

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 016.838/2009-6.

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Órgão: Ministério da Saúde.

Recorrentes: Antônio Durval de Oliveira Borges (194.347.401-00) e Cairo Alberto de Freitas (216.542.981-15).

Interessado: Secretária de Saúde - GO (00.544.963/0001-56).

Representação legal: Marcos de Araújo Cavalcanti (28.560/OAB-DF), Romildo Olgo Peixoto Júnior (OAB/DF 28.361), Georges Louis Hage Humbert (OAB/BA 21.872), Marco Antonio Fernando Cruz (OAB/SP 134.324); Adriana Ferreira Freire (OAB/SP 209.452), Luciano Hoffmann (OAB/SP 221.864), Juliane Correa Frandsen (OAB/SP 287.999), Marco Drummond Malvar (OAB/DF 26.942), Giselle Machado Bruzada D'Alencar (OAB/DF 31.972), Luciana Tavares Portilho (OAB/RJ 100.452), Eurípedes Barsanulfo Lima (OAB/GO 22.619), Vicente Coelho Araújo (OAB/DF 13.134), Gustavo de Oliveira Machado (OAB/GO 21.857) e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES NO PREGÃO 259/2006 PROMOVIDO PELA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DO ESTADO DE GOIÁS. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. CONDENAÇÃO EM DÉBITO. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO APRESENTADOS POR DOIS RESPONSÁVEIS. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO AOS ADVOGADOS DOS RECORRENTES NA PAUTA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PROVIMENTO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO 359/2015-TCU-PLENÁRIO EM RELAÇÃO AOS RECORRENTES. RESTITUIÇÃO DO PROCESSO AO RELATOR A QUO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de mérito lançada no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur) (peça 110), que contou com a anuência do corpo gerencial daquela unidade técnica (peças 111 e 112), transcrita a seguir com os ajustes de forma pertinentes:

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (peças 80 e 81) contra o Acórdão 359/2015 - TCU - Plenário (peça 53).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. excluir da relação processual as Sras. Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnellosso;

9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e das empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, § 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;

9.3. condenar, solidariamente, os responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e a empresa Cellofarm Ltda., ao pagamento das quantias abaixo 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:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
30166	135,13	21.11.2007
30167	975,94	21.11.2007
30168	3.903,74	21.11.2007
30169	33,78	21.11.2007
30838	3.659,76	21.11.2007
30839	14.639,04	21.11.2007
31263	506,74	21.11.2007
31260	506,00	21.11.2007
31261	126,50	21.11.2007
31262	126,68	21.11.2007
30431	3.659,76	21.11.2007
31708	126,68	21.11.2007
31709	506,74	21.11.2007
31575	3.659,76	21.11.2007
31576	14.641,04	21.11.2007
32522	2.927,81	24.8.2007
33214	731,95	1.11.2007
33215	2.927,81	1.11.2007
33371	25,34	1.11.2007
33372	101,35	1.11.2007
34280	731,95	1.11.2007
34281	25,34	1.11.2007
34283	101,35	1.11.2007
35310	3.659,76	1.11.2007

35309	126,68	1.11.2007
36264	892,52	27.11.2007

9.4. condenar, solidariamente, os responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e a empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., ao pagamento das quantias abaixo 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:

Nota Fiscal	Valor (R\$)	Data
37339	608,94	19.6.2007
37341	608,94	19.6.2007
44506	608,94	16.8.2007
44505	608,94	16.8.2007
48703	608,94	16.8.2007
48704	608,94	16.8.2007
51850	608,94	1.11.2007
62008	608,94	27.12.2007
62009	608,94	27.12.2007

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. encaminhar cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado de Goiás, para ajuizamento das ações civis e penais que entender cabíveis, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, e

9.7. 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.

HISTÓRICO

2. Conforme consta dos autos, o edital do Pregão 259/2006, promovido pela SES/GO para a aquisição de medicamentos para abastecimento da Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa, continha previsão em seu item 5.3 de que os preços propostos deveriam ser apresentados com a inclusão de todos os tributos, inclusive o ICMS (peça 2, p. 79).

2.1. Todavia, foi constatado que as empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., quando do faturamento dos medicamentos, acrescentaram o percentual de 17% a título de ICMS ao valor adjudicado - o qual já estava onerado com o imposto - para posteriormente descontá-lo na nota fiscal sob o pretexto de operacionalizar as isenções tributárias concedidas às aquisições de medicamentos excepcionais (Convênio ICMS 87/02-Confaz) e as compras efetuadas pelo Estado de Goiás junto a fornecedores internos (Convênio 26/2003-Confaz). A SES/GO realizou o pagamento das notas fiscais sem corrigir a falha.

2.2. A Comissão de Tomada de Contas Especial concluiu pela existência de dano e a responsabilização ex-Secretário de Saúde e o ex-Superintendente de Administração e Finanças da SES/GO por autorizarem os pagamentos, bem como a ex-Pregoeira, a Superintendente Executiva/SES e as empresas beneficiárias.

2.3. No âmbito desta Corte foram citados o Sr. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário Estadual de Saúde, o Sr. Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e

Finanças, a Sr^a Maria Lúcia Carnelosso, Superintendente Executiva/SES, a Sr. Sunária Aparecida Alves de Brito, ex-Pregoeira, solidariamente às empresas empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., e Cellofarm Ltda.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 84 e 85), ratificados à peça 88 pelo Ministro Vital do Rêgo, que concluiu pelo conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 359/2015-Plenário.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do recurso.

4.1. Constitui objeto do recurso examinar se houve violação ao princípio da ampla defesa por ocasião do julgamento do feito.

5. Violação ao princípio da ampla defesa.

5.1. Alegam os recorrentes que, embora tenham juntado aos autos procurações dando poder aos outorgados para receber notificações (peças 47 e 48), tendo inclusive solicitado expressamente que as notificações fossem encaminhadas aos procuradores (peça 46), entregue ao Tribunal em 6/11/2014, da pauta no qual foi relacionado o presente processo não constou os nomes e/ou os números de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil dos advogados que representam os recorrentes, motivo pelo qual ficaram impedidos de exercer o direito à ampla defesa, que contempla o direito à sustentação oral.

5.2. Assim, requerem a declaração de nulidade do acórdão recorrido, haja vista a violação ao direito à ampla defesa, tendo havido ofensa, ainda, ao que prescreve o art. 179, § 7º, do Regimento Interno e o art. 40 da Resolução 164/2013-TCU, citando jurisprudência desta Corte e do Poder Judiciário sobre a questão.

Análise

5.3. Assiste razão aos recorrentes. Ocorre que a intimação do advogado com procuração nos autos acerca da sessão de julgamento é obrigatória, seja nos termos dos normativos internos desta Corte citados na peça recursal, seja por força do art. 236, § 1º, do Código de Processo Civil, diploma de aplicação subsidiária no âmbito desta Corte, sendo o julgamento, portanto, nulo como afirmam os recorrentes e nos termos da jurisprudência desta Corte (acórdãos 345/2015-TCU-Plenário e 3438/2014-TCU-Plenário).

5.4. Ademais, é importante que se observe que a juntada das procurações, ocorrida em 6/11/2014, foi anterior à publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União, que se deu 2/3/2015, em sua Seção 1, página 78, motivo pelo qual a intimação dos advogados dos recorrentes deveria ter sido realizada para a validade do julgamento.

CONCLUSÃO

6. Da análise anterior conclui-se que a não intimação dos advogados regularmente constituídos nos autos acerca da pauta de julgamentos que listou os presentes autos é motivo para a declaração de nulidade do acórdão recorrido.

OUTRAS CONSIDERAÇÕES

7. Trata-se de processo em que constam como advogados constituídos nos autos os Srs. Marcos de Araújo Cavalcanti, OAB/DF 28.560, Romildo Olgo Peixoto Júnior, OAB/DF 28.361, e Georges Louis Hage Humbert, OAB/BA 21.872, relacionado pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz no Anexo I ao Ofício nº 5/2013 – GAB.MIN-AC dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

7.1. Dessa forma, encaminhe-se ao Gabinete do Ministro Relator, via Secretaria das Sessões - 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

8. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges contra o Acórdão 359/2015-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

a) conhecer dos recursos de reconsideração e, no mérito, dar-lhes provimento para declarar a nulidade do Acórdão 359/2015-TCU-Plenário, restituindo-se os autos ao Relator *a quo*;

b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados.

2. O representante do MPTCU que atuou no feito, Dr. Julio Marcelo de Oliveira, em seu parecer regimental acostado à peça 113, manifestou-se acorde com a proposta da unidade técnica, sem prejuízo de tecer os seguintes comentários:

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás em razão de irregularidades verificadas na aplicação de recursos da União, repassados pelo Ministério da Saúde, por meio do SUS, conforme Relatório Conclusivo 6/2008, proveniente da Comissão de Tomada de Contas Especial, em função de pagamentos feitos às empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., levando-se em consideração que o valor dos produtos estava onerado com o valor do ICMS, sendo que as empresas deveriam informar o valor do medicamento de forma idêntica ao informado na Ordem de Fornecimento e promover a dedução do valor referente ao ICMS.

O Tribunal, por meio do Acórdão 359/2015 - Plenário, ao que interessa ao deslinde da questão, decidiu (peça 53):

9.1. excluir da relação processual as Sras. Sunária Aparecida Alves de Brito e Maria Lúcia Carnelosso;

9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e das empresas Cellofarm Ltda. e Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, § 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;

9.3. condenar, solidariamente, os responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e a empresa Cellofarm Ltda., ao pagamento das quantias abaixo especificadas [...];

9.4. condenar, solidariamente, os responsáveis Srs. Cairo Alberto de Freitas, ex-Secretário de Estado da Saúde, Antônio Durval de Oliveira Borges, ex-Superintendente de Administração e Finanças de Goiás, e a empresa Produtos Roche Químicos Farmacêuticos S.A., ao pagamento das quantias abaixo especificadas[...];

Os srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges interpuseram recurso de reconsideração (peças 80 e 81), assim resumido pela Secretaria de Recursos:

Alegam os recorrentes que, embora tenham juntado aos autos procurações dando poder aos outorgados para receber notificações (peças 47 e 48), tendo inclusive solicitado expressamente que as notificações fossem encaminhadas aos procuradores (peça 46), entregue ao Tribunal em 6/11/2014, da pauta no qual foi relacionado o presente processo não constou os nomes e/ou os números de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil dos advogados que representam os recorrentes, motivo pelo qual ficaram impedidos de exercer o direito à ampla defesa, que contempla o direito à sustentação oral.

Assim, requerem a declaração de nulidade do acórdão recorrido, haja vista a violação ao direito à ampla defesa, tendo havido ofensa, ainda, ao que prescreve o art. 179, § 7º, do Regimento

Interno e o art. 40 da Resolução 164/2013-TCU, citando jurisprudência desta Corte e do Poder Judiciário sobre a questão.

A secretaria especializada propõe, em pareceres coincidentes (peças 110 a 112):

- a) conhecer dos recursos de reconsideração e, no mérito, dar-lhes provimento para declarar a nulidade do Acórdão 359/2015-TCU-Plenário, restituindo-se os autos ao Relator *a quo*;
- b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e aos demais interessados.

A proposta da Serur tem por base a seguinte análise técnica:

Assiste razão aos recorrentes. Ocorre que a intimação do advogado com procuração nos autos acerca da sessão de julgamento é obrigatória, seja nos termos dos normativos internos desta Corte citados na peça recursal, seja por força do art. 236, § 1º, do Código de Processo Civil, diploma de aplicação subsidiária no âmbito desta Corte, sendo o julgamento, portanto, nulo como afirmam os recorrentes e nos termos da jurisprudência desta Corte (acórdãos 345/2015-TCU-Plenário e 3438/2014-TCU-Plenário).

Ademais, é importante que se observe que a juntada das procurações, ocorrida em 6/11/2014, foi anterior à publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União, que se deu 2/3/2015, em sua Seção 1, página 78, motivo pelo qual a intimação dos advogados dos recorrentes deveria ter sido realizada para a validade do julgamento.

De fato, da referida pauta não constaram os nomes dos advogados srs. Marcos de Araújo Cavalcanti, OAB/DF 28.560, Romildo Olgo Peixoto Júnior, OAB/DF 28.361, e Georges Louis Hage Humbert, OAB/BA 21.872 9peça 81, p. 10), procuradores dos srs. Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges (peças 47 e 48), o que implica nulidade do acórdão impugnado. Assim, o Ministério Público de Contas, anuindo ao exame oferecido pela Serur, manifesta-se de acordo com a proposta de mérito oferecida pela secretaria especializada.

É o relatório.