TC 001.922/2009-5
Tipo: Tomada de Contas Especial (embargos de declaração)
Unidade jurisdicionada: Entidades/órgãos do Governo do Estado de Goiás
Recorrente: Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21).
Advogados: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267), procurações à peça 17, p. 7-8.
Interessado em sustentação oral: não se aplica.
Sumário: Tomada de Contas Especial. Recursos federais do SUS. 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. Abatimento do valor acrescido sob alegação de tratar-se de isenção tributária. Apropriação da diferença pelo fornecedor. Citação. Não acolhimento das alegações de defesa dos responsáveis pelo pagamento e da empresa fornecedora. Irregularidade das contas. Débito. Multa para alguns responsáveis. Determinação. Embargos de declaração acolhidos para afastar a pena de multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Não Provimento. Embargos de declaração. Conhecimento. Rejeição. Ciência.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de embargos de declaração (peça 191) opostos por Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 2923/2018 – TCU – Plenário (peça 166), relator Exmo. Ministro José Múcio Monteiro, que julgou improcedente o recurso de reconsideração.

1.1. A decisão embargada possui o seguinte teor:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam, nesta fase, de recurso de reconsideração interposto pela Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.025/2015 – Plenário.
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> 9.1. conhecer do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento;
>
> 9.2. dar ciência desta decisão à recorrente.

1.2. O Acórdão 1025/2015 – TCU – Plenário (peça 41), objeto do recurso de reconsideração, relator Exmo. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, modificado pelo Acórdão 815/2017 – TCU – Plenário (peça 92), proferido em sede de embargos de declaração, os quais foram acolhidos para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

tornar insubsistente o item 9.4, afastando a pena de multa, mas mantendo o débito identificado anteriormente, apresenta o seguinte teor:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás - SES/GO, a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela SES/GO por meio do Pregão 223/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa,
>
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, em:
>
> 9.1. excluir o Sr. Adriano Kennen de Barros da relação processual;
>
> 9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis Srs. Fernando Passos Cupertino de Barros e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Estado da Saúde, Luiz Antônio Aires da Silva e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendentes de Administração e Finanças de Goiás, e da empresa Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b" e "c", e § 2°, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU;
>
> 9.3. condenar solidariamente os responsáveis a seguir arrolados, ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data dos efetivos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:
>
> 9.3.1. responsáveis solidários: Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data da Ocorrência
92992	18.426,03	23/3/2006
92022	25.089,10	23/3/2006
92054	10.761,41	23/3/2006
92253	46,92	23/3/2006
88516	8.379,73	23/3/2006
94265	8.752,31	4/5/2006

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data da Ocorrência
94649	863,08	4/5/2006
94917	1.320,06	4/5/2006
99048	326,40	2/6/2006
97512	31.105,60	2/6/2006
97706	674,80	2/6/2006
100255	30.404,82	12/6/2006

> 9.3.2. responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

Nota Fiscal	Valor (R$)	Data
106065	0,41	28/8/2006
104295	11.042,93	28/8/2006
101761	821,68	28/8/2006
100255	14,28	28/8/2006
103273	15.712,00	28/8/2006
100255	121.676,42	26/9/2006
92022	84.583,03	26/9/2006
110617	14.682,56	27/9/2006
109848	19.640,00	27/9/2006
92022	15.773,38	27/9/2006
117541	1.980,82	23/11/2006
97512	22.126,25	27/12/2006

9.4. aplicar aos responsáveis Luiz Antônio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno, nos valores individuais de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), respectivamente, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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

9.6. determinar à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás que, no prazo de sessenta dias contados da ciência deste acórdão, providencie a instauração e remessa a este Tribunal de novos processos de tomada de contas especial relativos aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 223/2005 - SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, sendo um processo para cada empresa contratada no referido pregão, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que:

9.6.1. o dano apurado neste processo de tomada de contas especial levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento dos Relatórios Conclusivos 001/2008 e 002/2008 da comissão instauradora de TCE e, portanto, apenas a parte das notas fiscais emitidas pela empresa Hospfar, Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares, uma das empresas fornecedoras de itens do pregão;

9.6.2. há, nos referidos Relatórios Conclusivos 001/2008 e 002/2008, informação da existência de um dano potencial que poderia se concretizar com a realização de pagamentos integrais às empresas, em face da emissão de notas fiscais e de suas propostas, consideradas por essas como já tendo sido desoneradas do ICMS, o que só não ocorreu em razão das retenções que vinham sendo efetuadas por essa unidade;

9.6.3. o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, remetem à informação de que a Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho "GAB" 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade da manutenção da retenção de pagamentos por falta de amparo legal (peça 24), de modo que, assim, possibilitou-se, com esses documentos, a realização dos pagamentos pleiteados pelas empresas, concretizando-se, possivelmente, o dano potencial apurado pela comissão instauradora da TCE;

9.7 determinar à Secex/GO que:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

9.7.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do subitem 9.6 retro, encaminhe à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia integral deste processo em meio eletrônico, juntamente com cópia do inteiro teor deste acórdão;

9.7.2. monitore o cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida por este Tribunal e, tão logo receba o processo de tomada de contas especial assim constituído, realize a citação dos responsáveis nele identificados;

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

9.9. dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público daquele estado, por intermédio de sua 4ª Promotoria de Justiça, para que adote as medidas que entender pertinentes, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 223/2005 - SES/GO.

HISTÓRICO

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 item 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 223/2005, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2.1. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 223/2005, promovido pela SES/GO para a aquisição de medicamentos para abastecimento da Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa, continha previsão em seu item 5.3 de que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS (fl. 55, peça 1).

2.2. Entretanto, foi constatado que a empresa Hospfar, quando do faturamento dos medicamentos, acrescentou o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.

2.3. 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).

2.4. 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.

2.5. 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).

2.6. Por derradeiro, no Acórdão 2770/2011 – 2ª Câmara, relator Exmo. Ministro Augusto

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

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.

2.7. 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.

2.8. No caso tratado nestes autos, para calcular o débito referente aos recursos federais, a SES/GO considerou que do total das notas fiscais apresentadas pela Hospfar (R$ 10.000.045,48), somente havia sido paga a quantia de R$ 8.841.440,75, sendo indevida a parcela paga a título de ICMS no montante de R$ 1.041.403,02. Do montante indevido, 37,75% foi custeado com recursos federais, sendo o dano concreto calculado em R$ 393.129,64 (fl. 94, peça 12). Os responsáveis solidários pelo dano foram assim identificados: a) Fernando Passos Cupertino de Barros e Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretários de Estado da Saúde e ordenadores de despesas; b) Luiz Antônio Aires da Silva e Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendentes de Administração e Finanças; c) Adriano Kennen de Barros, ex-Pregoeiro e d) Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (fl. 102, peça 12).

2.9. O Controle Interno da SES/GO certificou a irregularidade das contas e a Srª Secretária Estadual de Saúde atestou ter tomado conhecimento do processo (fls. 112, 125-127, peça 12).

2.10. No âmbito deste Tribunal, em instrução inicial (fls. 3-9, peça 13), a Secex/GO aplicou o percentual de 17% aos "valores pagos" para calcular os respectivos valores indevidos, e procedeu a citação dos responsáveis.

2.11. No âmbito destas contas especiais, as alegações de defesa oferecidas pelos 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, com débito e multa prevista no art. 57 da referida norma.

2.12. A empresa Hospfar opôs embargos de declaração acolhidos pelo Acórdão 815/2017 – TCU – Plenário (peça 92), o qual tornou insubsistente o item 9.4 do Acórdão 1025/2015 – Plenário (peça 41). Em seguida, interpôs recurso de reconsideração julgado improcedente pelo Acórdão 2923/2018 – TCU – Plenário (peça 166), contra o qual, neste momento, opõe embargos de declaração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade à peça 196, realizado por determinação do despacho do relator Exmo. Ministro Raimundo Carreiro à peça 195. Nesse sentido, os presentes embargos de declaração opostos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 2923/2018 – TCU – Plenário (peça 166) devem ser conhecidos, suspendendo-se os efeitos do item 9.1 da referida decisão.

EXAME TÉCNICO

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso verificar se é possível afastar a decisão embargada, tendo em vista as alegações de contradição, omissão e obscuridade apresentadas à peça 191. O recurso da embargante apresenta quatro eixos centrais, quais sejam: inexistência de débito por praticar preço de mercado, edital contraditório sobre a questão do ICMS, percentual adequado do ICMS e retenção de valores. Nesses tópicos centrais a embargante apresenta omissões, contradições

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

e obscuridades. No entanto, há momentos em que sua intenção é a rediscussão do mérito da decisão embargada, o que não é possível pela via recursal dos embargos declaratórios. Nesse sentido, quando o argumento não demonstrar em sua essência uma omissão, obscuridade ou contradição na decisão que ora se embarga, informar-se-á a impossibilidade de o analisar por não se adequar ao escopo do presente momento recursal.

5. **Preço de mercado**

5.1. A embargante argumenta que os valores retidos pela SES/GO devem ser considerados adequados porque estavam de acordo com o preço de mercado à época da contratação (peça 191, p. 3-9 e 21-22). Apresenta as seguintes alegações para comprovar sua tese:

a) apresentou declarações claras de que seu preço estava sem a incidência de ICMS;

b) não há prova nos autos de que a embargante tenha apresentado preço onerado, tendo em vista as declarações específicas apresentadas juntamente com a proposta de preço;

c) as declarações não são contraditórias, mas sim coerentes e transparentes, a de caráter geral visou informar a de todos os custos que compunham os preços e as específicas, informar a desoneração de um tributo, o ICMS, como fizeram também as demais empresas concorrentes;

d) obscuridade por não apontar valores que provariam a prática de sobrepreço;

e) omissão por ignorar as alegações defesa e entender que o preço da contratada era desonerado, mesmo diante de duas declarações específicas informando a desoneração;

f) omissão por não considerar na análise todos os custos previstos no edital;

g) omissão na produção de provas para verificar se os preços estavam de acordo com o de mercado;

h) contradição no entendimento de que a estimativa de preços possui legitimidade jurídica para representar referência de mercado sendo "inacreditável que o acordão não tenha concluído pelo juízo de inexistência de superfaturamento na aquisição de medicamentos";

i) é preciso provar a prática de sobrepreço com números precisos e inequívocos;

j) a decisão se fundamentou em entendimento genérico de que houve descumprimento de edital;

k) contradição e omissão no entendimento da unidade técnica quanto a realização de pesquisa de mercado (peça 191, p. 8-9);

l) obscuridade e omissão por não considerar o preço de mercado (verdade real), considerando preço inexequível para o cálculo do dano ao Erário; e

m) preço de acordo com o preço máximo ao consumidor.

Análise

5.2. Não assiste razão à embargante. Em essência busca-se rediscutir o mérito da questão, exaustivamente esclarecida pela decisão ora embargada (peças 167 e 168). No entanto, rediscussão de mérito não é objeto de embargos de declaração. Percebe-se claramente a insatisfação da recorrente quanto ao entendimento desta Corte no que tange ao dano ao Erário.

5.3. Especificamente quanto a alegação de contradição, omissão e obscuridade em torno do preço de mercado da contratação em análise, verifica-se que a decisão embargada foi clara em seu entendimento de que o dano ao Erário decorreu não de preço em desacordo com o mercado, mas sim de descumprimento de regras do edital e do contrato. Note-se como inexiste as alegadas

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

contradições, omissões e obscuridades no trecho do voto da decisão recorrida que pontuou de forma clara a questão:

> 18. Requer, com base na verdade real, que o cálculo do prejuízo ao erário tenha por base o preço de mercado, que seria equivalente à média entre o preço máximo ofertado ao consumidor e o preço de fábrica, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado. Nesse sentido, pondera que os preços desonerados não superaram o preço máximo ao consumidor. Contudo, esse argumento não merece acolhimento, pois não foram questionados os preços praticados pela empresa, mas sim os **pagamentos indevidos, em desacordo com as regras do edital e do contrato**.

5.4. Verifica-se, assim, que as omissões alegadas quanto à produção de provas demonstram insatisfação com o encaminhamento de mérito dado à questão.

5.5. Nesse sentido não cabe perquirir o preço de mercado, pois como bem colocou a decisão embargada em seu voto à peça 167, p. 2 item 10: "*(...) Caso a contratação, nos termos estabelecidos no edital e vigentes na ocasião, não fosse economicamente interessante para a empresa, importando-lhe prejuízo, ela poderia se abster de participar do certame, e não conferir interpretação diversa à redação de forma a "ajustá-la" ao que lhe fosse conveniente."*

5.6. No que tange às declarações apresentadas, a decisão embargada também esclareceu que:

> 16. Não seria possível considerar que o preço proposto na licitação estava desonerado, quando o edital impunha claramente condição em sentido oposto, sendo que a própria empresa declarou que cumpria o instrumento convocatório. Mesmo porque, a Administração não poderia aceitar sua proposta como válida se sobre ela não incidisse o imposto, na medida em que ela estabeleceu tal regra. Se a Administração tivesse recebido essa outra declaração que a empresa diz ter entregue, que, inclusive, não se adequava às formalidades e regras de processamento da licitação, afirmando que sua proposta estaria isenta de ICMS, a única medida cabível seria a sua desclassificação.

5.7. Portanto, inexistem as omissões, obscuridades e contradições apontadas. Quanto à rediscussão do mérito, os embargos de declaração não são o meio adequado para fazê-lo.

6. **Edital contraditório**

6.1. A embargante alega que o edital apresenta obscuridade e contradições que devem ser consideradas para o deslinde da questão (peça 191, p. 9-22):

a) contradição e obscuridade no acordão ao afirmar que o edital não deveria ser observado por determinar a oferta onerada de produto desonerado por lei;

b) as regras do edital não se sobrepõem às regras da lei;

c) obscuridade ao analisar o Parecer GOT 104/2004, resposta prática e concreta de como proceder;

d) o referido parecer trata de dúvidas no edital da SES/GO não cabendo falar em editais omissos;

e) os fornecedores acreditavam que estavam atuando de acordo com o esperado, pois o preço ao final na nota fiscal ficava igual ao apresentado em sua proposta, ou seja, desonerado;

f) o Parecer 1893/2008 afirma que os fornecedores agiram de forma correta e respaldada pelo Parecer GOT 104/2004 (peça 191, p. 15);

g) omissão quanto à análise do Parecer 1198/2008-GPT em que a Sefaz-GO aprovou a forma de desoneração praticada pela embargante;

h) em 2008 houve pacificação do assunto mediante Despacho 1298/2007 do PGE do Estado, o que demonstra que o assunto era controverso;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

i) o depoimento do pregoeiro não serve como prova, pois deveria ter desclassificado a empresa caso entendesse que a proposta estava desonerada;

j) o depoimento do pregoeiro não foi apresentado nos autos e foi colhido unilateralmente sem a presença da parte contra quem se produz a prova, mas nos autos há somente a fala do MP acerca do referido depoimento;

k) a redação do convênio não trazia segurança aos gestores; e

l) contradição quanto ao entendimento do Acórdão 140/2012 – TCU – Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, e o ora embargado já que aquele considerou a norma inconstitucional, devendo o mesmo entendimento ser aplicado ao presente caso concreto (exercício de 2005).

Análise

6.2. Não assiste razão à embargante. Novamente se verifica na essência inconformidade com o encaminhamento de mérito dado pela decisão embargada. O que a embargante considera como omissão, contradição ou obscuridade, em verdade tratam de argumentos afastados pela decisão recorrida.

6.3. Importante notar que o voto da decisão embargada esclareceu as questões levantadas quanto às contradições apresentadas pela recorrente no que tange às regras editalícias violadas, senão veja-se (peça 167, p. 2, grifos acrescidos):

> 10. Primeiramente, não se mostra razoável a interpretação da recorrente de que, considerando a existência de lei que previa a isenção fiscal, e sendo esta superior ao edital, não caberia a este dispor que os produtos deveriam ser licitados com impostos. Conforme tem sido amplamente discutido neste e nos demais processos de TCE relacionados ao caso, o instrumento convocatório estabelecia a referida regra apenas para fins de comparação entre os preços das licitantes, sendo que o valor a ser pago à contratada deveria ser desonerado, conforme previsto em lei. **Não havia incompatibilidade entre as normas legais e as regras do certame**. Nem mesmo caberia à licitante continuar participando da licitação ignorando a regra constante do edital, assumindo, mediante interpretação havida por sua conta e risco, que a cláusula não seria válida. Caso a contratação, nos termos estabelecidos no edital e vigentes na ocasião, não fosse economicamente interessante para a empresa, importando-lhe prejuízo, ela poderia se abster de participar do certame, e não conferir interpretação diversa à redação de forma a "ajustá-la" ao que lhe fosse conveniente.
>
> 11. Lembro que a regra em questão tinha o condão de equalizar as propostas dos licitantes localizados em Goiás, beneficiados pela isenção, com as daqueles instalados nos demais estados da federação, permitindo que todos concorressem em igualdade de condições. Portanto, inversamente ao que a recorrente argui, não houve violação do art. 37, inciso XXI, da CF/1988, art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8666/1993.
>
> 12. Ademais, **eventuais orientações do Ministério da Saúde e da Procuradoria do Estado em sentido diverso, ainda que tratem da matéria, não vinculavam as regras do edital**.

6.4. Nesse sentido, cumpre registrar que a informação do relato do pregoeiro não precisava ser colhida em depoimento, pois traz informação óbvia: a empresa anui em sua declaração aos termos do edital dando prosseguimento à licitação bem como à contratação; assumindo o risco de realizar interpretação destoante das regras editalícias, que eram claras. Ademais, a recorrente inova em seus argumentos, na tentativa de rediscutir o mérito recursal, inadequado na via dos embargos de declaração.

6.5. Quanto às alegações referentes ao Parecer GOT 104/04, Parecer 1893/2008 e Parecer 1198/2008-GPT todas visam rediscutir o mérito do entendimento dado à questão, como se verifica no relatório da decisão embargada à peça 168, p. 8-9:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

> 6.8 Atente-se que as alegadas orientações do Ministério da Saúde, da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás e da Procuradoria Geral do Estado de Goiás para apresentação da proposta de preço já desonerada do ICMS não se sobrepõe à regramento específico trazido pelo edital. Dessa forma, não sendo omisso o edital de licitação, que explicitamente determinou às licitantes a apresentação de proposta de preços onerada com o ICMS, não há que se falar em erro imputável à Administração Pública, já que, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993, a licitação será processada e julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.
>
> 6.9 Note-se que o Parecer GOT 104/2004 da Sefaz estabelece três opções de procedimento para composição de preço em caso de omissão do edital. O argumento de que a matéria sobre a desoneração de ICMS era controversa tem sido apresentado também em outros processos de tomada de contas que já tramitam no TCU, ora pelos ex-gestores da SES/GO ora pelas empresas contratadas. A propósito, reproduz-se a seguir, excerto do Voto do Acórdão 1344/2013 – Plenário, aplicável por inteiro ao presente caso, em que o Relator, Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, assim examinou essa questão (grifos acrescidos):
>
> (...)
>
> *89. Tal é o caso do multicitado Parecer GOT 104/2004, emitido pela Gerência de Orientação Tributária da Secretaria de Fazenda. O documento afirmava claramente que, nos casos em que o edital da licitação fosse omisso, poderiam ser adotados, alternativamente, três procedimentos, a saber, i) a apresentação da proposta desonerada com acréscimo e abatimento posteriores do ICMS na nota fiscal; ii) a apresentação da proposta onerada com desconto do imposto na nota fiscal; ou, iii) apresentação da proposta com os dois valores, onerado e desonerado. Como no caso em tela o edital não era omisso, era obrigatória da disposição ali estabelecida, ou seja, a apresentação de propostas oneradas.*

6.6. Atente-se que os argumentos quanto à aplicabilidade do Acórdão 140/2012, bem como à atuação dos demais fornecedores também foram analisados e afastados pelo relatório da decisão embargada, o que demonstra apenas inconformidade da embargante com o encaminhamento de mérito dado à questão, senão veja-se (peça 168, p. 10-11, grifos do original):

> 6.16. No que tange à perda de isonomia entre os licitantes, estas deveriam ter arguido essa questão no momento oportuno, uma vez superada a fase recursal no âmbito da licitação, tem-se que todos os participantes anuíram aos termos do edital e, portanto, sabendo da regra do ICMS imposta pela lei interna do certame para formulação da proposta de empresa, cada empresa deveria adotar a estratégia mais interessante para vencer a licitação considerando todos os ônus inerentes a sua condição. Nesse sentido, anui-se ao entendimento do Acórdão 1.344/2013 – Plenário, relator Ministro Augusto Sherman (TC 027.013/2010-3), no seguinte sentido quando afastou a aplicabilidade do Acórdão 140/2012 – Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, àquele caso concreto (grifos acrescidos):
>
> *'77. Ocorre que os editais-padrão adotados no Estado de Goiás consideraram a hipótese de fornecimento de medicamentos abrangidos por ambos os convênios, não separando, em cada caso, editais específicos para compras de medicamentos constantes do Convênio ICMS 87/2002 de outros não integrantes de seu anexo. Ao considerar também nos editais a incidência do Convênio ICMS 26/2003, optou o Estado de Goiás por comparar propostas oneradas com ICMS, não importando se o medicamento estava, ou não, enquadrado também no Convênio ICMS 87/2002. Basta ler o que consta dos itens 5.3, 5.3.1 e respectiva observação constantes do edital.*
>
> *78. De se ver, portanto, que a escolha do edital foi a apresentação de propostas oneradas com ICMS, pouco importando, para fins de aceitação da proposta, se haveria desoneração na ocasião do imposto por conta de um ou de outro convênio. As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento passaram ao largo do problema tratado nestes autos, pois*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edita l, e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isto foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação. É justamente o que se demonstrou ao longo de todo o processo, seja pela comissão instauradora da TCE, seja pelos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, seja em razão do demonstrado por este relator'.

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

6.7. Verifica-se, portanto, inexistirem as aventadas obscuridades, omissões e contradições levantadas pela embargante. No mais, reforce-se que rediscussão de mérito não é possível pela via dos embargos de declaração.

7. **Percentual adequado do ICMS**

7.1. A embargante argumenta que o percentual aplicado de ICMS deve ser de 10% e não de 17% com base nas seguintes alegações (peça 191, p. 5 e 22-26):

a) a embargante utilizou o percentual exigido no item 5.3.1 do edital; e

b) o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás bem como a Lei Estadual 124962/1994 reduziu a alíquota para 10%, sendo contraditória a cobrança de dano ao Erário com base na alíquota de 17%.

Análise

7.2. Não assiste razão à embargante. A decisão recorrida enfrentou os argumentos quanto à alíquota adequada do ICMS de forma clara e exaustiva, não tendo sido identificados omissões, obscuridades nem contradições na referida análise, senão veja-se a questão no relatório e voto da decisão embargada (peça 168, p. 11 e peça 167, p. 3):

Relatório

6.20. 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 (peça 12, p. 92-94). Note-se, ainda, que no voto da decisão recorrida, à peça 42, p. 14, itens 54 e 55 esse argumento foi assim afastado:

'55. Conforme considerações apresentadas pelo Parquet especializado e demais elementos dos autos, os quais desautorizam o raciocínio da empresa defendente, são incontestes alguns fatos contrários ao pleiteado pela responsável: a) consta dos autos a seguinte declaração expressa da empresa: 'Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)', conforme peça 5, p. 83; b) os preços aceitos pela licitante, ou seja, aqueles constantes da estimativa da licitação, com os quais concordou a empresa após negociação com o pregoeiro, 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. Em adição, o MP/TCU adequadamente arremata que 'assim, já estando totalmente isenta de ICMS, a empresa não pode pleitear a redução desse tributo em

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

> apenas 7%, resultando na alíquota de 10%' (peça 5, p. 43). Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.'
>
> 6.21. Anui-se ao entendimento acima.
>
> Voto
>
> 17. Quanto à incidência de alíquota de 10% instituída pela Lei Estadual 12.462/1994, em vez da alíquota padrão do Estado, de 17%, não há como se ter certeza, pelos elementos trazidos pela empresa, de que ela se beneficiava dessa redução, pois a referida lei impunha uma série de condicionantes a serem cumpridas para tanto. Portanto, a mera existência dessa lei, cuja vigência nem mesmo foi comprovada pela empresa, não faz prova de que a empresa fruía desse benefício fiscal.

7.3. Identificou-se apenas a intenção de rediscutir o mérito da questão, o que não pode ocorrer na via dos embargos de declaração.

8. **Retenção de valores**

8.1. A embargante argumenta que os valores retidos pela SES/GO devem ser considerados para o afastamento do débito (peça 191, p. 4-6 e 26-32):

a) a SES/GO não quer devolver o dinheiro para a empresa pois o processo está sub judice, revelando uma atitude abusiva já que os remédios foram integralmente fornecidos;

b) os valores retidos superam o valor do débito;

c) há contradição no fato de o TCU reconhecer o direito de a embargante receber seus créditos, mas se omitir quanto analisar detidamente o tema e realizar a compensação, por contraditoriamente entender faltar-lhe competência;

d) como a embargante trouxe esse tema ao TCU, este não pode se omitir em enfrentá-lo por estar, a seu ver, sob sua tutela;

e) não cabe ao TCU buscar ressarcimento de prejuízo já recomposto arbitrariamente pela administração;

f) não compensar o valor leva a uma tripla condenação: no âmbito da SES/GO, no TCU e na justiça;

g) a União não pode cobrar valores pagos ao Estado, pois estes se incorporaram ao patrimônio do Estado; e

h) não é possível condenar valor retido;

8.2. Requer sejam feitas novas diligências para que reste esclarecido que houve retenções e se os valores foram liberados.

Análise

8.3. Não assiste razão à embargante. Em essência busca-se rediscutir o mérito da questão, exaustivamente esclarecida pela decisão ora embargada. No entanto, rediscussão de mérito não é objeto de embargos de declaração.

8.4. Esta Corte de Contas identificou dano ao Erário, oportunizou a ampla defesa, concluindo pela existência cabal de valores que devem ser ressarcidos aos cofres públicos federais.

8.5. Caso haja valores a serem ressarcidos, estes serão compensados, inexistindo a hipótese de cobrança repetida pelo mesmo fato.

8.6. O título executivo deve existir, porque a competência conferida a essa Corte pela Constituição de 1988 impõe a condenação em débito daqueles que causaram dano ao Erário. O

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.

momento do pagamento e quitação de valores ocorre em outra instância, momento em que a empresa deverá comprovar que já quitou o débito.

8.7. Por fim, registre-se que de forma clara e objetiva o voto da decisão embargada enfrentou a questão, sem se omitir, como apontou a embargante, senão veja-se à peça 167, p. 3:

> 19. Por fim, eventuais retenções de pagamentos por parte da secretaria estadual não podem servir de abatimento de sua condenação em débito pelo Tribunal. Cabe à empresa buscar seus direitos que porventura estejam sendo violados por meio do Poder Judiciário, ou mesmo buscar que tais valores sejam considerados na execução da decisão condenatória desta Corte, mas **de maneira nenhuma têm impacto no débito calculado pelo Tribunal**.

8.8. As alegações apresentadas demonstram mero inconformismo com o encaminhamento de mérito dado pela decisão embargada, inexistindo, assim, omissões, contradições ou obscuridades na atuação desta Corte no âmbito da decisão embargada.

8.9. Dessa forma, os presentes embargos devem ser rejeitados, bem como o pedido para realização de diligência a respeito de retenções de valores pela SES/GO.

INFORMAÇÃO ADICIONAL

9. A empresa Hospfar solicita que as comunicações sejam encaminhadas aos seus advogados Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e Carla Valente Brandão (OAB/GO 13.267) (peça 191, p. 32).

9.1. Informe-se, por fim, o impedimento do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz (peça 109).

CONCLUSÃO

9.2. Da análise anterior, conclui-se, no mérito, a inexistência de omissões, obscuridades e contradições na decisão embargada. Informando a impossibilidade de rediscutir o mérito da questão na presente instrução, por tratar de embargos de declaração.

9.3. Entendem-se adequadas as conclusões da decisão recorrida no sentido de que houve dano ao Erário na contratação resultante do Pregão 223/2005 diante da inobservância dos termos do edital no momento do pagamento das faturas, tendo em vista que estas não descontaram dos preços ofertados, diante de sua isenção, o ICMS, que já havia onerado o preço no momento da elaboração das propostas de preço.

9.4. Dessa forma, propõe-se **a rejeição dos presentes embargos de declaração**.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração opostos por Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., contra o Acórdão 2923/2018 – TCU – Plenário, com fundamento no art. 32 e 34, da Lei 8.443/1992 c/c art. 287 do RI/TCU:

a) conhecer dos embargos de declaração e, no mérito, rejeitá-los; e

b) comunicar da decisão que vier a ser adotada à Procuradoria da República no Estado de Goiás, em consonância com o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, bem como ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás, aos recorrentes, bem como aos demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 19/11/2019.

(assinado eletronicamente)

Érika de Araújo Almeida

Auditora Federal de Controle Externo

Matrícula 6487-4

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 63199406.