

VOTO

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), ex-Secretário de Estado de Saúde de Goiás (SES/GO), 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. 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 à contratante, 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.

3. Essa irregularidade ocorreu no âmbito do Pregão 171/2005, para o qual, por força editalícia, a empresa licitante deveria oferecer propostas de itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS; 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.

II

4. Conheço dos embargos, presentes os requisitos fixados nos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992. Quanto ao mérito, apesar de rejeitar os recursos, considero oportuno emitir considerações adicionais ao voto embargado, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, visando novamente expressar e explicar a motivação da deliberação recorrida.

5. Afinal, os vícios indicados nos aclaratórios constituem flagrante tentativa de rediscussão do mérito da deliberação recorrida, o que contraria sólida jurisprudência desta Corte, a exemplo da exarada mediante o Acórdão 2.635/2015-TCU-Plenário, relator o Ministro Bruno Dantas, e por meio do Acórdão 3.339/2013-TCU-1ª Câmara, relator o Ministro Walton Alencar.

6. Tais decisões afirmam: i) a impossibilidade de se reconhecer como omissão a (re)apresentação de argumentos já enfrentados pela unidade técnica no relatório utilizado pelo relator como razões de decidir a deliberação recorrida; e ii) a inadequação dos embargos para correção de eventuais erros de julgamento. Apesar disso, reconhecem que a simples alegação de omissão, obscuridade ou contradição são suficientes ao conhecimento dos aclaratórios, como assim o fiz.

7. Conforme se deduz do item 7 do meu voto condutor da decisão embargada, foram expressamente incorporadas às razões de decidir os fundamentos da instrução produzida pela unidade técnica à peça 128, com a qual manifestou concordância o representante do **Parquet** (peça 131), como motivação e fundamentação à condenação dos recorrentes em débito.

8. Portanto, diferentemente do que afirmam os recorrentes, todos os seus argumentos foram devidamente enfrentados, vez que, conforme dicção do art. 69 do Regimento Interno/TCU, integram a deliberação recorrida o relatório e o voto, partes em que, consideradas em conjunto, verifico constar o detalhamento da motivação para refutar todas as alegações de defesa dos responsáveis. O que está a acontecer, portanto, é inconformismo recursal com o mérito da decisão embargada. Isso não configura nenhum dos vícios inerentes à espécie embargos de declaração.

9. A propósito, a jurisprudência desta Corte, a exemplo do Acórdão 2.202/2017-TCU-Plenário, Relatora a Exma. Ministra Ana Arraes, afirma que, nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil, somente os argumentos capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo julgador devem ser obrigatoriamente examinados, o que envolve juízo específico, caso a caso, do julgador. Eis o trecho dessa decisão jurisprudencial que interessa:

15. Da mesma forma, não vislumbro violação ao Código de Processo Civil – aplicável subsidiariamente aos processos desta Corte – ao deixar de examinar todos os argumentos deduzidos no processo. Uma vez reconhecido que a matéria escapa da esfera deste Tribunal, não se faz necessário examinar um a um os

argumentos aduzidos pelo recorrente. De acordo com o CPC (art. 489), apenas argumentos capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo julgador devem ser obrigatoriamente examinados, (...)

III

10. Como dito, embora não vislumbre nenhum dos vícios recursais apontados, passo a novamente motivar a decisão recorrida, começando por enfrentar as alegações da empresa Hospfâr.

11. Primeiro, quanto à argumentação de que não teria sido enfrentada 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 Hospfâr proceder ao ajuste durante as execuções, transcrevo o trecho que utilizei como minhas razões de decidir e que volto a ratificar:

8.35. *Por fim, quanto a valores que teriam sido retidos pelo Estado de Goiás, importante frisar que à peça 46, p. 13, itens 47-50, esta Corte entendeu não haver recursos federais retidos pelo ente estadual.*

8.36. *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.*

8.37. *Nesse sentido, foge à competência desta Corte de Contas arbitrar conflitos entre a Administração Estadual e a empresa contratada 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 46, p. 13, itens 47-50 e peça 47, p. 6, item 25.*

8.38. *Os recorrentes, se desejarem, podem utilizar-se, por exemplo, da ação regressiva, quando serão analisadas todas as provas bem como respeitado o devido processo legal para defesa de todas as partes envolvidas. No âmbito desta Corte, resta caracterizado o dano ao erário e a necessidade de ressarcir os cofres públicos federais. Caso esse ressarcimento já tenha sido feito, até mesmo a maior como alega a indigitada, no momento e ação oportunos será feito o necessário e justo ajuste. Portanto, o fato de haver a possibilidade de inexistir a necessidade de devolver os recursos aos cofres públicos, o que será averiguado em momento posterior, não afasta a ocorrência do dano ao erário, sendo, improcedente o pedido de afastamento do débito.*

12. Acrescento inexistir 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. Reafirme-se, 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.

13. Relativamente à discussão levantada pela Hospfâr, em todas as suas defesas, alegando suposta inexistência de provas de superfaturamento nos autos, esclareço não ser a questão principal motivadora do débito. Ora, a irregularidade discutida se refere ao pagamento indevido de ICMS com recursos federais no fornecimento de medicamento de alto custo, tipo de produto isento do imposto referido. Indépende, portanto, de os medicamentos custarem X ou Y, o fato é que foram indevidamente onerados com alíquota de 17% de ICMS, despesa irregular suportada com recursos federais.

14. Também ausentes de solidez jurídica e fática as questões afetas à necessidade de realização de pesquisa de mercado, de existência de supostas declarações favoráveis à embargante, de possível regularidade em descumprir o edital objeto dos autos, conforme defenderia jurista contratado pela Hospfâr, da existência de pareceres jurídicos de órgãos estaduais que asseverariam a regularidade do que questiona esta Corte (indevida oneração de ICMS), da aplicabilidade **ex tunc** do Acórdão 140/2012-TCU-Plenário e da possibilidade de utilização de alíquota de ICMS de 10% e não 17%. Quanto a tudo isso, a instrução que incorporei às minhas razões de decidir traz os devidos enfrentamentos. Transcrevo o que interessa para mais uma vez ratificar meu voto ora embargado, posicionamento original que enfrentou devidamente todas as argumentações constantes dos recursos de reconsideração que relatei:

8.7. É preciso notar que a alegação de que o edital não deveria ser observado, pois contraria o normativo que estabelecia à época da licitação a isenção do imposto para a compra de remédios de alto custo, não procede. Isto porque o edital não comandou a cobrança do imposto, mas determinou a forma como ele deveria ser apresentado na proposta de preço para posterior desoneração.

8.8. 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 sobrepõem 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.

8.9. 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 1.344/2013-TCU-Plenário, aplicável por inteiro ao presente caso, em que o Relator, Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, assim examinou essa questão (grifos acrescentados):

'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.

(...)

XIV - Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros - Alegações de Mérito

84. O Sr. Fernando Passos defendeu o procedimento adotado pela empresa Hospfar, por entendê-lo compatível com o edital. Prosseguiu sustentando que, durante sua gestão na SES/GO, não lhe foi dado conhecimento de que havia irregularidades e, portanto, não poderia ser responsabilizado por atos de seus subordinados, conforme previsto no art. 80, § 2º, do Decreto-lei 200/67. Por fim, alegou que o tema da desoneração/onerção do ICMS não era consenso entre os órgãos estaduais envolvidos.

85. Sobre o procedimento de oneração/desoneração do ICMS, faço remissão aos comentários tecidos nas seções anteriores, que demonstram a irregularidade da conduta da empresa e dos pagamentos efetuados pelo gestor.

86. No tocante aos argumentos de ausência de responsabilidade do gestor e de controvérsia sobre a oneração/desoneração, não há como aceitá-los.

87. É certo que o Sr. Fernando Passos dependia da atuação de seus subordinados para realizar tarefas vinculadas ao ato final de autorização de pagamento da despesa, como a preparação do respectivo processo e a atestação da entrega do material, entre outras. No entanto, 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 (vide peça 12). 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.

88. Nesse contexto, tem-se que a existência de controvérsia sobre a oneração/desoneração não releva a conduta do gestor. Como já destacado nas seções anteriores, a regra estabelecida nos editais da SES/GO era a apresentação de propostas oneradas. Essa regra era notória. Mesmo havendo questionamento, as respostas elaboradas por diversas instâncias jurídicas deixavam claro que a regra fixada no edital deveria ser observada, cabendo adotar procedimentos alternativos apenas quando o instrumento convocatório fosse omissivo ou quando da edição de novos editais.

89. Tal é o caso do multicitado Parecer GOT 104/2004, emitido pela Gerência de Orientação Tributária da Secretaria de Fazenda. O documento afirmava claramente que, nos casos em que o edital da licitação fosse omissivo, 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. Como no caso em tela o edital não era omissivo, era obrigatória a disposição ali estabelecida, ou seja, a apresentação de propostas oneradas.

90. Seguindo nessa direção, diversos pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado (e. g. Despacho AG 1298/2007) deixavam assente que a alteração da regra de oneração das propostas somente poderia ser aplicada em editais futuros (vide comentários nas seções anteriores).

91. Por conseguinte, considerando que o Sr. Fernando Passos Cupertino de Barros não adotou providências que garantissem a observância dos termos do edital, de modo a impedir a efetivação de pagamentos indevidos e a concretização do dano ao erário, não há como afastar sua responsabilidade sobre o débito.'

8.10. Neste caso, o edital explicitou claramente sua regra. Não se denota ilegalidade acrescer o imposto e depois retirá-lo diante da sua isenção, até porque essa isenção é para alguns remédios, e ao retirá-la demonstra-se, assim, o atendimento ao normativo de forma transparente.

8.11. Portanto, não se verifica a alegada irregularidade no edital, tendo em vista que este não impõe a cobrança de imposto isento, mas sim sua consideração no preço, para posterior desoneração, informando aos órgãos competentes o atendimento aos dispositivos legais. Conclui-se, assim, que a observância estrita dos termos do edital não traria qualquer prejuízo à ordem legal, inexistindo a ilegalidade apontada.

8.12. Registre-se não ser competência das empresas licitantes modificarem as regras do edital por conta própria sob a alegação de que entenderam que determinado dispositivo era ilegal. Há meios próprios para alteração das regras, que não foram utilizados pela recorrente, optando, segundo alega, por agir por conta própria, sob pena de futura responsabilização. Essa alegação apenas permite concluir que assumiu o risco de contrariar os termos do edital sem qualquer amparo jurídico ou administrativo.

8.13. 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 47, p. 17, item 22). Destaque-se que no voto da decisão recorrida delimitou-se a origem do dano ao erário de forma cristalina e exaustiva (peça 46, p. 3-5).**

8.14. 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.

8.15. Veja-se que o edital previa expressamente a inclusão do tributo nos preços propostos, bem como a necessidade de destacar a isenção na nota fiscal e excluir o montante do valor a ser pago, como a seguir transcrito (peça 2, p. 57, grifos acrescentados).

5.3. Os preços propostos deverão ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive ICMS.

5.3.1. Para o ICMS relativo ao produto cotado, deverá ser utilizada alíquota interna de origem (art. 155, parágrafo 2º, inciso VII, alínea 'b', da Constituição Federal), bem como, para emissão das respectivas Notas Fiscais.

OBS: A empresa estabelecida no Estado de Goiás que venha a ser vencedora do certame, deverá atender aos termos do Convênio ICMS 87/02 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.707 de 27/12/2002, que concede isenção do recolhimento do ICMS relativo ao produto cotado, para tanto, quando da emissão da Nota Fiscal deverá destacar em seu histórico esta isenção e excluir do valor a ser pago pela parcela do numerário referente à isenção visto que a Secretaria de Estado da Saúde não é contribuinte deste tributo.

8.16. No que tange à perda de isonomia entre os licitantes, estas deveriam ter arguido essa questão no momento oportuno, uma vez superada a fase recursal no âmbito da licitação, tem-se que todos os participantes anuíram aos termos do edital e, portanto, sabendo da regra do ICMS imposta pela lei interna do certame para formulação da proposta de empresa, cada empresa deveria adotar a estratégia mais interessante para vencer a licitação considerando todos os ônus inerentes a sua condição. Nesse sentido, anui-se ao entendimento do Acórdão 1.344/2013-Plenário, relator o Exmo. Ministro Augusto Sherman (TC 027.013/2010-3), no seguinte sentido quando afastou a aplicabilidade do Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, relator o Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, àquele caso concreto (grifos acrescidos):

77. Ocorre que os editais-padrão adotados no Estado de Goiás consideraram a hipótese de fornecimento de medicamentos abrangidos por ambos os convênios, não separando, em cada caso, editais específicos para compras de medicamentos constantes do Convênio ICMS 87/2002 de outros não integrantes de seu anexo. Ao considerar também nos editais a incidência do Convênio ICMS 26/2003, optou o Estado de Goiás por comparar propostas oneradas com ICMS, não importando se o medicamento estava, ou não, enquadrado também no Convênio ICMS 87/2002. Basta ler o que consta dos itens 5.3, 5.3.1 e respectiva observação constantes do edital.

78. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração na ocasião do imposto por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento passaram ao largo do problema tratado nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital, e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isto foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este Relator.

8.17. Leitura atenta do excerto acima permite concluir que também não é possível aplicar a este caso as conclusões do Acórdão 140/2012-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, pois as regras do edital eram claras, não tendo sido questionadas oportunamente seja no âmbito do recursal da licitação ou até mesmo nesta Corte de Contas por meio de representação. Apesar de afirmar que todas as empresas teriam ofertado seus preços sem a incidência do ICMS, não era possível saber nem presumir previamente que todas resolveriam contrariar o edital, como alegam. Violar o princípio da isonomia, seria acatar, neste momento, o não cumprimento dos termos do edital.

8.18. No mesmo sentido deve ser afastado do presente caso concreto o entendimento proferido no âmbito do Acórdão 3.596/2014-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 3.596/2014-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).

8.19. Já no âmbito do Acórdão 1.154/2013-TCU-Plenário, relator o 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 1.701/2016-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.

8.20. 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.

8.21. 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.

8.22. O valor do ICMS não era zero real como alega a recorrente. Quando há isenção de imposto, renuncia-se a receita tributária e tal renúncia deve ser adequadamente contabilizada, devendo, portanto, constar do documento fiscal. Inexistência de imposto é diferente de isenção de imposto. O edital da licitação em questão estabeleceu a metodologia para inclusão de todos os impostos e posterior desoneração daqueles isentos, o que foi desrespeitado pelas contratadas, que cobraram do contratante o imposto já embutido no preço, quando deveriam tê-lo descontado para, então, ser pago o preço isento do imposto, daí decorre o dano ao erário calculado pela decisão recorrida.

8.23. Quanto à alíquota a ser utilizada no cálculo do débito, considera-se adequada a alíquota de 17% pelo simples fato de ter sido essa a alíquota aplicada pelas empresas nas notas fiscais contestadas. Note-se, ainda, que no voto da decisão recorrida, à peça 46, p. 13, itens 45 e 46, esse argumento foi assim afastado:

V – Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

45. 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%.

46. 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. 87, peça 3; b) 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.

(Alguns grifos acrescidos)

15. Considero oportuno comentar mais detalhadamente a questão de não ter sido realizada pesquisa de mercado sugerida pela Secex/GO, posicionamento posteriormente considerado desnecessário e seguido pelo relator da decisão original (Acórdão 2.455/206-TCU-Plenário), o Exmo. Ministro Substituto Augusto Sherman. Para tanto, transcrevo trecho de seu voto para adotar como mais uma das minhas razões para negar provimento a estes embargos. Mais importante, asseverar que o recorrente está a simplesmente demonstrar inconformismo com o mérito destes autos, e não apontar

vícios inerentes a esta espécie recursal, assim como também refutar veementemente as indevidas alegações da embargante Hospfar de que o Tribunal estaria a tomar decisões “superficiais”, sem privilegiar o adequado e salutar contraditório e sem buscar a verdade material:

II – Da comparação com os preços de referência – mercado

25. *Aliás, questão importante no exame da matéria consistiu na averiguação da real adequação dos preços praticados pelas empresas nas licitações envolvendo a aquisição de medicamentos, cujos termos dos editais, no Estado de Goiás, vinham sempre indicando aos fornecedores a necessidade de formulação das propostas com ICMS incluso, nada obstante a incidência de isenções, as quais deveriam ser consideradas como abatimento para fins de liquidação e pagamento, com discriminação dessa dedução na nota fiscal.*

26. **Por diversas vezes, com vistas a privilegiar ao máximo a busca da verdade material e o esclarecimento dos fatos, oportunizando a mais ampla defesa e o contraditório, restitui os autos para exame de novos documentos apresentados pelas partes, ou esclarecimentos de questões que pudessem influir no exame do feito.**

27. *Conforme constou do relatório precedente, em uma das ocasiões (fls. 76, peça 20) restitui os autos novamente à secretaria para que conferisse tratamento similar aos processos que cuidam das irregularidades constatadas na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, notadamente, diante do despacho que proferi no TC-004.589/2010-6, no qual determinei, dentre outras providências, a análise dos valores dos medicamentos frente aos praticados no mercado em mesma época, ou com outros fornecimentos realizados pela Hospfar, envolvendo os mesmos produtos.*

28. *Minha preocupação foi externada em despacho que proferi nos autos do TC-004.589/2010-6, envolvendo outro pregão da SES/GO, no qual deixei consignado o seguinte pensamento, em exame preliminar da matéria (cópia na peça 24):*

“Entendo que as notas fiscais relacionadas às transações comerciais de que cuidam os autos deveriam espelhar o valor dos produtos farmacêuticos e indicar expressamente o valor do ICMS a ser abatido, ou não incluído, conforme determina o § 1º, c/c inciso III, da Cláusula Primeira do Convênio Confaz ICMS nº 87/2002, que estabeleceu a isenção de ICMS sobre alguns medicamentos quando adquiridos por órgãos da administração federal, estadual ou municipal.

Entretanto, o descumprimento de tal procedimento não implica, por si só, que os produtos foram vendidos com ICMS incluso, especialmente quando a empresa vendedora havia estabelecido em sua proposta comercial que os valores anunciados já se encontravam desonerados do valor referente ao ICMS, quando sagrou-se vencedora na licitação com esses valores, e quando constam das notas fiscais valores idênticos aos constantes da proposta.

Ademais, se o Estado de Goiás procedeu qualquer glosa em pagamentos realizados à Hospfar tendo por fundamento o pagamento irregular de ICMS relativo às transações sob análise, então os responsáveis e a referida empresa não seriam mais devedores.”

29. *Acerca da glosa referida no despacho, tratarei em outro ponto específico mais adiante. No mais, apesar de agora, em exame mais aprofundado dos autos, entender que as propostas só se reputariam válidas se obedecido o claro comando editalício de que fossem apresentadas com inclusão do ICMS, não posso deixar de consignar que a preocupação externada nesse despacho residia no fato de que, se porventura alguma das empresas fornecedoras de medicamentos houvesse de fato apresentado seus preços sem ICMS, esses seriam facilmente demonstrados por uma comparação com os preços de mercado, pois haveria entre os preços propostos e aqueles praticados no mercado, no mínimo, uma diferença de 17%, correspondente ao referido tributo.*

30. *A preocupação tem fundamento, e foi inclusive abordada em tópico da instrução produzida pela unidade técnica ao rebater alegações de defesa da empresa responsável, conforme trecho a seguir (a íntegra da instrução foi transcrita no parágrafo 8 do relatório precedente):*

“66. De grande valia seria o cotejamento entre a cotação do preço de mercado dos medicamentos e o preço contratado. É obvio que se provar-se que o preço pago pela administração ficou abaixo do preço de mercado, numa diferença provável equivalente ao valor do ICMS, está desfigurado o prejuízo da administração na compra de medicamentos. Mas, até agora não houve elementos nos autos que demonstrassem tal assertiva. Por isso, permanece a irregularidade na conduta dos gestores e empresas envolvidas no caso.” (fls. 67/68, peça 20).

31. *Todavia, a questão foi assim tratada pela Secex/GO em sua derradeira instrução:*

“EXAME TÉCNICO

Superfaturamento de medicamentos

6. Da exigência de que haja tratamento similar às tomadas de contas especiais instauradas em face do Acórdão 45/2008 – P, decorre a possibilidade de existir nos presentes autos outro tipo de imputação de débito além do que se relaciona ao pagamento de tributo indevidamente faturado. De fato, as instruções técnicas pertinentes aos TCs 004.562/2010-0 e 004.596/2010-2 identificaram ocorrência de débito por conta de superfaturamento na aquisição dos medicamentos, tendo em vista que os valores unitários de alguns medicamentos adjudicados superaram as estimativas de preços que embasaram os respectivos procedimentos licitatórios. Segundo dispõe o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, os preços previamente estimados vinculam o acolhimento das propostas de preço, de modo que, em não havendo qualquer justificativa nos autos, os servidores que geriram os respectivos procedimentos licitatórios, além da própria empresa fornecedora – conforme inclusão expressamente determinada pelo Relator –, passariam a responder pelo débito.

7. Nada obstante, tal tipo de ocorrência parece não se verificar nos presentes autos. Apesar da comparação entre os preços estimados aos medicamentos a serem adquiridos pelo Pregão SES/GO 171/2005 (peça 1, p. 41) e aqueles que foram adjudicados, conforme ata licitatória (peça 7, p. 55-72), indicar que alguns medicamentos foram adquiridos com preço superior à referência (itens 2, 4, 5, 6 e 8), a aquisição só foi confirmada porque houve a averiguação de sua compatibilidade ao parâmetro de preço máximo ao consumidor (peça 8, p. 46-50), o que era permitido por norma expedida no âmbito da SES/GO (Portaria 178/2005). A referida portaria estabelece que a estimativa de preços seria dada pela média encontrada entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, sem prejuízo de se utilizar outros parâmetros de preço que possam espelhar o mercado.

8. Não nos parece adequado questionar-se sobre a correção da referida justificativa, porque isso levaria a uma investigação de difícil solução, no sentido de identificar qual seria a referência correta de preços para aquisição de medicamentos no setor público. Sob o ponto de vista jurídico, essa questão encontrou uma referência normativa certo modo palpável somente em 2011, quando o TCU, por meio do Acórdão 1146/2011 – P, indicou as referências praticadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa como parâmetro para o controle de preços.

9. Mesmo assim, o tema continua gerando muitas dificuldades. Segundo levantamento posteriormente realizado por esta Corte em vários estados da federação, sob a coordenação da 4ª Secex, entre cujos objetivos se encontrava a avaliação da tabela CMED enquanto instrumento hábil para aferição de preços, foram verificadas graves dificuldades na sua utilização como parâmetro nas aquisições de medicamentos processadas em âmbito público. Isso conduziu a uma deliberação de certo modo contraditória ao decisório acima aludido, cujo teor parece indicar a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia de cálculo para avaliação de preços, pautada por pesquisas de preços devidamente fundamentadas (Acórdão 140/2012 – P, inserido na Relação 2/2012 – P; TC— 009.625/2011-9).

10. Portanto, parece-nos de impossível solução a questão de se indicar uma específica referência de preços praticada pelo mercado, a qual possa balizar uma adequada apreciação sobre a conformidade dos preços praticados numa licitação de muitos anos atrás. No caso em foco, tem-se que a estimativa de preços formalizada ao processo de compra e complementada por outro parâmetro para a avaliação de determinados itens dá sustentabilidade à justificação de que trata o art. 11, XI do anexo ao Decreto 3.555/2000, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização de preço máximo ao consumidor como referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.

Cobrança indevida de tributo

11. O débito tratado nos presentes autos não tem nada que ver com superfaturamento, no sentido tratado no tópico anterior, e diz respeito tão somente à irregular conduta da empresa fornecedora, bem como à dos servidores responsáveis pelos pagamentos das faturas, os quais simplesmente desprezaram a força vinculante do edital e permitiram que os medicamentos fossem pagos de forma diversa da que havia sido previamente determinada.

[...]

13. Resta abordar sobre uma questão levantada em despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de dupla incidência do tributo, senão em inequívoca violação a preceito editalício (peça 2, p. 32), cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do imposto. Mesmo que exista nos autos declaração de empresa licitante afirmando que a oferta de preço não contemplou a incidência do tributo, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III da Lei 8.666/1993, inegavelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI da Constituição Federal.

14. Entende-se, portanto, que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. Entende-se que a estimativa de preços promovida dentro da licitação possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa a imputação de débito constante dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.”

32. De minha parte considero, na mesma linha da unidade técnica, que a ausência de referência de preços confiável, impede que se decida pela configuração, ou não, de sobrepreço. Todavia, **realizando agora um exame mais aprofundado dos autos, conforme já adiantado no item 29 acima, entendo que essa constatação não socorre à empresa, porque o prejuízo aos cofres públicos decorreu não da configuração de sobrepreço frente aos custos de mercado, mas da aplicação de procedimento de pagamento contrário às normas fixadas no edital da licitação e no contrato.**

33. A proposta da empresa só poderia ser aceita se aderente aos termos do edital, o qual previa a apresentação de propostas com inclusão de ICMS, que seria deduzido no momento do pagamento, resultando em valores inferiores de faturamento, tudo discriminado na nota fiscal. Todavia, a pretexto de cumprir a determinação constante do edital acerca de se destacar a dedução do ICMS na nota fiscal, a Hospfar, ao emitir suas notas fiscais, elevou os preços de tal forma que, deduzido o percentual de 17% de ICMS, ficassem idênticos aos de sua proposta. Como estes já continham o ICMS incluso, de acordo com as disposições editalícias, a empresa praticou desoneração apenas aparente, pois, na verdade, manteve intocado o preço da proposta, em que pese essa ter se referido a preço com ICMS.

III – Da inequívoca forma de pagamento prevista no edital

34. Considerando que, como suscitado acima, esse ponto merece relevo e corrobora a irregularidade causadora de dano, cabe transcrever novamente a fórmula de pagamento prevista no edital, a qual não deixa dúvidas sobre como deveria ocorrer a desoneração do ICMS (conforme fls. 63, peça 2):

“XI - DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO

(...)

11.4 - Para as empresas sediadas no Estado de Goiás, as Nota(s) Fiscal(is) será(ao) emitido(s) discriminando o(s) produto(s) e seu(s) respectivo(s) preço(s), com desconto ofertado sobre o total do(s) faturado(s), e totalizada considerando a desoneração do ICMS nos termos do Convenio ICMS 26/03 Confaz, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 5.707/02, ficando indiciado [sic] o seguinte resultado:

Preço

(-) Desoneração do ICMS

=Total a pagar”

35. A lógica nessa fórmula não prevê operações de soma de ICMS ao preço e, depois, seu abatimento, como fizeram as empresas. Era evidente, portanto, que as empresas receberiam valores inferiores àqueles por elas ofertados em suas propostas, ou seja, que os preços das propostas seriam superiores aos preços dos efetivos pagamentos. Portanto, não há como acolher a alegação de que os preços já se

encontrariam desonerados, se as empresas sabiam que, quando da emissão de suas notas fiscais, ainda teriam que deduzir de seus preços o ICMS.

(Grifos acrescidos)

IV

16. Relativamente aos embargos apresentados pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas, começo por refutar a alegação de que a decisão recorrida não teria sido devidamente fundamentada, por isso contrariaria os arts. 489, §1º, e 1.022 do CPC, considerando que o voto do relator teria feito apenas referência a outros julgados. Nesse sentido, remeto ao Capítulo II deste Voto, em que esclareço que meu voto observou exatamente esses dispositivos legais, ao adotar como razões de decidir (fundamentos) a instrução técnica constante da peça 128.

17. No que diz respeito à argumentação de que a decisão combatida seria omissa ao não tratar da inexistência de débito nos casos de ausência de desoneração de ICMS quando das vendas de medicamentos, esclareço que se considerou como inaplicáveis ao caso concreto o discutido no âmbito do Acórdão 3.596/2014-TCU-Plenário e do Acórdão 1.154/2013-TCU-Plenário. Transcrevo o trecho do relatório que trata dessa questão:

8.18. No mesmo sentido deve ser afastado do presente caso concreto o entendimento proferido no âmbito do Acórdão 3.596/2014-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 3.596/2014-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).

8.19. Já no âmbito do Acórdão 1.154/2013-TCU-Plenário, relator o 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 1.701/2016-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.

8.20. 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.

18. Outro argumento do Sr. Cairo é que determinado parecer da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás e entendimento firmado no âmbito da Ação Civil Pública 0026577-74.2010.4.01.3500, que tramita na Justiça Federal em Goiás e na qual se examinariam os mesmos fatos desta TCE, seriam pela 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.

19. Quanto a isso, esclareço que, conforme item 15 deste Voto, o acórdão condenatório (nesta fase embargado) procedeu à apuração do débito exatamente nos termos das normas aplicáveis à espécie, não havendo dúvidas com relação aos valores calculados, derivados do simples resultado da aplicação indevida da alíquota de 17% do ICMS sobre medicamentos objeto dos autos. Ademais, informo que as instâncias administrativas e judiciais são independentes, de forma que o TCU entendeu desnecessária nova produção de provas a fim de definir os valores devidos (ver item 15 deste Voto).

20. Relativamente à suposta impossibilidade de condenação solidária do recorrente, nos termos do que teria decidido o STJ no âmbito do REsp 881.426/SP, assevero que a decisão ora recorrida bem delimitou a conduta do embargante – responsável pela autorização dos pagamentos irregulares –, considerada decisiva para a ocorrência do débito. Também justificou a responsabilidade solidária do recorrente com relação aos demais responsáveis, conforme segue (peça 128):

8.30. *No que tange aos atos relatados pelo Sr. Cairo para retenção pagamentos quando percebeu a falha, esta ação foi considerada pela decisão recorrida como atenuante, tendo sido afastadas a pena de multa incidente sobre o débito (art. 57 da Lei 8443/1992, peça 46, p. 14, itens 54-56). Portanto, esse argumento já foi considerado para atenuar a condenação. No entanto, não se pode aplicar a pena de multa do art. 58 da Lei 8443/1992, como requer o indigitado, pois este praticou atos de pagamentos irregulares que contribuíram para a ocorrência do dano ao Erário, daí decorrendo sua responsabilidade solidária pelo débito. A lei não impõe provar locupletamento indevido, mas apenas que seus atos contribuíram para o dano, ou seja, que este decorreu de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico (Lei 8443/1992, art. 16 § 2º).*

8.31. *Isso posto, mantêm-se inalteradas as imputações de débito. Quanto ao juízo de irregularidade atribuído às condutas dos então dirigentes da SES/GO, não está condicionado à investigação da existência de boa-fé, porquanto suas responsabilidades advêm do fato de terem autorizado os questionados pagamentos, prescindindo-se da obrigação de se aterem aos dispositivos licitatórios.*

8.32. *O edital é a lei do certame e deve ser observado em todos os momentos, inclusive quando forem praticados atos de pagamento. Não é possível aceitar a alegação de que o recorrente Sr. Cairo era agente político com muitas atribuições, porque foi ele que diretamente autorizou os pagamentos sem observar as regras do edital e que, portanto, deu causa ao dano ao erário. Nessa linha, as contas do recorrente foram julgadas irregulares com consequente condenação em débito, em razão de pagamentos indevidos à empresa Hospfar, decorrentes da aquisição de medicamentos viabilizada pelo Pregão 171/2005, considerando-se que os valores faturados deveriam coincidir com os valores consignados em ordem de fornecimento e em seguida serem desonerados do tributo de ICMS, conforme estipulado em edital, mas assim não procedeu atraindo para si a responsabilidade solidária pelo dano ao Erário.*

8.33. *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.*

8.34. *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.*

V

21. Portanto, restam clara e expressamente demonstradas a motivação e fundamentação da decisão embargada, vez que respeitados adequadamente o devido processo legal, oferecido o necessário contraditório e observados estritamente os elementos de prova constantes dos autos, com busca primordial da verdade material, razão pela qual estes embargos devem ser rejeitados, mantendo-se em seus exatos termos a deliberação recorrida, ante a improcedência dos argumentos de defesa apresentados nas peças 143 e 144.

Ante o exposto, VOTO pela aprovação da minuta de acórdão que submeto à consideração deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de outubro de 2018.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES



Relator