

## GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 008.959/2009-7.

Natureza: I – Embargos de declaração, em Embargos de Declaração em Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Órgão/Entidade: Entidades/órgãos do Governo do Estado de Goiás

Responsáveis: Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Hospfar Industria e Comercio de Produtos Hospitalares S.A. (26.921.908/0001-21); Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (37.396.017/0001-10).

Interessado: Entidades/órgãos do Governo do Estado de Goiás.

Representação legal: Lise Sepulvida Costa Povoá Franca (OAB/GO 35.031) e outros.

**SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OMISSÃO. CONHECIMENTO. ACOLHIMENTO. ESCLARECIMENTO À EMBARGANTE QUANTO AOS PONTOS OMISSOS INDICADOS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO EM SEUS EXATOS TERMOS. NOTIFICAÇÃO.**

## RELATÓRIO

Cuida-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás (SES/GO) em cumprimento à determinação contida no subitem 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em decorrência de realização de pagamentos irregulares às empresas Hospfar e Medcommerce para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 130/2006, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. As presentes contas foram julgadas irregulares por meio do Acórdão 469/2016-TCU-Plenário em razão de que tais empresas, isentas do recolhimento do ICMS por força da legislação tributária estadual, quando do faturamento dos medicamentos fornecidos, acresciam o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprimento da isenção tributária. Em outras palavras, não houve a desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos a elas realizados. Assim procedendo, essas empresas receberam indevidamente da SES/GO os valores correspondentes ao referido tributo.

3. Vale dizer que, quando da realização do Pregão 130/2006, por força editalícia, as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS, e, por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater, na nota fiscal, o ICMS embutido, em razão de isenção do tributo nas operações de fornecimento ao Estado de Goiás, de forma que o valor bruto com impostos serviria apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas.

4. Cabe o registro de que a irregularidade que ensejou a presente TCE também foi detectada em vinte outros processos licitatórios conduzidos pela SES/GO, razão pela qual esta Corte, por meio

do Acórdão 1.789/2010-TCU-2ª Câmara, determinou àquela Secretaria estadual que apurasse tais falhas e, se necessário, instaurasse as tomadas de contas especiais respectivas. Dada a prática irregular reiterada no âmbito da SES/GO, apurações conduzidas pelos ministérios públicos estadual e federal indicam que entre 2002 e 2008 teriam sido desviados R\$ 13 milhões dos cofres públicos federais na compra de medicamentos pelo Estado de Goiás

5. Irresignada com a decisão condenatória mencionada, a empresa Medcommerce interpôs recurso de reconsideração, que, no mérito, teve seu provimento negado pelo Acórdão 531/2018-TCU-Plenário. Este *decisum* foi objeto de embargos de declaração que, no mérito, foram rejeitados pelo Acórdão 1.836/2018-TCU-Plenário.

6. Nesta fase processual, a empresa Medcommerce opõe novos embargos de declaração (peça 233), desta feita, em face do Acórdão 1.836/2018-TCU-Plenário, alegando, no essencial, a existência de duas omissões a macular a decisão combatida. São elas:

a) a não apreciação das provas juntadas aos autos (peças 115 a 120) pela embargante, em especial, o laudo pericial juntado após o recurso de reconsideração (peça 103) por ela interposto; dessa forma, não poderia o Relator, sob o risco de ofensa ao princípio da verdade real, deixar de apreciar prova superveniente, tendo por argumento o fato de que tal documento fora protocolizado em momento posterior ao recurso;

b) não ter a decisão combatida se pronunciado acerca do pedido da embargante de compensação de créditos retidos ilegalmente pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, pedido este veiculado na mesma petição que também carrou o laudo pericial aos autos (peças 115 a 120), sob o argumento de que tal pedido de compensação não constava das razões de apelo (peça 103).

7. Mediante Despacho de peça 236, reconheci que, de fato, o Acórdão 531/2018-TCU-Plenário, que, entre outros, apreciou recurso de reconsideração manejado pela ora embargante, deixou de tratar da documentação complementar por ela trazida às peças 116 a 120, documentos estes que poderiam impactar no mérito das questões já decididas por esta Corte no âmbito deste processo.

8. A par dessa constatação, solicitei novo pronunciamento de mérito da Secretaria de Recursos (Serur) quanto à documentação acostada às peças 116 a 120, com posterior envio ao MPTCU para fins de seu pronunciamento regimental.

9. O auditor da Serur, acompanhado pelo diretor técnico, em pronunciamentos uniformes (peças 242 e 243), pugna pelo conhecimento dos embargos para, no mérito, sugerir o seu acolhimento, em face da ocorrência da omissão arguida, sem contudo, conferir-lhes efeitos infringentes, nos termos da instrução de mérito a seguir transcrita:

### INTRODUÇÃO

1. Trata-se de embargos de declaração opostos por Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (peça 233) contra o Acórdão 1836/2018-TCU-Plenário (peça 216) que, entre outros, rejeitou embargos de declaração opostos pela mesma recorrente em face do Acórdão 531/2018-TCU-Plenário (peça 180), *decisum* este que, entre outros, conheceu do recurso de reconsideração interposto pela ora embargante contra o Acórdão 469/2016-TCU-Plenário (peça 69), para, no mérito, negar-lhe provimento.

1.1. A deliberação embargada apresenta o seguinte teor:

9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração, por atender aos requisitos de admissibilidade constantes dos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, acolher parcialmente os embargos opostos por Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares LTDA., sem, contudo, conferir-lhes efeitos infringentes, e rejeitar os embargos de declaração opostos por Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. e Cairo Alberto de Freitas;

9.2. notificar os embargantes da presente deliberação.

## HISTÓRICO

2. O Acórdão 469/2016-TCU-Plenário julgou irregulares as contas especiais da embargante, condenou-a solidariamente em débito com outros responsáveis e exarou determinações à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás (SES/GO) e à Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás (Secex-GO).

2.1. Em sua origem o presente processo tratou de tomada de contas especial instaurada pela SES/GO, em cumprimento à determinação contida no subitem 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em decorrência de realização de pagamentos irregulares às empresas Hospfar e Medcommerce, para aquisição de medicamentos de alto custo, mediante o Pregão 130/2006, com recursos federais transferidos ao ente federativo por meio do Sistema Único de Saúde.

2.2. O julgamento pela irregularidade das contas da recorrente decorreu do fato de que as mencionadas empresas, isentas do recolhimento do ICMS por força da legislação tributária estadual, quando do faturamento dos medicamentos fornecidos, acresciam o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprimento da isenção tributária. Em outras palavras, não houve a desoneração do ICMS por ocasião dos pagamentos a elas realizados. Assim procedendo, essas empresas receberam indevidamente da SES/GO os valores correspondentes ao referido tributo.

2.3. Assim, quando da realização do Pregão 130/2006, por força editalícia, as empresas licitantes deveriam oferecer propostas para os itens licitados contendo a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS, e, por ocasião dos pagamentos, dever-se-ia abater, na nota fiscal, o ICMS embutido, em razão de isenção do tributo nas operações de fornecimento ao Estado de Goiás, de forma que o valor bruto com impostos serviria apenas para fins de julgamento e comparação entre propostas.

2.4. Apresentado recurso de reconsideração pela ora recorrente e por outros interessados, esta Corte prolatou o Acórdão 531/2018-TCU-Plenário por meio do qual se negou provimento aos recursos.

2.5. Novamente inconformada a empresa Medcommerce opôs embargos de declaração em face desse último julgado. Apreciados por meio do Acórdão 1836/2018-TCU-Plenário os mesmos foram rejeitados.

2.6. Nesta etapa processual a empresa Medcommerce opõe, mais uma vez, embargos de declaração que, nos termos do despacho de peça 236, foi remetido a esta Unidade Técnica para análise.

## EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. A peça recursal foi conhecida pelo relator, Exmo. Ministro Vital do Rêgo, à peça 236, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, suspendendo-se os efeitos dos acórdãos 1836/2018-TCU-Plenário e 531/2018-TCU-Plenário.

## EXAME TÉCNICO

**4. Alega a embargante, em síntese, a ocorrência das seguintes omissões:**

a) a não apreciação das provas juntadas aos autos (peças 115 a 120), em especial, o laudo pericial juntado após o recurso de reconsideração (peça 103) por ela interposto; dessa forma, não poderia o Relator, sob o risco de ofensa ao princípio da verdade real, deixar de apreciar prova superveniente, tendo por argumento o fato de que tal documento fora protocolizado em momento posterior ao recurso; e

b) não ter a decisão combatida se pronunciado acerca do pedido da embargante de compensação de créditos retidos ilegalmente pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, pedido este veiculado na mesma petição que também carregou o laudo pericial aos autos (peças 115 a 120), sob o argumento de que tal pedido de compensação não constava das razões de apelo (peça 103).

4.1. Conforme análise efetuada pelo D. Relator (peça 236) assiste razão à embargante acerca da existência de omissão no acórdão embargado.

4.2. De fato o Acórdão 531/2018-TCU-Plenário (peça 180), que julgou o recurso de reconsideração interposto pela embargante (peça 103), não tratou das razões adicionais protocoladas pela recorrente em momento anterior ao julgamento do recurso (peças 115 a 120), devendo ser reconhecida, portanto, a omissão desta Corte.

## 5. Laudo pericial.

5.1. O relatório da perícia é composto por 263 páginas e mais 153 páginas de documentos juntados como apêndices e anexos, especialmente notas fiscais emitidas pela Medcommerce. No que diz respeito ao ponto central em discussão - oneração/desoneração do ICMS nas aquisições realizadas pela SES/GO - esse trabalho trouxe como principais resultados os seguintes achados e conclusões:

a) fez parte do escopo do relatório diversos processos licitatórios, que são: Concorrências Públicas 4/2003, 8/2003 e 32/2002, e Pregões 117/2006, 5/2003, 1/2003, 4/2003, 175/2004, 197/2004, 203/2004, 202/2004, 128/2004 e 63/2006;

b) na maioria dos certames, os editais e propostas apresentaram-se de forma a propiciar interpretações diversas, ou seja, foram contraditórios no momento em que se pede e/ou afirma que os preços cotados estão desonerados do ICMS. Constatam das propostas, declarações dando conta de que, nos preços propostos estão inclusos todos os custos diretos e indiretos, embalagem, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas por lei, bem como declaração que os preços cotados estão desonerados do ICMS, conforme estabelecido pelo CONFAZ;

c) o perito concorda com o teor do Parecer GOT 104/04 e Parecer 1198/08 GPT (SEFAZ/GO), não detectando defeito na forma de emissão do documento fiscal. Assim, a Medcommerce procedeu conforme orientação do órgão fazendário ao emitir o documento fiscal, aumentando o valor unitário bruto do produto e, em seguida, promoveu o desconto no percentual de 17% relativo ao ICMS, fazendo esta referência na nota fiscal;

d) os valores líquidos coincidem com os valores adjudicados nos processos licitatórios e, também, com os valores líquidos recebidos pela empresa vencedora pelo fornecimento dos medicamentos. Neste ponto, não se evidencia pagamentos divergentes, ou seja, o valor adjudicado é exatamente igual ao valor líquido da nota fiscal;

e) durante o período dos processos licitatórios questionados não havia regulamento ou norma editada pela Anvisa sobre os preços que deveriam ser praticados para órgãos públicos;

f) os técnicos do MPF e MPMGO deixaram de considerar a memória de cálculo constante nos documentos fiscais, relativamente à desoneração do ICMS, onde é concedido o abatimento de 17%, calculado sobre o valor bruto, chegando-se ao valor líquido das notas fiscais emitidas pela requerente Medcommerce;

g) os técnicos compararam os valores brutos unitários de cada medicamento (antes do abatimento do ICMS), constantes das notas fiscais de fornecimento, com os valores adjudicados e preços constantes das tabelas de preços das revistas Kairos e Simpro. O correto seria comparar o valor líquido de cada nota fiscal, convertendo para o valor líquido por produto, com os valores adjudicados de cada um produto e em cada processo licitatório;

h) o valor líquido de cada nota fiscal, que é o mesmo adjudicado por item licitado, foi efetivamente o valor pago pela SES/GO e conseqüentemente recebido pela requerida Medcommerce;

i) não foram consideradas nas análises realizadas pelo MP a contabilidade da empresa Medcommerce, ou seja, não foram verificados os demais componentes de formação do custo para saber se realmente os preços dos fármacos suportavam ou não a desoneração de 17% de ICMS;

j) o Parecer 1198/2008 da SEFAZ que trouxe o entendimento daquele órgão estadual sobre a questão da oneração de ICMS somente foi emitido posteriormente aos procedimentos licitatórios em questão;

k) o fornecedor Medcommerce procedeu conforme orientação do órgão fazendário, pois sendo os fármacos isentos por força do Decreto Estadual 5825/2003 e dos Convênios ICMS 87/02, 118/02,

126/02, 26/03, ao emitir a documentação fiscal, procedeu conforme orientações contidas nos Pareceres 104/04 GOT e 1198/08 GPT e disciplinado no art. 148 do Decreto Estadual 4852/97, aumentando o valor unitário bruto do produto e, em seguida promoveu o desconto no percentual de 17% relativo ao ICMS, fazendo esta referência na nota fiscal;

l) os valores líquidos coincidem com os valores adjudicados nos processos licitatórios e também os valores líquidos recebidos pela empresa pelo fornecimento dos medicamentos;

m) a legislação estadual (art. 1º, inciso III, letra "b" da Lei 12.462/94) prevê redução da 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), observado, inclusive nas operações com mercadorias destinadas a órgão da administração pública direta, inclusive autárquica ou fundacional. Deste modo, em caso de condenação, a alíquota a ser aplicada deveria ser 10%;

n) a Medcommerce procedeu conforme orientação do órgão fazendário e, pois sendo os fármacos isentos por força do Decreto Estadual no 5.825 de 05.09.2003 c/c Convênios ICMS 87/02, 118/02, 126/02 e 26/03, ao emitir o documento fiscal "notas fiscais", procedeu conforme orientações contidas nos Pareceres 104/04 GOT e 1198/08 GPT e, disciplinado no artigo 148 do Decreto Estadual nº 4.852/97 - RCTE (Convênio SINIEF SN/70, art. 9º), aumentando o valor unitário bruto do produto e, em seguida promoveu o desconto no percentual de 17% (dezesete por cento) relativo ao ICMS, fazendo esta referência na "nota fiscal".

#### Análise

5.2. Quanto ao laudo pericial apresentado pela Medcommerce, cabe esclarecer que esta Corte admite a utilização de prova emprestada (Acórdãos 200/2002-TCU-Plenário, 570/2003-TCU-2ª Câmara e 872/2003-TCU-1ª Câmara).

5.3. Em relação ao laudo pericial, o parágrafo anterior desta instrução destacou os principais argumentos, que serão considerados no exame a seguir:

5.4. No subitem 5.3 do Edital (peça 5, p. 19), há menção explícita que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS. O subitem 5.3.1 estabeleceu, ainda, que a vencedora do certame deveria atender aos termos do Convênio 26/2003 – CONFAZ (peça 5, p. 20), regulamentado pelo Decreto Estadual 5825/2003 e do Convênio ICMS 87/02 – CONFAZ. Esse decreto e o Convênio ICMS 87/02- CONFAZ concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos medicamentos. O 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.

5.5. A propósito, veja-se que o Convênio ICMS 87/02 concedia isenção de ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, para os medicamentos relacionados em seu anexo único, ou seja, medicamentos de dispensação excepcional, desde que observadas certas condições (e. g.: que os medicamentos também fossem objeto de isenção ou alíquota zero de Imposto de Importação ou de IPI e que o contribuinte abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, indicando expressamente no documento fiscal).

5.6. Por sua vez, o Decreto Estadual 5825/2003 regulamentava o Convênio 26/03 CONFAZ, que previa isenção de ICMS nas operações internas relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas fundações e autarquias, também com condicionantes, tais como: desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado; indicação desse desconto no documento fiscal; e comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de importação.

5.7. Então, tem-se que o edital previa, expressamente, que os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS. Também preceituava que o tributo seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a Secretaria de Estado de Saúde não seria

contribuinte do tributo, já que os produtos licitados gozariam de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais.

5.8. O autor do laudo questiona a existência, nos vários certames que a empresa participou, de editais contraditórios e a possibilidade de interpretações diversas sobre a oneração/desoneração do ICMS (parágrafo 9, “b”). Sobre isso, transcreve-se o seguinte do voto condutor do Acórdão 1344/2013-TCU-Plenário:

87. É certo que o Sr. *omissis* dependia da atuação de seus subordinados para realizar tarefas vinculadas ao ato final de autorização de pagamento da despesa, como a preparação do respectivo processo e a atestação da entrega do material, entre outras. No entanto, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento. No caso em tela, bastaria que o gestor retrocedesse algumas folhas no processo de pagamento para verificar que o preço unitário lançado na ordem de fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais (vide peça 12). Como os processos seguiram seu curso e resultaram na concretização de pagamentos indevidos, conclui-se que, ou o gestor agiu com negligência deixando de efetuar verificações mínimas quando da autorização, ou concordou com o procedimento, atuando de forma conivente.

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

89. Tal é o caso do multicitado Parecer GOT 104/2004, emitido pela Gerência de Orientação Tributária da Secretaria de Fazenda. O documento afirmava claramente que, nos casos em que o edital da licitação fosse omissivo, poderiam ser adotados, alternativamente, três procedimentos, a saber, i) a apresentação da proposta desonerada com acréscimo e abatimento posteriores do ICMS na nota fiscal; ii) a apresentação da proposta onerada com desconto do imposto na nota fiscal; ou, iii) apresentação da proposta com os dois valores, onerado e desonerado. Como no caso em tela o edital não era omissivo, era obrigatória a disposição ali estabelecida, ou seja, a apresentação de propostas oneradas.

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

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

5.9. O laudo aponta ainda (parágrafo 9, “b”) que a interpretação dúbia sobre a oneração/desoneração do ICMS pode ser ilustrada com a emissão de declarações contraditórias pela Medcommerce encaminhadas à SES/GO, no âmbito dos vários certames.

5.10. Os editais exigiam do proponente que apresentassem declaração de que havia o cumprimento do convênio ICMS – CONFAZ 87/02, Decreto 5707/02 e 5825/03, ou seja, exigia-se dos proponentes a ciência que os medicamentos ofertados eram isentos de ICMS. Adicionalmente, havia previsão no edital que as propostas deveriam ser apresentadas com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS. Além disso, o edital estabelecia que, nos preços, estariam incluídos embalagens, taxas, impostos, fretes etc. Assim, a interpretação mais razoável era a de que os preços deveriam ser onerados de ICMS para fins de licitação e posteriormente excluído desse imposto por força dos normativos citados.

5.11. Essa questão foi enfrentada pelo MP/TCU em outras tomadas de contas especiais autuadas por força da determinação constante do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, como no caso do TC 004.599/2010-1 (peça 31 daqueles autos), em que o procurador alegou que:

“...essa contradição não autorizaria a pôr de lado os dispositivos editalícios e contratuais e serviria, no máximo, para reduzir-lhe o grau de culpabilidade, aspecto que seria considerado na gradação de sua penalidade. Mas nada disso se aplica diante de sua postura ambígua e contraditória. Na verdade, a contratada indicava apenas um valor em suas propostas e, só na execução contratual, informava com clareza que esse valor estava desonerado de ICMS. Isso diante de um edital e contrato que diziam, com todas as letras e acima de qualquer dúvida, que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que, só na execução contratual, se deveria indicar a desoneração do ICMS. O edital é a lei maior de todo procedimento licitatório, razão pela qual os participantes devem estrita obediência às condições estabelecidas, sob pena de violação dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da publicidade e da livre competitividade.”

5.12. Quanto à composição dos preços ofertados, a pertinência dos preços em relação ao mercado e a alegação de que não houve a análise da contabilidade da empresa para saber se os preços ofertados comportariam ou não a desoneração do imposto, salienta-se que essa discussão é inócua, pois as tomadas de contas especiais em curso não questionam essas ocorrências, mas sim a adoção de procedimento contrário ao edital, que resultou em pagamentos indevidos à empresa fornecedora dos medicamentos. Como já explanado, o edital da licitação preceituava 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, recebendo, portanto, valor superior ao devido.

5.13. Além disso, o edital foi claro ao estabelecer que quaisquer tributos, custos e despesas diretos ou indiretos omitidos na proposta ou incorretamente cotados, seriam considerados como inclusos nos preços, não sendo aceitos pleitos de acréscimos, ou seja, a própria empresa deveria conhecer sua contabilidade e oferecer os preços que poderia praticar e acrescentar os impostos para fins da licitação, havendo nos autos, ainda, declaração oferecida por ocasião da sua proposta que trazia a informação de que ‘nos preços estão inclusos embalagens, taxas, impostos, fretes, etc. instituídos em lei para entrega das mercadorias no almoxarifado deste órgão, ou em local por ela indicado, onde os preços serão fixos e irremovíveis enquanto prevalecer a proposta e/ou conforme edital referente a esta proposta’.

5.14. Quanto ao argumento apresentado sobre a incidência de alíquota reduzida, a questão foi tratada também nos outros processos de tomada de contas especiais sobre o tema, como no caso do Voto emitido no âmbito do TC 016.833/2009-0:

“Ademais, a alíquota de 10% em nenhum momento foi considerada tão somente porque o edital estabelecia que as propostas deveriam computar 17% a título de ICMS para o preço apresentado. Portanto, era essa a taxa incluída nos preços que, por não ter sido deduzida por ocasião dos pagamentos, acabou por se constituir em superfaturamento.”

5.15. Também o relatório que precedeu o Acórdão 1344/2013-TCU-Plenário, da Relatoria do Ministro 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.

5.16. A questão principal que se deve focar para análise dos novos elementos apresentados é se houve ou não a desoneração de ICMS nas aquisições de medicamentos no âmbito do Pregão 130/2006, pois as questões de legalidade levantadas pela perícia e a tese sobre a falta de consenso sobre o tema à época foram exaustivamente tratadas nos vários processos relacionados ao tema.

5.17. O efeito dos pareceres e normativos provenientes dos órgãos estaduais e a alíquota reduzida mencionados no laudo pericial já foram discutidos na instrução anterior e nas outras tomadas de contas especiais em curso no Tribunal. Também a alegação, no laudo, sobre a pertinência dos preços praticados com os de mercado não faz parte do ato impugnado nestes autos, que foca na questão da oneração/desoneração do ICMS na aquisição dos medicamentos no âmbito do Pregão 130/2006.

5.18. De acordo com esse edital, os preços das propostas deveriam contemplar o ICMS. Também estabeleceu que o tributo seria destacado (abatido) do preço indicado na nota fiscal, para fins de pagamento, uma vez que a Secretaria de Estado de Saúde não seria contribuinte do tributo, já que os produtos licitados gozariam de isenção nas operações realizadas com os órgãos estaduais.

5.19. No caso citado no laudo em relação à Nota Fiscal 50.436, o valor do produto que deveria ser pago à empresa era de R\$ 134,20 abatido de 17% de ICMS, ou seja, R\$ 111,39. Foi esse valor de R\$ 111,39 usado como devido pela área técnica da SES/GO na composição do débito (peça 5, p. 171). A mesma situação ocorreu nas demais notas fiscais mencionadas na proposta de encaminhamento da instrução da Unidade Técnica responsável pela instrução inicial do feito.

5.20. Repetindo a conclusão contida na instrução anterior e com base nas análises desta Corte nas várias tomadas de contas especiais sobre o mesmo assunto, o edital do Pregão 130/2006 previa claramente que as propostas deveriam ser apresentadas oneradas pelo ICMS e que, na ocasião do pagamento, o imposto deveria ser destacado na nota fiscal e abatido do valor adjudicado. Porém, conforme constatado, as empresas contratadas, sob a alegação de que apresentaram preços desonerados, emitiram notas fiscais acrescentando novamente o ICMS ao valor adjudicado, o que lhe permitiram receber pagamentos com valores indevidamente majorados, incorrendo, portanto, em irregularidade da qual tinham plena ciência e causando prejuízo aos erários federal e estadual.

5.21. Dessa forma, o parecer técnico não tem o condão de alterar o acórdão vergastado.

## **6. Créditos retidos.**

6.1. Caso não seja acatado o argumento anterior e esta Corte entenda que a condenação deve ser mantida, que haja determinação para que se realize a compensação do débito com os créditos da empresa ilegalmente retidos pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás.

6.2. Segundo a empresa, esses valores retidos somam, em valores históricos, quase vinte milhões de reais relativos a fornecimentos anteriores e, atualizados, a quantia de trinta e quatro milhões de reais, afirmando que esta Corte tem sido omissa em resolver a questão e trazendo trechos de instrução de Unidade Técnica e de Voto que teria sido proferido após o Relator ter sido induzido ao erro.

6.3. Finaliza a recorrente:

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 Requerida, o que desde já requer.

### Análise

6.4. Em relação à atuação desta Corte na questão da restituição dos recursos retidos e de compensação de créditos, não há espaço para que isso seja resolvido em sede de tomada de contas especial.

6.5. Não compete a este Tribunal, substituindo-se ao órgão original (SES/GO), proceder ao reconhecimento de despesas já realizadas no âmbito daquele ente estadual. Não se admite ainda, no âmbito deste Tribunal, a compensação do débito indicado nesta TCE com pretensão crédito decorrente de fornecimento de medicamentos que se alega que teriam sido executados no âmbito de outros contratos celebrados entre a SES e a empresa.

6.6. Além do mais, não cabe ao Tribunal proceder à liquidação de despesa nem reconhecer as despesas já liquidadas nos diversos contratos entre a SES e a empresa Medcommerce, não sendo, ainda, o órgão competente para tutelar direitos de particulares.

6.7. No âmbito do TC 016.592/2010-7, em caso idêntico, a empresa Hospfar apresentou novos elementos, após a análise de mérito, com argumentos semelhantes em relação à compensação de créditos, sendo que o relator não acolheu as alegações. Os autos já foram julgados por meio do Acórdão 2455/2016-TCU-Plenário, tendo o Tribunal condenado os gestores da SES e a empresa, solidariamente, ao recolhimento do débito.

### CONCLUSÃO

7. Da análise anterior conclui-se que:

- a) não há elementos no laudo pericial que permitam a esta Corte alterar o posicionamento adotado na fase processual anterior; e
- b) não é esta Corte a instância competente para se determinar a compensação de supostos créditos oriundos de outros contratos com o débito imputado nos presentes autos.

7.1. Dessa foram, devem ser conhecidos os embargos de declaração opostos e, no mérito, providos sem, contudo, dar-lhes efeitos infringentes.

### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração opostos pela empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. em face do Acórdão 1836/2018-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos embargos e, no mérito, acolhê-los sem, contudo, conferir-lhes efeitos infringentes;
- b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida à embargante e aos demais interessados.

10. O Secretário da Serur acompanhou a proposta constante da instrução de mérito acima reproduzida, sem prejuízo de acrescentar novos fundamentos, conforme se observa de seu pronunciamento à peça 244 a seguir transcrito:

A presente tomada de contas especial foi julgada irregular pelo Acórdão 469/2016-TCU-Plenário (peça 69), contra o qual a empresa Medcommerce - Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. interpôs recurso de reconsideração (peça 103), improvido pelo Acórdão 531/2018-TCU-Plenário (peça 180).

2. Contra o julgamento do recurso a empresa opôs embargos de declaração (peça 206), rejeitados pelo Acórdão 1836/2018-TCU-Plenário (peça 216). Contra essa decisão foram opostos novos embargos declaratórios (peça 233), objeto da presente análise, nos quais alega-se omissão sobre dois pontos:

a) não apreciação de prova (laudo pericial, peças 116-120) que fora juntada aos autos após a interposição do recurso de reconsideração, mas antes de seu julgamento, e que deveria ter sido considerada, por força do princípio da verdade real; e

b) não pronunciamento sobre o pedido de compensação do débito com créditos que, segundo a empresa, teriam sido retidos ilegalmente pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, pedido esse contido na petição de peça 115, igualmente juntada ao processo antes do julgamento do recurso de reconsideração.

3. Pelo despacho de peça 236, o processo foi devolvido a esta secretaria para pronunciamento “quanto à documentação acostada às peças 116 a 120” (o laudo pericial anexado pela empresa).

4. No exame antecedente, realizou-se o exame da matéria, propondo-se não conferir efeitos modificativos aos embargos. Acompanho a proposta, sem prejuízo de acrescentar os fundamentos

que se seguem, que entendo necessários para evidenciar a insuficiência das conclusões do laudo pericial para infirmar a decisão recorrida.

### I. Da restrição ao uso de perícia que não contempla o objeto desta TCE

5. A perícia em questão foi realizada em ação de improbidade administrativa (Processo 26578-59.2010.4.01.3500, 9ª Vara Federal/Goiás) motivada por fatos similares aos discutidos nesta TCE (oneração e desoneração de ICMS na venda de medicamentos à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás), mas ocorridos em outros certames.

6. Segundo a embargante, referido laudo foi produzido após exaustiva análise, “*chegando à conclusão de que a Medcommerce não ofertou preços onerados de ICMS*”. Ademais, defende que havendo perícia concluída em ação judicial cujo objeto é o mesmo do presente processo administrativo, não haveria razão para se prosseguir neste processo.

7. Dessa assertiva já decorrem dois aspectos que precisam ser esclarecidos em preliminar: a inexistência de vinculação do julgador às conclusões de laudos periciais, devendo confrontá-las com as demais provas do processo; e a inviabilidade de extrapolar as conclusões de um laudo para fatos que não foram objeto da perícia.

8. Sobre o primeiro aspecto, sabe-se que os laudos periciais fornecem subsídios relevantes, mas o perito não substitui o julgador da causa no acerto dos fatos do processo – notadamente quando o laudo não esclarece de maneira suficiente a questão controvertida, como adiante se comentará.

9. O segundo ponto diz respeito ao escopo da perícia. Ao contrário do que afirma a embargante, o laudo em questão não abrange o convênio tratado nesta TCE. Logo, não procede a afirmativa de haver “*perícia concluída em ação judicial cujo objeto é o mesmo do presente processo administrativo*”.

10. Com efeito, o Acórdão 45/2008-TCU-Plenário (peça 1, p. 21, rel. Min. Raimundo Carreiro) determinou a instauração de TCE para cada um dos vários pregões relativos à aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), indicados na instrução transcrita no relatório de peça 71, § 3º.

11. O presente processo cuida de uma dessas TCE, abrangendo especificamente o Pregão 130/2006, que objetivou o fornecimento de remédios para a Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa. Já o laudo produzido na ação de improbidade e juntado pela embargante a estes autos cuida de 13 (treze) certames diversos, indicados em seu § 11 (peça 116, p. 20), a saber:

Seq	Processos Administrativos	Procedimentos Licitatórios	Seq	Processos Administrativos	Procedimentos Licitatórios
01	200200010008397	CP nº 04/2003	08	200400010004376	Pregão nº 175/2004
02	200300010008396	CP nº 08/2003	09	200400010006315	Pregão nº 197/2004
03	200300010009317	CP nº 32/2002	10	200400010007877	Pregão nº 203/2004
04	200500010009935	Pregão nº 117/2006	11	200400010007878	Pregão nº 202/2004
05	200300010013638	Pregão nº 005/2003	12	200400047000965	Pregão nº 128/2004
06	200300010013641	Pregão nº 001/2003	13	200500010015580	Pregão nº 063/2006
07	200300010013642	Pregão nº 004/2003			

12. Esses mesmos processos foram objeto das diligências efetuadas pelo perito (peça 116, p. 61, item III.1.“a”; p. 66, item III.2.“a”; e p. 94, item III.32), assim como das discussões sobre retenção de valores (tema abordado adiante), cuja análise abrangeu notas fiscais emitidas pela Medcommerce “*exclusivamente dos 13 (treze) processos licitatórios aqui em discussão*” (peça 116, p. 120).

13. Nota-se, portanto, que os trabalhos periciais ficaram circunscritos a um conjunto de treze procedimentos licitatórios que constituíam o objeto da ação de improbidade, neles não se incluindo o Pregão 130/2006, de que cuida esta TCE.

14. Sobre essa situação, é relevante observar que no julgamento originário desta TCE registrou-se (§ 94 do voto de peça 70) que também a Procuradoria da República em Goiás havia encaminhado ao TCU laudo elaborado por órgão técnico do Departamento de Polícia Federal.

15. Assim como o laudo apresentado agora pela embargante, também aquele outro produzido pela Polícia Federal não abrangia o Pregão 130/2006, e por isso foi desconsiderado como elemento de convicção nestes autos, por ser incapaz de influir no julgamento do processo. Veja-se o teor do voto de peça 70, a respeito do laudo da Polícia Federal:

*“94. (...) a Procuradoria da República em Goiás encaminhou a este Tribunal cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal (...). No entanto, conforme salientado pela unidade técnica na instrução constante da peça nº 50, a Tabela de Laudos Periciais indicativa de quais pregões foram objeto de perícia (peça nº 48) não faz referência ao Pregão 130/2006, objeto desta TCE. O elemento em questão, portanto, não carece de maiores considerações em relação a estes autos.”*

16. O laudo juntado pela embargante, ora em análise, merece o mesmo tratamento daquele que fora juntado pelo MPF: como não abrange o certame em análise, não se presta a influenciar o desfecho da TCE, já que um estudo técnico dessa natureza não pode ter suas conclusões extrapoladas para além do objeto que foi investigado.

17. Esse aspecto já seria suficiente para rejeição do pedido da embargante. Prossigo na análise, contudo, com vistas a apresentar outros fundamentos que reforçam o encaminhamento proposto.

## **II. Da restrição ao uso de prova emprestada ainda não submetida ao contraditório**

18. Outro aspecto que merece especial atenção diz respeito à consideração de provas trazidas de processo judicial, mas ainda não submetidas ao contraditório no processo que as originaram.

19. Sabe-se que após a juntada do laudo ao processo, as partes serão intimadas a se manifestar a respeito do trabalho pericial, podendo contestar suas conclusões e, até mesmo, ser designada uma segunda perícia (CPC, art. 480, § 1º), caso a primeira se mostre defeituosa ou incompleta.

20. Até por isso, deve-se ter cautela ao se utilizar prova produzida em outro processo (“prova emprestada”), conferindo especial atenção ao exercício do contraditório no processo de origem (CPC, art. 372). Quanto mais o contraditório tiver se desenvolvido com plenitude no processo matriz, maior a carga valorativa da prova emprestada, como consequência de sua maior confiabilidade. Do contrário, quando as partes ainda sequer exerceram o direito de impugnar a prova no processo em que foram produzidas, com mais reservas deve ser recebida no empréstimo a outro processo, exatamente por não ter exaurido seu ciclo de produção.

21. No caso concreto, a ação de improbidade em que foi produzido o laudo juntado pela embargante ainda está em curso. Pelo que se verifica do exame daquela ação, consta do último despacho exarado (cf. Diário da Justiça Federal da 1ª Região de 3/6/2019, peça 241) o seguinte:

*“O Perito pediu carga dos autos para que possa realizar sua defesa no pedido de produção antecipada de provas 1002250-33.2019.4.01.3500 em tramitação na 4ª Vara Federal/GO, em que o MPF imputou ao Perito prática de falsa perícia nos autos da presente ação civil pública. (...). ISSO POSTO defiro carga dos autos ao Perito pelo prazo de 05 cinco dias”.*

22. É certo que nada se pode concluir da existência de questionamento dessa natureza, já que a impugnação do MPF ao laudo poderá eventualmente ser rejeitada. Mas é igualmente certo que não se pode tomar como definitivas as conclusões de um laudo que ainda está sob questionamento na sede processual adequada.

23. Em suma, pretende-se destacar dois aspectos que relativizam a importância do referido laudo como elemento de convicção no caso em exame: (1) o de que ainda está sob questionamentos na esfera judicial e, mais que isso, (2) o de que não compreende a específica matéria em discussão nesta TCE.

24. Apontadas essas restrições, passo ao exame propriamente dito das conclusões do laudo, para reforçar o argumento da inadequação de seu uso no caso concreto.

### III. O objeto da controvérsia e a conclusão do laudo pericial

25. No faturamento dos medicamentos fornecidos, o preço constante das notas fiscais correspondia àquele ofertado na licitação. A dúvida residia em saber se esse preço estava onerado pelo ICMS (como previsto no edital) ou se fora ofertado sem a incidência do tributo (como declarado pelas licitantes).

26. Segundo concluiu o Tribunal, pelos vários fundamentos contidos na decisão recorrida, os preços foram cotados com ICMS (seguindo a previsão editalícia), de forma que na nota fiscal deveria haver o abatimento do tributo (por força de regra específica de isenção, no fornecimento em concreto). O preço a ser pago deveria corresponder, portanto, ao preço constante da nota fiscal menos o valor do ICMS que estava embutido no preço ofertado.

27. Já as fornecedoras defenderam, durante todo o processo, que, não obstante o edital exigir a inclusão do tributo, os preços foram ofertados pelo valor desonerado do ICMS, conforme declarações prestadas pelas licitantes. As informações de incidência e abatimento do tributo apareceriam nas notas fiscais apenas a título de transparência tributária, por orientação do órgão fazendário.

28. Por isso, segundo as empresas, na nota fiscal apareceria (1) o preço ofertado, (2) o ICMS potencialmente incidente (que incidiria em uma operação normal) e (3) o abatimento do imposto (em decorrência da isenção, na operação em concreto). Dessa forma, por já estar livre do imposto, o preço a ser pago corresponderia ao próprio preço ofertado (e não ao preço ofertado menos o ICMS, como defende o TCU).

29. O laudo pericial em questão teve por objetivo, entre outros, exatamente verificar se os preços ofertados incluíam, ou não, o valor do tributo.

### IV. Da conclusão do laudo pericial

30. A esse respeito houve quesito específico do Ministério Público Federal, indagando-se o seguinte (peça 116, p. 142, item VI.2):

*“a) As propostas apresentadas pelas empresas vencedoras dos certames foram formuladas nos moldes estabelecidos pelos editais, isto é: “com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS?”*”

31. Na resposta, o perito primeiro discorreu sobre a diversidade dos editais, observando que não houve uma forma padrão de especificação de propostas. Assim, por exemplo, em alguns editais havia cláusula exigindo que os preços contemplassem todos os tributos, mas, na sequência, outra cláusula requeria a declaração de serem ofertados preços desonerados do ICMS, o que propiciava interpretações diversas (peça 116, p. 143).

32. De todo modo, o laudo concluiu (peça 116, p. 143): *“Todavia, no que pese sobre as contrariedades existentes nos editais, pode-se concluir que as propostas foram em partes formuladas nos moldes estabelecidos pelos editais”*, sem especificar, contudo, quais propostas (ou quais ‘partes’ de cada proposta) foram e quais não foram formuladas nos termos exigidos no edital.

33. Não obstante, a embargante sustenta (peça 116, p. 3) que

*“(…) o perito concluiu que se do resultado final (margem de lucro da empresa), ainda se retirasse o valor do imposto sobre circulação de mercadoria - ICMS, supondo, nesse caso, que as propostas já estariam oneradas com o aludido imposto estadual, a Medcommerce teria prejuízo na comercialização, pois não teria lucro com as vendas, fato bastante relevante para a futura resolução da ação de improbidade em questão”*.

34. Como, de fato, o laudo desenvolveu essa linha de investigação (de verificar se a margem de lucro comportaria o desconto do ICMS), passo a considerá-la, para evidenciar que a interpretação da embargante não é fiel ao que se contém no laudo.

## V. Os critérios utilizados no exame pericial

35. No que se refere à valoração da prova pericial, incumbe ao julgador levar em conta o próprio método utilizado pelo perito (CPC, art. 479), para disso extrair elementos necessários para fundamentar seu convencimento a respeito das conclusões do trabalho.

36. Para determinar se os preços cotados estavam, ou não, onerados pelo ICMS, o perito entendeu que a análise não poderia se limitar ao exame das notas fiscais de fornecimento. Ao contrário, deveria necessariamente ser examinada a contabilidade da empresa, para, a partir dos custos incorridos com a venda de medicamentos, do rateio das despesas administrativas e dos demais tributos incidentes (IRPJ/CSLL), saber se os preços adjudicados suportavam ou não a desoneração do ICMS (peça 116, p. 30, § 29, e p. 124, § 139). O objetivo foi, em breve síntese, saber “se o resultado contábil [lucro das operações] comportaria a carga tributária deste tributo [ICMS] na alíquota de 17%” (peça 116, p. 123, § 137).

37. Após as análises, o perito calculou o “resultado contábil” (lucro líquido apurado, em reais e em percentual da receita de vendas) para cada certame, apresentado, em síntese, na planilha “P14”, copiada na peça 117, p. 29.

38. Na sequência, e como explicado no § 191 do laudo (peça 117, p. 30), o perito deduziu 17% do lucro líquido de cada certame (em percentual da receita de vendas), a título de ICMS. Como resultado, concluiu que, dos treze certames analisados, cinco obteriam resultado negativo (aqueles cujo lucro líquido percentual era inferior a 17%), tratando-se, portanto, de operações deficitárias, caso o tributo fosse deduzido do pagamento.

39. Esse critério, todavia, é passível de críticas. A própria conclusão de que em alguns certames o resultado final (lucro líquido apurado com as vendas) não comportaria a desoneração pleiteada pelos órgãos de controle em nada aproveitaria àqueles outros casos em que o referido lucro comportava perfeitamente a dedução.

40. De todo modo, e como a própria perícia demonstra, no conjunto dos certames avaliados a operação, como um todo, teria sido lucrativa.

41. Ou seja, o laudo não ampara a afirmativa da embargante, de que o resultado contábil (lucro líquido apurado) não comportaria a dedução do ICMS (que fora embutido nos preços ofertados). Como demonstrado no próprio laudo, o lucro líquido do conjunto dos certames (22,95%, cf. última linha da planilha de peça 117, p. 29) comportaria a incidência de 17% a título de ICMS, gerando um “resultado após desconto do ICMS” (critério da planilha de peça 117, p. 30) de 5,95%.

42. Cabe realçar, no entanto, que qualquer discussão nesse sentido fica prejudicada pelo fato de que o laudo diz respeito a procedimentos licitatórios diversos do que está em discussão neste processo (o Pregão 130/2006). Assim, o citado laudo não contribui para o deslinde da controvérsia, sendo incapaz de infirmar as conclusões da decisão recorrida, que cuida de situação fática diversa da examinada na perícia.

## VI. Sobre a retenção de valores realizadas pela SES/GO

43. Também acompanho a proposta de rejeição dos embargos declaratórios no que se refere ao pedido de compensação do débito imputado nos autos com supostos créditos resultantes de retenção de valores que teriam sido realizadas pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás.

44. A questão realmente não foi tratada no Acórdão 531/2018-TCU-Plenário (peça 180), que julgou improcedente o recurso de reconsideração interposto pela empresa (peça 103), mas havia sido objeto de esclarecimento nos autos (diligência de peça 46) e foi devidamente analisada pelo acórdão condenatório (Acórdão 469/2016-TCU-Plenário, peça 69).

45. Da fundamentação do acórdão condenatório constam os seguintes fundamentos, com os quais o Tribunal afastou a compensação pleiteada (ou mesmo a alternativa de determinar a restituição dos valores retidos):

“5. (...) Saliente-se, por oportuno, que em razão de questionamentos posteriores surgidos em torno da matéria, a SES/GO chegou a cogitar a retenção dos valores em discussão, relativos ao ICMS, em várias faturas, o que foi realizado temporariamente, em relação ao Pregão sob exame, sobre faturas apresentadas pela Medcommerce.

6. 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” (fls. 2, peça nº 46).

(...)

78. Necessário ainda discorrer sobre a alegação (...) de que o Estado de Goiás havia procedido a retenções em montante correspondente aos pagamentos supostamente realizados a maior, o que, segundo alegam, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário.

79. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar: 1º que conforme consta dos autos (fls. 47, peça nº 31, Relatório Conclusivo 005/2008), há indícios de que só houve retenções de recursos na fonte estadual (fonte 00); 2º inexistem nos autos qualquer indicativo de que tais montantes retidos hajam sido recolhidos aos cofres públicos federais; 3º conforme resultado de diligência empreendida junto à SES/GO, em atenção a despacho deste Relator, foi juntado ao processo o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, no qual consta a informação de que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho “GAB” 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade de retenção de pagamentos por falta de amparo legal (vide peça nº 46).”

46. Contra esses fundamentos, argumenta-se (peça 115, p. 3) que:

“(...) embora a PGE [do Estado de Goiás] 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 Requerida onde busca exatamente o ressarcimento dos supostos prejuízos (...). Assim, sob o argumento de que a questão está ‘sub judice’, a Administração simplesmente se recusa a liberar o crédito”.

47. Valem, porém, as observações expostas pela Secex/GO na instrução transcrita na própria peça 115, p. 4, de que as retenções em questão não se deram sob a tutela do TCU, não cabendo ao Tribunal determinar a devolução de valores que foram retidos sem a sua interferência. Notadamente quando se indica que a questão está “sub judice”, devendo, portanto, ser tratada na esfera competente.

#### **Conclusão:**

48. Pelos fundamentos expostos, acompanho a conclusão do exame antecedente, propondo:

a) conhecer dos embargos de declaração para, no mérito, acolhê-los, apenas para prestar os esclarecimentos contidos na fundamentação que vier a ser adotada pelo Tribunal, sem promover modificações na decisão embargada;

b) dar ciência da decisão à embargante e aos demais interessados.

49. Em atenção ao Despacho de peça 236, encaminho o processo ao Ministério Público junto ao TCU, para a manifestação prevista no art. 81, II, da Lei 8.443/1992.

11. O representante do MPTCU que atuou no feito, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou sua concordância com a proposta da Serur, conforme parecer lançado à peça 245 e a seguir transcrito:

Em atenção à oitiva propiciada por Vossa Excelência (peça 236), o Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposição oferecida pela Secretaria de Recursos – Serur (peças 242 a 244), no sentido de o Tribunal de Contas da União (peça 244):

a) conhecer dos embargos de declaração (peça 233) opostos pela empresa Medcommerce Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.836/2018 – Plenário (peça 216), para, no mérito, acolhê-los, apenas para prestar os esclarecimentos contidos na fundamentação que vier a ser adotada pelo Tribunal, sem promover modificações na decisão embargada;

b) dar ciência da decisão à embargante e aos demais interessados.

De fato, houve omissões na deliberação embargada, ante o não pronunciamento sobre o pedido de compensação do débito com créditos que, segundo a Medcommerce, teriam sido retidos ilegalmente pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás (peça 116, pp. 4/6) e sobre o laudo pericial (peças 116 a 120) trazido aos autos, documentos estes juntados ao processo anteriormente ao julgamento do recurso de reconsideração, o qual teve o provimento negado mediante o Acórdão 531/2018 – Plenário (peça 180).

A Serur abordou adequadamente os temas, cabendo destacar os seguintes comentários do titular da unidade técnica especializada (peça 244):

a) os trabalhos periciais ficaram circunscritos a um conjunto de treze procedimentos licitatórios que constituíam o objeto da ação de improbidade, neles não se incluindo o Pregão 130/2006, de que cuida esta TCE (peça 116, p. 19);

b) o laudo apresentado agora pela embargante, assim como o outro laudo produzido pela Polícia Federal (peça 48), não abrange o Pregão 130/2006. Por isso, foi desconsiderado como elemento de convicção nestes autos, por ser incapaz de influir no julgamento do processo;

c) um estudo técnico como um laudo não pode ter suas conclusões extrapoladas para além do objeto que foi investigado;

d) o laudo apresentado ainda está sob questionamentos na esfera judicial e não ampara a afirmativa da embargante de que o resultado contábil (lucro líquido apurado) não comportaria a dedução do ICMS (que fora embutido nos preços ofertados);

e) consoante observações da Secex/GO (peça 115, p. 4), as retenções de pagamento não se deram sob a tutela do TCU, não cabendo ao Tribunal determinar a devolução de valores que foram retidos sem a sua interferência, notadamente quando se indica que a questão está “sub judice”, devendo, portanto, ser tratada na esfera competente.

Sobre o pedido de compensação do débito com créditos feito pela Medcommerce em processo análogo de TCE, bem ponderou a Ministra-Relatora, no item 23 do voto condutor do Acórdão 4.820/2017 – 2ª Câmara (TC-005.481/2013-9), que “não caberia ao TCU assumir as atribuições da SES/GO para proceder a verificação completa dos supostos créditos devidos e eventualmente compensar os débitos aqui quantificados”.

Feitas essas breves considerações, o MP de Contas acompanha a proposta da Serur, nos termos sugeridos à peça 244.

É o relatório.