**TC 003.490/2015-7**

**Tipo:** Tomada de Contas Especial

**Unidade Jurisdicionada:** Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

**Responsáveis:** Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15; Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00; Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A., CNPJ 26.921.908/0001-21

**Procurador ou Advogado:** Romildo Olgo Peixoto Júnior (OAB/DF 28.361) e outros (peças 7, 20, 27), procuradores de Cairo Alberto de Freitas; Antônio Augusto Rosa Gilberti (OAB/GO 11.703) e outros (peças 21, 25 e 39), procuradores da Hospfar

**Proposta:** mérito

## INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial instaurada, em 9/9/2011, pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás – SES, por força do item 9.2.3 do Acórdão 45/2008 – TCU – Plenário, e em cumprimento ao item 1.6.1 do Acórdão 1789/2010 – TCU – 2ª Câmara, reiterado pelo Acórdão 2770/2011 – TCU – 2ª Câmara (peça 1, p. 2-7).

## HISTÓRICO

2. O exame do mérito desta Tomada de Contas Especial - TCE já havia sido realizado por esta unidade técnica por meio da instrução de peça 36, a qual teve os pronunciamentos de concordância emitidos pela subunidade e unidade (peças 37 e 38).

3. Após ciência dessa instrução, a empresa Hospfar encaminhou mais documentos de defesa (peça 40, que passam a integrar os autos como novos elementos, os quais serão analisados a seguir

## EXAME TÉCNICO

4. A presente instrução tratará da análise dos novos documentos de defesa, de modo a verificar seu impacto na análise de mérito efetuada na instrução de peça 36.

5. Nos documentos apresentados (peça 40), a empresa Hospfar alegou o seguinte:

a) tendo a licitação sido processada em 19/12/2005 e a proposta de preços apresentada pela empresa na mesma data, a pretensão de aplicação de qualquer penalidade encontrava-se fulminada pelo instituto da prescrição, uma vez que a Administração teria o prazo máximo até 19/12/2010 para buscar a penalização e agiu somente a partir de 9/9/2011, com a instauração da tomada de contas especial e início de apuração, ou seja, mais de cinco anos, em desacordo com a norma estabelecida no art. 1º da Lei 9.873/1999;

b) embora o TCU já tenha firmado entendimento de que as ações que buscam o ressarcimento ao erário são imprescritíveis por força do art. 37, §5º, da Constituição Federal, tal entendimento deverá ser revisto considerando decisão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56351921.

recentíssima do STF, quando, em apreciação ao Recurso Extarodinário 852.475, o ministro Teori Zavascki suscitou a repercussão geral da matéria, tendo sido seguido pela maioria dos demais ministros e determinou, em 14/6/2016, a suspensão de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, que contenham debate relativo à prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, fundadas em atos tipificados como ilícitos de impropriedade administrativa, até a decisão final de mérito daquele recurso, a fim de evitar que sejam proferidas decisões contrárias às da Corte Suprema do país;

c) a SES se nega a liberar o crédito que a empresa possui junto àquela secretaria de estado, que atinge quase R$ 20 milhões (alguns valores há mais de dez anos), sob o argumento que a questão está *sub judice*. De acordo com justificativa da SES, o fato de haver pagamento integral em alguns processos, seria correta a realização de retenção do crédito em outros, fossem eles de fonte estadual ou federal;

d) há total omissão por parte do TCU na apreciação relativa às retenções administrativas, pois a unidade técnica se limita a informar que as retenções não se deram sobre a tutela do TCU e, por isso, não existe a possibilidade de interferência;

e) ao assim proceder, o TCU labora utilizando-se de dois pesos e duas medidas, pois, se por um lado tem a mão forte para condenar a conduta da requerida, que supostamente descumpriu uma norma editalícia, por outro, fecha os olhos quanto à arbitrariedade cometida pela Administração Pública Estadual, corroborando e convalidando a prática abusiva das retenções sob o argumento de que elas não se deram sob a tutela da Corte de Contas;

f) a questão das retenções administrativas interfere diretamente no resultado da demanda pois, se a administração pública, a seu bel prazer, já se ressarciu dos supostos prejuízos, promovendo retenções de valores infinitamente superiores aos que são perseguidos nas tomadas de contas especiais, e se esses mesmos valores são buscados na esfera judicial, onde inclusive a requerida ofereceu caução, garantindo o prejuízo, não se mostra adequado a condenação e consequente autorização de execução do julgado, pois, assim, estar-se-ia caracterizando uma tripla condenação – uma pela SES, outra na esfera judicial e, por fim, pelo TCU;

g) o TCU deveria determinar à SES que devolvesse aos cofres da União as verbas retidas que tenham fonte federal e deixar de julgar os processos como se esse dinheiro arbitrariamente bloqueado simplesmente não existisse;

h) é de fundamental importância que o TCU promova diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça, documentalmente, a questão das retenções e que prove perante o TCU que liberou qualquer das verbas retidas em favor da requerida.

*Análise*

6. **Prescrição da pretensão punitiva e apreciação judicial de matéria de interesse nos autos (alíneas "a" e b" do parágrafo 5)**

6.1 Sobre o pedido de suspensão do processo até que o STF decida sobre a prescritibilidade das ações de ressarcimento, é entendimento nesta Corte que a existência, por si só, de ação judicial em curso não gera relação de prejudicialidade a ensejar o sobrestamento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56351921.

dos autos nesta Corte até decisão judicial definitiva por força da independência das instâncias.

6.2 O Tribunal de Contas da União possui jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/92). Por isso, não obsta a sua atuação o fato de tramitar no âmbito do poder judiciário ação penal ou civil, versando sobre assuntos correlatos, dado o princípio da independência das instâncias.

6.3 Cabe ressaltar que, no caso de condenação nas duas esferas, o débito quitado em um dos processos, caso demonstrado pela responsável, dever ser reconhecido no outro, não havendo que se falar em duplicidade.

6.4 Quanto à prescrição, o entendimento predominante nesta Corte, ratificado pelo STF, é de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

6.5 Em relação à aplicação das penalidades previstas nos artigos 57 e 58 da LO/TCU, cabe lembrar que, por meio do recente Acórdão 1.441/2016, o Plenário do TCU firmou o entendimento que a pretensão punitiva desta Corte subordina-se ao prazo geral de prescrição no art. 205 do Código Civil (dez anos). No caso em tela, houve a interrupção da contagem desse prazo em fevereiro de 2016 (peça 14), quando houve o pronunciamento da unidade técnica pela realização da citação dos envolvidos. Como a data da ocorrência foi 27/11/2007, a empresa e os demais responsáveis podem ser apenados com base nos dispositivos citados. Assim, não há como recepcionar a alegação de prescrição.

7. **Retenção dos pagamentos (alíneas "c" a "h" do parágrafo 5)**

7.1 Em relação à atuação do TCU na questão da restituição dos recursos retidos, não há espaço para que isso seja resolvido em sede de tomada de contas especial.

7.2 Não compete a este Tribunal, substituindo-se ao órgão original (SES/GO), proceder o 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 pretenso 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. Além do mais, não cabe ao TCU proceder à liquidação de despesa nem reconhecer as despesas já liquidadas, informadas nas planilhas anexas na peça 40 destes autos.

7.3 Como existe a negativa por parte da SES de restituição dos valores atrasados que a Hospfar alega ter direito, resta à empresa pleitear judicialmente.

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

7.5 O relator proferiu em seu voto, condutor daquele Acórdão, o seguinte comentário:

> 63. Ao rever os autos, entendo que estas alegações não merecem prosperar, haja vista que o assunto da alegada retenção foi suficientemente apreciado pela unidade técnica, que, resumidamente informa:
>
> "12. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema 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. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 25). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56351921.

que versam sobre a matéria individualizam o pagamento indevido por pregão, de modo que, no caso aqui tratado, o prejuízo se materializa com a percepção pela empresa fornecedora dos valores indevidamente faturados, o que a obriga, em solidariedade com os servidores que autorizaram os pagamentos, a recompor os cofres públicos" (fls. 3, peça 27).

64. Adicionalmente, como já mencionado no parágrafo 49 desta Proposta de Deliberação, a alegada retenção foi considerada ilegal pela Procuradoria Geral do Estado, conforme informado pela SES/GO mediante Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, e não ocorreu no presente caso, como pode ser confirmado por meio da verificação das planilhas trazidas pelo Requerente, uma vez que as referidas planilhas emitidas pela SES/GO não contemplam nenhuma das notas fiscais (NFs) que deram origem ao débito objeto desta TCE, conforme se pode constatar a partir do confronto entre as NFs relacionadas na minuta de Acórdão com aquelas NFs relacionadas nas planilhas recentemente aportadas (peça 44, fls. 10/20).

65. Como corolário desta aferição, fica demonstrada a inexistência de qualquer retenção relacionada aos valores que devem ser ressarcidos aos cofres federais.

66. Finalmente, e no tocante ao pleito do Requerente de realização de novas diligências a fim de que o Estado de Goiás esclareça documentalmente a questão das retenções, tal medida faz-se desnecessária, diante da análise do confronto das notas fiscais constantes das planilhas suscitadas pelo Requerente (parágrafos 64 e 65 acima).

7.6 Seguindo o mesmo raciocínio que levou à conclusão do relator naqueles autos, observa-se que a Nota Fiscal 151466 que deu origem ao débito (peça 6, p. 1; peça 13, p. 6) não consta nas planilhas anexadas pela requerente (peça 40, p. 13-23), ou seja, não houve retenção relacionada ao valor que deve ser ressarcido aos cofres federais nesta TCE. Da mesma forma do voto citado, a diligência pleiteada é desnecessária.

**CONCLUSÃO**

8. Diante do exposto, as alegações de defesa complementares apresentadas devem ser rejeitadas prevalecendo o entendimento anterior desta unidade técnica (peças 36-38) de serem julgadas irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os solidariamente em débito, em razão da ocorrência de dano ao erário, e aplicando-lhes a multa prevista no art. 57 da LO/TCU.

**INFORMAÇÕES ADICIONAIS**

9. Trata-se de processo em que consta como advogado constituído nos autos o Sr. ROMILDO OLGO PEIXOTO JUNIOR, OAB/DF 28.361, relacionados pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz no Anexo I ao Ofício n° 5/2013 - GAB.MIN-AC, dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

10. Dessa forma, encaminhe-se ao Gabinete do Ministro Relator, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, com o alerta de que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz.

**PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

11. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração, propondo-se:

a) julgar irregulares as contas dos Srs. Cairo Alberto de Freitas, CPF 216.542.981-15, e Antônio Durval de Oliveira Borges, CPF 194.347.401-00, nas condições de secretário de saúde e de superintendente de administração e finanças da SES/GO, respectivamente, e da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. (CNPJ 26.921.908/0001-21), nos termos dos arts. 16, III, "b" e "c", 19 e 23, III, da Lei 8.443/1992;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56351921.

b) condenar, solidariamente, os responsáveis acima ao pagamento da quantia de R$ 47.928,93, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir de 27/11/2007 até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

c) aplicar ao Sr. Cairo Alberto de Freitas (CPF 216.542.981-15), ao Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges (CPF 194.347.401-00) e à empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. (CNPJ 26.921.908/0001-21) a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da respectiva quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente entre a data do acórdão e a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

d) autorizar a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, II da Lei 8.443/1992;

e) encaminhar cópia do relatório, voto e acórdão a serem proferidos à Procuradoria da República no Estado de Goiás, bem como ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás;

f) encaminhar os autos ao Gabinete do Ministro Relator, via Secretaria das Sessões (Seses) - para ciência e registro -, alertando que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

Secex-GO, de 13 outubro de 2016.

(*Assinado eletronicamente*)
Sérgio Braga Machado
AUFC - Matrícula 3873-3

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 56351921.