

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 016.592/2010-7.

Natureza: Embargos de Declaração (em Recurso de Reconsideração).

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

Embargantes: Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15) e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21).

Representação legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e outros, representando Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.; e 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 OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (peça 144) e pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas (peça 143), então Secretário de Estado de Saúde de Goiás, em face do Acórdão 1.831/2018-TCU-Plenário, que conheceu e negou provimento a recursos de reconsideração interpostos pelos recorrentes contra o Acórdão 2.455/2016-TCU-Plenário, mantido pelo Acórdão 1.571/2017-TCU-Plenário.

2. O Acórdão 2.455/2016-TCU-Plenário, a seguir transcrito, julgou irregulares as contas especiais dos embargantes, condenou-os solidariamente em débito com outro responsável 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):

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada por determinação do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 171/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos de alto custo para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e § 2º da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU, julgar irregulares as contas dos responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., condenando-os, solidariamente, em débito, pelas quantias indicadas no quadro a seguir, e fixar-lhes o prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados das respectivas datas até as datas dos efetivos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
085390	11.743,26	19/6/2007
092064	26.204,03	19/6/2007
092991	10.171,44	19/6/2007
095062	6.782,74	19/6/2007
097531	6.823,34	19/6/2007

9.2. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.3. determinar à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás que, no prazo de sessenta dias, contados da ciência deste acórdão, providencie a instauração e remessa a este Tribunal de novos processos de tomada de contas especial relativos aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 171/2005/SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, sendo um processo para cada empresa contratada no referido pregão, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que:

9.3.1. o dano apurado neste processo de tomada de contas especial levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 3/2010 da comissão instauradora de TCE e, portanto, apenas a parte das notas fiscais até então emitidas pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., uma das três empresas fornecedoras de itens do pregão;

9.3.2. há, no referido Relatório Conclusivo 3/2010, informação da existência de um dano potencial que poderia se concretizar com a realização de pagamentos integrais às empresas, em face da emissão de notas fiscais e de suas propostas, consideradas por essas como já tendo sido desoneradas do ICMS, o que só não ocorreu em razão das retenções que vinham sendo efetuadas por essa unidade;

9.3.3. o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, remetem à informação de que a Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho "GAB" 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade da manutenção da retenção de pagamentos por falta de amparo legal (peça nº 25), de modo que, assim, se possibilitou, com esses documentos, a realização dos pagamentos pleiteados pelas empresas, concretizando-se, possivelmente, o dano potencial apurado pela comissão instauradora da TCE;

9.4. determinar à Secex/GO que:

9.4.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do item 9.3 retro, encaminhe à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia integral deste processo em meio eletrônico, juntamente com cópia do inteiro teor deste acórdão;

9.4.2. monitore o cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida por este Tribunal e, tão logo receba o(s) processo(s) de tomada(s) de contas especial(is) assim constituído(s), realize a citação dos responsáveis nela(s) identificado(s);

9.5. encaminhar cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para ajuizamento das ações civis e penais que entender pertinentes, tendo em vista o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992; e

9.6. dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público daquele estado, por intermédio de sua 4ª Promotoria de Justiça, para que adote as medidas que entender pertinentes, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 171/2005/SES/GO.

3. As contas dos recorrentes foram julgadas irregulares vez que a mencionada empresa, isenta do recolhimento do ICMS por força da legislação tributária estadual, quando do faturamento dos medicamentos fornecidos, acrescia o valor do imposto à nota fiscal e após o abatia a título de cumprimento da isenção tributária. Em outras palavras, não ocorreu desoneração daquele tributo por ocasião dos pagamentos realizados à Hospfar. Assim, essa empresa recebeu indevidamente da SES/GO os valores correspondentes ao referido tributo.

4. Afinal, por força editalícia, as empresas licitantes no Pregão 171/2005 deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, dentre eles o ICMS. Por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater o ICMS embutido na nota fiscal, 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.

5. A irregularidade que ensejou a presente TCE também foi detectada em diversos outros processos licitatórios conduzidos pela SES/GO, razão para se determinar a esse órgão, por meio do Acórdão 1.789/2010-TCU-2ª Câmara, que apurasse tais falhas e instaurasse as respectivas tomadas de contas especiais. Também acerca do assunto, apurações conduzidas pelos ministérios públicos estadual e federal indicam que, entre 2002 e 2008, teriam sido desviados aproximadamente R\$ 13 milhões dos cofres públicos federais na compra de medicamentos pelo Estado de Goiás.

II

6. Nesta fase processual, alega a recorrente Hospfär a ocorrência de supostas obscuridade, contradição e omissão no julgado recorrido, apresentando como razões principais as que podem ser vistas no trecho do recurso a seguir transcrito, **verbis**:

Com o devido respeito e acatamento, a embargante aduz que as falhas constantes do julgado, consubstanciadas em obscuridade, omissão e contradições, vão do histórico à conclusão e são apresentados de forma simples, porém, não realista.

Não resta dúvida de que o Pregão 171/2005 é apenas um exemplo daqueles realizados no período pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, mas exatamente por isso, exige-se seu enfrentamento corajoso para que possa modificar os julgamentos anteriores e por isso o caráter infringente destes embargos. Não existe razão para um recurso existir, se não, para que se possa buscar dar um novo olhar ao problema, não se esquecendo que nossos Códigos em vigor, Civil e Processo Civil, prestigiam a conciliação e a boa-fé, assumir sim o Tribunal o papel conciliador das problemáticas ocorridas nos estados, pois se o TCU não tem nenhuma dúvida sobre sua competência, por haver a União financiado parte da aquisição dos fármacos não poderia e não deveria omitir-se de compreender que:

O Convênio ICMS 87/02 sempre foi imperfeito e uma de suas várias imperfeições é deixar exposto o fornecedor final para a Administração Pública, conquanto este arca com o ICMS na entrada e não pode usufruir deste crédito posteriormente, o que o prejudica sobremaneira.

O valor de R\$ 19.657.175,28 (dezenove milhões, seiscentos e cinquenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais e vinte e oito centavos) que o Estado de Goiás reteve da embargante são significativos e não apenas por serem elevados e não terem sido pagos, mas ver pulularem decisões no TCU que analisam a questão de forma superficial sob o argumento de que a Embargante deve requerer, por outra via, a liberação de seus créditos, entendimento este inadmissível.

*Não é justo que este Tribunal se omita quanto a isso deixando que a embargante se vire quando das execuções, sabedora que em matéria de embargos a matéria de defesa é restrita, e igualmente lá, certamente haverão de dizer que **esta questão deveria ter sido aqui decidida, conquanto foi discutida, houve o contraditório e etc, etc ...***

Se o julgado sustenta-se exatamente sobre as mesmas bases dos julgados anteriores, utilizando-se dos seus mesmos argumentos, dir-se-á que estão seguindo o entendimento firmado, mas justamente, é contra este entendimento firmado que resiste a embargante, pois considera-o excessivamente rigoroso, olhando a situação ocorrida de 2003 a 2006 com os olhos de 2018, quando muito já se evoluiu na compreensão geral dos fatos envolvidos.

Exemplificativamente, a simples aceitação de que a Embargante ofertou preços onerados de ICMS – premissa básica do julgado -- não encontra respaldo fático, pelo contrário, as provas dos autos demonstram que as declarações feitas pela embargante eram objetivas e claras quanto a que estavam os preços cotados isentos de ICMS. Desta forma o valor adjudicado é o valor sem a incidência de ICMS, ou seja, desonerado.

Ora, se este preço foi praticado, não há aceitar a tese de que houve prejuízo ao erário, até porque foi praticado o preço de mercado, e esta prova que o julgado original jamais poderia ter deixado de exigir da SECEX/GO que justificou a dificuldade de produzir esta prova requerida pela embargante, que houvera sido deferida pelo Ministro Augusto Sherman.

Esta prova de que os preços praticados não são questionados quanto a superfaturamento ou sobrepreço e mais ainda de que foram praticados em conformidade com a média dos preços da época demonstra que o julgamento não possui bases sólidas.

As falhas no enfrentamento adequado dos argumentos da Embargante macularam a análise técnica, impregnaram-se nos pronunciamentos do Ministério Público Acórdão e assim, naturalmente, afetaram o Acórdão nº 1831/2018, ora embargado.

*Assim, com vistas a demonstrar claramente estas falhas do julgado a Embargante passa a apontá-las: Há falhas no julgado, consubstanciadas na obscuridade da análise que não apontou os números/valores que provariam a prática de sobrepreço; na omissão, (a) deliberada de ignorar as razões de defesa entendendo, contrariamente às provas válidas, que o preço cotado pela Embargante já era desonerado de ICMS e que a única declaração entendida como contraditória deu-se em virtude da imposição do edital, apenas por equívoco da Embargante de não ressaltar a desoneração de ICMS, vez que as outras 2 (duas) declarações são específicas, claras e não deixam dúvidas quanto a desoneração de ICMS nos preços; (b) sendo omissa ainda pela não contabilização de todos os custos que oneram o preço questionado, como mandava o edital; (c) bem como de ignorar solenemente que a Embargante teve bloqueados valores superiores aos apurados em decorrência do acórdão, não tendo determinado sua compensação; sendo omissa ainda quanto a produção de prova suficiente a demonstrar que os preços praticados seriam superiores aos de mercado, e sem provas não pode haver condenação; e nas contradições caracterizadas pela (a) aplicação de alíquota de 17% ao ICMS inaplicável à embargante pois a legislação que manda seja aplicada a alíquota de 10% (Lei 4.852/1997/Regulamento do Código Tributário de Goiás), (b) bem como no entendimento de que a estimativa de preços possui legitimidade jurídica para representar a referência de mercado, pois se os preços praticados pela Embargante respeitaram estes preços estimados, inacreditável que o acórdão não tenha concluído pelo juízo de inexistência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. (c) pelo entendimento de faltar competência ao TCU para determinar a compensação de valores; e, (d) entendimento de aplicação **ex tunc** do acórdão nº 140/2012 do plenário do TCU.*

A incorreção do julgado advém de aspectos básicos, porém ignorados, tais como:

I. Preço absolutamente compatível com os praticados no mercado à época do processo licitatório;
II. Ausência de comprovação, com números precisos, da prática de sobrepreço ou superfaturamento, além de desconsiderar absolutamente a verdade real do mercado e os demais custos que oneram o preço apresentado pela embargante no Pregão 171/2005;

III. Os preços cotados não eram onerados, como assumido incorretamente por este Tribunal, sendo incorreta esta premissa da qual defluem consequências funestas para a embargante que vê seus preços serem duplamente desonerados;

IV. Ausência de fundamento legal e de prova fática que autorizem a conclusão de que o sobrepreço teria sido de, exatamente, 17% conquanto existe Lei que determina ser de 10%;

V. O alegado prejuízo aos cofres públicos não se concretizaria pelo simples descumprimento formal do Edital. Sendo dever da acusação provar a prática de sobrepreço com números precisos e inequívocos, o que não ocorreu nas análises da Unidade Técnica e do Ministério Público e que embasaram o voto do Relator.

VI. A existência de prova de que a Administração Pública Estadual reteve em 2008/2009 a importância original de R\$ 19.657.175,28 (dezenove milhões, seiscentos e cinquenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais e vinte e oito centavos) devidos à Embargante por fornecimentos de fármacos a título de "ressarcimento dos prejuízos enfrentados pela não desoneração do ICMS" e que, os retêm até hoje em flagrante ato ilegal, abusivo e inconstitucional.

O Acórdão 6308/2018 limitou-se a aceitar como inatacável o tema apenas utilizando-se de decisões de outros feitos para responder aos questionamentos objeto do recurso, ignorando a possibilidade de estar incorrendo nos mesmos erros, omissões e injustiças outrora praticados. O não enfrentamento prático de caso a caso, específico, demonstrativo, com números precisos, macula o julgado na medida em que demonstra a impossibilidade de sua modificação através do saudável enfrentamento de fatos e ideias e a possibilidade de estar livre de pré-julgamentos para a recepção e análise do recurso apresentado, pois em verdade este deveria ser o espírito do julgador em duplo grau de jurisdição.

Daí laborando mecanicamente, a decisão não convence a jurisdição quanto ao seu acerto, sendo certo que a embargante na qualidade de distribuidora de medicamentos que sempre teve em vista a apresentação de bons preços e entregas pontuais, aliada ao estrito cumprimento das leis nacionais, se vê reiteradamente julgada por uma máquina incapaz de compreender a realidade da época dos fatos, ou mesmo de situações contemporâneas como a tributação do ICMS que sofre na entrada e é impedida de

abater na saída, ou da óbvia utilização da alíquota de 10% pois esta era a efetiva alíquota que seria devida se isento não fosse.

Assim o julgado padece de contradições, obscuridade e omissão quanto a prova básica, pois fundamentou-se o acórdão recorrido no entendimento genérico de que houve o descumprimento do edital que exigia a apresentação de preços onerados.

Novamente ignora este Tribunal que à época dos fatos a Embargante em inúmeras oportunidades apresentou impugnações a inúmeros editais da SES/GO, apontando a contradição de se exigir preços onerados para produtos onerados, porém, a exemplo deste julgado, jamais foi sequer ouvida pela SES/GO.

Assim o descumprimento formal do Edital não autoriza a conclusão da ocorrência de prejuízo, que é genérica e sistêmica no julgado, se impõe que o Acórdão enfrentasse os argumentos e não apenas os rejeitasse ou afirmasse que não é o foro competente para julgar questões tributárias, ou de compensação. Sem omissão, sem obscuridade, sem contradição.

O cálculo do prejuízo apresentado no Acórdão não considera o mercado, mas apenas os cálculos genéricos de débito, salientando-se mais uma vez, que competia à Unidade Técnica demonstrar que os preços praticados pela Embargante eram superiores aos preços de mercado ou mesmo que seria possível adquirir os produtos com preços 17% a menos do estimado. [Ao final, a decisão embargada avaliou como desnecessária a realização de pesquisas de preços, conforme defendido pelo Parquet]

Para o Ministério Público, "não interessa se as propostas de preços estavam de acordo com os preços de mercado pois a isenção acabou desconsiderada por ocasião dos pagamentos". Esse entendimento é extremamente raso, simplista pois, o preço de mercado é o preço líquido de fornecimentos, ou seja, sem o ICMS.

Outra contradição onde a despeito de aduzir buscar a verdade real, com o máximo respeito, este intuito não foi atingido em virtude da adoção totalitária do entendimento de que os preços ofertados estavam com a inclusão de impostos, quando evidentemente não estavam.

Há que se verificar que existem algumas particularidades neste processo acerca da pesquisa de preços de mercado, prova insistentemente requerida pela Embargada.

7. Em outras passagens, a embargante Hospfâr alega: i) inexistirem provas de que outras empresas teriam condições de ofertar preços menores que os propostos; ii) não procederia a afirmação de que o edital não deveria ser observado, “conquanto o simples fato de ele determinar a oferta onerada de um produto desonerado por lei”, conforme parecer do jurista Marçal Justen Filho; iii) ter havido interpretação equivocada do Parecer 104/04 GOT, da Sefaz/GO, ao se desconsiderar o teor do Parecer 1.893/2008, que comprovaria ser a desoneração de ICMS sistêmica no âmbito dos fornecedores da SES/GO, na forma orientada pelo Parecer 104/04 GOT; e iv) ter sido desconsiderado o Parecer 1.198/2008-GPT, em que a própria Sefaz/GO aprovaria a forma de desoneração de ICMS praticada pela embargante, nos termos do Parecer 104/04 GOT.

8. Ao final, requer a recorrente o provimento dos embargos apresentados para que sejam recebidos com efeitos infringentes e reconhecidos: i) a inobservância formal de uma única disposição editalícia não geraria, isoladamente, prejuízo ao Erário; ii) a inexistência de prova idônea, de acordo com o pregoeiro, que implicasse o reconhecimento do preço onerado com o ICMS de 17%; e iii) a ausência de elementos de prova de superfaturamento.

9. Alternativamente, requer: i) seja o débito reduzido para valores correspondentes às diferenças percentuais entre os preços máximos ao consumidor com ICMS e os preços faturados, também com ICMS pela HOSPFAR, ou ao valor correspondente à alíquota de 10% prevista na Lei nº 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário de Goiás); e ii) seja determinada a realização de nova e completa diligência junto à SES/GO a fim que sejam esclarecidos os valores retidos a título de ressarcimento do ICMS e se ocorreu a liberação de qualquer desses créditos em favor da embargante, após a orientação da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, que considerou ilegais as retenções promovidas pela administração pública estadual, devendo tais pagamentos serem devidamente comprovados documentalmente.

III

10. Por sua vez, o Sr. Cairo Alberto de Freitas alega que a decisão recorrida não teria sido devidamente fundamentada, em obediência aos arts. 489, §1º, e 1.022 do CPC, considerando que o voto do relator teria feito apenas referência a outros julgados.
11. Continuando, afirma que a decisão embargada seria omissa em face de não ter tratado da inexistência de débito nos casos de ausência de desoneração de ICMS quando das vendas de medicamentos, citando como exemplo favorável à inexistência de débito nessa hipótese os Acórdãos 3.596/2014-TCU-Plenário e 1.154/2013-TCU-Plenário.
12. Nesse sentido, o Acórdão 1.154/2013-TCU-Plenário, que tratou de auditoria de conformidade na Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba (SES/PB), teria entendido 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 deveria ser considerada como débito.
13. Ademais, informa que a Procuradoria-Geral do Estado de Goiás, assim como decisões tomadas no âmbito da Ação Civil Pública 0026577-74.2010.4.01.3500, que tramita na Justiça Federal em Goiás e que examinam 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.
14. Assevera também que a decisão embargada seria omissa quanto à análise da impossibilidade de condenação solidária, pois, nos termos decididos pelo STJ no âmbito do 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. Disso resultaria que o Sr. Cairo não poderia ser responsabilizado na mesma proporção das empresas. Afinal, se houve dolo, foi por parte das empresas desde o momento da licitação, a qual não teria ocorrido na gestão do embargante.
15. Ao final, requer o embargante o acolhimento dos presentes embargos com efeitos modificativos, visando a que o Acórdão 1.831/2018-TCU-Plenário seja reformado para excluir a responsabilidade do Sr. Cairo Alberto de Freitas acerca do débito que lhe foi imputado; e, subsidiariamente, que esta Corte se manifeste de forma expressa e fundamentada acerca da impossibilidade de condenação solidária dos responsáveis.

É o relatório.