitas, em suas razões de embargo, após demonstrar a tempestividade do recurso aviado, que:

a) a decisão embargada faleceria de omissão em face de não ter tratado da inexistência de débito nos casos de ausência de desoneração de ICMS quando das vendas de medicamentos; cita, a favor da inexistência de débito, na referida hipótese, os Acórdãos 3.596/2014-TCU-Plenário e 1.154/2013-TCU-Plenário;

b) o Acórdão 1.154/2013-TCU-Plenário, que tratou de auditoria de conformidade na Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba (SES/PB), entendeu que a quantia proveniente da isenção do ICMS prevista no Convênio Confaz 87/2002, que deixou de ser aplicada pelos gestores quando da licitação e contratação do fornecimento de medicamentos excepcionais à SES/PB, não deve ser considerada como débito, não havendo que se falar em apuração de débito por meio de TCE;

c) tanto parecer da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, quanto entendimento firmado no âmbito da ação civil pública 0026577-74.2010.4.01.3500, que tramita na Justiça Federal em Goiás e que examina os mesmos fatos noticiados nesta TCE, são no sentido da necessidade de realização de perícias fiscais e contábeis em relação aos pagamentos efetuados às empresas vencedoras dos certames, com vistas a apuração dos valores eventualmente devidos;

d) a decisão embargada também teria sido omissa quanto à análise da impossibilidade de condenação solidária, pois, nos termos do decidido no REsp 881.426/SP, que apurou a responsabilização de gestores públicos por dano ao erário relativamente à aquisição de medicamentos, não caberia a responsabilização solidária por tal prejuízo, mas sim na medida de sua responsabilidade e extensão;

e) não poderia o embargante ser responsabilizado na mesma proporção das empresas, pois, se houve dolo, foi por parte das empresas desde o momento da licitação, licitação esta que não se deu na gestão do embargante.

14. Ao final, requer o embargante o acolhimento dos presentes embargos, com efeitos modificativos, para que o Acórdão 531/2018-TCU-Plenário seja reformado, de modo que seja excluída a responsabilidade do Sr. Cairo Alberto de Freitas acerca do débito que lhe foi imputado, bem como que, subsidiariamente, esta Corte se manifeste de forma expressa e fundamentada acerca da impossibilidade de condenação solidária dos responsáveis.

É o relatório.