

Processo 016.833/2009-0 (com 239 peças)  
Tomada de Contas Especial  
Recurso de Revisão

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se de recurso de revisão interposto pelo sr. Cairo Alberto de Freitas (peça 229) impugnando o Acórdão 732/2013 – Plenário (peça 72), transcrito a seguir no que interessa ao deslinde da questão em exame:

“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 Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares 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;

9.3. 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 Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares 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;

Vide tabela no original”

A Secretaria de Recursos, em manifestações uniformes (peças 236/8), propõe “*não conhecer do recurso de revisão interposto por Cairo Alberto de Freitas, por não atender aos requisitos específicos de admissibilidade, nos termos do artigo 35 da Lei 8.443/1992, c/c artigo 288 do RI/TCU*”.

**O Ministério Público de Contas anui à proposta da unidade especializada.**

O presente recurso de revisão, conforme indicado em seu texto, está fundamentado no inciso II do art. 288 do Regimento Interno do TCU:

“Art. 288. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, inclusive especial, cabe recurso de revisão ao Plenário, de natureza similar à da ação rescisória, sem efeito suspensivo, interposto uma só vez e por escrito pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos, contados na forma prevista no inciso IV do art. 183, e fundar-se-á:

I – em erro de cálculo nas contas;

II – em falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado o acórdão recorrido;

III – na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.”

Importante lembrar que “o recurso de revisão constitui-se em uma espécie recursal em sentido amplo, verdadeiro procedimento revisional, com índole jurídica similar à ação rescisória, que objetiva a desconstituição da coisa julgada administrativa. Além dos pressupostos de admissibilidade comuns a todos os recursos – tempestividade, singularidade e legitimidade –, o recurso de revisão requer o atendimento de, no mínimo, um dos requisitos específicos indicados nos incisos do artigo 35 da Lei 8.443/92: I - erro de cálculo; II - falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado o acórdão recorrido; e III - superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida” (peça 236).

É pacífica a jurisprudência do TCU no sentido de que, para que o recurso de revisão seja conhecido, não basta invocar hipótese legal compatível, é necessário satisfazê-la materialmente (Acórdãos 1.804/2016, 1.796/2016, 1.572/2016 e 1.449/2016, todos do Plenário, entre outros).

Sendo assim, para o recurso de revisão, é exigido exame de admissibilidade mais aprofundado que o das demais espécies recursais previstas nos ritos deste Tribunal.

É certo, também, que, para o conhecimento do recurso de revisão, não se requer prova inequívoca de uma das hipóteses do art. 35 da Lei 8.443/1992, mas, ao menos, a plausibilidade da alegação do autor do recurso (Acórdão 3.299/2015 – Plenário).

No caso em vértice, o recorrente, em resumo, alega que:

- a ausência de desoneração de ICMS por ocasião das vendas de medicamentos não deve ser considerada como débito. Esse é o entendimento dos Acórdãos 3.596/2014-TCU-Plenário e 1.154/2013-TCU-Plenário. Esse último tratou de auditoria de conformidade realizada na Secretaria de Saúde do Estado da Paraíba (SES/PB), com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação dos recursos federais repassados à conta Programa de Medicamentos Excepcionais, entre 2007 e 2011;

- não há indícios e documentação suficiente que ateste a tese de que a conduta do ora recorrente foi determinante para a ocorrência de prejuízo ao Estado de Goiás ou à União, ou seja, a necessária presença do nexos causal para caracterização da irregularidade não está cabalmente demonstrada;

- o Parecer da Procuradoria-Geral do Estado menciona a necessidade de realização de auditorias fiscais, para definir-se exatamente se é o caso de devolução ao Erário do valor equivalente ao imposto, e, em caso positivo, em que proporção, se em relação a todas as notas ou não (valendo anotar, neste ponto, que nem o acórdão, nem as instruções que lhes precederam, examinaram separadamente cada uma das notas fiscais pagas).

Como bem pontuado pela Serur, em relação ao primeiro argumento:

“a eventual divergência ou evolução jurisprudencial no âmbito desta Corte não se caracteriza como fato ou documento novo, pois o Tribunal pode, a qualquer tempo, evoluir em seus entendimentos. Ademais, os julgamentos desta Corte observam o contexto específico do caso concreto em apreciação, o que impede a sua transposição indiscriminada a qualquer outro caso a título de fato novo.

A *contrário sensu*, caso se aceitem novos julgados no âmbito do TCU como fato ou documento novo, restaria legitimada a interposição de recurso excepcional, o que resultaria em infindáveis discussões, o que, por certo, inviabilizaria a eficácia das decisões prolatadas, ofenderia as decisões administrativas irreformáveis e prejudicaria a execução dos títulos executivos formados a partir das deliberações deste Tribunal.”

As demais alegações foram detidamente analisadas e comprovadas em todas as etapas processuais.

Por pertinente, transcreve-se excerto do relatório no qual foram reproduzidas partes das instruções da unidade técnica Secex/GO (peça 71):

“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). Inicia-se a defesa trazendo um breve **relato dos fatos**, constantes nos autos. Em seguida apresentam as providências administrativas adotadas pelos gestores em questão, a partir do conhecimento dos fatos, com finalidade de se obter o valor pago indevidamente (fls. 1289/1291).

35. Na sequência (fls. 1291/1293), a defesa busca demonstrar **a boa-fé dos gestores** na questão envolvendo o ICMS, neste caso. Em resumo, as ações dos gestores foram a de continuidade na compra dos medicamentos devido ao alcance social de extrema relevância vital à população beneficiada, porém, seguida de medida preventiva para resguardar o Estado quanto aos débitos apurados nos pagamentos feitos indevidamente.

36. Não se pode deixar de observar que foi louvável a conduta dos gestores na continuidade da compra de medicamentos tão indispensáveis ao interesse público. Entretanto, a retenção feita nos pagamentos à empresa parece ter munido o Estado de elementos financeiros suficientes para se cobrir os débitos apurados nos pagamentos irregulares realizados na gestão dos citados. Contudo, a boa-fé dos gestores, neste caso, concretiza-se, com a devolução das verbas públicas aos cofres do Estado de maneira definitiva.

37. Outro ponto tocado na defesa é a **discussão do direito** (fls. 1294/1299), cuja explanação da defesa percorre doutrinas agasalhadas pelo direito administrativo pátrio, como a responsabilidade dos agentes políticos, que, segundo jurisprudência do TCU, opera-se pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, para os atos descentralizados praticados sob a determinação do dirigente hierárquico. Assim como a responsabilidade civil objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva dos gestores públicos.

38. Ante as explicações, diante da retificação da homologação daquele edital, buscando benefício das empresas, não parece claro que os gestores não agiram com dolo. Porém, como a própria defesa argumentou, aos gestores cabiam a supervisão, o resguardo, a vigilância de suas ações descentralizadas, daí a culpa *in vigilando*, no caso da autorização e do pagamento indevido realizado, conforme se pode averiguar no Relatório Conclusivo nº 003/2008 (fls. 1059/1060) na Planilha B, que deu origem aos valores cobrados nesta TCE. Assim, a boa-fé dos gestores é discutível, porém sana-se o problema com a devolução das verbas públicas cobradas aos cofres da União de maneira definitiva.

39. Ainda, em defesa (fl. 1299), os citados alegam que houve **saneamento da falha**, ao se promover a retenção de crédito da empresa envolvida. Pretendem os citados desconstituir a TCE, alegando em seu favor que houve a recomposição do erário pela retenção de crédito da empresa Hospfar promovida pela Secretaria de Estado da Saúde, resultando na **perda do objeto** da TCE.

40. Todavia, sabe-se que a retenção de crédito realizada pela SES-GO refere-se à fonte 23, recursos federais, os quais devem ser devolvidos aos cofres federais. Portanto a simples retenção feita pelo Estado não supre o débito referente a recursos federais, porquanto esses valores devem ser repassados aos cofres federais. De modo que, mesmo a defesa invocando vários dispositivos legais, no âmbito do Regimento Interno desta Corte de Contas e do Código Civil Brasileiro, sobre a extinção processual e o arquivamento do processo, não cabe acolhimento dos argumentos apresentados pela defesa, uma vez que o débito ainda persiste no âmbito da União.

41. A defesa segue (fls. 1300/1303), alegando a **ausência de dolo, má-fé ou ato de improbidade administrativa**. Quanto à ausência de dolo, esta já foi discutida anteriormente, nestes autos. Quanto à ausência de improbidade administrativa, este assunto não é tratado nestes autos, que se restringe à competência do TCU em buscar os responsáveis por danos causados ao Erário. Improbidade administrativa é alvo circunscrito à competência do Ministério Público Federal. Portanto, os argumentos levantados pela defesa sobre este assunto não alcançam a TCE em questão.

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 acolhida aos argumentos apresentados pela defesa.

45. Quanto às ações esperadas por homem médio, na situação discutida nos autos, a defesa apresenta o Acórdão 217/2007 – 2ª Câmara - Relator Ministro Aroldo Cedraz, como subsídio ao seu argumento. Entretanto, o Acórdão apresentado trata exatamente da tomada de medida eficaz para se interromper a possibilidade de débito ao Erário, no caso do Acórdão ilustrado, foi suspensa a licitação e seus atos decorrentes, impossibilitando prejuízo ao Erário. Ao contrário, a ação tomada pelos

gestores questionados nestes autos foi a de continuidade nos pagamentos perniciosos, que redundaram em danos ao Erário, de modo que, não cabe acolhida aos argumentos apresentados neste ponto.

46. Por fim, a defesa alega boa-fé na troca de fontes. Todavia, tal conduta não foi questionada nesta TCE, mostrando-se desnecessária a discussão dessa tese. Basta mencionar que a inclusão da fonte orçamentária federal é que propiciou o alcance da matéria por esta Egrégia Corte de Contas.

47. Porquanto, embora possa ser entendida a boa-fé dos gestores e inclusive a da empresa contratada, enquanto os recursos não forem devolvidos aos cofres do Fundo Nacional de Saúde resta configurado débito para com a União.

(...)

### **Cobrança indevida de tributo**

13. O débito tratado nos presentes autos não tem nada que ver com superfaturamento, no sentido tratado no tópico anterior, e diz respeito tão somente à irregular conduta da empresa fornecedora, bem como a dos servidores responsáveis pelos pagamentos das faturas, os quais simplesmente desprezaram a força vinculante do edital e permitiram que os medicamentos fossem pagos de forma diversa da que havia sido previamente determinada.

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). Tem-se a considerar, ainda, que as diversas TCEs 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.

15. Resta abordar sobre uma questão levantada no despacho ministerial, cujo conteúdo remeteria a uma eventual pesquisa de preços de mercado, à época da licitação, a possível obtenção de evidências cabais sobre a ocorrência ou não de inclusão de ICMS nos valores pagos. Tem-se a dizer que a imputação de débito a esse respeito em nenhum momento se fundamenta em referência mercadológica para considerar a ocorrência de bitributação, senão em inequívoca violação a preceito editalício, cujo teor vinculava a apresentação da proposta à exigência de que os preços contemplassem a incidência do tributo (peça 6, p. 49). Há, nos autos, prova de que a empresa não só tinha conhecimento da disposição, como também afirmava tê-la cumprido (peça 15, p. 14). E mesmo que não houvesse tal declaração, não se reconhece à vontade particular capacidade derogatória de norma editalícia, a menos que ela se exerça segundo os canais legalmente previstos; no caso, via recurso ao edital. O princípio à vinculação ao instrumento convocatório, inscrito no art. 3º, III, da Lei 8.666/1993, inequivelmente constitucionaliza a força vinculante do edital licitatório, pois é a clara objetividade do edital que assegurará o princípio constitucional da isonomia, inscrito no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

16. Entende-se, portanto, que eventuais pesquisas em preços de mercado extra-autos não fornecerão precisão adequada para balizar conclusões cabais, tendo em vista se

tratar de um segmento mercadológico muito amplo e complexo. As próprias referências de preços preparadas pela CMED/Anvisa são muito díspares e imprecisas. Conforme acima defendido, a estimativa de preços possui legitimidade jurídica para representar, no caso particular, a referência de mercado, e a respeito dela se pode alcançar juízo de existência ou não existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos. A questão do pagamento indevido do tributo que informa a imputação de débito constante dos presentes autos remonta à fundamentação de outra ordem, pautada pela força vinculante do edital.

#### **Laudo pericial**

17. A Procuradoria da República em Goiás encaminhou a esta unidade técnica 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 Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, particularmente o Pregão 117/2006 (peça 63).

18. Em termos gerais, o laudo confirma o entendimento exposto nesta instrução, no sentido de que é inequívoca a exigibilidade dos pagamentos com base nos preços adjudicados, devendo ser subtraída a parcela financeira correspondente ao tributo de ICMS. Nada obstante, faz-se nesta oportunidade apenas uma ressalva a uma parte do teor da perícia (peça 63, p. 20-21), para deixar clara a impossibilidade material e jurídica de que eventual pesquisa de mercado possa balizar apreciação de mérito quanto ao tema.

19. Outro assunto abordado na perícia diz respeito a eventual responsabilidade do pregoeiro, por considerar a possibilidade de lhe ser exigível a rejeição das propostas das empresas que eventualmente declarassem contemplar ofertas isentas do tributo de ICMS. Não nos parece possível semelhante imputação, não só porque as empresas, sobre o tema, apresentaram declarações contraditórias, como também porque a referida isenção, por contrariar disposição do edital, deveria ter sido expressamente arguida pelo próprio licitante, fazendo constar em ata, sob pena de preclusão.”

Igualmente, transcreve-se trecho do voto condutor do acórdão guerreado (peça 73):

#### “VIII – Das supostas retenções

67. Necessário ainda discorrer que, em uma das oportunidades em que a empresa Hospfâr 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.

70. Assim, além de refutar os argumentos apresentados, essa última informação trazida ao processo torna evidente a necessidade de que o Tribunal determine à SES/GO que instaure tomada de contas especial também para os débitos relativos aos pagamentos efetuados posteriormente à instauração desta tomada de contas especial, no âmbito do Pregão 117/2006, no que tange aos pagamentos efetuados às empresas Hospfâr, Medcommerce e Milênio, com recursos federais.

(...)

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. Por pertinente, considerando que a fonte estadual de pagamento dos medicamentos adquiridos representou cerca de 80% dos dispêndios empenhados, penso ser adequado que o Tribunal dê ciência desta deliberação ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e ao Ministério Público Estadual, para providências que entenderem cabíveis.”

Assim, não há falar em “insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado o acórdão recorrido”.

**Pelo exposto, não deve ser conhecido o recurso de revisão interposto pelo sr. Cairo Alberto de Freitas, por não atender aos requisitos específicos de admissibilidade, nos termos do artigo 35 da Lei 8.443/1992 e do artigo 288 do RI/TCU.**

Importa destacar a existência de documentação juntada pela Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (peça 234), na qual alega que houve retenção de créditos e que estes jamais foram liberados à referida empresa. Para fins de prova, junta a relação das notas fiscais não liquidadas. Na oportunidade, requer a realização de diligência junto ao Estado de Goiás para que esclareça documentalmente a questão das retenções e prove que liberou as verbas retidas.

No atual momento processual, à empresa Hospfâr, para fins de modificação da decisão que a condenou (Acórdão 732/2013-Plenário – peça 72), é cabível apenas o recurso de revisão, em

**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU**  
**Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira**

razão da preclusão temporal para interposição dos demais recursos previstos na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU e do conseqüente trânsito em julgado da decisão.

Assim, o Ministério Público de Contas propõe receber a documentação como mera petição e negar-lhe seguimento.

Brasília, em 6 de outubro de 2016.

**Júlio Marcelo de Oliveira**  
Procurador