

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 016.826/2009-5

Natureza Embargos de Declaração em Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Secretaria de Estado da Saúde de Goiás

Embargante: ML Operações Logísticas Ltda. – em recuperação judicial (CNPJ: 03.553.585/0001-65)

Advogados com procuração nos autos: Marcio Pacheco Magalhães (OAB/GO 5.795), representando Benevides Mamede Júnior; Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089) e outros, representando Hospfar Industria e Comercio de Produtos Hospitalares S.A.; Arthur Simas Pinheiro (OAB/DF 48.314) e outros, representando Cairo Alberto de Freitas; Frederick Gomes Luiz (OAB/GO 39.438) e outros, representando ML Operações Logísticas Ltda (em Recuperação Judicial); Fernando Cezar Vernalha Guimarães (OAB-PR 20.738), representando Profarma Specialty S.A.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PAGAMENTOS INDEVIDOS NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. ACRÉSCIMO DO ICMS A VALOR FATURADO JÁ ONERADO PELO IMPOSTO. CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. CONDENAÇÃO AO RECOLHIMENTO DO DÉBITO. MULTAS. DETERMINAÇÃO. EMBARGOS. MULTA AFASTADA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por ML Operações Logísticas Ltda. – em recuperação judicial (peça 282), antiga razão social da Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (CNPJ: 03.553.585/0001-65), contra o Acórdão 920/2020-TCU-Plenário (peça 251), da minha relatoria, que manteve o Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário (peça 196), Relator Ministro José Múcio Monteiro. No último julgado, o Tribunal negou provimento ao recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 1.028/2015 (peça 84), alterado pelo Acórdão 816/2017 (peça 111), ambos do Plenário e relatados pelo Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, conforme transcrições abaixo:

Acórdão nº 1.028/2015 - TCU – Plenário

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial, instaurada pela Secretaria da Saúde do Estado de Goiás - SES/GO, a partir de determinação contida no item 9.2.3 do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela SES/GO por meio do Pregão 314/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento dos medicamentos para o atendimento à Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:

9.1. excluir os Srs. Adriano Kennen de Barros e Benevides Mamede Júnior do rol de responsáveis;

9.2. julgar irregulares as contas dos responsáveis Cairo Alberto de Freitas e Antônio Durval de Oliveira Borges, bem como das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiet Farmacêutica Ltda., 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 a seguir arrolados, 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 efetivos recolhimentos, na forma prevista na legislação em vigor:

9.3.1. responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
99074	15.552,62	28/11/2007
111106	14.374,52	28/11/2007
115604	3.442,93	28/11/2007
117546	48.527,04	28/11/2007
117540	8.596,56	28/11/2007

9.3.2. responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
51343	535,50	1/9/2006
50374	28,56	1/9/2006
50373	1.135,26	1/9/2006
55237	1.097,27	18/9/2006

62143	1.570,80	18/9/2006
62147	946,05	18/9/2006
62567	267,75	18/9/2006
65835	234,45	18/9/2006
65961	2.356,20	18/9/2006
68245	535,50	18/9/2006
70333	2.213,40	18/9/2006

9.3.3. responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira Borges e Prodiel Farmacêutica Ltda.:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Valor (R\$)</i>	<i>Data</i>
285828	6.704,46	14/2/2007

9.4. aplicar às empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiel Farmacêutica S.A. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno, nos valores individuais de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), respectivamente, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

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 314/2005 - 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:

9.6.1. o dano apurado neste processo de tomada de contas especial levou em consideração apenas as notas fiscais pagas por ocasião do fechamento do Relatório Conclusivo 001/2009 da comissão instauradora de TCE e, portanto, apenas uma parte das notas fiscais emitidas pela empresa Hospfar, Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares,

Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. e Prodiel Farmacêutica Ltda.;

9.6.2. há, no referido Relatório Conclusivo 001/2009, informação da existência de um dano potencial que poderia se concretizar com a realização de pagamentos integrais às empresas, em face da emissão de notas fiscais e de suas propostas, consideradas por essas como já tendo sido desoneradas do ICMS, o que só não ocorreu em razão das retenções que vinham sendo efetuadas por essa unidade;

9.6.3. o Memorando 762/2011-SGPF/SES de 5/12/2011 e o Ofício 8946/2011-GAB/SES, remetem à informação de que a Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer 003225/2011 e do Despacho “GAB” 004670/2011, orientou acerca da impossibilidade da manutenção da retenção de pagamentos por falta de amparo legal (peça 41), de modo que, assim, se possibilitou, com esses documentos, a realização dos pagamentos pleiteados pelas empresas, concretizando-se, possivelmente, o dano potencial apurado pela comissão instauradora da TCE;

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 por este Tribunal e, tão logo receba o processo de tomada de contas especial assim constituído, realize a citação dos responsáveis nele identificados;

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 314/2005 - SES/GO.

Acórdão 816/2017 – TCU – Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. conhecer dos embargos de declaração opostos pela empresa Hospfar Ind. e Com de Produtos Hospitalares Ltda., para, no mérito, os acolher;

9.2. tornar insubsistente o item 9.4 do Acórdão 1028/2015 – Plenário;

9.3. conhecer dos embargos de declaração opostos por Cairo Alberto de Freitas, para, no mérito, rejeitá-los;

9.4. encaminhar os autos à Secretaria de Recursos tendo em vista os Recursos de Reconsideração interpostos por Profarma Speciality S.A. e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., para as providências de sua alçada;

9.5. dar ciência deste acórdão bem como das peças que o fundamentam, aos embargantes

e às empresas Prodiet Farmacêutica S.A e Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda.; e

9.6. arquivar os autos.

Acórdão 1.858/2018 – TCU – Plenário

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em fase de recursos de reconsideração interpostos por Cairo Alberto de Freitas, Profarma Speciality S.A., ML Operações Logísticas Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.028/2015-Plenário.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/92, c/c o art. 285 do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;

9.2. comunicar a presente decisão aos recorrentes, à Procuradoria da República no Estado de Goiás, ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás.

Acórdão 920/2020 – TCU - Plenário

9.1 conhecer dos embargos da empresa Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda., para, no mérito, rejeitá-los;

9.2. comunicar o inteiro teor da presente deliberação à Procuradoria da República no Estado de Goiás, em consonância com o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, bem como ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás, à Secretaria da Saúde do Estado de Goiás, aos recorrentes e aos demais interessados.

2. Destaco que o Acórdão 1.028/2015-TCU-Plenário foi retificado, por inexatidão material, pelo Acórdão 1.395/2017-TCU-Plenário (peça 160), Relator Augusto Sherman Cavalcanti, em virtude de alteração das razões sociais das empresas Milênio Distribuidora de Prod. Farm. e Hospitalares Ltda., atual ML Operações Logísticas Ltda., e Prodiet Farmacêutico S/A, atual Profarma Specialty S/A (peça 160).

3. Transcrevo, a seguir, em atenção ao art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, com ajustes de forma, instrução em que o auditor da Secretaria de Recursos analisa as razões recursais apresentadas pela embargante (peça 289), com a anuência do Diretor da unidade (peça 290), atuando por delegação de competência:

HISTÓRICO

2. Trata-se de tomada de conta especial instaurada pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás - SES/GO, em cumprimento às disposições do Acórdão 45/2008-TCU-Plenário (subitem 9.2.3, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro), do Acórdão 1789/2010-TCU-2ª Câmara (subitem 1.6.1, da relatoria do Ministro Augusto Sherman) e do Acórdão 2770/2011-TCU-2ª Câmara (relator Ministro Augusto Sherman).

2.1. A irregularidade tratada nestes autos diz respeito aos processos de pagamentos decorrentes dos contratos resultantes do Pregão 314/2005, realizado para aquisição de medicamentos de alto custo com recursos públicos federais, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao ICMS - Imposto sobre Operações relativas

à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nos termos previstos no correspondente edital.

2.2. A falta de desoneração do ICMS foi apontada inicialmente na Representação formulada pela 4ª Promotoria de Justiça do Ministério Público de Goiás (TC 017.576/2005-2, Acórdão 45/2008- Plenário, relator Ministro Raimundo Carreiro).

2.3. Naqueles autos a Secex/GO empreendeu auditoria junto aos órgãos e entidades do Governo do Estado de Goiás e constatou que a prática da não desoneração do ICMS nas faturas relacionadas à aquisição de medicamentos repetia-se em vários processos de compra, razão pela qual solicitou à Secretaria de Estado da Saúde de Goiás - SES/GO cópia de vinte e três processos de pregões, determinando a instauração de tomadas de contas especiais.

2.4. Posteriormente, nos autos do TC 008.322/2010-4, relativo à Representação deflagrada pela Procuradoria da República no Estado de Goiás, mais uma vez a matéria sobre a falta da desoneração do ICMS veio à pauta, havendo o Tribunal determinado à SES/GO que adotasse providências para apuração integral das falhas noticiadas e que instaurasse, se necessário, de maneira apartada, processos de tomadas de contas especiais relativas a vinte procedimentos licitatórios.

2.5. Por fim, no âmbito do TC 008.322/2010-4, o Tribunal fixou prazo para que a SES/GO cumprisse as disposições do Acórdão 1789/2010-TCU-2ª Câmara, no que se refere à instauração das tomadas de contas especiais.

2.6. Destaque-se a relevância da matéria em razão de reiterada prática irregular nas aquisições de medicamentos pela SES/GO, com envolvimento de recursos públicos federais transferidos àquele Estado à conta do SUS - Sistema Único de Saúde.

2.7. No caso tratado nestes autos, relativamente às irregularidades atinentes ao Pregão 314/2005, a Comissão Permanente de Tomada de Contas Especial - CPTCE, no âmbito da SES/GO, elaborou o Relatório Conclusivo 1/2008, descrevendo os fatos e as análises realizadas no processo de apuração (peça 23, p. 53).

2.8. Neste Tribunal foram citados, solidariamente, o então Secretário de Estado da Saúde, o ex-Superintendente de Administração e Finanças, o ex-Superintendente-Executivo da SES/GO e o Pregoeiro à época dos fatos, bem como as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda., antiga denominação social da empresa ora recorrente, e Prodiet Farmacêutica Ltda.

2.9. A decisão condenatória afastou a responsabilidade do pregoeiro bem como considerou que as alegações de defesa oferecidas pelos responsáveis arrolados foram incapazes de afastar a irregularidade apontada e, em consequência, entendeu pela irregularidade das presentes contas, fundamentada no art. 16, inciso III, alíneas b e c, da Lei 8.443/1992, com débito e multa prevista no art. 57 da referida norma, no que foi acompanhada pelo representante do Ministério Público junto ao Tribunal.

2.10. Em seguida a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. opôs embargos de declaração acolhidos pelo Acórdão 816/2017-TCU-Plenário (peça 111) para afastar a pena de multa aplicada por meio do Acórdão 1028/2015-TCU-Plenário (peça 84) a todas as pessoas, físicas e jurídicas, responsabilizadas pelo Tribunal.

2.11. Inconformada a empresa ML Operações Logísticas Ltda. interpôs recurso de

reconsideração que, apreciados por meio do Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro (peça 196), teve negado provimento.

2.12. Contra esse último julgado a mesma recorrente opõe os embargos de declaração objeto desta instrução em razão do Despacho proferido pelo relator à peça 284.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 287), pendente de análise pelo relator, Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, que propôs o conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, e a suspensão dos efeitos do item 9.1 do Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário, em relação à embargante.

EXAME TÉCNICO

4. Constitui objeto da presente instrução a análise da ocorrência de possível contradição e obscuridade no Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário ao tratar da compensação de valores retidos pela SES/GO no débito imputado à embargante na fase anterior.

5. Contradição e obscuridade.

5.1. Sustenta a embargante que foi obscuro e contraditório o Tribunal ao tratar da quantificação do débito, pois há imputação de débito em razão da existência de dano ao erário e, no mesmo acórdão recorrido, reconhece o Tribunal a existência de retenções de créditos efetuadas pela Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Goiás para com a finalidade de compensar valores do ICMS sem que esta Corte, na fase processual anterior, tenha esclarecido se tais retenções, o seu montante, foram efetivamente excluídas do cálculo do débito.

5.2. Aduz reforçar seus argumentos o seguinte trecho do voto que fundamenta a deliberação embargada: “poderá ser demonstrada a eventual devolução de recursos já efetuada ao erário”, sem que o Tribunal tenha esclarecido se esses valores retidos já foram abatidos.

Análise:

5.3. Inicialmente cabe esclarecer que a embargante não logrou apontar qualquer vício sanável via embargos de declaração, eis que essa espécie recursal tem como pressuposto a ocorrência de omissões, contradições ou obscuridades na própria decisão combatida, ou seja, em seu conteúdo.

5.4. A questão por ela posta em seu recurso foi devidamente enfrentada pelo Tribunal na fase processual anterior, quando o Relator assim fundamenta seu voto:

‘30. No tocante às quantias supostamente retidas pelo Estado de Goiás, de que já se falou neste voto, mencione-se ainda que, conforme destacado pela unidade técnica, esta Corte entendeu não haver recursos federais glosados pelo ente estadual. Vale esclarecer também, de todo modo, que em nenhuma hipótese haverá cobrança em duplicidade do débito, porquanto, independentemente da esfera jurídica em que ocorra o reconhecimento do dano, haverá apenas um ressarcimento, já que na execução da dívida poderá ser demonstrada a eventual devolução de recursos já efetuada ao erário.’

5.5. Ademais, é importante ressaltar que esta Corte não tem competência para executar seus acórdãos ou para tutelar interesses privados, devendo a embargante, na fase de execução judicial do acórdão condenatório proferido nos presentes autos demonstrar que os recursos retidos pela Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Goiás são relativos

ao débito imputado por este Tribunal.

CONCLUSÃO

6. Da análise anterior conclui-se que devem os embargos, ante a ausência de vícios capazes de acolhê-los, serem rejeitados.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração opostos pela empresa ML Operações Logísticas Ltda. contra o Acórdão 1858/2018-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos embargos de declaração e, no mérito, rejeitá-los;*
- b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida à embargante e aos demais interessados. (Grifos no original)*

É o Relatório.