

## GRUPO II - CLASSE I - Plenário

TC-016.833/2009-0

Natureza: Embargos de declaração (em tomada de contas especial)

Unidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

Responsáveis: Adriano Kennen de Barros (418.679.711-00); Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00); Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15); Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21)

Recorrentes/Embargantes: Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.; Cairo Alberto de Freitas; Antônio Durval de Oliveira Borges.

Advogados constituídos nos autos: Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703); Fabrício Mendonça de Faria (OAB/GO 22.805); Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24089).

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA ACÓRDÃO QUE CONDENOU RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS EM DÉBITO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADES. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA AOS EMBARGANTES.

## RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (peça 92) e pelos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (peça 93), em face do Acórdão 732/2013 - TCU - Plenário, mediante o qual este Tribunal julgou suas contas irregulares, condenando-os solidariamente em débito no valor original de R\$ 44.556,87, referente a pagamentos realizados em 2007 na aquisição de medicamentos por parte da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, débito esse oriundo da ausência de desoneração do tributo ICMS.

2. Em seus embargos (peça 92), a empresa Hospfar aduz a existência de omissões, contradições e obscuridades no julgado, falhas essas que ensejariam a reforma da deliberação, razão pela qual requer seja conhecido e provido com os efeitos modificativos, de forma a afastar a condenação imposta.

3. Trago, a seguir, um resumo das razões apresentadas por esse embargante.

3.1. **Em preliminar**, argui, **para fins de prequestionamento**, a nulidade do procedimento em razão de suposta falta de respeito ao contraditório, incorrido pela “comissão sindicante”. Nessa linha, aduz a necessidade de pronunciamento expresso deste Tribunal, decorrendo disso a necessidade de lançar mão dos embargos de declaração prequestionadores. O vício apontado consistiria no fato de que a Comissão da Tomada de Contas Especial teria remetido o Ofício 34/2009-GEOF informando da conclusão do “relatório de sindicância” do Pregão 117/2006, relatório conclusivo 003/2008 da Comissão de Tomada de Contas Especial, bem como o Relatório de Auditoria 002/2009, que, causando irresignação da embargante, fez com que imediatamente protocolasse missiva em 17/4/2009 em resposta, na qual aduziu que o mesmo contrariou a boa prática processual, deixando de respeitar o contraditório e a ampla defesa. Sem resposta a esse questionamento, teria comparecido à sede da SES/GO, ocasião em que ouviu tratar-se de mera formalidade o envio do mencionado ofício. A seu ver, a comissão tratou como mera formalidade a questão, e a “sindicância” considerada como ato unilateral, do qual não teria sido a recorrente convidada para participar, de forma que as provas produzidas unilateralmente não teriam observado o devido processo legal.

3.2. No **primeiro ponto** de suas alegações meritórias, alega ter havido obscuridade/contradição em razão **da não desclassificação da proposta**. Aduz que inobstante a existência de três declarações formais expressas de que os preços estavam desonerados, contra uma afirmação constante das propostas de preços feita por padrão, ou apenas para atender as disposições do edital, prevaleceu essa última, conforme argumentação assentada no relatório do tomador de contas, pois, segundo o pregoeiro, independentemente de a empresa informar que o preço estava desonerado, considerou que se a empresa declarasse estar de acordo com os termos do edital, essa declaração prevaleceria. Porém, a embargante jamais teria pactuado com o pregoeiro que seu preço fosse considerado onerado, não existindo qualquer prova válida nesse sentido, não se vendo nada no sentido da negociação do preço, conforme ata constante à fl. 563, vol. 2. O fato de o embargante ter aceitado a redução do preço cotado não traduziria na aceitação de que o preço fosse onerado, não se podendo admitir que o julgado dê um caráter extensivo à negociação inexistente. Teria o julgado acatado o depoimento do pregoeiro, que, além de ser prova unilateral, não conduziria à interpretação conferida. A vontade da recorrente foi de apresentar proposta desonerada como as demais licitantes.

3.3. Ainda quanto a esse primeiro ponto, exsurgiria obscuridade na decisão ao se admitir a não desclassificação da proposta quando em flagrante discordância com o edital, conforme item 20 do voto. E a conclusão deste Tribunal quanto à suposta aceitação de que a proposta seria onerada seria no mínimo obscura, pois conforme provas constantes dos autos, a embargante jamais teria negociado que sua proposta fosse onerada; ao contrário, manteve a declaração expressa de que seus preços eram desonerados.

3.4. No **segundo ponto** principal de suas alegações, alega ter havido omissão no julgado, pois o acórdão deixou de apreciar a **inexistência do contrato referente ao Pregão 117/2006**, invocado pela defesa. Nesse sentido, aduz que restou constatado pelo Relatório Conclusivo 003/2008, que o procedimento decorrente do referido pregão não foi formalizado em contrato ante a recusa da PGE em outorgá-lo. Consequentemente, o contrato não foi aceito pelo estado e por isso não teria gerado qualquer efeito válido, fato que teria escapado à análise do processo. A própria gerência de negócios teria pugnado pela anulação do procedimento. Nesse sentido, invoca a embargante o disposto no art. 49 da Lei 8.666/1993, de forma a indicar que a anulação do procedimento se dá por ilegalidade, operando-se retroativamente, conforme art. 59 da referida lei. E conclui:

“Veja-se que a nulidade do procedimento atestada pela Procuradoria Geral do Estado em razão das irregularidades apontadas ocasionou a não outorga do contrato e por isso, não é possível exigir do particular que cumpra quaisquer condições previstas no Edital, pois este não produziu efeitos legais válidos.

Ora, sendo declarada a nulidade do procedimento pela não outorga do contrato, todo o certame restou prejudicado, bem assim todos os atos praticados são nulos de pleno direito, não podendo operar qualquer efeito válido do inexistente contrato, menos ainda serem aplicadas quaisquer penalidades decorrentes do mesmo.

Assim, não tendo havido manifestação expressa deste Tribunal sobre a nulidade do procedimento licitatório, e mais, por ter havido condenação com base nas disposições do edital que não foram validadas contratualmente, é de fundamental importância que a omissão apontada seja sanada sob pena de tornar ‘letra morta’ as disposições legais invocadas.”

3.5. O **terceiro ponto** dos embargos oferecidos pela empresa se refere às **retenções**. Alega ter tido seus créditos retidos por parte da Secretária de Estado da Saúde de Goiás, sob o argumento de que tais bloqueios visavam ressarcir o erário do suposto prejuízo decorrente da não oneração do ICMS, conforme prova o Ofício SES 236/2010. Nessa linha, aduz que os bloqueios persistiram até hoje, configurando omissão no julgado. Cita, inclusive, despacho proferido por este Relator no sentido de realizar o saneamento da questão. Menciona, porém, que a informação prestada pela SES/GO foi incompleta, pois apesar de juntar o Parecer da PGE 003225/2011 e Despacho GAB 004670/2011, onde

se fazia referência de que as retenções eram ilegais, não prova nos autos qualquer pagamento feito à embargante, após a emissão de tal parecer, e não informa o quanto foi retido. Argumenta que somente em relação ao pregão objeto do julgado foram retidos R\$ 716.741,10, e, mesmo que se considerasse a necessidade de abatimento do ICMS (17%), haveria um crédito de R\$ 549.211,22 em favor da embargante, pois nenhum pagamento lhe teria sido efetuado desde as retenções. Assim, restando provada a existência de créditos em seu favor, não haveria que se falar em promover a cobrança de tais valores, pois o erário já se encontraria ressarcido. Arremata, por fim, que *“tal medida se mostra justa e razoável, pois, se adotada, evitará a cobrança em duplicidade dos valores objeto da condenação, possuindo caráter infringente”*.

3.6. No **quarto ponto** a embargante discorre acerca de uma possível **contradição em razão do percentual de oneração**. O voto e a instrução da unidade técnica, bem como o parecer do Ministério Público teriam tratado o assunto com o conhecimento de hoje, esquecendo-se que em 2005 e 2006 havia grande dúvida e controvérsia sobre a desoneração, constatada em diversos relatórios de tomada de contas do TCU. A falta de análise contemporânea aos fatos explicariam porque a embargante não agira como pacificado em 2007 pela Procuradoria-Geral do Estado, aproveitando para expor que apenas utilizou-se do percentual de 17% por determinação do edital do pregão em seu item 5.3.1. Seguindo essa linha de raciocínio, entende que se o julgado reconheceu que o valor da desoneração seria aquele equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção, a cobrança de 17% representaria valor superior ao efetivo, vez que a alíquota efetiva no Estado de Goiás seria menor, de 10%, conforme o Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás.

3.7. O **quinto ponto** tratado nos embargos traz a lume novamente o disposto no **Acórdão 140/2012 - Plenário**, o qual a embargante invoca seja aplicado por isonomia e em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. Teria a embargante, desde 2003, questionado a SES/GO quanto a fazer corretamente em seus editais a inclusão do tributo, pois os editais não levavam em consideração a isenção prevista nos Convênios 87/2002 e 26/2003, regulamentados por Decreto, causando tratamento não isonômico entre os licitantes, em razão do estabelecimento de preço cheio e preço desonerado, considerando empresas de fora do estado ou nele situadas. No que tange ao aspecto orçamentário, a nota de empenho não corresponderia à obrigação pactuada, violando a lei e trazendo consequências sérias do ponto de vista da LRF. Esses clamores, porém, não foram ouvidos nem pela SES/GO, bem pelo próprio Poder Judiciário, segundo a embargante, que lhe negou liminar, fazendo desacreditar que sua luta para que houvesse tratamento isonômico nos certames fosse ouvida.

3.8. No **sexto ponto** abordado em seus embargos, a empresa afirma haver **pareceres contraditórios** sobre a questão, e que este Tribunal se omitiu em sua apreciação:

“Por fim, mas não menos importante, é de se observar a omissão do julgado em apreciar os inúmeros pareceres anteriores à ocorrência do Pregão 117/2006 que davam suporte à forma de desoneração praticada pela Embargante”.

3.9. Encerrando o **último ponto dos embargos**, a empresa recorrente afirma haver **documentos juntados ao feito e não submetidos à embargante**, o que, a seu ver, seria causa de  **nulidade**. Invoca, nesse sentido, o disposto no art. 398 do CPC, e aduz que não apenas o relatório de sindicância não foi submetido ao contraditório, mas também o Laudo Pericial do Departamento de Polícia Federal, do qual somente teve acesso no exato momento em que manejava este recurso.

3.10. Requer, por fim, o recebimento dos embargos, a atribuição de efeitos modificativos, para que sejam providos, e, saneadas as omissões, contradições ou obscuridades, excluam-se as falhas que se apresentem lesivas ao pleno entendimento do conteúdo. Requer ainda o pronunciamento expresso **sobre as contradições e omissões bem como quanto aos dispositivos do art. 5º, inciso LV, 37, caput, e inciso XXI, da Constituição Federal, e art. 5º do CPC, “para fins de prequestionamento, possibilitando, assim, eventual análise da matéria por outras instâncias”**.

4. Feito esse resumo dos embargos opostos pela empresa Hospfár, passo, a seguir, a resumir as alegações conjuntamente apresentadas pelos embargantes **Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges**, agentes públicos do Estado de Goiás, também condenados solidariamente com a empresa Hospfár.

4.1. Primeiramente, evocam a existência de omissão e contradição no julgado decorrente do fato de que pediram a condenação subsidiária ou individual, e não solidária, haja vista que não teriam sido beneficiados com o enriquecimento sem causa, mas exclusivamente a empresa contratada.

4.2. Requereram os responsáveis a manifestação expressa do Tribunal para que, caso entendesse existir débito, que o imputasse exclusivamente à Hospfár, por ser a única beneficiária (com acréscimo patrimonial que ensejou o enriquecimento sem causa) pelo ilícito de sua autoria, bem como que se determinasse à SES/GO que confirmasse a retenção dos valores inerentes à parcela do ICMS, conforme documentos juntados ao processo. Entretanto, alegam que o voto e o acórdão proferidos nada trataram dos pedidos formulados pelos agentes públicos (reconhecimento de boa-fé, extinção do processo sem julgamento de mérito, ante a recomposição do erário, julgamento pela regularidade com ressalva, imputação de débito exclusivamente à empresa).

4.3. Sustentam haver contradição na conclusão deste Relator quanto à ausência de efetiva recomposição dos cofres da União, ao passo que os agentes públicos teriam sido diligentes em comprovar a efetiva retenção mediante a anulação/cancelamento de empenho no valor de R\$ 61.575,25, compreendendo o valor atualizado até a data da primeira citação dos responsáveis. Teriam agido de boa-fé em obter a garantia de ressarcimento do Estado à União mediante anulação do empenho ou crédito da empresa. Nesse ponto a decisão seria contraditória à prova produzida nos autos.

4.4. Em seguida, alegam os embargante ter havido boa-fé que não poderia ater-se exclusivamente aos atos praticados no pregão em tela, mas em todo o procedimento que envolveria a desoneração do ICMS desde 2002, citando o conjunto de pareceres adotados sobre a matéria, no sentido da correção dos procedimentos adotados pelas empresas no trato da questão da desoneração das propostas, e cita que o Ministério Público/TCU divergiu do relator (peça 67) admitindo o reconhecimento da boa-fé dos embargantes.

4.5. Por fim, aduzem ainda o seguinte quanto ao Acórdão 140/2012 - Plenário, grafado incorretamente no trecho a seguir:

“O que chama a atenção no Acórdão 140/2013-Plenário não é a declaração da inconstitucionalidade da cláusula do convênio e sua aplicabilidade no tempo e no espaço, mas o fato de que a recomendação ao CONFAZ *‘de forma a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição entre eles considere este valor’*, conforme vêm defendendo a Sefaz-GO, a PGE e as empresas desde outrora, como sendo a forma correta de sua aplicação.”

4.6. Assim, requerem o recebimento dos embargos, com efeito suspensivo, o esclarecimento do Acórdão 732/2013 - Plenário, e o provimento dos embargos para, manifestando-se expressamente acerca da responsabilidade subsidiária ou individual dos embargantes, e sobre a imputação de débito exclusivamente à empresa contrata, porque promoveram a garantia de recomposição aos cofres públicos, atribuir-se efeitos modificativos, de forma a excluir suas responsabilidades solidárias, julgar regulares suas contas e determinar à SES que comprove o recolhimento da retenção outrora efetuada pelos embargantes aos Cofres da União.

É o relatório.