

VOTO

Cuidam os autos de embargos de declaração opostos por Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares LTDA. (peça 206), por Hospfâr 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 (SES/GO) 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 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 Hospfâr 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. Feito este ligeiro esboço, passo a decidir.

8. De início, conheço dos embargos opostos em face do atendimento aos requisitos de admissão constantes dos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992.

9. Trato, a seguir, de cada um dos embargos trazidos pelos três recorrentes.

II

10. Alega a empresa Medcommerce, em suas razões de embargo, que a decisão embargada seria omissa ao não citar 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, em expressa referência ao trecho do voto condutor do Acórdão 469/2016-TCU-Plenário (peça 70, p. 22, item 93).

11. No sentir da embargante, 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. Entende que 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.

12. Tais argumentos não merecem acolhimento.

13. Ora, tanto a decisão embargada, Acórdão 531/2018-TCU-Plenário, quanto a decisão expressamente mencionada pelo recorrente, Acórdão 469/2016-TCU-Plenário, foram claras ao delimitar a conduta do pregoeiro, em garantir a aderência das propostas ao edital do certame (Pregão 130/2006), e, assim, afastá-la de eventual conduta que ensejou o prejuízo ao erário ora apurado, conduta esta relacionada aos atos de pagamentos pelo fornecimento dos medicamentos de alto custo, com a inclusão da parcela do ICMS.

14. Eis o trecho do voto condutor da decisão embargada que tratou da questão:

27. Cabe menção de que a conduta do pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, não guarda nexo de causalidade com o dano apurado, porquanto este decorreu das ações de pagamento, razão pela qual sua responsabilidade foi excluída pela decisão adversada

15. A responsabilização do pregoeiro encontraria espaço apenas se tivessem sido detectadas falhas no edital do Pregão 130/2006 e no procedimento de seleção das propostas, questões já amplamente discutidas nas duas instâncias decisórias às quais esta TCE se submeteu.

16. Em ambas as oportunidades, esta Corte entendeu que o fato de o edital exigir expressamente a discriminação do ICMS nas propostas a serem apresentadas não constituiria irregularidade, pois em momento algum teria fixado a cobrança de imposto estatual cuja isenção tributária era assegurada por lei. Mais uma vez, recorro à parte do voto condutor da decisão adversada (peça 181, p. 2) que bem esclarece a questão:

15. O edital do Pregão 130/2006, conduzido pela SES/GO, em momento algum fixou a cobrança de imposto cuja isenção tributária foi assegurada por lei estadual, mas apenas exigiu o destaque, nas propostas de preço a serem apresentadas, dos impostos incidentes sobre os produtos fornecidos, entre eles, o ICMS, com sua posterior desoneração na nota fiscal. Não há que se falar, portanto, em afronta do mencionado edital aos ditames da lei estadual. Nesse sentido, não restam dúvidas de que os preços faturados, similares àqueles constantes das propostas, tiveram em sua composição parcela relativa ao ICMS.

17. Defende a recorrente que 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. A alegada omissão restou caracterizada ao não considerar o laudo pericial juntado pela 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.

18. Observo, de início, que inexiste omissão, alegada em sede de embargos declaratórios, quando os argumentos de defesa são enfrentados pela instrução da unidade técnica e esta integrou as razões de decidir a fundar a decisão embargada. Cito, a título de exemplo, o que restou decidido no âmbito do Acórdão 1.118/2017-TCU-2ª Câmara, de relatoria do **Ministro Augusto Nardes**, cujo enunciado transcrevo a seguir:

Não há omissão apta ao acolhimento de embargos de declaração quando a matéria é enfrentada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e integra as razões de decidir da deliberação embargada, bem assim, na hipótese de haver aspectos divergentes entre o encaminhamento por ela proposto e o que foi compreendido pelo julgador, quando tais questões são objeto de considerações específicas.

19. Nesse mesmo sentido, menciono os Acórdãos 117/2018-TCU-2ª Câmara, 8.696/2017-TCU-2ª Câmara, 10.919/2016-TCU-2ª Câmara e 8.345/2016-TCU-2ª Câmara, entre tantos.

20. Descabida a omissão alegada. A decisão embargada concluiu que o valor do ICMS estava embutido nos preços das propostas apresentadas com base, entre outros, nas declarações assinadas pelas próprias empresas licitantes de que anuíram aos termos do edital e nos preços praticados pelas empresas contratadas e constantes das notas fiscais, idênticos àqueles que integraram as propostas.

21. Reproduzo, a seguir, trechos do relatório (peça 182) que precedeu o voto condutor da decisão combatida, cujos argumentos foram adotados nas razões de decidir do Acórdão 531/2018-TCU-Plenário, e que esclarecem o tema:

7.14. Nesse sentido, havendo declaração de que as empresas licitantes anuíram aos termos do edital, comprova-se que o ICMS estava embutido no preço, e a sua não desoneração causou prejuízo ao Erário, diante da isenção do imposto. Dessa forma, a demonstração nos autos de que o ICMS foi incluído na proposta é aceitação pelas empresas dos termos do edital, caso contrário, deveriam ter sido eliminadas do certame, o que não ocorreu, conforme afirmou o pregoeiro, que se baseou nas declarações de aceitação integral dos termos do edital diante da ausência de questionamentos tanto do edital quanto das propostas das licitantes (peça 70, p. 14, item 15). Destaque-se que no voto da decisão recorrida delimitou-se a origem do dano ao erário de forma cristalina e exaustiva (peça 70, p. 3-6, itens 12-25).

7.15. Considera-se que, acertadamente, a declaração dita genérica pelos recorrentes se sobrepôs à específica, sob pena de desclassificação das propostas. Atente-se que a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis, ou seja, bastava sua participação, mas havia também a declaração de aceite dos termos do edital. Nessa linha, a soma desses fatos reforça a prova dos autos no sentido de que as propostas já estavam oneradas conforme edital e que não foi realizada sua desoneração no momento da cobrança.

22. Com relação à alegada necessidade de comprovação da prática de sobrepreço, cabe asseverar que a decisão embargada afastou expressamente dita irregularidade, porquanto, no presente caso concreto, o prejuízo ao erário decorreu de pagamentos indevidos à embargante, onerados pelo valor de ICMS, mesmo diante de isenção garantida por lei. Eis o trecho do voto (peça 181, p. 4) que fundou a decisão embargada e que tratou da questão:

24. De mais a mais, o débito apurado nesta TCE não se refere à ocorrência de sobrepreço, comparativamente àqueles praticados pelo mercado, mas aos valores pagos a maior e de forma indevida pela SES/GO a título de ICMS, cuja isenção era garantida por lei.

23. De se observar que nas razões do recurso de reconsideração apresentadas pela embargante (peça 103) não existe referência a qualquer laudo pericial que ateste a inexistência do ICMS no preço praticado, circunstância que, por óbvio, não exigiria a manifestação desta Corte de Contas. Ao que parece, a embargante quis fazer referência ao parecer da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (Sefaz/GO) 104/04 GOT que, segundo ele, teria orientado os servidores da SES/GO a determinar aos licitantes que apresentassem suas propostas desoneradas do valor do ICMS.

24. A esse respeito, a decisão adversada foi enfática ao registrar a impossibilidade de eventuais orientações administrativas se sobreporem à regra expressa inserta em edital, na medida em que o edital se afigura como lei interna ao certame. Na ocasião, assim me pronunciei quando da prolação do Acórdão 531/2018-TCU-Plenário (peça 181, p. 2-3):

17. Cabe o registro de que eventual orientação administrativa diversa daquela constante expressamente em edital não tem o condão de se sobrepor à regra editalícia. Tais orientações encontrariam espaço de aplicação apenas para preencher lacunas deixadas por determinado edital. No caso concreto, o regramento do certame (peça 5, p. 20) foi claro ao estipular que as propostas de preço deveriam conter o valor dos tributos, inclusive do ICMS, com o subsequente desconto desse valor na nota fiscal.

25. Esclarece a embargante, por fim, que a decisão vergastada também foi omissa ao não considerar sua argumentação 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.

26. De igual modo, a embargante não aviou, em suas razões de apelo (peça 103) que foram apreciadas para fins de prolação da decisão combatida, argumento relacionado à possibilidade de dupla cobrança do débito imputado nesta TCE, em face de ação judicial ajuizada e que trata do mesmo objeto, fato que desterra a alegada omissão.

27. Em razão do exposto, entendo que os presentes embargos de declaração devem, no mérito, ser rejeitados.

III

28. A empresa Hospfar inicia suas razões recursais alegando que o ofício de notificação da decisão embargada (peça 194) a ela endereçado faz menção a quatro débitos, relativamente a quatro notas fiscais, 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.

29. Com relação à obscuridade apontada, tanto o ofício de notificação (peça 194) quanto o relatório que precedeu à decisão impugnada (peça 182) fazem expressa menção à existência de quatro débitos relativos a quatro notas fiscais, sem deixar qualquer margem de dúvidas quanto à totalidade do débito atribuído à recorrente.

30. Prossegue a embargante aduzindo que 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, cabendo à empresa Hospfar proceder ao ajuste durante as execuções.

31. Esclarece que, a seu ver, a retenção administrativa, em valor próximo a R\$ 20 milhões, 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, sob pena de ocorrência de tripla condenação, nos âmbitos da SES/GO, judicial e do TCU.

32. Inexistente a omissão alegada.

33. A decisão vergastada tratou expressamente acerca da impossibilidade de se averiguar, em sede de controle externo, eventual afronta ao princípio da não-cumulatividade, na medida em que tal ocorrência não foi objeto de análise na presente TCE. Acosto trecho do voto condutor da decisão combatida (peça 181, p. 3) que esclarece a questão:

20. Não calha, nesta Corte de Contas, a análise do argumento de eventual violação ao princípio da não-cumulatividade, em face de pagamentos de ICMS na entrada de medicamentos na empresa. O que se apura nesta TCE é o fato de a administração pública estadual ter pago indevidamente o valor correspondente ao mencionado imposto às empresas fornecedoras de medicamentos, com recursos federais. Possíveis créditos tributários decorrentes de operações de aquisição de medicamentos de fornecedores da ora apelante devem ser reclamados nas vias adequadas.

34. De igual modo, inexistente qualquer óbice a que esta Corte busque o ressarcimento de prejuízo causado ao erário em face de existência de ação judicial de mesma índole ou mesmo de retenção de recursos procedida em âmbito administrativo. Vale o registro de que eventual cobrança executiva fundada em decisão desta Corte de Contas deverá considerar as demais constrições patrimoniais promovidas com vistas ao ressarcimento ao erário do mesmo débito. Nesse sentido, reproduzo trecho do relatório (peça 182) que precedeu à decisão recorrida:

7.37. Ademais, não haverá triplice cobrança sobre um mesmo fato gerador. Note-se que o reconhecimento do dano pode ocorrer em diferentes esferas jurídicas, com consequências jurídicas

distintas, mas o ressarcimento será apenas um, sob pena de enriquecimento ilícito da União, o que seria afastado judicialmente. Atente-se estar diante de processo de conhecimento, o de execução será em outra oportunidade. No âmbito do processo de execução, poder-se-á comprovar que o ressarcimento já foi realizado, como alegam os recorrentes, mediante a apresentação das provas que julgar adequadas.

7.38. Nesse sentido, foge à competência desta Corte de Contas arbitrar conflitos entre a Administração Estadual e as empresas contratadas e demais devedores solidários, o que deve ser dirimido no âmbito do processo judicial, bem como arguido no processo de execução do débito cominado pela decisão recorrida. Anui-se, assim, ao disposto no voto da decisão recorrida, à peça 70, p. 20, itens 78-81 e peça 71, p 11-12.

35. Prossegue a embargante alegando que 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%.

36. Aduz que 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 com os valores estimados, que correspondiam aos preços de mercado e que eram declaradamente desonerados de ICMS.

37. Consoante já assentado neste voto, a decisão impugnada foi precisa ao afastar a ocorrência de sobrepreço, porquanto a irregularidade aqui descortinada se refere ao pagamento indevido de ICMS com recursos federais no fornecimento de medicamento de alto custo, tipo de produto isento desse tipo de imposto.

38. Com relação aos preços praticados para a aquisição dos medicamentos, a decisão combatida deixou assente que eles estavam onerados com o valor do ICMS, notadamente, em razão de as empresas terem declarado expressa concordância com o edital que previa a apresentação de proposta acrescida do valor de tal imposto, bem como a necessidade de destacar a isenção na nota fiscal e excluir o imposto do valor a ser pago, o que, na prática, não ocorreu. É dizer que os preços constantes das propostas apresentadas no âmbito do Pregão 130/2006 eram idênticos aos que figuravam das notas fiscais, sem a realização do abatimento devido.

39. Neste ponto, a embargante defende existir omissão decorrente do fato de não ter sido realizada a pesquisa de mercado sugerida pela Secex/GO, e que poderia confirmar que os preços praticados estariam de acordo com o valor de mercado, na medida em que a própria unidade técnica teria mudado de posicionamento, posteriormente, ao entender desnecessário tal levantamento.

40. Observo que a omissão aqui levantada refere-se aos fundamentos que embasaram a decisão condenatória instrumentalizada por meio do Acórdão 469/2016-TCU-Plenário, não sendo admitida na atual fase processual, em que se apreciam embargos de declaração opostos em face do Acórdão 531/2018-TCU-Plenário, que apreciou recursos de reconsideração interpostos contra o *decisum* condenatório.

41. Ainda de acordo com a embargante, inexistiria nos autos provas que indicassem que outras empresas teriam condições de ofertar preços menores que os propostos, o que descaracterizaria o dano ao erário e inviabilizaria a condenação da embargante, argumento não enfrentado pelo TCU na decisão combatida em clara omissão.

42. Referida omissão não procede. A questão da inexecutabilidade dos preços ofertados por outras empresas foi devidamente tratada no relatório que precedeu à decisão embargada (peça 182), conforme transcrição a seguir:

7.22. A alegação de que a desoneração do imposto acarretaria propostas inexequíveis veio desacompanhada de documentação comprobatória. Há no mercado farmacêutico preços variados para cada medicação havendo preço máximo ao consumidor, mas não preço mínimo estabelecido para venda, devendo argumentos como esses serem cabalmente demonstrados, o que não se fez nos presentes autos. O que se depreende das alegações da empresa é inconformismo pela diferença de preço ofertado entre ela e suas concorrentes.

43. Prossegue a embargante defendendo existir 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.

44. A seu ver, 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.

45. Argui a recorrente que as decisões do TCU que culminaram com o reconhecimento de irregularidades nos fornecimentos desses medicamentos, além de interpretar de forma equivocada o Parecer 104/04 GOT, da Sefaz/GO, desconsideraram o teor do Parecer 1.893/2008, 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, o que reforçaria a omissão do julgado embargado.

46. Aduz que a decisão combatida também sofreria de omissão por ter desconsiderado o Parecer 1.198/2008-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.

47. Tais vícios de obscuridade, contradição e omissão alegados devem ser rechaçados.

48. A decisão embargada foi precisa ao considerar que o edital do Pregão 130/2006 não possuía qualquer vício de legalidade que pudesse comprometer sua validade a reger o certame seletivo para o fornecimento de medicamento de alto custo. Apesar de prever que as propostas deveriam ser apresentadas com a oneração de todos os impostos, também estabelecia regra clara para a efetivação dos pagamentos às empresas que se sagrassem vencedoras, a serem procedidos com o destaque, na nota fiscal, do valor do ICMS.

49. Trago, mais uma vez, trecho do voto (peça 181, p. 2) que fundou o acórdão embargado:

15. O edital do Pregão 130/2006, conduzido pela SES/GO, em momento algum fixou a cobrança de imposto cuja isenção tributária foi assegurada por lei estadual, mas apenas exigiu o destaque, nas propostas de preço a serem apresentadas, dos impostos incidentes sobre os produtos fornecidos, entre eles, o ICMS, com sua posterior desoneração na nota fiscal. Não há que se falar, portanto, em afronta do mencionado edital aos ditames da lei estadual. Nesse sentido, não restam dúvidas de que os preços faturados, similares àqueles constantes das propostas, tiveram em sua composição parcela relativa ao ICMS.

50. Com relação aos pareceres 104/04-GOT e 1.198/2008-GPT, ambos da Sefaz/GO, e ao Despacho 1.893/2008-AJ/GAB/SES/GO – mencionados pela embargante como forma de demonstrar a existência de um cenário normativo impreciso que, em tese, autorizaria o entendimento por ela adotado de que seria possível apresentar as propostas desoneradas do valor do ICMS, a decisão adversada foi enfática ao afastar a viabilidade desse entendimento, notadamente, em razão de que o parecer que permitiria a apresentação de proposta desonerada do referido imposto, Parecer GOT 104/04, seria

aplicável apenas em caso de editais omissos quanto à questão da desoneração do ICMS, o que não foi observado no caso concreto descortinado.

51. Eis o que restou registrado a esse respeito no relatório (peça 182) que precedeu à decisão embargada:

7.9. Atente-se que as alegadas orientações do Ministério da Saúde, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e da Procuradoria Geral do Estado de Goiás para apresentação da proposta de preço já desonerada do ICMS não se sobrepõe à regramento específico trazido pelo edital. Dessa forma, não sendo omissa o edital de licitação, que explicitamente determinou às licitantes a apresentação de proposta de preços onerada com o ICMS, não há que se falar em erro imputável à Administração Pública, já que, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993, a licitação será processada e julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

7.10. Note-se que o Parecer GOT 104/2004 da Sefaz estabelece três opções de procedimento para composição de preço em caso de omissão do edital. O argumento de que a matéria sobre a desoneração de ICMS era controversa tem sido apresentado também em outros processos de tomada de contas que já tramitam no TCU, ora pelos ex-gestores da SES/GO ora pelas empresas contratadas. A propósito, reproduz-se a seguir, excerto do Voto do Acórdão 1344/2013 – TCU – Plenário, aplicável por inteiro ao presente caso, em que o Relator, Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, assim examinou essa questão (grifos acrescidos):

“V- Hospfar - Alegações de Mérito: Observância ao Parecer GOT 104/2004 da Sefaz

42. Em outra alegação, a empresa afirmou que não havia consenso sobre a questão da oneração/desoneração do ICMS entre diversas unidades estaduais atuantes no caso e que o procedimento adotado por ela e pelas demais concorrentes observou os ditames do Parecer GOT 104/2004 da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (Sefaz/GO).

43. Diga-se que o parecer da Sefaz/GO, Parecer 104/2004-GOT, não dá guarida à tese defendida pela empresa. O texto afirma claramente que, nos casos em que o edital da licitação fosse omissa, poderiam ser adotados, alternativamente, três procedimentos, a saber, i) a apresentação da proposta desonerada com acréscimo e abatimento posteriores do ICMS na nota fiscal; ii) a apresentação da proposta onerada com desconto do imposto na nota fiscal; ou, iii) apresentação da proposta com os dois valores, onerado e desonerado.

44. Convém ressaltar que o citado parecer autorizava a adoção de procedimentos alternativos na hipótese de o edital ser omissa. Ocorre que, no caso presente, o edital não era omissa. Como transcrito acima, o instrumento convocatório estabelecia expressamente o procedimento cabível, isto é, a apresentação da proposta onerada e o subsequente desconto do valor do tributo na nota fiscal. Portanto, a teor do parecer mencionado na defesa, o único procedimento aplicável era aquele previsto no edital do Pregão 174/2005, ou seja, a apresentação de proposta onerada.”

52. Ademais, consoante já expressamente assentado neste voto e naquele que guiou a decisão embargada, eventuais orientações administrativas não tem o condão de se sobrepor à regra expressa inserta em edital, na medida em que o edital se afigura como lei interna ao certame.

53. Prossegue a embargante arguindo que 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.

54. Neste ponto, cabe repisar o entendimento já aduzido neste voto de que a decisão inquinada concluiu que o valor do ICMS estava embutido nos preços das propostas apresentadas com base, entre outros, nas declarações assinadas pelas próprias empresas licitantes de que anuíram aos termos do edital, sob pena de desclassificação das propostas, de sorte que tal declaração genérica se sobrepôs à declaração específica em sentido contrário.

55. Aponta a recorrente que 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, argumento não apreciado pela decisão embargada.

56. É de se reconhecer a omissão alegada quanto à não apreciação do argumento no acórdão atacado. Contudo, não é ele suficiente para alterar o entendimento anterior.

57. A conduta do pregoeiro, apesar de não ter sido revelada inicialmente na fase externa desta TCE, porquanto permaneceu revel ao chamamento desta Corte, não foi a única nem a principal constatação a fundar o entendimento do TCU de que os preços ofertados estavam onerados com o valor do ICMS. O conjunto probatório que fundamentou tal entendimento encontra-se detida e amplamente analisado nos âmbitos dos Acórdãos 469/2016-TCU-Plenário e 531/2018-TCU-Plenário.

58. De igual modo, infundada a alegação de que teria ocorrido ofensa ao princípio do contraditório durante o depoimento prestado pelo mencionado pregoeiro ainda na fase interna desta TCE, porquanto além de a oitiva no âmbito do procedimento administrativo em questão não se cercar das características próprias daquelas do processo judicial, a embargante teve a chance de contraditar os argumentos por ele trazidos quando da apresentação de sua defesa, seja na fase instrutória, seja na fase recursal, como de fato o fez.

59. Aduz a embargante que a análise técnica constante do relatório que precedeu ao acórdão recorrido teria sido omissa quando desconsidera sua alegação 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.

60. Improcedente a omissão arguida.

61. A constatação de que os preços das propostas e das ordens de fornecimento eram semelhantes foi considerada para a formação de juízo no sentido de que os preços propostos no âmbito do Pregão 130/2006 estavam onerados com o valor do ICMS. A identidade entre eles, na verdade, fortaleceu a convicção de que, uma vez sendo o valor proposto onerado com o ICMS, nos termos do que o edital exigia, o mesmo montante assinalado na nota fiscal revelou o pagamento indevido do imposto isento por lei. Eis, mais uma vez, trecho do voto condutor da decisão embargada (peça 181, p. 2):

15. O edital do Pregão 130/2006, conduzido pela SES/GO, em momento algum fixou a cobrança de imposto cuja isenção tributária foi assegurada por lei estadual, mas apenas exigiu o destaque, nas propostas de preço a serem apresentadas, dos impostos incidentes sobre os produtos fornecidos, entre eles, o ICMS, com sua posterior desoneração na nota fiscal. Não há que se falar, portanto, em afronta do mencionado edital aos ditames da lei estadual. Nesse sentido, não restam dúvidas de que os preços faturados, similares àqueles constantes das propostas, tiveram em sua composição parcela relativa ao ICMS. (grifo não presente no original)

62. Prossegue a recorrente defendendo que a decisão embargada padeceria de contradição, pois apesar de a jurisprudência do TCU entender ser inaceitável que editais exijam preços onerados nas propostas apresentadas em licitações, sendo exatamente essa a conduta da embargante, não foi tal entendimento aplicado ao caso concreto.

63. A contradição indicada não se sustenta. A decisão embargada não afronta a jurisprudência do TCU, na medida em que o entendimento firmado enaltece a força vinculante do edital do pregão, verdadeira lei interna do certame licitatório. Ao firmar posição de que o edital era válido e regular, outra alternativa não se perfez, senão aquela de considerar as propostas oneradas pelo valor do ICMS, em respeito à lei do certame.

64. Afirmar a recorrente que 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.

65. A quantificação do débito com base na alíquota de 17% foi amplamente debatida no âmbito da decisão condenatória, Acórdão 469/2016-TCU-Plenário, cujos fundamentos foram adotados pelo voto condutor do acórdão embargado (peça 181, p. 3), conforme transcrito a seguir:

22. Com relação à quantificação do débito, que se utilizou da alíquota de 17% de ICMS, socorro-me da análise realizada no âmbito da decisão recorrida quando da apreciação do mesmo argumento (peça 70, p. 19-20), pela clareza com que a questão foi tratada:

VI - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

76. Conforme indicado no derradeiro parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a Hospfar 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%.

77. Conforme considerações apresentadas pelo Parquet especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são incontestes 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.

66. Alega a embargante, em derradeiro, que a decisão vergastada seria contraditória pois ao admitir que os valores retidos pela SES/GO são estaduais, fora da alçada de atuação do TCU, não teria, esta Corte, competência para instauração da presente TCE, porquanto os valores questionados não pertenceriam à União.

67. Não resta configurada a contradição indicada. De fato, os valores questionados nesta TCE pertencem à União, na medida em que os recursos utilizados para a compra de medicamentos de alto custo foram oriundos de recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Por outro lado, o fato de a decisão embargada não ter adentrado à questão da retenção administrativa de valores pela SES/GO não autoriza a conclusão de que seriam eles estaduais, mas apenas que a dita retenção deverá ser questionada, oportunamente, no momento da execução dos débitos imputados à embargante.

68. Em razão do exposto, entendo que os presentes embargos de declaração devem, no mérito, ser parcialmente acolhidos para sanar uma das omissões apontadas, sem modificar os termos da deliberação atacada.

IV

69. O Sr. Cairo Alberto de Freitas argumenta, em suas razões de embargo, que a decisão combatida fâleceria 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.

70. Aduz que 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.

71. Inexistente a omissão apontada. A decisão combatida analisou os efeitos de ambos os acórdãos mencionados na peça aclaratória, concluindo ou por sua inaplicabilidade ao caso concreto, como é o caso do Acórdão 3.596/2014-TCU-Plenário, ou pelo fato de o desfecho da decisão não refletir o que restou argumentado pelo recorrente, como é o caso do Acórdão 1.154/2013-TCU-Plenário. Transcrevo, a respeito, trecho do relatório (peça 182) que precedeu à decisão adversada:

7.19. No mesmo sentido deve ser afastado do presente caso concreto o entendimento proferido no âmbito do Acórdão 3596/2014 – TCU – Plenário, relator Ministro André Luís de Carvalho. Isto porque no referido caso o edital facultava a apresentação do preço com a dedução do imposto. Já no presente caso a regra era clara e impositiva. Para reforçar esse argumento, reproduz-se excerto do relatório do Acórdão 3596/2014 – TCU – Plenário (grifos acrescidos):

32. Para corroborar a tese da não compulsoriedade da isenção do ICMS, junta aos autos cópia do edital do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 086/2007, realizado pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, onde consta que ‘é facultada a apresentação do preço do item cotado com a dedução relativa à isenção do ICMS prevista no Convênio Confaz nº 87/2002’ (peça 63, p. 4).

7.20. Já no âmbito do Acórdão 1154/2013 – TCU – Plenário, relator Ministro Valmir Campelo, os responsáveis foram condenados em multa e foi determinada apuração de débito pela Secex/PB. Importa consignar que se encontra em tramitação na Secex/PB processo de tomada de contas especial (TC 023.957/2016-6), instaurada mediante o Acórdão 1701/2016-TCU-Plenário, que foi proferido no âmbito do TC 018.267/2015-7, o qual foi autuado como monitoramento, em atendimento ao item 9.9.2 do referido acórdão, o qual determinou que se promovesse novo cálculo para apurar possível dano aos cofres públicos federais decorrente das vendas de medicamentos excepcionais à SES/PB por preços acima do Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG). Dessa forma, o débito não foi afastado como alega o recorrente.

72. Prossegue o embargante arguindo que tanto o 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 no qual se 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 à apuração dos valores eventualmente devidos.

73. A esse respeito, vale dizer que o acórdão condenatório procedeu à apuração do débito nos termos do que prescreve as normas aplicáveis à espécie, não havendo dúvidas com relação aos valores calculados. Em adição, há que se destacar que as instâncias administrativas e judiciais são independentes, de forma que o TCU entendeu ser desnecessária nova produção de provas a fim de definir os valores devidos. Nesse sentido, trago trecho do relatório (peça 182) da decisão embargada que tratou da questão:

7.21. No presente caso, a Corte entendeu que o cálculo do débito não necessita de mais produção de prova. Nessa linha, como instância distinta da judiciária, possui liberdade para entender que as provas que contam dos autos são suficientes para tomada de decisão.

74. Entende o embargante que a decisão questionada 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. Salaria que ele não poderia 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.

75. A omissão alegada não se sustenta. A decisão inquinada bem delimitou a conduta do embargante, responsável pela autorização dos pagamentos irregulares e considerada decisiva para a ocorrência do débito. Também justificou a responsabilidade solidária do recorrente com relação aos demais responsáveis, inclusive, com a indicação da fundamentação aplicável. Trago trechos do voto condutor da referida decisão (peça 181, p 4-5) que trata da questão:

30. Com relação à retenção dos pagamentos pelo Sr. Cairo após ele ter percebido a falha, é digno de registro que a decisão recorrida já considerou tal fato como atenuante no momento da dosimetria da pena de multa a ele aplicada, nos termos do art. 57 da Lei 8.443/1992, embora tenha entendido que as referidas retenções não implicaram o reconhecimento da boa-fé por parte do responsável.

31. Por derradeiro, observo que a condenação do Sr. Cairo decorreu da comprovação de que ele, mesmo na condição de agente político, autorizou os pagamentos irregulares, sem o devido cuidado de observância às regras editalícias, contribuindo, assim, para a ocorrência do dano apurado, de sorte que sua responsabilidade solidária fundou-se na aplicação das disposições contidas nos arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da CF/1988. Ademais, o fato de não ter se locupletado dos prejuízos causados ao Erário é irrelevante para sua responsabilização.

32. Ainda com relação à conduta do recorrente, em referência ao voto condutor da decisão apelada, transcrevo trecho da instrução de mérito da Serur (peça 176, p. 16), que tão bem a delimitou:

7.34. Ademais, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento. No caso em tela, bastaria que o gestor retrocedesse algumas folhas no processo de pagamento para verificar que o preço unitário lançado na ordem de fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais. Como os processos seguiram seu curso e resultaram na concretização de pagamentos indevidos, conclui-se que, ou o gestor agiu com negligência deixando de efetuar verificações mínimas quando da autorização, ou concordou com o procedimento, atuando de forma conivente.

7.35. De outro modo, a responsabilidade dos agentes políticos, que segundo jurisprudência do TCU, também se opera pela culpa *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim, o Secretário de Saúde é quem escolhe os seus subordinados. No momento da escolha o gestor não pode ser negligente ao preencher os principais cargos de comando operacional da máquina administrativa, que, neste caso, acabaram por propiciar prejuízo ao erário. Portanto, não cabe acolhida aos argumentos da defesa.

76. Em razão do exposto, entendo que os presentes embargos de declaração devem, no mérito, ser rejeitados.

Com essas considerações, VOTO para que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 1 de agosto de 2018.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator