

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara
TC 003.490/2015-7

Natureza: Embargos de Declaração.

Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás.

Recorrentes: Cairo Alberto de Freitas (CPF 216.542.981-15) e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. (CNPJ 26.921.908/0001-21).

Representação legal: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089) representando a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.; Romildo Olgo Peixoto Júnior (OAB/DF 28.361) e outros representando Cairo Alberto de Freitas.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO QUE CONHECEU DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO INTERPOSTO CONTRA JULGAMENTO PELA IRREGULARIDADE DAS CONTAS E PAGAMENTO DE DÉBITO E LHE NEGOU PROVIMENTO. CONHECIMENTO. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO DA DELIBERAÇÃO. OBSCURIDADES, OMISSÕES, OU CONTRADIÇÕES NÃO CONFIGURADAS. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Cairo Alberto de Freitas (peça 140) e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. (peça 142) interpuseram embargos de declaração ao acórdão 6.308/2018-2ª Câmara. Primeiramente, o recurso daquele primeiro embargante:

“Os presentes embargos de declaração são opostos em face do Acórdão 6308/2018-2ªCâmara, apreciado na sessão do dia 24/07/2018, que negou provimento ao Recurso de Reconsideração da Embargante e da HOSPFAR.

Cuida-se de Tomada de Contas Especial que versa sobre irregularidades em contrato firmado pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás - SES/GO para a aquisição de medicamentos custeados por meio de recursos transferidos pelo Sistema Único de Saúde/SUS.

Nos termos da decisão condenatória (Acórdão 2876/2017-2ªCâmara), o valor proposto na licitação deveria abranger o ICMS. No entanto, como a Secretaria de Saúde não era contribuinte do imposto, o valor do ICMS deveria ser destacado no momento de emissão da nota fiscal, o que não teria ocorrido de fato.

Assim, segundo a decisão condenatória, a empresa vencedora do Pregão SES/GO 315/2005, HOSPFAR, recebia a totalidade do valor adjudicado na licitação, sem abater o valor do ICMS.

Nesse cenário, o acórdão condenou solidariamente, a empresa HOSPFAR e os Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges à dívida atualizada monetariamente com juros de mora no valor de R\$ 135.033,80 (cento e trinta e cinco mil, trinta e três reais e oitenta centavos).¹

Em relação ao ora Embargante, o Acórdão condenatório entendeu, em suma, que o mesmo concorrera para a falha havida nos pagamentos, haja vista que alguns desses ocorreram durante a gestão do Embargante como titular da Secretaria de Fazenda, gestão esta que perdurou de 30/6/2006 a 31/3/2008.

O Embargante então, opôs Embargos de Declaração em desfavor do Acórdão 2876/2017 requerendo manifestação expressa acerca ausência de análise acerca da responsabilidade do pregoeiro, do nexo de causalidade e no intuito de elidir a pena da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

¹ Valores atualizados até 29/09/2017.

Os aclaratórios foram conhecidos e parcialmente providos apenas para tornar insubsistente a multa aplicada ao Embargante.

Irresignado, o Embargante interpôs Recurso de Reconsideração em que alega: i) inexistência de débito; ii) ausência denexo causal; iii) responsabilidade do pregoeiro; e, por fim, iv) diferentes graus de culpabilidade.

É o breve relatório.

II. DAS RAZÕES DOS PRESENTES EMBARGOS E DO EFEITO MODIFICATIVO PRETENDIDO

Inobstante os doutos e extensos fundamentos lançados na decisão ora embargada, persistem omissões que merecem ser saneadas.

O Código de Processo Civil, em seu art. 1.022, Parágrafo único, fixou alguns novos parâmetros em relação ao CPC-1973 para a interposição de embargos de declaração, conforme dispõe:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

(...)

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

Quanto ao mencionado art. 489, § 1º, CPC-2015, enfatiza-se que configura omissão qualquer vício na fundamentação da decisão embargada ali elencados, confira-se:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Inicialmente, faz-se necessário salientar que o voto do i. Ministro Relator tem apenas cinco páginas e apenas três parágrafos tratam do recurso de reconsideração do Embargante:

19. Cairo Alberto de Freitas, ex-secretário de estado da Saúde, fundamentou suas alegações no argumento de que não foi omissor, de que agiu de boa-fé, pois teria procurado seguir orientação jurídica, e de que teria havido divergência de entendimento entre Controle Interno, Secretaria da Fazenda, assessoria jurídica e Procuradoria-Geral do Estado.

20. Porém, o fato é que a autorização e a realização dos pagamentos indevidos, por parte do recorrente, contribuíram para concretização do débito e que advém daí sua responsabilidade solidária. A posterior adoção de medidas corretivas pelo gestor – inclusive a retenção parcial de valores – foi levada em conta pelo TCU quando da deliberação recorrida, por meio da qual, ressaltou-se, não lhe foi aplicada a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

21. Por fim, não há como atender ao pleito de que seja aplicada somente a multa do art. 58 da Lei 8.443/1992, uma vez que praticou atos que causaram dano ao erário, o que fez surgir sua responsabilidade solidária, nos termos do §2º do art. 16 da referida Lei.

Pois bem. O principal ponto que sustenta os Embargos de Declaração diz respeito à omissão acerca da inexistência de débito nos casos de ausência de desoneração de ICMS quando das vendas de medicamentos. Após análise do voto proferido, verifica-se que em nenhum momento foi confrontado tal argumento.

Em verdade, a ausência de desoneração de ICMS quando das vendas de medicamentos não deve ser considerada como débito.

Esse é o entendimento dos Acórdãos de n. 3.596/2014-TCU-Plenário² e 1.154/2013-TCU-Plenário³. Esse último tratou de auditoria de conformidade realizada na Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba (SES/PB), com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação dos recursos federais repassados à conta Programa de Medicamentos Excepcionais, entre 2007 e 2011.

Uma das principais questões ali examinadas dizia respeito à isenção fiscal relativa ao ICMS prevista para aquisição dos mencionados bens. Veja-se que nesse caso paradigma os Pregões realizados pela Paraíba - ano de 2007 -, mais recentes, portanto, do que aquele tratado nos presentes autos, concretizado em 2006, quando o assunto era ainda mais nebuloso.

Veja-se que no caso paradigma o Tribunal afastou o entendimento externado pela Unidade Técnica e deu pela inexistência de débito, conforme se verá a seguir:

[...] 10. Na mesma linha de interpretação, entendo 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. Portanto, rejeito a proposta de conversão destes autos em TCE, com vistas à citação dos responsáveis.

[...]

18. Na hipótese levantada nos autos de a empresa contratada se apropriar indevidamente do valor cobrado a título de ICMS, cabe ao fisco a adoção das medidas saneadoras da irregularidade, relativas ao ressarcimento do dano e à punição pela infração cometida. Portanto, não há que se falar na apuração de débito por meio de TCE.

19. Como no caso concreto não há indícios de que as empresas tenham agido de má-fé ao cobrarem o referido tributo, com vistas a se beneficiarem desta situação; creio que a ausência de desoneração de ICMS quando das vendas de medicamentos excepcionais à SES/PB não deve ser considerada como débito.

20. Com relação ao possível dano decorrente das vendas de medicamentos excepcionais à SES/PB por preços acima do Preço Máximo de Venda ao Governo, correspondente ao preço-fábrica desonerado do ICMS, sou de opinião de que, previamente à conversão dos autos em TCE, deve ser realizado novo cálculo, excluindo-se a parcela relativa ao referido tributo.

[...]

9.9.2) à Secretaria de Controle Externo na Paraíba (Secex/PB) que promova 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), excluindo do cálculo a parcela relativa ao ICMS, que havia sido desonerada do preço-fábrica, e deixando de considerar como débito a quantia relativa à isenção do ICMS prevista no Convênio Confaz 87/2002, que não foi aplicada na aquisição de determinados medicamentos. (Grifo nosso).

Importa também observar, que o Parecer da Procuradoria-Geral do Estado menciona a necessidade de realização de auditorias fiscais, para definir-se exatamente se é o caso de devolução ao Erário do valor equivalente ao imposto, e em caso positivo, em que proporção, se em relação à todas as notas ou não (valendo anotar, neste ponto, que nem o Acórdão, nem as instruções que lhes precederam, examinaram separadamente cada uma das notas fiscais pagas).

Mesma linha de entendimento restou perfilhada pela Justiça Federal, no âmbito das ações civis públicas que, tramitando no Estado de Goiás, examinam os mesmos fatos aqui discutidos.

Naqueles autos, decidiram os juizes condutores dos processos pela imprescindibilidade de realização de perícias fiscais e contábeis em relação aos pagamentos efetuados às empresas vencedoras dos certames.

Nesse sentido, importa observar as decisões proferidas na ação civil pública n. 0026577-74.2010.4.01.3500, verbis⁴:

² Representação 004.854/2012-8. Relator: Augusto Sherman. Proferido em 15/04/2015.

³ TC 019.588/2011-9. Relator: Valmir Campelo. Proferido em 15/05/2013.

⁴ http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00265777420104013500&secao=GO&pg=1&trf1_captcha_id=855e37c58fc82aa46b96901201b455ae&trf1_captcha=jy9r&enviar=Pesquisar

‘ISSO POSTO defiro a produção das provas orais testemunhais e depoimentos pessoais documentais e periciais requeridas às fls. 13032216 222531 22189 2244347 234850 23512 235667. Indefiro o pedido de expedição de ofício às Secretarias de Saúde de outros Estados da Federação fl 2218 item 1. As partes deverão esclarecer o quantitativo e nome das testemunhas a fim de que seja possível organizar a realização de audiência em datas oportunas. A prova pericial será custeada pela empresa HOSPFAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA que caberá adiantar o depósito dos honorários periciais com responsabilidade subsidiária de ANTÔNIO DURVAL DE OLIVEIRA BORGES, CAIRO ALBERTO DE FREITAS e FERNANDO PASSOS CUPERTINO DE BARROS. Intimem-se as partes para que no prazo comum de 10 dez dias apresentem rol de testemunhas nomes endereços e informação sobre a necessidade ou não de intimação indiquem assistentes técnicos e formulem quesitos oportunamente será designada audiência de instrução para a tomada dos depoimentos pessoais e oitiva das testemunhas. A nomeação do perito será efetuada após a apresentação dos quesitos das partes e definição mais concreta da extensão dos trabalhos periciais...’ (Decisão de 13/05/2013).

‘Mantenho por seus fundamentos a decisão de fls. 33016 na parte que deferiu a realização de prova pericial uma vez que esta se mostra necessária à instrução processual especialmente para o fim de esclarecimento dos aspectos fáticos da relação jurídica de direito material deduzida em juízo...’ (Decisão de 07/01/2014).

‘Defiro o pedido do Perito Judicial de prorrogação dos trabalhos periciais por mais 120 cento e vinte dias fls. 38213823. Intimem-se as entidades públicas por ofício MPF, MPE, UNIÃO e ESTADO DE GOIÁS.’ (Decisão de 09/04/2015)⁵.

‘Defiro o pedido do Perito Judicial formulado às fls. 39213923 para conceder a prorrogação do prazo para conclusão dos trabalhos periciais por mais 90 noventa dias. Intimem-se as entidades públicas por ofício MPF MPE UNIÃO e ESTADO DE GOIÁS Publique-se. Devolva-se imediatamente o volume dos autos ao Perito para o prosseguimento da perícia. Intimem-se’ (Decisão de 20/08/2015)

Desse modo, em razão de haver precedentes desse E. Tribunal em que se determina expressamente que a ausência de desoneração de ICMS quando das vendas de medicamentos não deve ser considerada como débito, e em virtude da imprescindibilidade de perícias fiscais, os presentes aclaratórios devem ser acolhidos com efeitos modificativos para que o Acórdão 531/2018-Plenário seja reformado, de modo que seja excluída qualquer responsabilidade do Embargante acerca o débito que lhe foi imputado.

De outro lado, o acórdão também foi omisso quanto à análise da impossibilidade de condenação solidária.

É inimaginável se pensar na punição do Embargante no mesmo grau que as empresas, mormente porque não teria sido ele o beneficiário dos valores supostamente pagos a maior, sendo irrazoável e desproporcional imputar-lhe a pena de devolução de valores que nunca recebeu e que estariam – caso procedente a imputação - no poder das empresas contratadas.

A responsabilidade não pode ser solidária, mas sim em face da eventual culpabilidade do Embargante, com a devida repercussão na dosimetria da pena.

Bem assim, caso Vossa Excelência entenda haver alguma responsabilidade por parte do Embargante, o que se admite apenas por hipótese, vale lembrar que o grau de culpabilidade das partes tidas como responsáveis é bastante diverso, e, por consequência, não deve ter o Sr. Cairo o mesmo tratamento dos demais, mormente porque não foi ele o beneficiário dos valores supostamente pagos a maior, sendo irrazoável e desproporcional imputar-lhe a pena de devolução de valores que nunca recebeu e que foram entregues a HOSPFAR.

De fato, o acórdão embargado menciona que ‘a autorização e a realização dos pagamentos indevidos, por parte do recorrente, contribuíram para concretização do débito e que advém daí sua responsabilidade solidária’. Todavia, o Ministra Relatora deixou de examinar os diferentes graus de culpabilidade das partes tidas como responsáveis.

Sob esse enfoque, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, vejamos:

⁵ Mesmas decisões foram proferidas nas outras ações civis públicas que tramitam na Justiça Federal de Goiás.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PREFEITURA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. ENTREGA. DANO AO ERÁRIO. EFETIVAÇÃO. RESSARCIMENTO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - O aresto recorrido, nos autos da ação popular respectiva, considerou a existência do dano ao erário em decorrência da aquisição e pagamento de medicamentos, efetuados sem a devida licitação e que não foram entregues pelos fornecedores às unidades responsáveis da Prefeitura em questão.

II - No entanto, com a delimitação do dano, a ser comprovado mediante as notas fiscais juntadas e delineadas na inicial, não poderiam os Embargantes ter sido condenados ao ressarcimento do prejuízo de forma solidária, mas sim na medida de sua responsabilidade e extensão.

III - Recurso parcialmente provido. (REsp 881.426/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 01/02/2007, p. 442)

Repita-se: o Embargante não pode ser apenado na mesma proporção das empresas. Se dolo houve, foi por parte das empresas desde o momento da licitação (com as suas condutas talvez contraditórias), licitação esta que não se deu na gestão deste Embargante.

Se há culpabilidade mais acentuada, pertence as empresas, havendo flagrante desproporcionalidade entre as condutas das partes e respectivas penalidades impostas.

Diante disso, na remota hipótese de se responsabilizar o Embargante, não há o que se discutir acerca da má-fé das empresas e da diferença no grau de culpabilidade das partes no caso em comento.

III – CONCLUSÃO.

Ante todo o exposto, o Embargante requer o acolhimento dos presentes embargos com efeitos modificativos para que o Acórdão 6308/2018-2ª Câmara seja reformado, de modo que seja excluída qualquer responsabilidade do Sr. Cairo acerca do débito que lhe foi imputado.

Subsidiariamente, requer-se essa Colenda Corte se manifeste expressa e fundamentadamente acerca da impossibilidade de condenação solidária dos responsáveis.”

2. Abaixo, os embargos de declaração da Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.:

“O Acórdão nº 6308/2018 proferido no processo em epígrafe entendeu por conhecer do recurso de reconsideração mas no mérito negar-lhe deferimento, culminando por manter a condenação da empresa embargante ao Hospfar pagamento da importância de R\$ 140.099,04.

Este fato jurídico foi comunicado oficialmente à embargante através de seu procurador, através do Ofício 1022/2018/SECEX-GO/TCU, entregue em 27/08/2018.

A Recorrente vem opor os presentes embargos com fundamento no exame de admissibilidade feito pela Unidade Técnica que considerou o recurso tempestivo, bem como, no previsto no artigo 31, da Lei nº 8.433/1992 que assegura a ampla defesa em qualquer fase do processo.

Por considerar a relevância das razões alegadas, a Embargante pede seja sanada a omissão na apreciação do Recurso de Reconsideração conforme se faz a seguir.

É pacífico o entendimento do cabimento de Embargos de Declaração com efeitos suspensivos e infringentes, seja de decisões de processos de tomada ou de prestação de contas, conforme previsão legal expressa do art. 32 da Lei nº 8.443 de 16 de julho de 1992 (LOTUCU):

Art. 33. O recurso de reconsideração, que terá efeito suspensivo, será apreciado por quem houver proferido a decisão recorrida, na forma estabelecida no Regimento Interno, e poderá ser formulado por escrito uma só vez, pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de quinze dias, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei.

Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

§ 1º Os embargos de declaração podem ser opostos por escrito pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de dez dias, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei

§ 2º Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento da decisão embargada e para interposição dos recursos previstos nos incisos I e III do art. 32 desta Lei.

O efeito suspensivo é previsto pelo § 2º do art. 34 da Lei 8.443/1992 (LOTUCU) bem como pelo § 3º do artigo 287 do Regimento Interno do TCU, admitindo este mesmo artigo em seu § 7º os efeitos infringentes:

‘Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

(...)

§ 2º Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento da decisão embargada e para interposição dos recursos previstos nos incisos I e III do art. 32 desta Lei.’

‘Art. 287. Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal.

(...)

§ 3º Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento do acórdão embargado e para interposição dos demais recursos previstos neste Regimento, aplicando-se, entretanto, o disposto no § 1º do art. 285.

(...)

§ 7º Conferidos efeitos infringentes aos embargos, serão devolvidos os prazos a todos os interessados.’

Sendo os Embargos Declaratórios de pacífica aplicação quando o propósito é eliminar omissão, contradição ou obscuridade de decisões inclusive administrativas requer a Embargante seja recebido este recurso, apreciado e conferido efeitos suspensivo e modificativo aos presentes aclaratórios, com a consequente suspensão de prazo para o cumprimento da decisão administrativa e saneamento da decisão embargada em vista dos efeitos infringentes.

Ocorre, nobre Senhor Ministro, que a decisão proferida lamentavelmente aceitou em nome da celeridade processual fosse atropelado o direito de se ver apreciado detidamente o feito e seus fatos específicos, acarretando inaceitável ofensa ao devido processo legal na medida em que se admite a condenação baseada em fatos e provas alheias aos autos, como a referente à oitiva do pregoeiro, onde não foi a Embargante convidada a participar e sequer sabe se este documento foi carreado a estes autos, decisões tomadas em processos da mesma natureza, e não da análise detida.

Deste contexto, adveio o Acórdão nº 6308/2018 onde se observam obscuridades, contradições e omissões e por isso deve ser modificado porque as razões apresentadas no recurso de reconsideração não foram devidamente apreciadas.

A ciência da Embargante quanto ao Acórdão ora embargado, deu-se aos 27 de agosto de 2018, assim o decêndio à oposição deste recurso começou a fluir no primeiro dia útil subsequente, 28/08/2018 e encerrar-se-á em 06/08/2018 (quinta-feira). Portanto, aferida a tempestividade, deverá ser conhecido o recurso.

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 315/2005 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 e assim, naturalmente, afetaram o Acórdão nº 6308/2018, 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 315/2005;

III - Os preços cotados não eram onerados, como assumido incorretamente por esta 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 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 jurisdicionada 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.

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 esta insistentemente requerida pela Embargada.

No segundo pronunciamento da SECEX/GO realizado a pedido do Ministro Relator, a Unidade Técnica assim se pronunciou:

‘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 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.’ (grifo nosso)

Posteriormente, lamentavelmente a SECEX/GO mudou radicalmente de opinião, achou difícil a missão e não o fez o comparativo assim se pronunciando:

‘11. 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 com os preços praticados numa licitação de muitos anos atrás. Entende-se que a ação de

controle que compete a esta Corte na presente TCE, bem como nos processos análogos deve se ater a critérios jurídicos sobre cuja a exigibilidade não haja qualquer tergiversação.

...Dessa forma, entende-se que nos presentes autos configuram uma situação distinta da assinalada nos autos acima aludidos, porquanto nestes há intervenção formal da administração pública no sentido de reafirmar a compatibilidade do mercado, ainda que em tempos atuais seja muito questionável a utilização do preço máximo ao consumidor como parâmetro de referência às compras promovidas no âmbito da administração pública.'

Ora Sr. Ministro, com todo o respeito que deve ser conferido aos trabalhos realizados pela Unidade Técnica, esta mudança radical de posicionamento é injustificável pois, os próprios técnicos consideraram que a comparação e preços seria de 'grande valia' e agora, saem pela tangente dizendo que a situação é diferente, que a pesquisa junto a CMED não é confiável e que houve intervenção da Administração dizendo que os preços eram compatíveis.

Esse posicionamento é omissis pois, demonstra claramente que a intenção é aproveitar os entendimentos anteriores sem se aprofundar em cada caso específico.

A comparação de preços seria sim de fundamental importância para demonstrar a este Tribunal que nenhuma empresa, em qualquer lugar que fosse, teria condições de ofertar os preços apontados na tomada de contas porque eles eram impraticáveis.

E mais, poderiam comprovar que nenhum Estado da Federação solicitava naquela época que os preços deveriam ser apresentados com o imposto incluído, essa peculiaridade só ocorria no Estado de Goiás.

O posicionamento da Unidade Técnica além de omissis é também contraditório pois, ela mesma reconhece que a Administração validou os preços praticados justamente por entender que eles estavam de acordo com os preços praticados no mercado.

Ora, se essa validação dos preços feita pela Administração é considerada válida, como então é possível questionar os preços que foram objeto de deliberação interna e por isso, foram homologados e adjudicados.

Naquela época os preços eram convenientes e agora não o são? Provou a Unidade Técnica que outras empresas teriam condições de ofertar preços menores? Não, esta prova não se encontra nos autos e por isso, é inadmissível a condenação da Embargante, pois não se pode admitir condenação sem provas.

Este Tribunal perde a oportunidade de enfrentar a realidade de todo o mercado nacional, pois se no nordeste inteiro e no próprio Estado de São Paulo, a desoneração é opcional, é flagrante que o julgado não é isonômico, está tratando iguais de maneira desigual.

O Acórdão padece de obscuridade porque se fundamenta em números/preços que não sustentam, minimamente, a acusação da prática de sobrepreço e o dano ao erário, muito pelo contrário, não considera a realidade de mercado; e de omissão também, por não enfrentar os argumentos fáticos suscitados pela embargante e por não ter produzido prova básica de ocorrência de prejuízo com base nos preços praticados no mercado à época.

Pela leitura do Acórdão, verifica-se que o julgado entendeu não merecer reparo a decisão recorrida, aceitando-a como boa, renovando assim a ideia de que o critério jurídico e o rigoroso raciocínio jurídico seriam suficientes para caracterizar o dano ao erário, deixando de lado a verdade real que adviria se houvesse o real enfrentamento do problema inclusive com análise de preços de mercado.

Ressalve-se que o fato de haverem julgados sobre o tema não significa foram acertados, pois a bem da verdade, a exemplo deste caso, os anteriores, partindo das mesmas premissas 'data máxima vênia' totalmente equivocadas, não adotaram critérios jurídicos ortodoxos para a condenação, tendo sido levados pela onda de punição instalada no país nos últimos tempos.

Assim, a partir do instante que o julgado entende a prática como irregular e causadora de dano ao erário, seguindo os mesmos critérios jurídicos, entendimentos e provas, ou falta delas, adotados pelos anteriores Acórdãos paradigmas, tem-se que se fecha no mundo daqueles julgados.

As provas produzidas pela Embargante que comprovam a ignorância do mercado e mais ainda dos gestores da saúde, quanto a desoneração de ICMS, as quais são prova cabal de que este próprio Tribunal desconhecia os fatos à sua época, é que a fazem tentar até o último recurso possível, fazer compreender quanto a inadequação do julgado, e neste caso deste Embargos compreender a omissão do julgado quanto as provas produzidas e desconsideradas.

Há uma intrínseca obscuridade e contradição do acórdão 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, traz em si a maior contradição e a partir dela surge a iniquidade.

Neste sentido invoca-se o apoio doutrinário de Marçal Justen Filho, que elaborou para o caso um parecer jurídico, onde assim apresenta explicação doutrinária magistral sobre o tema:

‘II – Carga tributária e ato convocatório

10. A controvérsia envolve a disciplina pelo edital da carga tributária incidente sobre a prestação objeto da contratação administrativa. A compreensão do problema exige uma breve exposição.

II.1 – Custos diretos e indiretos do particular contratado

11. O preço recebido pelo particular como contrapartida pela execução do contrato administrativo reflete os custos atinentes à prestação que lhe incumbe realizar.

11.1. Há custos diretos, tal como os relativos aos insumos e a mão-de-obra necessários à produção da prestação devida.

11.2. E também existem custos indiretos. São desembolsos inerentes à execução da obrigação assumida, ainda que não produzam benefício imediato para a Administração.

11.3. Entre os custos indiretos, encontram-se os tributos incidentes sobre a atividade objeto da contratação. Afinal, as atividades relacionadas à execução do contrato podem constituir fato gerador de tributos.

II.2 – A responsabilidade tributária do particular

12. Evidentemente, a responsabilidade tributária recai exclusivamente sobre o particular. É ele o contribuinte do tributo, não sendo cabível (como regra) imputar qualquer obrigação tributária principal à Administração Pública contratante.

O particular valer-se-á do preço recebido da Administração para fazer face a todos os custos relativos à execução do contrato administrativo.

13. Como regra, os custos (diretos e indiretos) de um fornecedor se constituem em problema pessoal próprio. Assim, não cabe ao adquirente do bem ou serviço verificar se o preço pago é compatível com a carga tributária imposta ao fornecedor.

Assim se passa precisamente porque a responsabilidade tributária não recai sobre o adquirente (que paga o preço), mas sobre o fornecedor (que recebe o preço).

14. Mas o regime jurídico da contratação administrativa impõe modificações nessa sistemática. Embora a Administração Pública não assuma a responsabilidade tributária, existem razões jurídicas para disciplinar e investigar a formação dos custos do particular.

15. Em primeiro lugar, trata-se de excluir propostas inexequíveis. O valor proposto pelo particular deve ser suficiente para satisfazer todos os seus custos (inclusive aqueles indiretos). A Lei nº 8.666 impõe a desclassificação da proposta que não compreender todos os custos necessários à execução do contrato (arts. 44, § 3º, e 48, inc. II).

Há uma presunção absoluta de que a proposta inexequível não apresenta vantajosidade para a Administração. O particular obterá o contrato mediante uma proposta insuficiente e valer-se-á de expedientes durante a execução para evitar o prejuízo.

Logo, a Administração tem o dever de verificar a formação de custos do licitante. Cabe-lhe exigir a apresentação de uma planilha de custos (diretos e indiretos), refletindo as condições do orçamento que deve acompanhar o edital (art. 40, § 2º da Lei nº 8.666). Essa planilha deverá contemplar inclusive a carga tributária a ser arcada em virtude da execução do contrato.

16. Em segundo lugar, busca-se reprimir o lucro excessivo do particular. A Administração deve identificar a margem de lucro pretendida, de modo a desclassificar as propostas orientadas a resultados excessivos. O licitante tem o dever de expor à Administração os seus custos, inclusive tributários, para propiciar o controle sobre o lucro obtido.

III – A situação concreta: a questão da incidência do ICMS

17. No caso concreto examinado, a controvérsia versa sobre a formação dos custos do particular.

III.1 – A situação concreta: a carga tributária do ICMS

18. A disputa se relaciona com a não incidência do ICMS sobre os fornecimentos de medicamentos realizados pela Consulente em favor da Administração Pública estadual.

III.1.1 - A regra geral: incidência do ICMS

19. O fornecimento de produtos para a Administração Pública constitui uma operação relativa à circulação de mercadorias. Portanto, o ICMS incide sobre a atividade, gerando o nascimento de uma obrigação tributária a cargo (em princípio) do particular contratado.

Isso significa que as propostas formuladas pelos licitantes deveriam assegurar os recursos necessários à liquidação das obrigações tributárias correspondentes.

20. Em outras palavras, caberia ao licitante agregar ao montante de sua proposta uma quantia correspondente ao valor do ICMS gerado em virtude das diversas operações envolvidas na execução do contrato.

Como decorrência, a ausência da previsão de montante necessário e suficiente para liquidar as referidas obrigações tributárias deveria, em tese, acarretar a desclassificação da proposta por inexecutabilidade.

21. Ocorre que as contratações em questão tinham por objeto o fornecimento de medicamentos dotados de características específicas. Eram medicamentos de elevado valor e destinados a atendimento de necessidades diferenciadas.

Em virtude de decisão conjunta dos Estados-membros, ratificada por meio de Decreto Estadual de Goiás, os medicamentos objeto das contratações examinadas sofreram uma exoneração tributária. Previu-se que o fornecimento de tais medicamentos para a Administração Pública não acarretaria a exigibilidade do tributo.

III.1.3 - A decorrência: a vedação à inclusão de remuneração correspondente

22. A ausência de incidência do ICMS sobre o fornecimento do medicamento à Administração Pública acarretava um efeito jurídico inafastável. Tornava-se vedado ao licitante incluir, na sua formação de custos, uma verba atinente ao ICMS.

Afinal, o fornecimento do medicamento não geraria a obrigação de pagar uma importância a título de ICMS. Logo, a proposta do licitante não poderia elevar a sua remuneração invocando o referido custo – eis que tal custo não existia.

III.2 - A situação concreta: a falha dos editais

23. A exposição acima se presume absolutamente clara e não propicia maior controvérsia. No entanto, surgiram problemas em virtude de um lamentável defeito na elaboração dos atos convocatórios das licitações para compra de medicamentos não sujeitos ao ICMS.

III.2.1 - A determinação da inclusão da carga tributária inexistente

24. Ao longo do tempo, diversos editais consagraram uma solução juridicamente defeituosa. Determinaram que incumbia ao licitante formular a sua proposta contemplando a incidência do ICMS - mesmo que o ICMS não incidisse sobre o fornecimento.

Caberia ao licitante propor o fornecimento do medicamento mediante um preço superior ao real, eis que seria agregado um montante pretensamente destinado à liquidação de obrigação tributária que não viria a surgir.

III.2.2 - A violação ao Direito

25. A solução prevista nos editais era antijurídica.

25.1. Em primeiro lugar, violava o princípio da República, eis que propiciava a elevação indevida e não justificada dos preços contemplados nas propostas das licitações. Isso significava, evidentemente, uma ofensa ao próprio princípio da moralidade.

25.2. Em segundo lugar, conduzia os licitantes a dissociar as suas propostas de seus custos efetivos. Portanto, cada proposta deixava de retratar o custo real necessário à execução do contrato, eis que compreendia verbas não correspondentes a despesas efetivas do licitante.

25.3. Em terceiro lugar, não encontrava fundamento normativo.

A disciplina do Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002, recepcionado pelo Decreto Estadual nº 4.852, previa apenas que houvesse expressa indicação no documento fiscal do abatimento de valor equivalente ao ICMS que seria devido (Cláusula Primeira, § 1º, inc. III). Não havia qualquer determinação a que os editais exigissem que as propostas fossem apresentadas contemplando o valor ‘cheio’ ICMS, tal como se ele incidisse sobre as operações necessárias à execução do objeto licitado.’

Todas as decisões anteriores ignoram os fatos acima, não os encaram de frente constituindo-se omissões dos julgados, que também ignoram que a tese que defendem é completamente absurda, causaria um total descompasso à ordem fiscal do Estado, conquanto como poderia prever qual o valor seria necessário a

aquisição dos fármacos? Os orçamentos para aquisição de fármacos seriam imprecisos, dariam margens a fraudes infundáveis, pois os orçamentos não corresponderiam ao valor a ser despendido.

Nobre Ministro Relator, para a embargante, como para qualquer pessoa com conhecimento mediano, ouvir uma orientação provinda da Administração Pública, seja do Ministério da Saúde, ou da Secretaria da Fazenda do Estado e/ou da Procuradoria Geral do Estado para apresentação de preço desonerada tem sim um peso enorme, sobretudo porque as regras do edital não se sobrepõem às regras da Lei.

Salta aos olhos o esforço coletivo para destruir as fartas provas da inocência da embargante nestes autos, que a exemplo dos julgados anteriores adota as teses originais, repetindo-as.

A obscuridade que todos os julgados trataram o Parecer GOT 104/2004 da Secretaria da Fazenda também se repete neste julgado ora embargado. Era de se notar que o solicitante deste parecer foi da própria Secretaria da Saúde do Estado de Goiás, que apresentando os casos concretos ocorridos nos certames licitatórios cujos editais pediam preços onerados para produtos constantes do Convênio CONFAZ ICMS nº 87/02, obteve resposta prática e concreta.

Mas em apreciação ao referido parecer, o Acórdão proferido buscou nas entrelinhas do Parecer GOT 104/2004 da SEFAZ-GO, justamente para destruir seu raciocínio e mais do que isso sua utilização como forte prova - e - verificando uma mera falha do parecer surgiu com a tese de que aquele documento orienta nos casos em que o edital for omissivo, o que não seria o caso dos editais da SES/GO.

Ora, se não fosse o caso dos editais da SES/GO não haveria sequer necessidade dos gestores da época fazerem a consulta. Se o fizeram, por óbvio é porque havia séria dúvida a qual foi sanada e amplamente difundida. Muito inteligente a saída de que o Parecer não daria guarida à tese, mas irreal.

Aduzir que o texto autorizava que apenas nos casos em que o edital da licitação fosse omissivo, poderiam ser adotados, alternativamente, três procedimentos ... é extrair da prova entendimento diverso daquele que ela traduz, pois o parecer é claro, tanto que já em sua consulta verifica-se tratar-se de dúvidas atinentes aos editais da SES/GO.

Veja que o Grupo de Gestão da SES/GO em 28 de janeiro de 2004, solicita orientação, em face de situação vivida da Secretaria conquanto 'O Edital de Licitação consta muitas vezes da proposta do fornecedor: 'Declaração de que os preços cotados estão desonerados do ICMS, conforme estabelecido pelo CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária através dos Convênios nº 87/02, 118/02 e 126/02.

Mas veja que a consulta não para por aí, nos termos da exigência do edital, explicita as condutas dos licitantes em geral, aduzindo que estes, fazem proposta afirmando que o valor do produto está desonerado do ICMS e na emissão da Nota Fiscal embute o preço do ICMS para em seguida deduzi-lo no documento fiscal, apresentando seu preço líquido correspondente ao preço da proposta.

Confirmando a realidade do documento, e não a solução para desconsiderar sua importância, validade e utilidade prática não apenas para o Grupo de Gestão da SES/GO à época mas para os próprios fornecedores que ao obter este posicionamento, acreditavam piamente estarem certos, corretos em suas ações e amparados pelas Autoridades Administrativas do Estado quanto a correção de seus atos.

Mas o documento de consulta vai mais longe, veja sua realidade prática, pois no item 3 da consulta aduz textualmente que:

‘3.- Este mesmo procedimento vem ocorrendo com relação ao que determina o Decreto 5.825/03, é correto?’

E arremata a consulta com o envio de documentos que comprovam a prática dos atos realizados nos Pregões da SES/GO, dizendo:

‘4.- Seguem em anexo exemplos do que vem ocorrendo.’

Ainda provando ser inadequado o entendimento adotado por este tribunal com relação a esta prova, extraímos da própria resposta, o Parecer GOT 104/2004:

PARECER Nº 104/04-GOT

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE GOIÁS, ... consulta acerca dos procedimentos legais quanto à dedução do ICMS na aquisição de medicamentos com isenção do imposto alega que:

(...)

Solicita orientação acerca da aplicação do Convênio 87/02 e pergunta se referido procedimento está de acordo com as determinações contidas no Dec. 5.825/03 e nos Convênios 87/02, 118/02 e 126/02.

(...)

Percebe-se que o fornecedor adota o procedimento citado pela consulente em obediência ao disposto no próprio edital de licitação.

Assim, comprova-se a incorreção de tratamento dada a prova constante dos autos, importante prova, que sofre apreciação seletiva em flagrante tentativa de modificação de seu próprio espírito, o que jamais se poderá admitir, a bem da verdade real que se deve perseguir a fim de que se produzam julgados mais justos.

Conforme referido parecer, inexistente no procedimento de desoneração adotado pela Embargante qualquer erro ou equívoco, sendo certo que este parecer foi amplamente divulgado a todos os fornecedores da SESGO, que confirmando a correção de suas práticas continuaram a adotá-las amparados pela orientação da Gerencia de Orientação Tributária da SEFAZ-GO e pela própria SES/GO.

Outra prova sempre desconsiderada foi o Parecer nº 1893/2008 pelo qual comprovou-se ser sistêmica a situação já que todos os fornecedores da SESGO procediam a desoneração da forma orientada pelo Parecer GOT 104/04 da Gerencia de Orientação Tributária da SEFAZ-GO.

Também omissa foi o julgado quanto a apreciação do Parecer nº 1198/2008-GPT, onde a própria SEFAZ-GO aprovou esta forma de desoneração praticada pela embargante na execução do contrato relativo ao processo nº 200400010008967, do Centro de Saúde Juarez Barbosa/Secretaria de Saúde do Estado de Goiás.

Mais um parecer desconsiderado sem a ponderação razoável das provas constantes dos autos.

Este Parecer nº 1198/2008-GPT novamente referenda a forma de desoneração adotada pela Embargante, comprovando ter a mesma procedido corretamente e não apenas por sua competência especializada, mas também por confirmar o Parecer GOT-104/04.

O fato é que somente em 2007 pacificou-se o entendimento de que os editais deveriam exigir propostas desoneradas, conforme Despacho de nº 001298/2007, de 03/02/2007, do Procurador Geral do Estado, Dr. João Furtado de Mendonça Neto, que dispõe:

14.- Para atender aos atos convocatórios nas condições estabelecidas nos Decretos, as empresas goianas deverão apresentar propostas, orçamentos ou cotações de preços já com o valor líquido, ou seja, sem a carga tributária do ICMS.

A publicação do parecer da PGE demonstra que a desoneração de ICMS nas operações de venda produtos à SES/GO era assunto controverso entre os próprios órgãos da Administração Pública no Estado de Goiás representado pelos inúmeros questionamentos feitos pela Secretaria da Saúde e o Gabinete do Controle Interno da Governadoria junto a Secretaria da Fazenda de Goiás sobre forma de desoneração a ser adotada pelas empresas fornecedoras.

Ora, sendo um assunto controverso e constantemente debatido no âmbito interno da Administração, não é justo que os fornecedores (administrados) tendo se enquadrado nas regras do jogo arquem com as consequências funestas da desorganização pública, como vem julgando este Egrégio Tribunal.

Definitivamente, não há na Ata do Pregão 315/2005, nem em nenhum outro documento dos autos prova nenhuma de que a embargante ofertou preço onerado. Independente disso, concluiu-se que o pregoeiro teria considerado que o preço estava onerado.

Aliás, ao acatar integralmente a manifestação do MP, o Tribunal incorre em erro ao deixar de comprovar que, ao contrário do alegado pelo órgão ministerial, de que *'...as contratadas indicavam apenas um valor em suas propostas e, só na execução contratual, informavam com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS'*, em verdade as fornecedoras apresentavam, juntamente com a proposta, 2 (duas) declarações específicas de desoneração do ICMS dos preços dos produtos.

Isto implica dizer desde o início, já na primeira oportunidade, a Embargante informou à Administração, de forma inequívoca, que seus preços estavam desonerados e que compreender em contrário é distorcer as provas dos autos ou dar mais valia para um erro de declaração genérica e fazê-lo valer mais que uma declaração específica que em conjunto com as provas dos autos, quais seja, notas fiscais onde no campo observação consta o cálculo da desoneração e o desconto do ICMS concedido.

Optou-se por considerar que a embargante apresentou declarações contraditórias. É outro equívoco. São declarações absolutamente coerentes e transparentes. Há um caráter geral quando se afirmou a inclusão de todos os custos que compunham os preços ofertados e um caráter específico, relativo a um único imposto, o ICMS, onde declarou-se que os preços ofertados estavam de acordo com a regulamentação estadual, sendo, também, de caráter específico a declaração de que os *preços cotados já estão contemplados com a redução do ICMS.*

Esclareça-se mais uma vez, que as empresas que competiram para os mesmos itens com a Embargante também apresentaram propostas desoneradas com as respectivas declarações, ou seja, elas também não tinham condições de ofertar preços inferiores àqueles que foram propostos.

Este fato jamais, durante a licitação, causou qualquer dúvida, pois é certo que era prática comum entre todas as fornecedoras apresentar as declarações de desoneração, de forma que não houve ferimento ao princípio da isonomia.

O depoimento do Sr. Pregoeiro prestado para a Comissão não traduziu a verdade e não pode ser utilizado como prova pois não estavam presentes nenhum dos licitantes que podem afirmar o contrário o que afronta o contraditório e a ampla defesa. Sendo prova inaceitável e antijurídica sobre a qual não se pode construir a hipótese de apresentação de preços onerados pela Embargante, pois de fato, como declarado apresentou preços sem a incidência de ICMS (Desonerados) no momento da proposta.

E todos esses outros custos que oneraram sobremaneira o preço ofertado, foram absolutamente ignorados pelo Acórdão, simplesmente porque importante era concluir pela prática do sobrepreço. A acusação não produziu prova em contrário, e por isso não pode vingar tese em contrário sem que existam provas.

Outrossim, sendo a proposta desonerada, e não atendendo ao chamamento do edital, deveria ter sido imediatamente desclassificada, pois não atendia aos termos do Edital.

Porém, optou este Tribunal acatar a fala do MP de que o Pregoeiro teria informado em depoimento que não analisava os documentos apresentados, mas sim, e tão somente, verificava se a empresa apresentava a declaração de que cumpria as regras do Edital. Onde está este depoimento? Onde foi produzido? O certo é que não se conhece este documento que em verdade encerra o verdadeiro problema destes processos, aceitar como provas, coisas que não o são.

Ora Srs. Ministros, a fundamentação de um entendimento com base em um depoimento colhido unilateralmente, sem a presença da parte contra quem a prova estava sendo produzida, e mais, completamente desprovido de verdade, razoabilidade e legalidade, é absolutamente inaceitável!

Como aceitar a justificativa de um pregoeiro que confessa que não analisava os documentos apresentados pelas empresas? Ilógico! Absurdo! Improsperável! Qualquer um que já tenha participado de abertura de licitações sabe que é uma verdadeira guerra, discussões acaloradas, intensas, análises e decisões são tomadas na hora. Aceitar esta tese é abusar da inteligência das pessoas, afrontar a verdade sem pudor, ignorando que todos que participavam poderiam testemunhar em contrário e desmentir essa falácia.

A propósito, a embargante não pode deixar de inquirir como no mínimo obscuro o entendimento de que bastaria ao Secretário de Saúde ‘retroceder algumas folhas para verificar que o preço da Ordem de Fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais, como consta do exame técnico do Relatório do Acórdão recorrido.

Na verdade isso demonstra que os nobres técnicos não se ativeram ao processo, menos ainda a defesa desconhecendo por completo as provas dos autos. Ora Sr. Ministro, a embargante alega desde sua defesa que os preços das Ordens de Fornecimento, são iguais aos preços de sua proposta de preços que por sua vez é igual ao preço que deveria ter sido efetivamente recebido.

Entende Marçal Justen Filho em seu Parecer juntado aos autos:

III.2.2 - A violação ao Direito

25. A solução prevista nos editais era antijurídica.

25.1. Em primeiro lugar, violava o princípio da República, eis que propiciava a elevação indevida e não justificada dos preços contemplados nas propostas das licitações. Isso significava, evidentemente, uma ofensa ao próprio princípio da moralidade.

25.2. Em segundo lugar, conduzia os licitantes a dissociar as suas propostas de seus custos efetivos. Portanto, cada proposta deixava de retratar o custo real necessário à execução do contrato, eis que compreendia verbas não correspondentes a despesas efetivas do licitante.

25.3. Em terceiro lugar, não encontrava fundamento normativo.

A disciplina do Convênio CONFAZ ICMS nº 87/2002, recepcionado pelo Decreto Estadual nº 4.852, previa apenas que houvesse expressa indicação no documento fiscal do abatimento de valor equivalente ao ICMS que seria devido (Cláusula Primeira, § 1º, inc. III). Não havia qualquer determinação a que os editais exigissem que as propostas fossem apresentadas contemplando o valor ‘cheio’ ICMS, tal como se ele incidisse sobre as operações necessárias à execução do objeto licitado.’

26. Não se contraponha que a referida disciplina seria destituída de nocividade porque caberia ao particular, ao ser contratado, escoimar o valor do ICMS de sua proposta.

A eventual eliminação dos valores indevidos impediria o desembolso indevido pela Administração Pública. Mas permaneceria outro problema, relacionado ao regime licitatório.

A utilidade da licitação depende da identidade entre a proposta vencedora e o contrato. O conteúdo da proposta deve ser refletido, de modo preciso e exato, nas condições da contratação. Viola a licitação que o contrato contemple condições distintas daquelas previstas na proposta selecionada como vencedora. Em outras palavras, não se admite que o valor da efetiva contratação seja diferente do valor da proposta. (grifamos)

Aliás, nobre Sr. Ministro relator, veja que o mestre Marçal Justen Filho não apenas entende que se denota ilegalidade a forma prevista pelo edital, mas foi além, e daí pedimos vênua para complementar seu pensamento a fim de demonstrar a obscuridade do decism:

‘27. Mas a solução apresentava ainda outro defeito, muito evidente para os especialistas em licitação.

Era inquestionável que o ICMS não seria devido por ocasião da execução do contrato. Logo, os licitantes seriam incentivados a reduzir o valor de suas propostas, de modo a obterem a vitória. O licitante poderia reduzir seu preço à custa da carga do ICMS (não incidente).

Em última análise, a carga fictícia do ICMS configuraria uma espécie de ‘lucro disfarçado’. No intuito de obter a vitória, cada licitante seria incentivado a reduzir o valor de sua proposta, o que se faria mediante a exclusão do desnecessário acréscimo atinente ao ICMS.

Logo, o licitante que cumprisse a regra do edital acabaria derrotado, eis que apresentaria uma proposta de valor muito superior ao custo real e efetivo da prestação.

28. Como decorrência, cada licitante formularia uma proposta com composição de custo qualitativamente diferente. Isso inviabilizaria a comparação entre as diversas propostas. Então, a licitação deixaria de ser um instrumento de competição entre propostas semelhantes.’

Isto tudo nem se pode dizer que este Tribunal não vislumbrou estes aspectos, pois foi em raciocínio semelhante que adveio o Acórdão 140/2012, arguido em defesa como prova de que a matéria relativa ao ICMS era obscura já que a redação do Convênio 87/02 não dava segurança aos gestores quanto à forma correta de aplicação do dispositivo.

O próprio fato da determinação deste Tribunal para que se revogasse o normativo inconstitucional milita a favor da empresa, como atenuante e isto é evidente pois, se a norma foi considerada inconstitucional na oportunidade da prolação do Acórdão 140/2012, porque não seria em 2005 quando as consequências advindas da previsão editalícia eram as mesmas daquelas previstas pelo revogado parágrafo 6º da Cláusula Primeira do Convênio 87/02 alterado pelo Convenio 57/10?

A decisão de que o entendimento não ser aplicável no caso em comento é no mínimo exclusória, pois se este próprio Tribunal entende ser inaceitável que editais exijam preços onerados nas propostas de preços das licitações, sendo exatamente por esta conduta condenada a embargante é inacreditável, é contradição absurda que não cala, pois o Tribunal acaba por militar contra seu próprio entendimento.

Sobre a declaração de desoneração, veja que no próprio parecer de Marçal Justen Filho ele apreciou a questão vaticina:

IV.3 – A expressa ressalva da Consulente

49. Acresce que a Consulente indicava nas suas propostas, bem como nas diversas oportunidades em que lhe cabia manifestar-se, que os seus preços não compreendiam a carga do ICMS.

IV.4 – Síntese: a ausência de irregularidade

50. A Consulente não praticou qualquer irregularidade. Nem houve prejuízo aos cofres públicos. Não se verificou a hipótese de a Consulente apropriar-se do valor correspondente ao ICMS não devido nas operações. A Administração não foi induzida a pagar um valor superior ao devido segundo a legislação tributária. A Consulente sempre indicou que o montante a lhe ser pago, a título de preço pelos medicamentos fornecidos, não compreenderia a carga relativa ao ICMS.

Em suma, não existe fundamento jurídico algum para se imputar à Consulente a prática de irregularidade e a obtenção de benefício indevido. Nem existe fundamento para a Administração pleitear algum tipo de ressarcimento. Muito menos cabível é promover a retenção de 17% dos valores devidos a título de ‘ICMS não devido’.

O montante das obrigações assumidas pela Administração estadual nunca compreendeu a carga tributária atinente ao ICMS. Apropriar-se de valor correspondente a 17% das prestações devidas, no caso examinado, configura situação de enriquecimento sem causa, infringente da ordem jurídica.

V – A ausência de competência para alterar a vontade privada

51. A Consultante, em todas as oportunidades, declarou a sua vontade de fornecer medicamentos à Administração Pública mediante preço certo e determinado. Indicou que tais montantes não incluíam a carga do ICMS, não incidente em virtude de isenção.

A Administração não dispõe de competência para alterar o conteúdo da proposta apresentada. (Grifamos)

Ainda comprovando a contrariedade do edital com os entendimentos deste próprio TCU, é de se ver que na TCE (TC 023.957/2016-6), instaurada mediante o Acórdão 1701/2016-TCU-Plenário, que foi proferido no âmbito do TC 018.267/2015-7, os preços dos fornecedores foram encontrados próximos do Preço Máximo ao Consumidor e mesmo assim considerados normais.

Mas *in casu* há flagrante obscuridade conquanto aqui não se realizou perícia, não se provou serem os preços superiores aos do mercado, mas mesmo assim a condenação é certa. Na verdade, o Acórdão, sem nenhum cálculo que tenha levado em consideração o preço de custo de aquisição dos produtos e a realidade do mercado, concretiza a esdrúxula situação de a empresa ser obrigada, pelo órgão controlador e julgador, a praticar um preço impossível e que lhe acarreta prejuízo.

Ainda que tivesse obtido um desconto excepcional do fabricante (questão jamais abordada nos autos), nenhuma empresa conseguiria praticar o preço que o Acórdão quer impor sem risco de falência. Ao não enfrentar realidade dos números que regem um setor excessivamente competitivo, como é o de distribuição de medicamentos, novamente o Acórdão incorre em obscuridade e omissão.

Ou seja, na ausência de prova concreta da prática de sobrepreço, dada a fragilidade das informações disponíveis e a complexidade do mercado, torna-se preocupante a forma como este Tribunal vem embasando seus julgamentos. Aqui não é necessário fazer a prova de superfaturamento ou sobrepreço, bastam alegações e contas realizadas com única e exclusivamente em Edital equivocado que gerava dúvidas na época dos fatos e em dúvida permaneceu por vários anos.

A regulação do setor de medicamentos visa controlar os excessos do mercado, de forma a inibir preços extorsivos e danosos à Administração Pública. Mas se nem ao legislador é dado o direito de impor preços à iniciativa privada, muito menos pode o aplicador da lei a interpretar para restringir direitos, impor o enriquecimento sem causa do Estado e o empobrecimento forçado de quem com ele contrata.

Como o preço desonerado ficou exatamente igual ou inferior ao preço estimado e inferior ao preço máximo ao consumidor, não há nada que autorize a conclusão da prática de *sobrepreço*, mesmo porque, na época da realização do Pregão não havia obrigatoriedade de observância do Preço de Fábrica. Não há na legislação nenhuma norma que vede a aceitação do preço ofertado dentro de limites absolutamente razoáveis como ocorreu naquele evento, salientando-se que houve deliberação expressa da Administração sobre os preços que ora são questionados.

Ora, Senhor Julgador, se a Embargante praticou os preços conforme os estimados, que correspondiam aos preços de mercado e que eram declaradamente desonerados, prova-se que os preços por ela praticados não causaram prejuízo algum à Administração, e que via de consequência o julgado firmou sua convicção em suposições e não em fatos e por isso deve ser modificado.

A embargante de fato não manejou no recurso a prova sobre inexecutabilidade dos preços no caso de nova desoneração de 17% sobre os preços cotados, porém era de se entender que já havendo sido concedido um desconto não caberia dentro da margem de lucro a concessão de novo desconto de 17% conforme determinado.

A propósito deste percentual assim tem entendido o Tribunal:

12. No que se refere ao argumento sobre a incidência da alíquota reduzida, a questão foi arguida pelos responsáveis em outras tomadas de contas especiais que cuidaram do tema, das quais colho o excerto do voto emitido no Acórdão 732/2013 – TCU-Plenário, relator o Min. Augusto Sherman:

65. Conforme indicado no parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a empresa tenta, conforme argumentos aduzidos, 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 os valores ao erário em razão da incidência indevida o 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%.

66. Conforme considerações apresentadas pelo Parquet especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são inconteste 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% (dezesete 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.

13. Ou seja, não há respaldo para acolher a pretensão das recorrentes de minimizar seu possível prejuízo como uma menor imputação de débito, diante de uma suposta alíquota reduzida, até porque, do ponto de vista formal, tal informação deveria constar expressamente de sua proposta de preço. Ao simular a desoneração de suas notas fiscais, aplicou o percentual de 17% e não de 10%.

Nobre Senhor Relator, as considerações do MP tão prevalentes sobre as dos desvalidos embargantes, não podem ser tão soberanas, pois é curioso que não se compreenda uma coisa tão simples assim: A EMBARGANTE UTILIZOU ESTE PERCENTUAL POIS FOI EXIGIDO PELO ITEM 5.3.1 DO EDITAL QUE DISPÕE:

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 26/03 Confaz, ..., 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.

Simple assim, mas o fato do Edital exigir que fosse 17% contraria a Lei, assim como contraria o desconto deste percentual, porquanto conforme visto na observação constante do edital tão prestigiado por este Tribunal o percentual a ser abatido é o correspondente à isenção. Isso não por acaso, pois o Convênio CONFAZ ICMS nº 87/02, assim dispunha no seu inciso III do parágrafo Único:

III - o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente

Assim, uma das condições previstas nos editais das licitações vencidas pela Consulente era que os fornecimentos fossem feitos ao abrigo do Convênio 87/02, desde que *‘o valor correspondente à isenção do imposto estadual fosse deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal.’*

Essa disposição foi incorporada à legislação do Estado de Goiás, a teor do que se encontra regulamentado no inciso XXXVII do art. 7º, Anexo IX do Decreto nº 4852/97 – Código Tributário do Estado de Goiás – RCTE -, com a redação que lhe deu o Decreto Estadual nº5825/03, *verbis*:

‘Art. 7º, São isentos de ICMS, observado o § 1º quanto ao término de vigência do benefício: XXXVII – a operação realizada com fármaco e medicamento relacionado no Apêndice XVII deste Anexo destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal e as suas fundações, ficando mantido o crédito, desde que seja observado o seguinte:

c) o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao ICMS que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.’(grifamos)

Esta redução da base de cálculo do ICMS para os distribuidores atacadistas do Estado de Goiás foi legalmente prevista pelo Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás em seu Art. 8º, Inciso VIII, § 2º do Anexo IX, que reduziu a base de cálculo do ICMS para 10%, como já transcrito, frisando-se revogada a letra ‘b’.

CAPÍTULO III DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

Seção I

Da Redução de Base de Cálculo Concedida por Prazo Indeterminado

Art. 8º A base de cálculo do ICMS é reduzida:

(...)

VIII - de tal forma que resulte aplicação sobre o valor da operação do equivalente ao percentual de 10% (dez por cento), na saída interna realizada por contribuinte industrial ou comerciante atacadista que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, ficando mantido o crédito, observado o disposto no § 2º e, ainda, o seguinte (Lei nº 12.462/94, art. 1º):

a) equipara-se a comerciante atacadista, para efeito de aplicação da redução da base de cálculo, cujo benefício pode ser utilizado até 31 de dezembro do exercício no qual o contribuinte estiver equiparado, o comerciante varejista que comprovadamente realizar em seu estabelecimento saídas com destino à comercialização, produção ou industrialização, que correspondam a, no mínimo, 30% (trinta por cento) do volume das saídas totais, apurado:

1. no exercício anterior à utilização do benefício, tratando-se de empresa que tenha exercido suas atividades por período igual ou superior a 6 (seis) meses naquele ano;

2. nos 3 (três) últimos meses anteriores ao início da utilização do benefício, tratando-se de início de atividade ou de empresa que tenha exercido suas atividades por período inferior a 6 (seis) meses no exercício anterior;

b) o benefício não se aplica à operação:

1. revogado;

2. com petróleo, combustível, lubrificante, energia elétrica e outras mercadorias e operações indicadas em ato do Secretário da Fazenda;

3. revogado.

c) revogada;

É de se compreender que também a Lei Estadual nº 12.462/94, em seu artigo 1º, inciso III:

LEI Nº 12.462, DE 08 DE NOVEMBRO DE 1994.

Autoriza a redução da base de cálculo do ICMS na situação que especifica e dá outras providências.

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado, na forma, limite e demais condições que estabelecer, a reduzir a base de cálculo do ICMS, nas operações internas realizadas por contribuintes industriais e comerciantes atacadistas, que destinem mercadorias para fins de comercialização, produção ou industrialização, de tal forma que a carga tributária resulte na aplicação de uma alíquota efetiva mínima de 10% (dez por cento), desde que:

III.- O benefício aplica-se também, a operação com mercadorias destinadas:

...

b) a órgãos da administração pública direta, inclusive autárquica ou fundacional.

c) a Hospital e Clínica de Saúde.'

Comprova-se que a LEI autoriza a cobrança de ICMS à base de 10% de alíquota no Estado de Goiás, sendo que certo também que a própria SES/GO autorizava que fosse praticada desoneração à esta base conforme pareceres em anexo. (Vide Parecer 323/2008-GPT SEFAZ/GO)

Demonstrado que o valor que deveria ser desonerado é o mesmo valor do imposto que seria devido se não houvesse isenção, não se mostra adequado condenar e autorizar a cobrança de 17% sobre todo fornecimento quando o imposto devido seria de 10%.

Pois bem, este Tribunal jamais se dignou a provar que a alíquota de 17% deveria ser o valor a ser abatido, porém, mantém seus julgados intactos, inobstante a flagrante injustiça que comete com a embargante que certamente não suportará o ônus de se defender, de ofertar garantias em execuções indevidas, ... tudo num esforço hercúleo para sobreviver, como tem feito, e que poderia ser evitado por um simples ato de boa vontade, de razoabilidade e proporcionalidade.

OMISSÃO CONTRADIÇÃO - DA RETENÇÃO E COMPENSAÇÃO

A omissão do julgado conduzida pela instrução processual, que não quis produzir prova quanto aos preços e, menos ainda, quanto aos valores retidos, é flagrante e por isso não deve prosperar.

Ressalta a Embargante que a instrução considerou que houve pagamento integral dos fornecimentos que foram efetuados neste processo em questão, razão pela qual, entende não ter ocorrido *bis in idem*.

Ocorre que, prudentemente, V.Exa. determinou a manifestação da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás no sentido de que ela prestasse informações acerca das retenções mencionadas nos autos.

A SES/GO por sua vez, matreiramente, limitou-se a informar ao Tribunal que a Procuradoria Geral do Estado teria determinado a impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal, entretanto, não informou que apesar do posicionamento da PGE/GO, aquela Secretaria não liberou os créditos retidos da Embargante.

O fato é que essa frágil e simples afirmação da SES/GO sem que exista uma prova sequer de os créditos tenham sido liberados, foi o suficiente para este Tribunal adotar o seguinte posicionamento:

‘Restou afastada, no entanto, a ideia que cheguei a levantar em momento precedente nestes autos, de que a medida adotada pela SES/GO pudesse haver saneado débitos aqui tratados, tendo em vista a informação obtida junto à SES/GO, de que aquele órgão estadual acatou parecer da Procuradoria Geral do Estado de Goiás quanto à ‘impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal, sendo que o ressarcimento deveria ser perseguido pelos meios legais.’

Ocorre Sr. Ministro, que muito embora a PGE tenha sido clara na conclusão de que as retenções eram ilegais, a SES/GO não liberou os pagamentos até o presente momento e não pretende liberar, pois, conforme já é sabido por este Tribunal, o MPF adentrou com Ação Civil Pública contra a Embargante onde busca o ressarcimento dos supostos prejuízos ocorridos nos mesmos processos analisados no TCU.

Assim, sob o argumento de que a questão está sub judice, a Administração simplesmente se recusa a liberar o crédito que atinge o montante de quase 20 milhões de reais originais.

A justificativa da SES/GO era justamente de que, como em alguns processos foi verificado o pagamento integral dos fornecimentos como no presente caso, seria correta a realização da retenção do crédito destes processos em outros.

O fato é que, a pedido da própria Embargante, a SES/GO promoveu novo levantamento das notas fiscais da empresa, bem como, seus pagamentos e cancelamentos a fim de demonstrar que os valores retidos e/ou não pagos, superam em muito os valores que estão sendo discutidos em TODOS processos analisados por este Tribunal.

As planilhas foram elaboradas e emitidas pelo Controle de Execução Orçamentária e Financeira da SES/GO e, conforme V.Exa. poderá observar, ali constam todos os cancelamentos, parciais ou totais, das Notas Fiscais emitidas pela empresa em razão dos fornecimentos efetuados.

Estes cancelamentos significam que o Estado não efetuou o pagamento dos medicamentos que foram fornecidos, alguns há mais de dez anos e que totalizam o valor não atualizado 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).

Vejam os a observação constante da planilha:

‘Em atenção à solicitação da empresa Hospfar quanto a quitação das notas fiscais relacionadas foi verificado junto Sistema de Programação e Execução Orçamentária e Financeira - SIOFI – a liquidação/pagamento/cancelamento dos títulos apresentados. Foram identificados os cancelamentos nos valores relacionados na planilha acima, dessa forma constatamos que não houve pagamento parcial das notas fiscais sendo canceladas suas liquidações e respectivos empenhos, ASSIM NÃO CONSTAM NOS RELATÓRIOS DE CONTAS A PAGAR. Tais cancelamentos foram realizados visando evitar o pagamento indevido de valores relativos à retenção do ICMS cobrados indevidamente por parte da empresa.’ (grifo nosso)

Da observação supra, é fácil compreender o porquê de o Estado não se preocupa em solucionar a questão e prestar informações corretas. Com essa manobra do cancelamento parcial ou total dos empenhos/notas fiscais, a obrigação do pagamento simplesmente desapareceria do sistema e, por isso, teoricamente, o Estado estaria desobrigado de efetuar a quitação.

Ocorre, porém, que tal manobra, assim como as retenções administrativas, é flagrantemente abusiva, ilegal e imoral e demonstra não só a total desorganização interna da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, mas também, a intenção deliberada de dar um ‘calote’ revestido de legalidade nas empresas fornecedoras.

Com relação ao tema das retenções administrativas a Unidade Técnica assim tem se pronunciado:

‘12.5. O inconformismo não merece acolhida. Ocorre que, mesmo não se pronunciando expressamente sobre destino dado aos valores retidos, informou a SES/GO que, segundo entendimento do setor jurídico estadual, não há amparo legal para as retenções, o que significa que, caso ainda não

tenha feito, pode a recorrente requerer a liberação de tais valores, pois foi reconhecido pelo Administração Pública seu dever de pagar e o direito da recorrente em receber os valores ilegalmente retidos.

12.6 - Ora, se à recorrente pertence o direito à contraprestação estadual retida, verifica-se, se não pelo recebimento de tais quantias, pela incorporação desse direito ao seu patrimônio, não ter havido qualquer compensação de dívidas como afirma a recorrente, de modo que deve prosseguir a presente tomada de contas especial.’

Sobre o tema não houve sequer menção no Voto, porém, a omissão e a contradição são flagrantes pois, se por um lado o próprio Tribunal reconhece o direito de a Embargante de receber seus créditos, por outro lado se omite em averiguar de referidos créditos foram liberados ou mesmo determinar a compensação.

Ao deixar de analisar detidamente o tema das retenções, este Tribunal se omite ao não diligenciar corretamente sobre a possibilidade de referidos valores ainda estarem retidos.

E mais, se omite porque muito embora as retenções não tenham sido efetivadas ‘sob a tutela desta Corte’, o fato é que a Embargante trouxe esse fato ao conhecimento do Tribunal, informação esta que interfere diretamente na análise do caso.

Portanto, o assunto referente às retenções administrativas agora ESTÁ SOB A TUTELA DESTA CORTE e, portanto, não pode este Tribunal buscar o ressarcimento de um suposto prejuízo que já está oficialmente recomposto por atitude arbitrária da administração pública e que também está sendo perseguido na esfera judicial.

Ao assim proceder, este Tribunal labora utilizando-se de dois pesos e duas medidas, pois, se por um lado tem a mão forte para condenar a conduta da Embargante que supostamente descumpriu uma norma editalícia, fecha os olhos quanto à arbitrariedade cometida pela Administração Pública Estadual, corroborando e convalidado a prática abusiva das retenções sob o argumento de que elas não se deram sob a ‘tutela desta Corte...’

A questão das retenções administrativas interfere diretamente no resultado desta demanda pois, se a Administração Pública a seu bel prazer já buscou se ressarcir dos supostos prejuízos promovendo retenções de valores infinitamente superiores os que são perseguidos nas Tomadas de Contas perante este Tribunal e se esses mesmos valores são buscados na esfera judicial onde inclusive a Embargante ofereceu caução garantindo o juízo, não se mostra adequado a condenação e conseqüente autorização de execução do julgado pois, assim, estar-se-ia caracterizando uma tripla condenação.

Uma condenação administrativa realizada pela SES/GO, outra da esfera judicial caracterizada pelos bens dados em caução e, por fim, a condenação por parte deste Tribunal que fatalmente autorizará a propositura de ações de execução buscando o recebimento de um mesmo crédito.

Volte-se a frisar Sr. Ministro, que neste processo, o Tribunal busca o ressarcimento atualizado de R\$ 140.099,04 (cento e quarenta mil, noventa e nove reais e quatro centavos) enquanto a Administração Pública Estadual retém o pagamento de aproximadamente 20 milhões de reais desatualizados.

O assunto passa ao largo dessa possível irregularidade administrativa, pois, não só a Unidade Técnica como também o Ministério Público em momentos de lucidez em outros processos, constataram que a questão relativa à desoneração do ICMS era confusa, tendo o MPU assim se pronunciado:

‘Assim, é verdade que prevalecia certa confusão na SES/GO sobre a desoneração do ICMS.

Esse problema aparentemente, só seria resolvido com a edição do Despacho 1298/2007 da Procuradoria Geral do Estado de Goiás em 3.2.2007 (fls. 1.442/8, v. 5) [após a conversão, peça 15, pp.40/06], que definiu que, nas hipóteses de isenção e ICMS, as empresas devem apresentar na licitação tanto o preço normal de mercado do produto ou serviço (valor bruto), quanto o preço resultante da isenção do ICMS conferida (valor líquido), sendo que este último deve ser o preço considerado para julgamento.’

O Ministério Público foi condescendente neste caso. Não havia ‘certa confusão’, havia um verdadeiro caos, um desconhecimento completo da matéria o que parece prevalecer até em dias atuais pois, recentemente, a Controladoria Geral do Estado em Goiás, condenou as determinações deste Despacho 1298/2007 que, teoricamente, veio pacificar o entendimento.

Assim Sr. Ministro, o raciocínio constante do acórdão embargado demonstra-se, data máxima vênia, simplista, superficial, e se adotado conduziria a conclusão de que este Tribunal não teria competência para fazer Tomada de Contas Especial, pois as verbas discutidas não pertenceriam ao erário da União, na medida

que o numerário sempre é repassado ao erário do Estado e as verbas são sempre incorporadas às finanças do Estado.

A Embargante contratou com o Estado e não com a União, e assim a Embargante teve suas verbas retidas pelo Estado não sendo correto que a União se arvore apenas na cobrança de valores e afaste a verdade real de que as retenções devem ser compensadas dos valores que pretende cobrar sob pena de cobrar 3 (três) vezes. Uma quando da retenção, outra agora que pretende executar valores atualizados de suposto débito já a muito liquidado pela retenção e, uma terceira caso a Ação Civil Pública seja julgada procedente. Todos buscam receber e garantir um mesmo débito!

Não se trata de encontro de contas, trata-se de não poder condenar em valor que já fora retido, trata-se de não se ignorar os prejuízos a que já foram impostos à Embargante e que se não ressaltados neste momento não serão objeto de apreciação.

De qualquer ângulo que se veja, os valores retidos foram superiores aos valores das condenações que se pretende impor, ou seja, mesmo que aceitasse a Embargante o suposto débito apontado por este Tribunal ainda assim não seria devedora, mas sim, continuaria credora, em muito, daquela Administração.

Nobre Ministro Relator, não se pode ignorar que estes valores se referem a retenções que deveriam ter sido pagas entre os anos de 2003 a 2007, e que a Embargante já se encontra em verdadeiro prejuízo desde então. Como então admitir-se a pretensão de execução de valores pela União, sem descontar os valores retidos justamente a título de ICMS?

Veja que atualizando-se este valor retido pela SES/GO na forma como faz este Egrégio Tribunal, teríamos um valor ainda muito maior do que os 19 milhões confessadamente informados pela SES/GO no documento juntado nos autos.

A compensação de valores impõe-se. Sua observância decorre do direito mais básico que se pode invocar desde as sociedades medievais que em escambo respeitavam a mais valia e compensava com produtos a diferença existente. Num Estado Democrático de Direito não se pode ignorar os direitos mais básicos de uma sociedade em especial este fundado no direito constitucional da propriedade.

Neste sentido, é de fundamental importância que V.Exa. determine a realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções e que, prove perante este Tribunal, que liberou qualquer das verbas retidas em favor da Embargante.

A omissão gritante deste Tribunal quanto aos fatos alegados e a total inexistência de provas de que os créditos retidos tenham sido liberados, demonstra-se absurda e a injustiça do julgado deve ser modificada admitindo-se por justiça a compensação de valores bloqueados, não se admitindo a frágil alegação da Unidade Técnica de que as retenções não se deram sob a tutela desta Corte pois, conforme exaustivamente demonstrado, agora o assunto está sob a tutela desta Corte pois, pretende-se executar valores que não foram pagos à Embargante.

Diante do exposto, pede-se provimento do recurso, para que:

I – sejam recebidos os presentes embargos com efeitos modificativos, para que sejam providos e, conseqüentemente, analisadas as razões ora apresentadas bem como aquelas descritas no Recurso de Reconsideração não recebido, excluindo-se deles as falhas que impedem o seu pleno entendimento e aplicação;

II - sejam reconhecidos:

a) que a alegada inobservância formal de uma única disposição do Edital não gerou, isoladamente, prejuízo à Administração Pública;

b) – a inexistência de prova idônea de acordo com o Pregoeiro, que implicasse o reconhecimento de preço onerado com o ICMS (17%), pela embargante;

c) – a inexistência de elementos de prova da prática de superfaturamento, e afastada, definitivamente, a pena de pagamento dos valores mantida pelo Acórdão;

III – alternativamente:

a) seja a sanção reduzida para valores correspondentes às diferenças percentuais entre os preços máximos ao consumidor com ICMS e os preços faturados, também com ICMS pela HOSPFAR, ou ainda;

b) ou ao valor correspondente à alíquota prevista na Lei nº 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário de Goiás): 10%.

IV – Seja determinada a realização de nova e completa diligência junto à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás 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.

Finalmente, pede-se que também sejam consideradas todas outras razões, constantes do recurso interposto, suficientes para a reforma da decisão.

Por oportuno, esclarece que os únicos advogados aptos a receberem intimações pela Requerida neste processo serão os Drs. Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703), Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267) sob pena de nulidade.”

É o relatório.