

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Cairo Alberto de Freitas e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., em face do Acórdão 2925/2018 – TCU – Plenário, relator Ministro José Múcio Monteiro (peças 241 e 244), que havia conhecido e negado provimento aos recursos de reconsideração interpostos pelos ora embargantes contra o Acórdão 3004/2016 – TCU – Plenário, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti (peça 101), com o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás por meio do Pregão 175/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES-GO,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 com fulcro no art. 174 do RI/TCU, reconhecer, de ofício, a nulidade do Acórdão 1.989/2016-TCU-Plenário, para torná-lo insubsistente, tendo em vista omissão na publicação do nome e do número da inscrição na OAB dos advogados dos Srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, Sr. Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872) e outros, na pauta da sessão de julgamento;

9.2. excluir o Sr. Adriano Kennen de Barros da relação processual;

9.3. rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros, Antônio Durval de Oliveira Borges e das empresas Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e ML Operações Logísticas Ltda., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, e § 2º da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23 da mesma lei, e com os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU;

9.4. condenar os Srs. Cairo Alberto de Freitas, Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e Antônio Durval de Oliveira Borges e as empresas Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e ML Operações Logísticas Ltda. ao pagamento das quantias a seguir especificadas, 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 das datas indicadas, até a data dos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

9.4.1. em solidariedade entre Fernando Passos Cupertino de Barros, Luiz Antonio Aires da Silva e Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

NF	Valor (R\$)	Data
086472	42.430,80	29/03/2006
085718	952,50	29/03/2006
092075	4.102,78	29/03/2006
092989	625,22	29/03/2006

097523	3.721,06	11/05/2006
--------	----------	------------

9.4.2. em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas e Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

NF	Valor (R\$)	Data
100236	3.061,88	31/07/2006
101450	796,82	31/07/2006
101183	521,02	31/07/2006
103092	197,31	31/07/2006

9.4.3. em solidariedade entre Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
106062	2.449,98	28/08/2006
106097	416,81	28/08/2006
089463	206.727,41	16/04/2007

9.4.4. em solidariedade entre Luiz Antonio Aires da Silva, Fernando Passos Cupertino de Barros e ML Operações Logísticas Ltda.;

NF	Valor (R\$)	Data
034193	1.359,96	17/04/2006

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. determinar à Secretaria de Estado de Saúde de Goiás que, no prazo de sessenta dias, contados da ciência deste acórdão, providencie a instauração e remessa a este Tribunal de novos processos de tomada de contas especial relativos aos pagamentos porventura efetuados por conta dos fornecimentos licitados mediante o Pregão 175/2005/SES/GO com recursos federais após a instauração desta TCE por essa unidade, sendo um processo para cada empresa contratada no referido pregão, em cujos fornecimentos se verifique a não desoneração do ICMS nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que o dano apurado neste processo levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 008/2009 (peça 18, p. 27);

9.7 determinar à Secex/GO que:

9.7.1. como subsídio ao atendimento da determinação constante do subitem 9.6 retro, encaminhe à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás cópia integral deste processo em meio eletrônico, juntamente com cópia do inteiro teor deste acórdão;

9.7.2. monitore o cumprimento, pelo órgão estadual, da determinação proferida no subitem 9.6 retro e, caso seja apurada a ocorrência de novos danos e instaurada a respectiva tomada de contas especial, realize a citação dos responsáveis nela identificados tão logo o processo seja encaminhado a este Tribunal;

9.8. encaminhar cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para ajuizamento das ações civis e penais que entender pertinentes, tendo em vista o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992; e

9.9. dar ciência do inteiro teor deste acórdão ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público daquele estado, por intermédio de sua 4ª Promotoria de Justiça, para que adote as medidas que entender pertinentes, tendo em vista a utilização de recursos estaduais na compra de medicamentos de que trata o Pregão 175/2005-SES/GO.

Conforme constou do voto que fundamentou a deliberação condenatória, Acórdão 3.004/2016 – Plenário, este processo é, originariamente, uma tomada de contas especial que foi instaurada em atendimento ao Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, proferido em processo de representação formulada pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás, que tratou de irregularidades em certames licitatórios promovidos pela SES/GO para a aquisição de medicamentos custeados com recursos transferidos pela esfera federal à conta do SUS.

A Secex/GO constatou irregularidade relativa à oneração do ICMS nas propostas de preço apresentadas em diversos certames, razão pela qual o Acórdão 45/2008-Plenário determinou a instauração de uma tomada de contas especial para cada um dos pregões relativos à aquisição de medicamentos.

Este processo, portanto, diz respeito ao Pregão 175/2005, vencido pelas empresas Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., para fornecer diversos medicamentos.

Conforme previsto pelo item 5.3 do edital de licitação (fls. 33 - peça 4), o valor proposto deveria abranger todos os impostos, inclusive o ICMS. Esse 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. Desse modo, de acordo com o instrumento convocatório, a empresa fornecedora de medicamentos estabelecida no Estado de Goiás que viesse a ser vencedora do certame, atendendo aos termos do Convênio ICMS 87/02-Confaz e do Decreto Estadual 5825/2003, que concediam isenção do recolhimento do ICMS relativo aos produtos cotados, deveria destacar na nota fiscal essa isenção e excluir do valor adjudicado a respectiva parcela.

As empresas Hospfâr e Milênio, no entanto, acresciam novamente o valor do tributo na nota fiscal para, em seguida, abatê-lo a título de cumprir a isenção tributária aplicável. Como resultado, as empresas se apropriavam da totalidade do valor adjudicado, em vez de receber somente a diferença entre o valor adjudicado e o valor do imposto originalmente incluído nas propostas.

Por esse fato as referidas empresas foram responsabilizadas pelo TCU, juntamente com vários gestores, entre eles o Sr. Cairo, que ora é um dos embargantes.

O Auditor de Controle Externo da Serur, com a anuência do Diretor, propõe não conhecer de ambos os embargos de declaração. O Secretário daquela unidade técnica, porém, discordou parcialmente e propôs o não conhecimento dos embargos opostos pelo Sr. Cairo Alberto de Freitas, mas o conhecimento e não provimento dos embargos opostos pela empresa ML Operações Logísticas Ltda.

Com as vênias de estilo, entendo que, quanto à admissibilidade, assiste razão ao Secretário da Serur, no sentido de que os embargos de declaração opostos pela empresa ML Operações Logísticas Ltda. devem ser conhecidos.

Isso porque a jurisprudência desta Corte, de longa data, entende que, na literalidade da ementa do Acórdão 261/2008 – Plenário, relator Ministro Marcos Vilaça, o “juízo de admissibilidade de embargos de declaração exclui o exame, ainda que superficial, da existência de obscuridade, omissão ou contradição na deliberação recorrida. Esta verificação deve ser feita quando da análise do mérito”. Na mesma linha, a ementa do Acórdão 1.047/2009 – Plenário, da relatoria do Ministro Marcos Vilaça, no sentido de que a “simples alegação de omissão, obscuridade ou contradição em decisão deste Tribunal autoriza o conhecimento dos embargos de declaração tempestivos”. No mesmo sentido, Acórdão 1.518/2015 – Plenário, relator Ministro Vital do Rêgo, Acórdão 1.003/2014 – Plenário, relator Ministro José Jorge.

No mérito, porém, entendo, assim como o Secretário da Serur, que referidos embargos de declaração não devem ser providos, pelas razões que apontou e que as incorporo como fundamento de decidir, consoante a seguir transcrito:

6. Em breve síntese, a contradição assim se configuraria, segundo a embargante: a) o acórdão recorrido (no item 26 de decisão transcrita no relatório) menciona retenções de pagamento realizadas pela Secretaria de Saúde de Goiás; b) se houve retenção, não haveria motivo para a imputação de débito confirmada pela decisão embargada, em grau de recurso (“os valores alegadamente lesados dos cofres públicos, na verdade, foram objeto de retenção administrativa”).

7. Ao propor o não conhecimento dos embargos de declaração, a 3ª DT entendeu tratar-se de contradição externa à decisão, uma vez que o trecho invocado (§ 26 do relatório) consistiria em transcrição de instrução da Serur, que, por sua vez, reproduzira trecho de outra decisão proferida pelo Tribunal nestes autos (§ 26 do voto de peça 146).

8. No citado trecho, ao examinar a responsabilidade de Cairo Alberto de Freitas, o Tribunal considerou que as medidas por ele adotadas (retenção dos pagamentos a maior) seriam suficientes para o Tribunal deixar de lhe aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, embora não fossem suficientes para afastar o débito.

9. Ao manter essa conclusão no julgamento de recurso de reconsideração, o fundamento adotado pelo Tribunal em decisão pretérita integrou a nova decisão. Ao reproduzir e utilizar manifestações já existentes nos autos, a nova decisão as internaliza, de modo que eventuais contradições passam a ser sanáveis pela via dos embargos declaratórios, não se tratando de contradições externas.

10. No mérito, contudo, não existe o vício apontado pela embargante, o que motiva a rejeição dos embargos.

11. Primeiro, pela razão indicada no exame da 3ª DT (§ 3.12), de que “retenção de valor não é causa de afastamento de dano ao Erário, mas sim de não cobrança em duplicidade, caso se comprove na instância adequada o recolhimento do valor devido”.

12. Depois, e fundamentalmente, porque a suposta retenção não foi eficaz.

13. Com efeito, a medida foi adotada em um primeiro momento, pelo responsável Cairo Alberto de Freitas (o que foi levado em conta para atenuar sua culpabilidade). No entanto, foi depois tornada insubsistente, por razões indicadas pela Procuradoria do Estado de Goiás, bastante discutidas nos autos. O próprio relatório da decisão embargada indica com clareza essa circunstância, como evidencia a simples comparação do teor do § 26 (destacado nos embargos) com o § 23 (omitido pela embargante):

23. Além disso, o então secretário determinou a retenção do valor relativo ao ICMS, tendo a liberação desses recursos, por força de entendimento da Procuradoria do Estado, ocorrido somente após a saída do embargante do cargo. (...)

26. O argumento relativo às retenções também não passou despercebido. Embora insuficientes para afastar o débito, as medidas adotadas pelo embargante serviram de atenuantes para que este Tribunal deixasse de aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, conforme explicitado nos itens 61 a 64 do voto condutor da deliberação embargada.

14. Como facilmente se depreende desses dois parágrafos, e discutido ao longo de todo o processo (vide, por exemplo, os §§ 60 a 64 do voto do acórdão originário, peça 102):

a) a culpabilidade do responsável Cairo Alberto de Freitas veio a ser considerada diminuída em razão da providência que adotou para buscar minorar o prejuízo ao erário, após terem sido realizados, indevidamente, pagamentos a maior (§ 26);

b) no entanto, essa medida veio, depois, a ser tornada insubsistente pela própria Administração (§ 23), de forma que, sob a ótica da responsabilidade da empresa fornecedora, atual embargante, a retenção dos pagamentos se mostrou indiferente, para fins de sua responsabilidade, uma vez que não elidiu o prejuízo causado ao erário.

15. Logo, não há contradição em se mencionar a retenção de valores e, ao final, condenar os responsáveis, inclusive a empresa embargante, a ressarcir o prejuízo ao erário, uma vez que a retenção não se mostrou, ao final, efetiva, conforme exhaustivamente demonstrado nos autos.

Em face do exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em tagDataSessao.

RAIMUNDO CARREIRO

Relator