

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por ML Operações Logísticas Ltda. – em recuperação judicial, antiga razão social da Milênio Distribuidora de Produtos Farmacêuticos e Hospitalares Ltda. (CNPJ: 03.553.585/0001-65) (peça 282), contra o Acórdão 920/2020-TCU-Plenário (peça 251), da minha lavra, que manteve o Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário (peça 196), Relator Ministro José Múcio Monteiro.

3. Originalmente, o processo se refere a tomada de contas especial, instaurada por determinação do Acórdão 45/2008 - Plenário, por mim relatado, em razão de indícios de irregularidades na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Goiás (SES/GO), por meio do Pregão 314/2005, destinado à contratação de empresa especializada no fornecimento de medicamentos para a Central de Medicamentos de Alto Custo Juarez Barbosa/SES/GO.

4. As irregularidades verificadas nos autos se resumem a pagamentos indevidos decorrentes de aquisição de medicamentos de alto custo com recursos públicos federais, sem que fosse efetuada a desoneração do percentual de 17% relativo ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), consoante prescrevem os termos do edital do Pregão 314/2005 (peça 4, p. 8).

5. O Tribunal, por meio do Acórdão 1.028/2015 (peça 84), alterado pelo Acórdão 816/2017 (peça 111) e retificado, por inexatidão material, pelo Acórdão 1.395/2017 (peça 160), todos do Plenário e sob a relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, manifestou-se, nos seguintes termos, no que interessa aos presentes embargos:

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., ML Operações Logísticas Ltda. e Profarma Specialty 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 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:

(...)

9.3.2. responsáveis solidários: Cairo Alberto de Freitas, Antônio Durval de Oliveira

Borges e ML Operações Logísticas 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

(...)

9.5. 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;

6. Insatisfeitos, Cairo Alberto de Freitas (peça 130), Profarma Specialty S.A. (peça 98) e ML Operações Logísticas Ltda. (peça 99), ora embargante, interpuseram recursos de reconsideração em face do Acórdão 1.028/2015-Plenário.

7. Por meio do Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário (peça 196), relatado pelo Ministro José Múcio Monteiro, este Tribunal decidiu por conhecer dos recursos de reconsideração interpostos, para, no mérito, negar-lhes provimento.

8. Com vistas a sanear o feito, a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. opôs embargos de declaração ao Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário (peças 243-244), os quais foram por mim rejeitados, por meio do Acórdão 920/2020-TCU-Plenário (peça 251).

9. Inconformada, a ML Operações Logísticas Ltda. – em recuperação judicial opôs os presentes embargos de declaração, com referência indevida ao Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro José Múcio Monteiro, mantido pelo Acórdão 920/2020-TCU-Plenário, da minha relatoria.

10. Para tanto, alega contradição e obscuridade na referida deliberação, ao tratar da compensação de valores retidos pela Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Goiás (SES/GO) com o débito a ela imputado, tendo por base os seguintes argumentos resumidos (peça 282):

a) há imputação de débito e, no mesmo julgado, o Tribunal reconhece a existência de retenções de crédito pela SES/GO, sem que a Corte tenha esclarecido se esses valores foram abatidos do dano ao erário;

b) essa conclusão é essencial para verificar se houve ou não danos ao erário, na extensão colocada no acórdão recorrido;

c) é contraditório o acórdão em debate, ao consignar expressamente ter ocorrido retenção de valores na via administrativa;

d) há obscuridade no julgado, ao afirmar que, em execução da dívida, “poderá ser demonstrada a eventual devolução de recursos já efetuada ao erário”.

11. Com isso, requer o conhecimento e provimento do recurso, para reconhecer que as referidas retenções afastam o dano ao erário e, por conseguinte, alteram a deliberação embargada, de modo a julgar-lhe regulares as contas. A unidade técnica, em uníssono, propõe o conhecimento e rejeição dos embargos (peças 289-290).

12. Antes de examinar as razões acima, com arrimo nos exames preliminares de admissibilidade, ratifico o juízo pela admissibilidade dos embargos presentemente opostos, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, mesmo diante dos equívocos da parte ao buscar sanear o Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro José Múcio Monteiro (peças 287-288), tendo em vista o princípio do formalismo moderado. O recurso é tempestivo em relação ao Acórdão 920/2020-TCU-Plenário, da minha relatoria, o qual também discute a questão das retenções, como demonstrarei nesta assentada.

13. Ao compulsar todas as deliberações prolatadas no presente processo, verifico que, ao contrário do que afirma a embargante, a questão relativa à alegada retenção de ICMS pelo Estado de Goiás, a ser compensada com o débito imputado à empresa, tem sido enfrentada sistematicamente em todas as intervenções desta Corte, incluindo-se o acórdão ora embargado.

14. Ressalte-se, primeiramente, que sequer se tem certeza sobre se, de fato, ocorreram as retenções alegadas pela embargante ou se os eventuais destaques ainda vigoram. Ao contrário. Em consulta realizada pelo então Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti à SES/GO, o órgão respondeu não ter havido destaques nos pagamentos às empresas envolvidas nas irregularidades em análise nos autos (peça 41).

15. Essa informação consta expressamente em trecho do relatório do Acórdão 1.028/2015-TCU-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, acolhido, nesta parte, pelo colegiado, com destaque ao caso da empresa Hospfar, mas aplicável a todas as pessoas jurídicas citadas nos autos (peça 82, p. 16):

14. As providências determinadas pelo Relator que concernem ao tema (peça 34, p. 29 e peça 40) 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 314/2005. A resposta apresentada nega a ocorrência de retenção (peça 41). (...)

16. No voto condutor do referido julgado, o então Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti novamente enfrenta a questão, deixando claro que a controvérsia estabelecida pelas retenções não confirmadas em nada altera as conclusões do Tribunal em relação ao débito imputado às partes. O julgador, no voto condutor do acórdão supracitado, traz novos elementos de prova que demonstram não terem sido realizados ou não estarem mais vigentes destaques nas notas fiscais objeto de atuação do Tribunal nos autos (peça 83, p. 12):

52. A questão das retenções foi repetidamente suscitada ao longo da defesa. Como já dito anteriormente, os valores federais utilizados para custear as aquisições advindas do Pregão 314/2005 foram integralmente empenhados e pagos, ou seja, não foram objeto de retenção, conforme os seguintes documentos: relatório de contas pagas da SES/GO com recursos federais (fls. 3-7, peça 20), Relatório da TCE (fls. 11, peça 24), Despacho

49/2006 da Superintendência da Administração e Finanças (“... de forma que os pagamentos na fonte federal, por não representarem a integralidade dos recursos comprometidos na nota fiscal a ser paga, serão efetuados no valor integral” fls. 3, peça 21). Por conseguinte, essa questão não se refere ao presente processo.

53. Vale mencionar, 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 (fls. 1-13, peça 41).

54. 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.

17. De outro lado, ao analisar recursos de reconsideração interpostos pela ora embargante, dentre outros responsáveis, a Secretaria de Recursos, além de confirmar a ausência de retenção de débitos do ICMS nas notas fiscais discutidas nos autos, esclareceu, ainda, não ser discussão a ser travada no Tribunal, mas sim em eventual processo de execução. Nesse sentido, transcrevo manifestação contida no relatório do Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário (peça 196), ratificada pelo colegiado (peça 198, p. 16):

8.43. Por fim, quanto a valores que teriam sido retidos pelo Estado de Goiás, importante informar que à peça 83, p. 13, itens 65-66 esta Corte entendeu não haver recursos federais retidos pelo ente estadual.

8.44. Ademais, não haverá tríplex cobrança sobre um mesmo fato gerador. Note-se que o reconhecimento do dano pode ocorrer em diferentes esferas jurídicas, com consequências jurídicas distintas, mas o ressarcimento será apenas um, sob pena de enriquecimento ilícito da União, o que seria afastado judicialmente. Atente-se estar diante de processo de conhecimento, o de execução será em outra oportunidade. No âmbito do processo de execução, poder-se-á comprovar que o ressarcimento já foi realizado, como alegam os recorrentes, mediante a apresentação das provas que julgar adequadas.

18. No mesmo sentido e no que interessa ao recurso em análise, o então Ministro Relator José Múcio Monteiro, ao se manifestar acerca das peças recursais, dissertou, no Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário, com clareza, sobre a ausência de comprovação de que, de fato, ocorreram retenções relacionadas aos débitos em debate nos autos e, também, sobre, mesmo existentes, a impossibilidade de influenciarem a deliberação recorrida (peça 197, p. 6):

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.** (Grifos acrescidos)

19. Destaco, no trecho transcrito, a parte apontada pela embargante para alegar contradição no julgado. Todavia, note-se que o parágrafo, quando lido na íntegra, é claro em ressaltar não haver notícia de recurso federal glosado pelo ente estadual. O voto esclarece, ainda, que a devolução

antecipada de valores, mesmo retidos, poderá ser debatida na execução do título extrajudicial formado a partir da deliberação desta Corte. Por certo, não há risco de *bis in idem*.

20. De outra sorte, a possível parte do voto condutor do no Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário (peça 197, p. 7, item 33), que a recorrente aduz ser confirmação de que houve retenções na SES/GO relativas aos débitos em análise, trata-se, em verdade, de discussão quanto à responsabilização do ex-Secretário de Saúde, Cairo Alberto de Freitas, que teria ordenado retenções, no intuito de resguardar o erário. Todavia, não há provas de que eventuais destaques tenham sido, de fato, realizados ou mantidos, como tem sido demonstrado nas deliberações da Corte, bem como nesta assentada.

21. Por fim, ao enfrentar os embargos de declaração opostos pela Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. contra o Acórdão 1.858/2018-TCU-Plenário, Relator José Múcio Monteiro, também mencionei diretamente a questão das retenções, no voto condutor do Acórdão 920/2020-TCU-Plenário, ora embargado (peça 252, p. 2):

12. Além disso entendo que foge à alçada deste Tribunal apreciar o mérito das retenções de pagamento já efetuadas e, com base nisso, autorizar seu abatimento do montante devido, em satisfação do interesse particular da recorrente. Considerando todo o exposto, elementos dos autos apontam para a licitude da medida e a embargante dispõe dos meios jurídicos adequados para fazê-lo na fase de execução do acórdão condenatório ou mesmo antes dela, junto ao Poder Judiciário. Portanto, não há omissão do julgado em relação à matéria.

22. Dessa forma, o Tribunal, em praticamente todas as ocasiões em que deliberou, incluindo-se o acórdão embargado, manifestou-se no sentido de não haver provas de qualquer retenção ainda vigente, relacionada aos débitos em discussão no presente processo; e, mesmo que houvesse, não seria esta Corte o palco adequado para deliberar sobre eventual compensação.

23. Além disso, a própria recorrente, maior interessada no deslinde da controvérsia, não trouxe aos autos qualquer informação relevante sobre destaques porventura realizados pela SES/GO nos pagamentos a ela direcionados e ainda vigentes, o que poderá fazê-lo, caso deseje, no âmbito do processo de execução da deliberação desta Corte.

24. Diante disso, os embargos de declaração opostos pela ML Operação e Logística têm a finalidade apenas de rediscutir o mérito da deliberação embargada, não havendo qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada no julgado.

25. Dessa forma, acolho os pareceres uniformes da Secretaria de Recursos (Serur), incorporando-os como parte das presentes razões de decidir e voto no sentido de que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de outubro de 2020.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator

