

VOTO

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. 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 (peça 180). Este *decisum* foi objeto de embargos de declaração, apreciado pelo Acórdão 1.836/2018-TCU-Plenário que os rejeitou (peça 216).

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.
10. O Secretário da Serur manifestou sua concordância com as conclusões e encaminhamentos constantes da instrução de mérito elaborada pelo auditor da citada unidade técnica, sem prejuízo de acrescentar novos fundamentos, conforme se observa de seu pronunciamento à peça 244.
11. O representante do MPTCU que atuou no feito, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, anuiu à proposta de mérito da Serur, consoante parecer à peça 245.
12. Feito esse breve relato, passo a decidir.
13. Conheço dos presentes embargos por atenderem aos requisitos de admissão, nos termos do art. 34 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, acompanhar as conclusões e as propostas constantes dos pareceres prévios emitidos nos autos e transcritos no relatório precedente, sem prejuízo de trazer a lume os comentários que se seguem.
14. Os presentes embargos fundamentam-se, essencialmente, na indicação de existência de omissão no Acórdão 531/2018-TCU-Plenário que, ao apreciar recurso de reconsideração, deixou de considerar a documentação constante das peças 116 a 120, formada por laudo pericial apresentado em sede de ação de improbidade administrativa (Processo 26578-59.2010.4.01.3500, 9ª Vara Federal/Goiás), ajuizada para apreciar fatos similares aos tratados nesta TCE.
15. Antes de adentrar às questões fáticas discutidas no laudo pericial, julgo adequado, como bem observou o Secretário da Serur em seu parecer à peça 244, breve análise acerca da validade de se utilizar o mencionado documento como prova a permitir a formação de juízo nestes autos.
16. O laudo em apreço foi elaborado com a finalidade de avaliar as operações contábeis, na forma dos quesitos apresentados pelo juízo e pelas partes, com relação aos certames que especifica, quais sejam, concorrências 32/2002, 04/2003 e 08/2003 e pregões 005/2003, 001/2003, 004/2003, 175/2004, 197/2004, 203/2004, 202/2004, 128/2004, 117/2006 e 063/2006, todos apurados na referida ação de improbidade administrativa, entre os quais não se inclui aquele objeto desta TCE, Pregão 130/2006.
17. Ora, o laudo pericial presta-se a bem esclarecer, de forma técnica e na forma de quesitos, os exatos contornos da situação fática posta ao seu descortino, de sorte que, dada a especificidade de seu alcance, adstrita à determinada situação analisada, suas conclusões não são aptas a serem extrapoladas para outros objetos por ele não analisados.
18. Situação análoga foi enfrentada pelo voto condutor do Acórdão 469/2016-TCU-Plenário (peça 70), que desconsiderou laudo pericial elaborado pelo Departamento de Polícia Federal e trazido aos autos pela Procuradoria da República em Goiás por não fazer menção ao Pregão 130/2006.
19. Ademais, mesmo se o laudo trazido pela embargante se referisse ao Pregão 130/2006, sua utilização para fins de fundamentar a formação de juízo nestes autos poderia restar comprometida, pois, no processo judicial de origem, até o presente momento e conforme informado pela unidade instrutiva, ainda não ostenta a condição de prova produzida já submetida ao contraditório ou à apreciação judicial, como condição a validar as conclusões nele exaradas.
20. Do exposto, entendo que o laudo pericial apresentado pela embargante não mereceria maiores considerações. Contudo, para não restar mais dúvidas acerca de seu conteúdo, reitero, em sua essência, a análise de suas conclusões realizada pela unidade instrutiva.

21. Um dos principais objetivos do laudo em evidência foi trazer luzes sobre a questão controversa ora debatida, qual seja, se a formação do preço do medicamento cobrado pelas empresas da SES/GO contemplava ou não o valor do ICMS.
22. É que, apesar de não restarem dúvidas de que os preços dos medicamentos constantes das notas fiscais correspondiam àqueles apresentados na licitação, questiona-se o fato de eles estarem onerados com o ICMS, como o edital exigia apenas para efeito de cotação e apresentação de propostas, ou se eles foram apresentados sem a incidência do referido imposto, como declarado pelas empresas.
23. De acordo com a documentação constante dos autos e que serviu de suporte às decisões desta Corte de Contas já prolatadas, não há dúvidas de que os preços foram cotados com a incidência de ICMS, na forma exigida expressamente pelo edital. Considerando que das notas fiscais constaram os mesmos preços apresentados no pregão, concluiu-se que os pagamentos também foram feitos com a inclusão do imposto.
24. A metodologia utilizada pelo perito contábil consistiu em verificar as demonstrações contábeis da Medcommerce para apurar se a margem de lucro por ela apresentada nas operações de compra e venda dos medicamentos tinha folga para absorver o valor do ICMS que, hipoteticamente, incidiria nessas operações.
25. Assim, apresentou o resultado contábil de cada um dos treze certames objetos da ação de improbidade em referência, concluindo que para alguns deles (em cinco certames) a margem de lucro não seria suficiente para absorção do ICMS enquanto que para outros (em oito deles) ainda haveria sobra de recursos na forma de lucro.
26. No conjunto dos certames avaliados, concluiu que o lucro líquido total de 22,95% teria margem suficiente para a absorção do ICMS de 17%, de sorte que ainda remanesceria um lucro de 5,95%, constatação que vai de encontro à alegação da embargante de que não existiria margem para a absorção do valor do ICMS pelo lucro contábil por ela obtido, apesar de, reforça-se, o laudo pericial não ter analisado o pregão objeto desta TCE.
27. Do exposto, sob qualquer ângulo de análise, adjetiva ou substantiva, é de se concluir, em consonância com os pareceres prévios, que o laudo pericial acostado não possui aptidão para interferir na formação de juízo de mérito acerca das questões tratadas nesta TCE.
28. Assiste razão à embargante quanto à alegação de existência de omissão no Acórdão 531/2018-TCU-Plenário, porquanto deixou de se pronunciar acerca do argumento relativo à possibilidade de compensação do débito a ela imputado nestes autos com aqueles valores retidos pela SES/GO e que seriam devidos à embargante.
29. Quanto à essa questão, de se dizer que falece competência a esta Corte de Contas a possibilidade de determinar a compensação de débito relativo a recursos federais apurado em sede de tomada de contas especial com eventual crédito que determinado responsável possua a seu favor junto a órgão estadual, devendo tal medida ser requerida pelos meios competentes.
30. Com essas considerações, uma vez caracterizadas as omissões apontadas, acolho, no mérito, os presentes embargos para que seja esclarecido à embargante os argumentos que fundamentam esta decisão, mantendo-se incólume o aresto embargado.

Ante o exposto, VOTO para que o Tribunal aprove a minuta de acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.



TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de agosto de 2020.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator