

VOTO

Em exame os embargos de declaração opostos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e pelos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, 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.

2. Conforme disposto no art. 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do RI/TCU, os embargos têm lugar quando houver necessidade de corrigir obscuridade, contradição ou omissão na decisão recorrida, sendo oponíveis no prazo de dez dias contados na forma do art. 30 da referida lei, dispositivo que encontra regulamentação regimental no disposto nos arts. 183 e 185 do RI/TCU.

3. Tomando por base o disposto no referido dispositivo legal, consigno, preliminarmente, que os embargos oferecidos preenchem os requisitos de admissibilidade previstos para a espécie, podendo ser conhecidos por este Tribunal.

4. No mérito, todavia, não vejo configuradas as supostas omissões, contradições ou obscuridades capazes de ensejar, como desejado pelos embargantes, modificação no julgado, conforme passo a expor. Apenas verifico, no recurso manejado, inconformismo por parte dos condenados com os termos do acórdão. Esse inconformismo encontra no recurso de reconsideração o remédio processual adequado, garantindo-se a rediscussão da matéria pelo efeito devolutivo próprio da espécie.

5. Em que pese isso, procurarei demonstrar, a seguir, a ausência dos vícios apontados, iniciando o exame pelos argumentos apresentados pela embargante Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

I

6. Em preliminar, essa empresa embargante argui, “para fins de prequestionamento”, a nulidade do procedimento em razão de suposta falta de respeito ao contraditório por parte da “comissão sindicante”, e assevera que há necessidade de pronunciamento expresso deste Tribunal acerca do suposto vício, frente ao que dispõe os arts. 5º, inciso LV, 37, *caput*, e inciso XXI da Constituição Federal.

7. Penso haver certa confusão da embargante, vez que maneja os embargos com finalidade de prequestionamento em órgão jurisdicional-administrativo. O prequestionamento pretendido é próprio dos recursos previstos na codificação processual para os tribunais judiciários, cujos fins são permitir-se a interposição de recursos ao STJ e ao STF (Resp e RE), com expressa manifestação do tribunal recorrido sobre matérias sujeitas à jurisdição dos tribunais superiores, conforme dispõem as Súmulas 98 e 211/STJ e 356/STF. Se a embargante deseja discutir essas questões e manejar instrumentos jurídicos contra deliberações deste Tribunal junto ao Poder Judiciário, certamente não o fará mediante os citados Recurso Especial e Recurso Extraordinário, porquanto são recursos contra decisões judiciais e não contra deliberações deste TCU.

8. Os acórdãos proferidos por esta Corte de Contas compreendem deliberações de caráter administrativo e, embora revestidos de uma jurisdição própria, conforme delineado pelo texto constitucional, não são decisões judiciais, de modo que descaberia falar em prequestionamento para fins de conduzir o exame da matéria a outras instâncias, bastando ao interessado exercer seu direito de petição aos órgãos judiciários, notadamente, porque a própria Constituição Federal assegura o livre acesso ao Poder Judiciário pelo *princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional*, previsto de forma explícita no art. 5º da Constituição da República (art. 5º, inciso XXXV).

9. De qualquer modo, não há como acolher a preliminar de ausência de contraditório sobre os fatos apontados neste processo, o que inclui os apontamentos constantes do relatório da comissão instauradora da tomada de contas especial e as provas por ela produzidas. Conforme largamente assentado na jurisprudência deste Tribunal, a fase interna da TCE, da qual fizeram parte os

procedimentos conduzidos pela comissão instauradora, não corresponde a processo, mas sim procedimento, no qual não há partes, nem lide ou litígio, sendo que o contraditório somente se torna obrigatório com o ingresso da documentação neste Tribunal, prevendo a Lei Orgânica e o Regimento Interno/TCU, nesse caso, a citação dos responsáveis para apresentação de alegações de defesa. Nessa linha, cito lição constante do voto proferido no recente Acórdão 771/2012 - Plenário (Rel. o Ministro Valmir Campelo):

“3. No que se refere ao desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, [...] é pacífico o entendimento deste Tribunal no sentido de que **a citação somente é cabível nas tomadas de contas especiais já instauradas, não havendo essa exigência na fase interna da TCE, desenvolvida no âmbito do órgão, por se tratar de procedimento inquisitório de coleta de provas** (Acórdãos 3199/2007-TCU-2ª Câmara, 606/2008-TCU-2ª Câmara, 5468/2008-TCU-2ª Câmara, dentre outros).

4. **A fase procedimental inicial de uma TCE reveste-se de caráter essencialmente instrutivo. É etapa em que os fatos são apenas relatados, ou seja, não é estágio em que se exerce o contraditório. Somente com a citação válida e regular, inaugura-se fase em que ao responsável é dada a oportunidade de contestar os fatos averiguados.**” (grifei).

10. Logo, tendo havido oportunidade de defesa a todos os responsáveis arrolados na tomada de contas especial, incluindo a embargante, não há que se falar em cerceamento do direito constitucional de contraditório e ampla defesa, pois ainda que não efetuado na fase interna, a defesa sobre todos os fatos e provas produzidas nos autos foi garantida perante este Tribunal.

11. Vencida a preliminar, passo a tratar dos sete pontos arguidos nos embargos. O primeiro deles se refere à suposta obscuridade/contradição decorrente do exame dos procedimentos adotados na aceitação da proposta não desonerada de ICMS da empresa (**não desclassificação da proposta**).

12. O ponto fulcral consiste na alegação de que teria havido obscuridade na decisão, por admitir a não desclassificação da proposta da empresa em flagrante discordância com o edital, conforme item 20 do voto proferido. Seria obscura, ao ver da embargante, a conclusão de que teria ela aceitado redução do preço cotado e, em consequência, aceitado propor um preço onerado. As provas constantes dos autos, segundo a embargante, indicariam que a empresa jamais negociou que sua proposta fosse onerada, tendo mantido declaração expressa de que seus preços eram desonerados.

13. De outro lado, a alegação do pregoeiro sobre a presunção de aderência da proposta ao edital teria conduzido à aceitação de uma prova unilateral que não representaria interpretação coerente com a prova produzida nos autos, haja vista existir três declarações formais expressas de que os preços estavam desonerados contra apenas uma em sentido contrário, feita por mero padrão.

14. Não vejo configuradas obscuridades ou contradições no julgado a esse respeito. As manifestações ora produzidas somente revelam, a meu ver, a vontade do embargante em ver rediscutida a matéria. Em síntese, de fato se reconheceu no acórdão embargado que o procedimento adequado, a ser tomado pelo pregoeiro, corresponderia à desclassificação da proposta da empresa. De toda maneira, ainda que não desclassificada, a proposta manteve-se vinculada aos termos do edital, não podendo dar ensejo a obrigação diferente daquela contida no instrumento convocatório.

15. Além do mais, na negociação havida com a empresa, tomou-se por parâmetro o preço estimativo da licitação, ou seja, o orçamento, o preço máximo aceitável pela administração, o qual se encontrava devidamente onerado com ICMS. Não seria possível, portanto, a celebração de contrato e a realização de pagamentos que, de todo modo, ultrapassasse o preço estimado para a contratação. Esses pontos estão clara e didaticamente apontados no voto condutor da deliberação embargada, *verbis*:

“19. A licitante Hospfar, no pregão em tela, apresentou sua proposta para todos os itens do certame (peça 15, p. 12-13). Somente se sagrou vencedora do item 5 (Ziprasidona), tendo apresentado preço unitário de R\$ 7,70. Foi a única licitante a apresentar proposta de preço para esse

item. Sua proposta, datada de 17/7/2006 foi acompanhada de declarações de mesma data, nas quais informou que:

a) 1ª declaração: *‘Nos preços propostos estão inclusos todos os custos diretos e indiretos, embalagens, frete, seguro, encargos sociais e trabalhistas, impostos e taxas instituídas por lei, para a entrega dos produtos no Centro de Medicamentos de Alto Custo (...)’* (destaquei), consignando no mesmo documento a seguinte declaração: *‘Declaramos que a alíquota de ICMS para o Estado de Goiás é de 17% (dezessete por cento)’*, conforme peça 15, p. 14;

b) 2ª declaração: os preços ofertados estavam de acordo com o Decreto Estadual nº 5.707/2002 (peça 15, p. 20), ou seja, de acordo com o Convênio ICMS 87/02;

c) 3ª declaração: que os preços também estavam de acordo com o Decreto Estadual 5.825/2003 (peça 15, p. 22), e, portanto, conforme o Convênio ICMS 26/03;

d) 4ª declaração: porém, de forma contraditória, informou noutra declaração que *‘os preços cotados já estão contemplados com a redução do ICMS, conforme estabelecido pelo CONFAZ, através do Convênio 87/02, 118/02 e 126/02’* (peça 15, p. 23).

20. Não há dúvidas, a meu ver, que diante das declarações contraditórias constantes do processo licitatório, caberia ao pregoeiro questionar a empresa se seus preços foram ofertados com incidência ou não de ICMS. Caso a proposta apresentada já se encontrasse desonerada, caberia ao pregoeiro desclassificá-la por descumprimento ao item 5.3 do edital c/c os arts. 4º, inciso VII, e 9º da Lei 10.520/2002, esse último combinado com o art. 48, inciso I, da Lei 8.666/1993. Assim, diante do fato de haver somente essa licitante com proposta de preços para o item, havendo confirmação de que a intenção era realmente a de apresentar proposta sem ICMS, deveria o pregoeiro declarar a licitação fracassada para o item, utilizando-se, em seguida, do disposto no art. 48, inciso I e § 3º, da Lei 8.666/1993, segundo os quais: (a) *‘serão desclassificadas: I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação; e (b) ‘§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.’*

21. Porém, o caminho adotado foi outro, conforme assentado no relatório do tomador de contas (peça 39, p. 27 e peça 40, p. 1-2). Conforme depoimento prestado à comissão, o pregoeiro, Sr. Adriano Kennen de Barros, independentemente de a empresa informar se o preço estava onerado ou desonerado, considerou que se ela declarasse estar de acordo com os termos do edital, esta declaração prevalecia e por isso a proposta não era desclassificada. Tomado em consideração esse depoimento, mais a informação constante do item 5.3 do edital de que as propostas deveriam ser apresentadas com inclusão de todos os impostos, e considerando ainda que no item 2.2 do edital havia previsão de que *‘a participação na licitação implica, automaticamente, na aceitação integral dos termos do Edital, de seus anexos e leis aplicáveis’*, a comissão de instauração da TCE entendeu que, apesar da falha em não se ter procedido à desclassificação da proposta, permaneceu ela vinculada aos termos do edital e às declarações prestadas acerca da inclusão de todos os tributos, de modo que os preços ofertados, pela vinculação ao instrumento convocatório, deveriam ser reputados com inclusão do ICMS.

22. Em que pese as disposições editalícias e algumas das declarações prestadas, a empresa Hospfar pleiteou a realização de pagamentos com base na premissa de que os preços já se encontravam desonerados do ICMS. Desse modo, nas notas fiscais apresentadas, indicou o preço da proposta e a ela acresceu o ICMS correspondente, para, logo em seguida, abatê-lo, de maneira que o valor cobrado, valor líquido da nota, correspondesse exatamente ao valor da proposta apresentada.

23. Em vez disso, o procedimento reputado correto na situação evidenciada nos autos, consistiria na emissão de nota fiscal pelo valor bruto, exatamente como indicado na proposta, para em seguida deduzir o ICMS, sendo o resultado líquido objeto de pagamento pela SES, o que não

ocorreu, estando explicitada, dessa forma, a origem do débito, conforme entendimentos da comissão instauradora, da unidade técnica deste Tribunal, do Ministério Público/TCU e também deste relator.

II - Da negociação havida no pregão: ato que confirma os preços onerados na proposta

(...)

25. Com efeito, ainda que se considerasse, como quer a defesa, a prevalência da declaração da Hospfar de que os preços de sua proposta (proposta inicial, diga-se de passagem, antes da etapa de lances) estavam desonerados do ICMS, prevalência essa sobre as regras do edital e sobre as outras declarações prestadas acerca da inclusão de todos os impostos, subsistiria o débito apurado nos autos em razão do fato de que, tendo sido sua proposta a única apresentada para o item, no valor de R\$ 7,70/unid., procedeu o pregoeiro à renegociação do seu valor para que não ultrapasse o preço estimado e que serviu de parâmetro para a contratação, tendo a empresa aceitado tal condição.

26. Conforme registrado na ata do pregão (peça 21, p. 19), *'fora feita renegociação no item 05 com o representante da empresa Hospfar, onde o mesmo ofertou um lance de R\$ 7,04 (sete reais e quatro centavos), onde o mesmo valor da Portaria 21/2006 media entre o preço de fábrica e o preço de mercado.'* Desse modo, visando não ultrapassar o valor estimativo, tomado como parâmetro máximo de preços pelo pregoeiro, parâmetro esse que foi estabelecido de acordo com os termos da Portaria 21/2006 da SES/GO, a empresa aceitou fornecer o medicamento com esse valor, de modo que expressamente anuiu ao recebimento da referida importância por unidade de medicamento. Tanto assim que lhe foi adjudicado o item 5 ao preço estimado para a contratação: R\$ 7,04, já incluso o ICMS, totalizando R\$ 1.520.640,00 para 216.000 unidades, mesmo valor constante da estimativa efetuada na fase interna da licitação.

27. Esquece agora a empresa, em sua defesa, de mencionar que esse valor parâmetro já continha o ICMS embutido. A SES/GO jamais poderia, portanto, pagar valor superior a esse, ainda que com base nos pedidos e declarações da empresa, pois já não procederia qualquer discussão se o valor renegociado estaria ou não sem inclusão de ICMS. Isso porque a referida Portaria 21/2006, acostada aos autos à peça 5, p. 3, dispunha que *'o valor estimado do produto a ser adquirido, será sempre a média encontrada entre o preço de fábrica e o preço máximo ao consumidor, ou qualquer outro método/meio útil que comprove a realidade de mercado'*, e, conforme o Despacho 184/2006-GS/SAF/SES-GO (peça 5, p. 10) a SES se utilizou exatamente dessa metodologia, indicando um valor estimado para a licitação mediante a média entre preço de fábrica e preço máximo ao consumidor, ambos com ICMS incluso.

(...)

32. Ora, se o preço renegociado fosse admitido como sendo preço sem ICMS embutido, não haveria sentido algum na negociação efetuada pelo pregoeiro, o qual sabia das condições do edital, e também sabia que não podia efetuar a contratação a preço superior ao estimado. Aceitar, na negociação, valor de R\$ 7,04, sem ICMS, seria o mesmo que concordar que a proposta apresentada representasse R\$ 8,48/unid., com ICMS incluso, valor esse superior ao preço parâmetro da licitação."

16. No segundo ponto, alega a embargante que houve omissão no julgado, pois o acórdão teria deixado de apreciar a **inexistência do contrato** referente ao pregão, invocada pela defesa. Nessa linha, menciona que o Relatório Conclusivo 003/2008 indicou que o contrato não foi formalizado por recusa da PGE em outorgá-lo. Consequentemente, se não foi aceito, não poderia gerar efeito válido, sendo nulo, não sendo possível exigir do particular que cumpra as condições do edital e a condenação teria se dado com base em procedimento nulo.

17. Primeiramente, cabe salientar que essa alegação é contraditória em relação a outra afirmação da própria embargante, pois noutro ponto de seu recurso alega que haveria créditos em seu favor decorrente de retenções efetuadas por conta dos fornecimentos. Ora, se acolhida a tese de nulidade do contrato, haveria que se concluir também pela ilegalidade dos pagamentos efetuados. Em verdade, o negócio tornou-se anulável, e não nulo, porquanto, embora não houvesse a efetiva outorga

formal do contrato, houve a realização de fornecimentos e a emissão de empenhos. Logo, o vício apontado não desconstituiu as efetivas operações comerciais e financeiras realizadas, estando apenas no plano jurídico e sujeito a convalidação. Pensar no mesmo sentido do embargante conduziria à conclusão de que não apenas o valor correspondente ao ICMS deveria ser restituído, mas todo o pagamento pleiteado pela empresa embargante, porque não se poderia admitir pagamento por fornecimentos sem formalização do instrumento contratual.

18. A inexistência da outorga do contrato, por parte da Procuradoria-Geral do Estado não escapou ao exame do julgado, conforme pode ser lido no próprio voto condutor. Tal fato foi levado em consideração na imputação de responsabilidade aos agentes públicos. Somente não se acatou a tese de que, em razão da ausência de outorga do contrato, por parte da procuradoria, não se poderia exigir a devolução dos recursos:

“73. Pode ser mencionado, ainda, que além desse fato, observou-se no processo que o referido gestor emitiu autorização mediante a edição da Portaria 140/2006 para que fossem pagos os ajustes antes da outorga da Procuradoria Geral do Estado acerca da celebração dos contratos, com vistas a supostamente evitar o desabastecimento das unidades hospitalares, sob a alegação de que atrasos no cumprimento dos contratos por prazo superior a noventa dias autorizaria a suspensão do contrato (peça 38, p. 20). No caso em questão, conforme Peça 39, p. 8, constatou-se que o lapso entre a data da nota fiscal e demais procedimentos eram inferiores aos noventa dias, não justificando o procedimento. Bem assim, cabe mencionar que em razão do fornecimento dos medicamentos e seu pagamento antes da formalização de contrato, recusou-se a procuradoria a outorgar a celebração de contrato com data retroativa (Peça 30, p. 17-25).” (grifei)

19. De outro lado, a existência de processo licitatório homologado, de adjudicação do objeto, com proposta formalizada e negociada, de fornecimentos, empenhos e ordens de pagamento, são suficientes para fazer prova do negócio jurídico que se sujeitou às condições do edital. De toda sorte, a preliminar de nulidade alegada pela embargante foi objeto de análise por parte da unidade técnica, conforme itens 9 e 10 da instrução de peça 48, p. 17, reproduzida no relatório que precedeu o acórdão embargado, tendo-a expressamente rejeitado. Entendo desnecessária sua nova transcrição. Saliento, a propósito, que na parte final do voto que proferi, deixei consignado que acolhia os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público/TCU, com os ajustes considerados pertinentes, de modo que resta evidente não ter havido omissão no julgado a esse respeito.

20. No terceiro ponto, aduz a embargante ter havido **retenções**, cujos bloqueios de recursos persistem até hoje, com o não pagamento dos valores devidos pelos fornecimentos. Sobre a consideração de tais retenções haveria omissão no julgado. Com referência ao resultado das diligências informadas no voto condutor, as quais resultaram em informações sobre a liberação das retenções, assevera que não há prova nos autos de que o pagamento tenha sido feito à embargante, e que somente em relação ao pregão em questão foram retidos R\$ 716,7 mil, de forma que mesmo que se considerasse a necessidade de abatimento do ICMS, haveria crédito em seu favor da ordem de R\$ 549,2 mil. Assim, provada a existência de crédito em seu favor, não haveria que se promover a cobrança dos valores nesta TCE, sendo medida que evitaria a cobrança em duplicidade.

21. Novamente, não há omissão a ser suprida no julgado, haja vista que o assunto foi, por diversas vezes, objeto de apreciação no processo:

21.1 - em parecer do Ministério Público/TCU (Peça 49, p. 7-11) transcrito no relatório que precedeu a deliberação:

“9. O outro requerimento, ora acostado à contracapa do processo, dá notícia da existência de retenções de pagamento realizados pela Secretaria Estadual de Saúde de Goiás, no montante de R\$ 17.327.090,94, o que, segundo a empresa Hospfar, demonstraria a completa impropriedade desta

TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário, em virtude da ausência de pagamento da parcela questionada.

10. Observo que os documentos acostados pela responsável, no presente momento, não se revelam eficazes para indicar a ausência de débito a ser apurado nesta TCE. Não há demonstração de que tenha havido a compensação pretendida, em virtude da irregularidade objeto deste processo, uma vez que eventuais anulações de liquidação não se prestam a comprovar a referida compensação.

11. Além disso, o documento não informa o exato montante dos valores retidos relacionados ao tema desoneração do ICMS, haja vista a declaração da Secretaria Estadual de Saúde de que os valores bloqueados não se referem somente a essa questão. Não contém, ainda, a indicação de sua fonte orçamentária, o que possibilitaria verificar se os aludidos recursos são federais ou estaduais, já que na última hipótese esse cancelamento não teria nenhuma serventia para reposição dos recursos federais dilapidados.” (grifei).

21.2 - na instrução da unidade técnica, produzida posteriormente (peça 64), também transcrita no relatório que precedeu a deliberação:

“14. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 50, p. 15 e peça 59) fazem menção a esclarecimentos a serem obtidos junto à SES/GO a respeito da possível retenção de créditos da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. por conta do pagamento indevido de ICMS nas aquisições de medicamentos viabilizadas pelo Pregão 117/2006. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 60, p. 1-2).” (grifei)

21.3 - no voto proferido à ocasião:

“67. Necessário ainda discorrer que, em uma das oportunidades em que a empresa Hospfar se pronunciou nestes autos, alegou que o Estado de Goiás havia procedido a retenções no montante de R\$ 17.327.090,94, o que, segundo ela, demonstraria a completa impropriedade desta TCE, ante a inexistência de qualquer prejuízo ao erário, em virtude da ausência de pagamento da parcela questionada. Também os demais responsáveis se utilizaram de semelhante argumentação.

68. Entrementes, contra tal argumento, vale mencionar: 1º) que conforme consta dos autos (peça 39, p. 10, relatório conclusivo 003/2008), há indícios de que só houve retenções de recursos na fonte estadual (fonte 00), responsável por 80% das despesas; 2º) o despacho proferido no interesse da empresa Medcommerce confirma esse modo de proceder (peça 32, p. 10); e 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.

69. Portanto, mesmo as retenções (ou glosas) até então efetuadas foram tornadas insubsistentes no âmbito dos processos de pagamento, disso resultando não só a constatação de que o dano apurado nesta tomada de contas especial efetivamente restou configurado, como também possivelmente, a esta altura, é maior que o apurado inicialmente pela comissão responsável pela instauração desta tomada de contas especial.”

22. Portanto, não vejo configuradas as omissões apontadas pela embargante. E, se acaso as informações prestadas não revelassem o efetivamente ocorrido, caberia à empresa desconstituí-las mediante apresentação de documentação idônea, em face da presunção de legitimidade e veracidade das informações fornecidas em atendimento a diligências deste TCU por parte do órgão estadual responsável pelos pagamentos realizados, pelas retenções determinadas, e pela instauração da tomada de contas especial.

23. No quarto ponto de suas alegações, a embargante Hospfar afirma ter havido contradição em razão do **percentual de oneração do tributo**. Nessa linha, assevera que não houve análise contemporânea aos fatos; e 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.

24. Novamente, não vejo configurada a contradição aventada. As razões pelas quais houve a consideração do percentual de 17% na proposta da empresa foram adequadamente examinadas em tópico específico do voto que proféri, onde se pode ler que o percentual foi indicado não apenas pela legislação da época, como também apontado pela própria embargante em momento contemporâneo à condução da licitação:

“VII - Da impossibilidade de considerar uma alíquota menor nos fornecimentos

65. Conforme indicado no parecer do Ministério Público, precavendo-se contra a eventual derrocada de seus argumentos anteriores, a empresa tenta, conforme argumentos aduzidos, minimizar seu possível prejuízo lembrando que, como distribuidora atacadista de medicamentos, seria beneficiada pela redução do ICMS de 17% para 10% (10,25%), garantida pela Lei 4.852/1997 (Regulamento do Código Tributário do Estado de Goiás), anexo IX, art. 8º, inc. VIII. Assim, na eventualidade de ter de restituir valores ao erário em razão da incidência indevida de ICMS no contrato considerado, pleiteia que esses valores não sejam calculados com base no percentual de 17%, como se fez na presente TCE, mas sim de 10%.

66. 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 15, p. 14**; 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. Ademais, a aplicação do percentual referido nas faturas objeto de impugnação carecem de efetiva comprovação. Portanto, não se sustentam as alegações de defesa no tocante ao montante do débito até aqui apurado.”

25. No quinto ponto tratado nos embargos, conforme reportado no relatório precedente, a embargante traz a lume novamente o **Acórdão 140/2012 - Plenário** o qual versou sobre a desoneração tributária nas licitações de medicamentos. Alega que alertou a SES/GO a respeito, demandando inclusive junto ao Poder Judiciário, onde, apesar dos argumentos encetados, houve negativa de concessão de liminar em seu favor.

26. Entendo desnecessário discorrer sobre o referido julgado, haja vista que não houve, na apreciação da matéria trazida em defesa da embargante, qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Em extensa manifestação acerca do assunto ventilado pela então defendente nos autos da tomada de contas especial - itens 50 a 58 do voto condutor do acórdão embargado - este Relator cuidou de transcrever o julgado apresentado pela empresa, demonstrando, ao fim, que:

“58. (...). As discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamento (...) passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questiona se um ou outro procedimento atenderia ao princípio licitatório da isonomia entre licitantes conforme analisado no Acórdão 140/2012, que teve efeitos apenas *ex nunc*, mas se a empresa, ao apresentar proposta considerada válida, aderiu ou não aos termos do edital, 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.”

27. A sexta alegação da embargante consistiu na suposta omissão do julgado em apreciar os inúmeros pareceres anteriores à ocorrência do Pregão 117/2006, os quais dariam suporte à desoneração praticada pela embargante. Novamente se equivoca a embargante, pois a questão foi examinada e constou da deliberação embargada, conforme seguinte exame consignado em parecer da lavra do então Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, reproduzido no relatório que fundamentou o julgado:

“18. Questão que merece ser enfrentada diz respeito às divergências de posicionamentos entre a Secretaria da Fazenda e a Procuradoria-Geral do Estado e, até mesmo, entre os setores desta última, acerca da forma como deveria ser implementada a desoneração de ICMS prevista nos Convênios 87/2002 e 26/2003, fato esse reconhecido no próprio Relatório Conclusivo nº 3/2008 da Comissão de TCE (fl. 1051, vol. 5).

19. Referido problema, aparentemente, só seria solucionado com o Despacho 1.298/2007, emitido pela Procuradoria-Geral do Estado de Goiás (fls. 1250/1256), ao estabelecer o regramento de conduta nas hipóteses de isenção de ICMS, adotado pela Secretaria de Estado de Saúde de Goiás, por intermédio da Portaria 28/2007 - GAB/SES (fls. 1258/1260).

20. Entretanto, entendo que aludidas dúvidas não socorrem os responsáveis. Tanto o edital quanto o contrato, cujo descumprimento culminou com a irregularidade ora apurada, apresentavam diretriz expressa e acima de qualquer dúvida de que os preços cotados na licitação deveriam incluir todos os impostos e que só na execução contratual se deveria indicar a desoneração do ICMS. Sendo o edital lei interna da licitação, obrigando os licitantes ao seu fiel cumprimento, o desvio das regras ali estabelecidas conduz inevitavelmente à adoção de medidas tendentes à sua correção, inclusive quanto à aplicação de eventuais sanções previstas em lei. É o que, em síntese, se depreende destes autos.

21. O Parecer 104/2004 da Gerência de Orientação Tributária da Secretaria da Fazenda de Goiás (fls. 1237/1239), mencionado pela empresa responsável, cujas conclusões respaldariam o procedimento por ela adotado, qual seja, acrescentar no valor dos produtos o ICMS para, em seguida, abatê-lo do valor total das mercadorias, não pode ser aplicado ao presente caso.

22. O referido pronunciamento parte do pressuposto de que o edital foi omissivo quanto ao procedimento a ser adotado ou que exigiu que os preços cotados estivessem desonerados de ICMS, o que ino correu no caso vertente, em que o edital estabeleceu expressamente que os preços cotados deveriam incluir todos os tributos, inclusive o ICMS e, ainda, apresentou explicação sobre como deveria ser desonerado o ICMS no momento da emissão da nota fiscal, em atendimento à legislação fiscal.”

28. E, por fim, o último ponto alegado pela embargante, referiu-se a suposta nulidade decorrente da juntada ao processo de documentos produzidos pela comissão instauradora da TCE, sobre os quais não teria sido ouvida na fase interna, e, especialmente, no que tange ao Laudo Pericial do Departamento de Polícia Federal.

29. Ao contrário do alegado, não houve nulidade na juntada da referida documentação. Primeiro, porque a empresa teve acesso aos documentos produzidos pela comissão, na fase interna da tomada de contas especial, a partir do momento em que foi citada por este Tribunal, sendo-lhe franqueada a concessão de vistas e cópia dos autos e oportunizado prazo para apresentação de alegações de defesa. Segundo, porque o laudo pericial indicado, ainda que não submetido a contraditório da embargante neste processo, não foi utilizado como prova ou como elemento de convencimento dos julgadores, por ocasião da deliberação adotada por este Tribunal. Esse laudo trouxe ao processo conclusões que já constavam dos pareceres e instruções técnicas que compuseram a instrução do feito, não servindo ao julgamento da matéria, razão pela qual foi assim tratado no voto condutor da deliberação embargada:

“XII - Laudo Pericial - Departamento de Polícia Federal

84. Por fim, conforme salientado pela unidade técnica, a Procuradoria da República em Goiás encaminhou a este Tribunal cópia de laudo pericial elaborado no âmbito do Departamento de Polícia Federal, cujo teor apresenta respostas a quesitos previamente elaborados pelo próprio Ministério Público Federal com o objetivo de colher esclarecimentos adicionais quanto aos processos de aquisição de medicamentos promovidos pela SES, em especial, quanto ao Pregão 117/2006 (peça 63).

85. Em suma, o laudo confirma o entendimento aqui exposto, **não trazendo nenhuma outra evidência que não pudesse ser deduzida dos elementos já acostados a este processo, sendo relevante, apenas, dar ciência do acórdão que vier a ser proferido àquela Procuradoria da República**, para subsidiar as ações lá em andamento. (...).”

30. Assim, por todo o exposto, manifesto-me no sentido de que os embargos de declaração opostos pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. sejam conhecidos e, no mérito, rejeitados.

II

31. Passo então a tratar dos embargos oferecidos pelos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, agentes públicos do Estado de Goiás.

32. Os referidos embargantes alegam ter havido omissão e contradição na deliberação embargada em razão de terem pedido a condenação subsidiária ou individual, e não solidária, de forma a que, se o Tribunal viesse a entender pela existência de débito, que o imputasse exclusivamente à empresa Hospfar, única beneficiária do acréscimo patrimonial decorrente da operação, bem como que se determinasse à SES/GO a confirmação das retenções de valores, nada havendo tratado o acórdão a esse respeito.

33. É equivocada a leitura realizada por esses embargantes, acerca do julgado, porquanto inexistentes as referidas omissão e contradição, conforme os seguintes trechos da deliberação que bem demonstram o exame da responsabilidade solidária dos agentes e empresa contratada, de modo a afastar a responsabilidade individual e exclusiva da empresa, bem como a subsidiariedade dos gestores para com a empresa:

“Relatório

(...)

8. Instrução inicial da Secex/GO propôs a citação solidária desses responsáveis (p. 19-22, peça 40). Com o transcurso do prazo para a apresentação das alegações de defesa, a unidade técnica novamente instruiu o feito (peça 48, p. 16-20, e peça 49, p. 1-3), com o seguinte posicionamento acerca do mérito destas contas (transcrição dos excertos principais):

‘ (...)

34. Os responsáveis, senhor **Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges** apresentaram defesa em conjunto (fls. 1287/1307), acompanhada de documentos (fls. 1308/1318). (...)

(...)

42. Ainda em defesa, é apresentada a **contestação da responsabilização solidária dos gestores** nestes autos (fls. 1303/1304). Entretanto, no próprio argumento, subsidiado pelo Resp nº 881426 do Estado de São Paulo, apresentado pela defesa encontra-se a solução para o deslinde sobre a devida responsabilização desta TCE, ou seja, os defendentes só podem ser condenados na medida de sua responsabilidade e extensão.

43. Veja, é clara a responsabilidade dos gestores, o senhor Cairo Alberto de Freitas foi o responsável pela **autorização** para os pagamentos feitos à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (pregão nº 117/2006 - fl. 1041), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa

deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado; enquanto que o senhor Antônio Durval de Oliveira Borges foi o responsável pela **execução de pagamentos** feitos à empresa HOSPFAR Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (pregão nº 117/2006 - fl. 1041), levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que a empresa deveria informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS, fato que se concretizou no débito apurado.

44. Os atos cometidos que resultaram em prejuízo ao Erário foram de autoria dos responsáveis em questão, não foram atos de terceiros, como quer alegar a defesa. Também, houve prejuízo ao Erário, ou seja, o dinheiro foi gasto, não se demonstrou a aplicação destes recursos em finalidade diversa ou algo semelhante, que pudesse ao menos configurar um desvio de finalidade, porém sem gerar prejuízos ao Estado. Assim, não cabe colhida aos argumentos apresentados pela defesa.

(...)

VOTO

Com essas considerações adicionais, acolho os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público/TCU, com os ajustes considerados pertinentes, (...).”

34. Resta claro, portanto, que houve manifestação na deliberação guerreada, acerca das questões arguidas em defesa dos responsáveis quanto à responsabilidade individual/conjunta, solidária/subsidiária. Já quanto às retenções, conforme já revelado alhures, não se tornou possível a concretização da devolução dos recursos via bloqueios, por parte da SES/GO, restando tal fato expressamente consignado na deliberação embargada.

35. Noutro item, sustentam haver contradição na conclusão deste Relator quanto à ausência de efetiva recomposição dos cofres da União, ao passo que teriam sido diligentes em comprovar a efetiva retenção dos valores e anulação/cancelamento de empenhos, sendo a decisão contraditória à prova produzida nos autos. Ainda, que teria havido boa-fé que não poderia ater-se aos atos praticados no pregão, mas em todo o procedimento de desoneração do ICMS desde 2002, bem como que o MP/TCU divergiu deste Relator, admitindo a boa-fé dos embargantes.

36. Novamente, não vejo configuradas omissões, contradições ou obscuridades no exame dessas questões, as quais foram devidamente tratadas na deliberação embargada. No voto que proferi acerca delas, consignei o seguinte:

“71. Relativamente ao juízo acerca da existência ou não de boa-fé por parte dos gestores, lamento divergir do parecer por último exarado pelo Ministério Público/TCU, pois não entendo restar configurada, e, por isso, acompanho, nessa parte, a proposta de julgamento, desde logo, desta tomada de contas especial, conforme parecer produzido pela Secex/GO.

72. Examinando primeiramente a conduta do Sr. Cairo Alberto de Freitas, ordenador de despesas (então Secretário de Estado da Saúde) e responsável pela homologação do processo licitatório, pude constatar evidências de que não apenas inexistia demonstração de boa-fé desse gestor, mas, também, que há evidências de conduta desabonadora no trato da matéria, conforme consta registrado no relatório conclusivo da comissão de TCE (peça 39, p. 9, e doc. peça 31, p. 15), cujo trecho transcrevo a seguir:

‘Demais disso, estranhamente, consta nos autos de pagamento um Ato de Retificação de Homologação do Edital (fls. 817), assinado pelo então Secretário de Estado da Saúde, Dr. Cairo Alberto de Freitas, que determina que os valores adjudicados fossem considerados desonerados de ICMS e não onerados como previsto no item 5.3.1 do edital.

Tal Ato de Retificação foi emitido em 03 de outubro de 2006, ou seja, mais de 02 (dois) meses depois de homologado o procedimento licitatório que ocorreu em 21 de julho de 2006 - (fls.

817) e, até mesmo depois que as Ordens de Fornecimento já haviam sido emitidas e parte dos produtos fornecida. Além disso, não bastasse o ato não ter sido produzido nos autos de contratação, consta apenas no processo de pagamento da empresa HOSPFAR, em detrimento das demais empresas que se pretendia contratar, não havendo ainda quaisquer indícios de que o ato tenha sido publicado, consoante determina o art. 21, § 4º da Lei 8.666/93.

Destarte, compreendemos que o referido Ato de Retificação não possui qualquer validade, porquanto produzido depois de homologado o procedimento, durante a execução do ajuste, além das demais irregularidades indicadas, configurando, inclusive, infração aos princípios da isonomia, publicidade e moralidade administrativa. Além disso, denota indícios de favorecimento à empresa HOSPFAR, uma vez que apenas a Ordem de Fornecimento emitida em favor desta empresa foi alterada para constar o valor adjudicado como desonerado, de forma que não foram localizados nos autos de contratação ou nos autos de pagamento das outras empresas qualquer alteração nas Ordens de Fornecimento emitidas em favor destas últimas.

Ressaltamos que a problemática da majoração dos preços foi detectada pela Superintendência de Administração e Finanças, conforme Despacho nº 025/2007-ASGAB-SAF (fls. 820), assinado pelas Sras. Fernanda Cristina B. Bernardes e Sr. Humberto Marques da Silva, vistado pelo Superintendente de Administração e Finanças, Antonio Durval de Oliveira Borges, que apresentaram ainda uma planilha anexada ao aludido documento que denota a majoração de valores.⁷

73. Pode ser mencionado, ainda, que além desse fato, observou-se no processo que o referido gestor emitiu autorização mediante a edição da Portaria 140/2006 para que fossem pagos os ajustes antes da outorga da Procuradoria Geral do Estado acerca da celebração dos contratos, com vistas a supostamente evitar o desabastecimento das unidades hospitalares, sob a alegação de que atrasos no cumprimento dos contratos por prazo superior a noventa dias autorizaria a suspensão do contrato (peça 38, p. 20). No caso em questão, conforme Peça 39, p. 8, constatou-se que o lapso entre a data da nota fiscal e demais procedimentos eram inferiores aos noventa dias, não justificando o procedimento. Bem assim, cabe mencionar que em razão do fornecimento dos medicamentos e seu pagamento antes da formalização de contrato, recusou-se a procuradoria a outorgar a celebração de contrato com data retroativa (Peça 30, p. 17-25).

74. Portanto, divirjo do último posicionamento do Ministério Público/TCU, segundo o qual os esforços envidados pelo responsável Cairo Alberto de Freitas para obter a compensação do dano apurado qualificam seus atos de boa-fé. A adoção de providências nesse sentido só foi tomada depois de sucessivos questionamentos sobre a regularidade de tais atos.

75. A propósito, conforme indicado no trecho reproduzido retro, acerca das observações da comissão instauradora, o problema foi apontado com maior ênfase somente em 2007. Conquanto tivesse sido apontado por servidores da Superintendência de Administração e Finanças, cujo parecer foi chancelado pelo Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, há também nos autos evidências de que já por ocasião do primeiro pagamento efetuado esse responsável ignorou posicionamento da assessoria técnica e jurídica (Astecjur) no sentido do não pagamento.

76. Com efeito, a Astecjur foi instada a se pronunciar por ocasião da primeira nota fiscal apresentada pela Hospfar, conforme peça 38, p. 22 e observações da comissão instauradora da TCE (peça 39, p. 8), diante do que constou da Portaria 140/2006. No Parecer 08/2006 - ASTECJUR, então exarado em 27/9/2006, a assessoria jurídica opinou pela impossibilidade da realização de pagamentos devido aos vícios decorrentes da ausência de juntada da ordem de fornecimento e do atesto relativo à conferência dos valores financeiros de algumas faturas. Além do mais, salientou-se que a nota fiscal não se enquadrava na situação indicada pela Portaria 140/2006, qual seja: atraso superior a 90 dias. No entanto, a nota fiscal veio a ser paga em 20/10/2006.

77. Esse procedimento não condiz com condutas a que se possam atribuir boa-fé. Ademais, a adoção posterior de providências no sentido de tentar impedir a realização de novos

pagamentos a maior, bem assim, de compensar aqueles já pagos, além de restarem frustradas, não representam, por si sós, elementos capazes de atestar suposta boa-fé. Depois de efetivamente documentada e apontada a falha no pagamento, não restaria alternativa aos responsáveis, senão cumprir seu dever legal de tentar obstar novos pagamentos.

78. Portanto, entendo não haver elementos que apontem a boa-fé dos responsáveis.”

37. Por fim, quanto à invocação do disposto no Acórdão 140/2012 - Plenário, com destaque à recomendação efetuada ao Confaz para que passe a prever expressamente que as propostas dos licitantes contemplem o preço isento do ICMS e que a competição considere este valor, não vejo configurada qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

38. Conforme trecho do voto proferido à ocasião, reproduzido retro por ocasião da manifestação sobre os embargos da empresa Hospfar, as discussões sobre a exigência ou não de propostas oneradas por ICMS nos editais de compra de medicamentos passaram ao largo do problema nestes autos, pois aqui não se questionou 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 edital, e, assim o fazendo, só poderia sua proposta ser considerada onerada de ICMS, pois isso foi claramente exigido no edital, na lei interna da licitação.

39. Além disso, aquele julgado teve efeitos apenas *ex nunc*, não socorrendo a linha de raciocínio defendida pelos agentes públicos ora embargantes.

40. Assim, inexistindo as alegadas omissões, contradições e obscuridades no julgado, não vejo como dar provimento aos embargos.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de setembro de 2013.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator