

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 016.828/2009-0

Natureza: Embargos de Declaração (Tomada de Contas Especial)

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

Recorrente: Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. (26.921.908/0001-21);

Representação legal: Fabricio David de Souza Gouveia (22.784/OAB-GO), representando ML Operações Logísticas Ltda. (em recuperação judicial); Sueli Pereira de Souza (25.750/OAB-GO) e outros, representando Fernando Passos Cupertino de Barros; Antônio Augusto Rosa Gilberti (11.703/OAB-GO) e outros, representando Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.; Arthur Simas Pinheiro (48314/OAB-DF) e outros, representando Cairo Alberto de Freitas.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS FEDERAIS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE GOIÁS (SES/GO). AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. REALIZAÇÃO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. ACRÉSCIMO DO ICMS AO VALOR FATURADO, NÃO OBSTANTE ESSE JÁ ESTIVESSE ONERADO PELO IMPOSTO POR FORÇA DA PROPOSTA DE PREÇO OFERTADA NA LICITAÇÃO, SEGUNDO REGRAS EDITALÍCIAS. ABATIMENTO DO VALOR ACRESCIDO SOB ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DA DIFERENÇA PELO FORNECEDOR. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. DETERMINAÇÃO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMA DO JULGADO. CONHECIMENTO E REJEIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. CONHECIMENTO E REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Hospfár Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. (peça 177) em face do Acórdão 975/2018-TCU-Plenário, quando o Tribunal conheceu e negou provimento a recursos de reconsideração interpostos pela ora embargante e por Cairo Alberto de Freitas contra o Acórdão 3.006/2016-TCU-Plenário, por meio do qual se deu o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis e condenação em débito.

2. Nesta oportunidade, além de revisar o histórico dos fatos e tecer considerações gerais, a embargante alega que a deliberação recorrida estaria eivada dos vícios ensejadores de declaratórios em relação aos seguintes aspectos:

2.1 omissão na discriminação do débito por meio do ofício que lhe comunicou o Acórdão 975/2018-TCU-Plenário, consubstanciada na falta de identificação das notas fiscais dos pagamentos realizados à responsável e impugnados pelo Tribunal;

2.2. obscuridade da análise que não apontou os números/valores que demonstrariam a prática de sobrepreço, os quais estariam compatíveis com os praticados no mercado à época do processo licitatório;

2.3. omissão em: (i) analisar a defesa da recorrente segundo a qual o preço cotado à época da licitação já estaria desonerado de ICMS, apesar de haver imposição editalícia em sentido oposto; (ii) não contabilizar todos os custos que oneram o preço questionado, como determinara o edital, em desconsideração à “verdade real do mercado” e aos demais custos que compunham o preço apresentado pela licitante; (iii) considerar que a recorrente teve bloqueados – em âmbito administrativo estadual – valores superiores aos apurados no acórdão condenatório, sem que tenha havido compensação até o momento;

2.4. contradições caracterizadas por: (i) consideração de alíquota de 17% do ICMS, inaplicável à embargante, pois a legislação impunha alíquota de 10% (Lei Estadual 4.852/1997), de modo que não haveria fundamento legal ou prova fática que autorizassem a conclusão de que o sobrepreço teria sido de 17%, exatamente, em vez de 10%; (ii) a estimativa de preços possuiria legitimidade jurídica para retratar a referência de mercado, sendo que os preços faturados respeitaram os valores estimados; (iii) ausência de competência do TCU para determinar a compensação de valores; e (iv) aplicação *ex tunc* do Acórdão 140/2012-TCU-Plenário.

3. Acrescenta que os preços apresentados na proposta da licitação (cotados) não eram onerados pelo ICMS, como assumido incorretamente por este Tribunal, sendo equivocada esta premissa da qual defluem consequências funestas para a embargante, a qual vê seus preços serem duplamente desonerados. Entende que o alegado prejuízo aos cofres públicos não se concretizaria pelo simples descumprimento formal do edital, havendo dever de a acusação provar a prática de sobrepreço, o que não ocorreu nas análises da unidade técnica do TCU e do Ministério Público, que embasaram o voto do Relator.

4. No seu sentir, não houve prova de que a Administração Pública Estadual reteve em 2008/2009 a importância original de R\$ 19.657.175,28 da embargante em razão de fornecimentos de fármacos a título de "ressarcimento dos prejuízos enfrentados pela não desoneração do ICMS", mas os retêm até hoje em flagrante ato ilegal, abusivo e inconstitucional.

5. Alega, ademais, que a decisão ora embargada não teria enfrentado a questão jurídica relativa à realidade tributária da embargante, se limitando a mecanicamente repetir argumentos havidos em outros processos e decisões de casos análogos, sem considerar possíveis peculiaridades do caso concreto.

6. Nessa linha, o julgado padeceria de contradições, obscuridade e omissão, pois se baseou no entendimento genérico de que houve o descumprimento do edital que exigia a apresentação de preços onerados. Aduz (peça 177, p. 7):

“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.”

7. Pontua que nestes autos não se aplicou multa à embargante *“exatamente por não ver em sua conduta maldade, má-fé, mas exatamente por ser cônica de que no máximo foi vítima de má-informação, ter sido uma época onde a concessão da desoneração não era prática dominada nem pelo mercado nem pela indústria, nem pela própria Administração Pública, conforme V.Exas. poderiam muito bem admitir considerando os Manuais de Aquisição feitos para orientar os gestores a adquirir medicamentos e que são omissos quanto a desoneração”* (peça 177, p. 10).

8. Alega que a decisão embargada seria obscura e contraditória ao afirmar que não procederá a alegação de que o edital não deveria ser observado, embora esse exigisse a apresentação de preços de medicamentos onerados do ICMS, quando na verdade não o eram, por lei. Anexa doutrina a respeito e afirma que as regras do edital não poderiam se sobrepor à legislação.

9. Em adição, tece comentários sobre as conclusões a que chegou a decisão embargada em suposta contradição com o conteúdo de pareceres da Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (Sefaz/GO), os quais, no seu entender, referendariam as práticas adotadas pela recorrente.

10. Reclama que o valor retido pela SES/GO seria ilegal mas não lhe teria sido devolvido, e o Tribunal teria sido omissivo em diligenciar ao órgão estadual para confirmar se os valores estariam retidos ou não. Alega que a retenção administrativa estaria agora “sob tutela” desta Corte para fins de “liberação”. Por isso, solicita a realização de diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções e prove perante esta Corte de Contas que liberou, em favor da embargante, os valores retidos.

11. Diante da pretensa relevância das questões aduzidas, a recorrente finaliza o expediente com o seguinte pedido:

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

I - sejam recebidos os presentes embargos com efeitos modificativos, para que sejam providos e, consequentemente, saneadas as omissões, obscuridades e contradições do Acórdão atacado, 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) 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 de 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.”

12. É o Relatório.