

## VOTO

Atendidos os requisitos de admissibilidade dos arts. 32, II, e 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno, conheço dos embargos de declaração opostos por Cairo Alberto de Freitas e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. ao Acórdão 6.308/2018 - 2ª Câmara, que negou provimento a recurso de reconsideração dos embargantes.

2. O apelo de reconsideração foi interposto contra o Acórdão 2.876/2017-2ª Câmara, relatado pelo ministro Augusto Nardes, que, entre outros pontos, julgou as contas dos recorrentes irregulares e os condenou ao pagamento do débito original de R\$ 47.928,93 (27/11/2007).

3. Início com um breve histórico destes autos, extraído da instrução da Secretaria de Recursos - Serur quando do exame dos recursos de reconsideração, *in verbis*:

“2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES/GO, a partir de determinação contida no subitem 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário (relator Exmo. Ministro Raimundo Carreiro), em decorrência de realização de pagamentos irregulares à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 315/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2.1. Conforme preceituado pelo item 5.3 do edital (peça 4, p. 8), o valor proposto na licitação deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Esse valor onerado com o ICMS tinha o propósito de servir apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas, visto que a Secretaria de Estado da Saúde não era contribuinte do imposto. Ainda, de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela.

2.2. Todavia, quando do faturamento, a empresa Hospfar acrescia novamente o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprir a isenção tributária aplicável. Como resultado, a empresa embolsava a totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente a diferença entre o valor adjudicado e o valor do imposto originalmente incluído nas propostas.

2.3. No âmbito deste Tribunal, foram responsabilizados solidariamente pelo débito: os gestores Cairo Alberto de Freitas, na condição de secretário de saúde (período de efetivo exercício no cargo de 30/6/2006 a 31/3/2008), e Antônio Durval de Oliveira Borges, na condição de superintendente de administração e finanças da SES/GO (período de efetivo exercício no cargo de 1/8/2006 a 24/7/2008), bem como a empresa Hospfar.

2.4. O ato impugnado dos gestores foi a realização de pagamentos à empresa Hospfar decorrentes da aquisição de medicamentos, viabilizada pelo Pregão SES/GO 315/2005, sem que tenha havido a desoneração do ICMS, conforme estipulado no edital, e o da empresa foi o recebimento pela venda sem essa desoneração.

2.5. A falta de desoneração do ICMS foi apontada inicialmente na Representação formulada pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás (TC 017.576/2005-2, Acórdão 45/2008 – Plenário, relator Exmo. Ministro Raimundo Carreiro).

2.6. Naqueles autos, a Secex/GO empreendeu auditoria junto aos órgãos e entidades do Governo do Estado de Goiás e constatou que a prática da não desoneração do ICMS nas faturas relacionadas à aquisição de medicamentos repetia-se em vários processos de compra, razão pela qual solicitou à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás - SES/GO cópia de vinte e três processos de pregões, determinando a instauração de tomadas de contas especiais.

2.7. Posteriormente, nos autos do TC 008.322/2010-4, relativo à Representação deflagrada pela Procuradoria da República no Estado de Goiás, mais uma vez a matéria sobre a falta da desoneração do ICMS veio à pauta, havendo o Tribunal determinado à SES/GO que adotasse providências para apuração integral das falhas noticiadas e que instaurasse, se necessário, de maneira apartada, processos de tomadas de contas especiais, relativas a vinte procedimentos licitatórios (Acórdão 1789/2010 – Plenário, relator Exmo. Ministro Augusto Sherman).

2.8. Por derradeiro, no Acórdão 2770/2011 – 2ª Câmara, relator Exmo. Ministro Augusto Sherman, adotado no TC 008.322/2010-4, o Tribunal fixou prazo para que a SES/GO cumprisse as disposições do Acórdão 1789/2010 – 2ª Câmara, no que se refere à instauração das tomadas de contas especiais.

2.9. Destaque-se a relevância da matéria em razão de reiterada prática irregular nas aquisições de medicamentos pela SES/GO, com envolvimento de recursos públicos federais transferidos àquele Estado à conta do SUS – Sistema Único de Saúde.

2.10. Cumpre, ainda, registrar a importância do tema aqui tratado. Conforme noticiado no portal do Ministério Público do Estado de Goiás em maio/2010, apurações conduzidas pelo MPF e pelo MPE contabilizaram prejuízos da ordem de R\$ 13 milhões aos cofres públicos em fraudes nas compras de medicamentos feitas pela SES/GO nos anos de 2002 a 2008. Nesse contexto, deve ser enfatizado que já se encontram em tramitação nesta Corte diversas tomadas de contas especiais relacionadas a esses fatos.

2.11. No caso tratado nestes autos, a dívida concernente aos medicamentos indevidamente faturados pela empresa Hospfar baseia-se na Nota Fiscal 151466, no valor de R\$ 47.928,93 (peça 6, p. 1 e peça 13, p. 3 e 6).

2.12. Conclui-se também pela exclusão da responsabilidade do pregoeiro, pelo fato de o débito ter ocorrido no momento do pagamento e não quando da licitação (peça 47, p. 7-8).

2.13. No âmbito destas contas especiais, as alegações de defesa oferecidas pelos demais responsáveis arrolados foram incapazes de afastar a irregularidade apontada e, em consequência, o Tribunal julgou irregulares as presentes contas, fundamentado no art. 16, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Lei 8.443/1992, condenando os responsáveis (Srs. Cairo Alberto de Freitas, então Secretário de Estado da Saúde, e Antônio Durval de Oliveira Borges, então Superintendente de Administração e Finanças de Goiás) e a empresa beneficiária em débito solidário.

2.14. Em seguida, a empresa Hospfar e o Sr. Cairo Alberto de Freitas opuseram embargos de declaração acolhidos pelo Acórdão 8705/2017 – TCU – Segunda Câmara (peça 76), o qual afastou a pena de multa cominada.”

## II

4. O embargante Cairo Alberto de Freitas alegou, em suma, que (i) houve omissão acerca da inexistência de débito nos casos de desoneração de ICMS quando da venda de medicamentos; (ii) a ausência de desoneração de ICMS quando da venda de medicamentos não deve ser considerada como débito; (iii) os Acórdãos 3.596/2014 e 1.154/2013 do Plenário deste Tribunal consideraram que a ausência de desoneração de ICMS quando da venda de medicamentos não foi caracterizada como débito; (iv) existe decisão da justiça em ação civil pública sobre a necessidade de realização de perícias fiscais e contábeis em relação aos pagamentos efetuados às empresas vencedoras dos certames para venda de medicamentos para que seja caracterizado débito; (v) houve omissão quanto à análise da impossibilidade de condenação solidária, porque entende que seria desproporcional lhe imputar a pena de devolução de valores nos mesmos patamares que as empresas, devendo prevalecer aplicação da pena em razão da culpabilidade de cada agente.

5. Percebo que o recurso foi direcionado para questionar a existência do débito que foi imputado ao recorrente. Ou seja, não se traduz em matéria a ser debatida em sede de embargos de declaração, sabidamente medida recursal de cunho restrito.

6. Inexiste, nas argumentações recursais, qualquer vício a ser saneado por esta via, que deve ser aquele eventualmente presente entre as premissas utilizadas pelo julgador e a conclusão a que tenha chegado.

7. A alegação de contradição entre acórdão embargado e doutrina, jurisprudência ou comando legal é pertinente em outras espécies recursais, a exemplo de recurso de reconsideração ou pedido de reexame, nos quais o comando atacado é contrastado com aquela fonte jurídica. Entretanto, é descabida nos aclaratórios, cuja única finalidade é esclarecer ou integrar a decisão embargada e, apenas excepcionalmente, modificá-la.

8. Nos embargos de declaração, não há espaço para rediscussão do mérito da matéria decidida. O teor dos argumentos aduzidos nos presentes embargos, que se limitam, em essência, a

repetir argumentações devidamente refutadas por este Tribunal em oportunidade anterior, deixa transparecer que a real intenção do embargante é rediscutir o mérito.

9. Apesar disso, permito-me tecer esclarecimentos sobre dois pontos da peça recursal, que, em uma análise superficial, poderiam fundamentar o provimento dos presentes embargos.

10. Primeiramente, inexistiu a alegada omissão acerca da inexistência de débito nos casos de desoneração de ICMS quando da venda de medicamentos (i).

11. A apuração do débito em questão foi exatamente o fato gerador destes autos, debatido nas fases de citação e do recurso de reconsideração.

12. Rememoro, por oportuno, a origem deste e de outros processos de mesma natureza instaurados pela Secretaria de Saúde de Goiás, atendendo determinação deste TCU, cuja instrução inicial da Secex/GO demonstrou o fato gerador do débito, *in verbis*:

“3. As deliberações do TCU determinando as instaurações de tomadas de contas especiais em razão de irregularidades em vários processos são oriundas de auditoria de conformidade realizada pela Secex-GO (TC 017.576/2005-2) com o propósito de investigar irregularidades apontadas em representação da 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás no âmbito da Assistência Farmacêutica Básica e da distribuição de Medicamentos Excepcionais.

4. Entre outros achados, a equipe de auditoria constatou **danos aos cofres públicos** em razão da não desoneração do ICMS, como definido no edital - “Não desoneração do ICMS, como definido no edital - itens 5.3; 5.3.1 e sua OBS e 11.5. Fato que **causa um débito da ordem de 17% ou 44,16% sobre o total das compras**, pois há casos em que as empresas, além de não excluírem o ICMS contido na proposta, quando do faturamento incluem novamente o valor do ICMS sobre o valor já onerado”.

5. Essa constatação resultou no Acórdão 45/2008, em que o Plenário determinou à SES/GO que, em relação a cada prego, providenciasse a instauração de processo distinto de Tomada de Contas Especial. Também determinou a realização de audiência aos titulares da SES nos períodos das ocorrências.

6. Segundo apurado naquela representação, as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS. Por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater, na nota fiscal, o ICMS embutido em razão de isenção do tributo nas operações de fornecimento ao Estado, de forma que o valor bruto com impostos só serviria para fins de julgamento e comparação entre propostas. O valor líquido, para efetivo pagamento pelo contratante e recebimento pela contratada, seria aquele valor resultante da dedução da alíquota de ICMS em operações com venda de medicamentos, seja quando a empresa fosse situada no Estado de Goiás (operações internas com ente estatal), seja em razão da dispensação excepcional de alguns medicamentos, tudo em face do disposto em normas de isenção do ICMS explicitadas no edital (Convênios do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz).”

13. Inexistiu, assim, a alegada omissão.

14. O segundo ponto a que me referi, diz respeito à afirmação do embargante que teria havido omissão quanto à análise da impossibilidade de condenação solidária, porque entende que seria desproporcional imputar-lhe pena de devolução de valores nos mesmos patamares que as empresas, devendo prevalecer aplicação da pena em razão da culpabilidade de cada agente (v).

15. Equivoca-se o recorrente.

16. Em primeiro lugar, sua condenação ao pagamento de débito solidário está devidamente caracterizada e fundamentada no §2º, do art. 16, da Lei 8.443/1992.

17. Além disso, condenação à devolução de valores não é pena. O teor de tal decisão remonta à obrigação de quem quer que cause dano a outrem fica obrigado a repará-lo, ou seja, natureza de recomposição patrimonial, no caso, dos cofres federais.

18. Por fim, em não sendo pena, não há que se avaliar a culpabilidade do agente.

### III

19. A embargante Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. apresentou, em resumo, as seguintes alegações recursais: (i) a alegada inobservância formal de uma única

disposição do Edital não gerou, isoladamente, prejuízo à Administração Pública; (ii) inexistência de prova idônea de acordo com o pregoeiro, que implicasse o reconhecimento de preço onerado com o ICMS (17%) pela embargante; (iii) inexistência de elementos de prova da prática de superfaturamento, acarretando o afastamento da pena de pagamento dos valores.

20. Requereu, alternativamente, redução na sanção 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, ao valor correspondente à alíquota de 10% prevista na Lei 4.852/1997.

21. Solicitou a este Tribunal que fosse determinada a realização de nova e completa diligência à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás a fim que fossem 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 ser devidamente comprovados documentalmente.

22. Por derradeiro, esclareceu que os advogados aptos a receber intimações são Antônio Augusto Rosa Gilberti e Carla Valente Brandão.

23. Reitero as ponderações que fiz anteriormente nos embargos de declaração de Cairo Alberto de Freitas acerca da inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a se sanear pela via dos embargos; deverão estar presentes entre as premissas utilizadas pelo julgador e a sua conclusão.

24. Entretanto, tecerei alguns comentários sobre o recurso da Hospfar.

25. Tem-se, inicialmente, que a extensa peça dos embargos ataca a inexistência de dano ao erário e defende o afastamento da condenação ao pagamento de valores, ou seja, refere-se ao mérito desta TCE.

26. Sobre o requerimento de redução na sanção dos valores da condenação, reafirmo que esta condenação não se reveste da figura da penalidade, mas de recomposição do patrimônio público. Ademais, resgato que a aplicação inicial de multa no valor de R\$ 8.000,00 aos embargantes pelo Acórdão 2.876/2017-2ª Câmara (subitem 9.3) foi tornada insubsistente pelo Acórdão 8.705/2017. Sendo assim, nenhuma penalidade foi aplicada aos embargantes nestes autos.

27. Ainda com relação ao tema, relembro que semelhantes argumentos foram empregados pela embargante quando da interposição do recurso de reconsideração, ao defender a desconformidade do cálculo do débito e a aplicação da alíquota de 10% em seu cálculo. Ditos argumentos mereceram a seguinte análise da Serur:

“7.23. Quanto à alíquota a ser utilizada no cálculo do débito, considera-se adequada a alíquota de 17% pelo simples fato de ter sido essa a alíquota aplicada pelas empresas nas notas fiscais contestadas. Note-se, ainda, que no relatório da decisão recorrida, à peça 47, p. 10, esse argumento foi assim afastado:

46. Em relação à alegação da Hospfar sobre a aplicação de alíquota reduzida (parágrafo 20, “b”), o também relatório que precedeu o Acórdão 1344/2013 registrou que:

‘não há respaldo para se acolher a pretensão da defendente de se ver contemplada por uma alíquota de imposto reduzida, o que importaria numa menor imputação de débito. Não somente porque se trata de um tema próprio ao foro especificamente tributário, mas também porque, sob o ponto de vista formal, tal informação deveria constar de sua própria proposta de preço.’

7.24. Anui-se ao entendimento acima. Há elementos nos autos que desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são incontestes alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável. **A nota fiscal contestada nestes autos foi e mitida 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 na fatura objeto de impugnação carece de efetiva comprovação. Portanto, não se sustenta tal argumento. (grifo não é do original)

7.25. No que tange às alegações relativas aos preços cotados e os de mercado, é importante esclarecer que não se questionou a ocorrência de sobrepreço ou desconformidade de preços com o mercado, mas sim a adoção de procedimento contrário ao edital, que resultou em pagamentos indevidos à empresa fornecedora dos medicamentos. Como já explanado anteriormente, o edital da licitação determinava a apresentação de

propostas com os preços onerados pelo ICMS e o abatimento do tributo quando do pagamento. No entanto, a empresa sob o pretexto de que havia apresentado proposta desonerada, faturava o valor adjudicado, que já incluía o ICMS, e acrescia novamente o imposto, embolsando, portanto, valor superior ao devido.”

28. Aliás, comparando-se o recurso de reconsideração e os presentes embargos, constata-se que, em grande parte, são idênticas as argumentações. Vide por exemplo o teor daquele primeiro (peça 90, pp. 27-30) e o contido nestes últimos (peça 142, pp. 26-31), que, à exceção de poucos parágrafos, é idêntico.

29. Por fim, não há como acolher a solicitação da embargante para que este Tribunal determine a realização de diligência 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.

30. Jurisprudência pacífica deste Tribunal já assentou que não compete a esta Casa determinar diligência para obter informações que devem ser carreadas aos autos pelas partes.

31. Além disso, essa matéria também foi enfrentada quando do exame do recurso de reconsideração, sendo que a instrução da Serur, que adotei como razões de decidir, assim se manifestou:

“7.32. Por fim, quanto a valores que teriam sido retidos pelo Estado de Goiás, importante informar que à peça 47, p. 9, item 41 esta Corte entendeu não haver recursos federais retidos pelo ente estadual.

7.33. Ademais, não haverá tríplex cobrança sobre um mesmo fato gerador. Note-se que o reconhecimento do dano pode ocorrer em diferentes esferas jurídicas, com consequências jurídicas distintas, mas o ressarcimento será apenas um, sob pena de enriquecimento ilícito da União, o que seria afastado judicialmente. Atente-se estar diante de processo de conhecimento, o de execução será em outra oportunidade. No âmbito do processo de execução, poder-se-á comprovar que o ressarcimento já foi realizado, como alegam os recorrentes, mediante a apresentação das provas que julgar adequadas.

7.34. Nesse sentido, foge à competência desta Corte de Contas arbitrar conflitos entre a Administração Estadual e a empresa contratada e demais devedores solidários, o que deve ser dirimido no âmbito do processo judicial, bem como arguido no processo de execução do débito cominado pela decisão recorrida.

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

32. Assim, deve ser negado provimento aos embargos de declaração opostos por Cairo Alberto de Freitas e Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de novembro de 2018.

ANA ARRAES  
Relatora