

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Cairo Alberto de Freitas ao Acórdão 1.128/2018-TCU-2ª Câmara, que declarou, de ofício, a nulidade do Acórdão 8.580/2017-TCU-2ª Câmara em face de erro na publicação da pauta de julgamento do processo relativa à sessão de 19/9/2017, julgou irregulares as contas do recorrente e condenou-o em débito solidário com outros responsáveis, pelas quantias especificadas na deliberação recorrida.

2. Presentes os requisitos fixados nos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992, conheço dos embargos para exame quanto ao mérito, antecipando que, apesar de rejeitar o recurso, considero oportuno emitir considerações adicionais ao voto embargado, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, visando expressar e explicar a motivação da deliberação recorrida.

3. Conforme se deduz do item 5 do meu voto condutor da decisão embargada, foram incorporadas às razões de decidir os fundamentos dos relatórios produzidos pela unidade técnica às peças 29 e 38, como motivação e fundamentação à condenação do recorrente em débito. Nesse sentido, expressamente asseverei que tal reprodução “*objetiva[va] fundamentar a nova deliberação a ser proferida [acórdão nesta fase embargado]*”.

4. No voto que proferi, também utilizei e transcrevi como fundamento voto anterior em que consta, clara e expressamente, no item 9, a seguinte passagem: “**Portanto, nenhum reparo às instruções de mérito produzidas pela Secex-GO, com as quais manifesto integral concordância, incorporando os fundamentos e análises nelas constantes às minhas razões de decidir.**”

5. Portanto, diferentemente do que afirma o recorrente, todos os seus argumentos foram devidamente enfrentados, vez que, conforme dicção do art. 69 do Regimento Interno/TCU, integram a deliberação recorrida o relatório e o voto, partes em que, consideradas em conjunto, verifico constar o detalhamento da motivação para refutar todas as alegações de defesa dos responsáveis.

6. A propósito, a jurisprudência desta Corte, a exemplo do Acórdão 2.202/2017-TCU-Plenário, Relatora a Exma. Ministra Ana Arraes, afirma que, nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil, somente os argumentos capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo julgador devem ser obrigatoriamente examinados, o que envolve juízo específico, caso a caso, do julgador. Eis o trecho dessa decisão jurisprudencial que interessa:

15. Da mesma forma, não vislumbro violação ao Código de Processo Civil – aplicável subsidiariamente aos processos desta Corte – ao deixar de examinar todos os argumentos deduzidos no processo. Uma vez reconhecido que a matéria escapa da esfera deste Tribunal, não se faz necessário examinar um a um os argumentos aduzidos pelo recorrente. De acordo com o CPC (art. 489), apenas argumentos capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo julgador devem ser obrigatoriamente examinados, (...)

7. Apesar disso, em respeito e consideração ao embargante, para que, como requer, conste do voto recorrido os argumentos para refutar as alegações de inexistência do débito, da ausência de demonstração do nexo de causalidade, da responsabilidade do pregoeiro e de diferenciação dos diferentes graus de responsabilidade das partes tidas como responsáveis, transcrevo a seguir os itens da instrução técnica constante da peça 29, que tratam do tema e com a qual concordo integralmente, como já havia asseverado no voto embargado:

Análise das alegações do ex-secretário de saúde [Sr. Cairo, ora embargante]

33. Conforme análise pretérita referida no item 31 retro, e na linha do discorrido nos itens 21 a 28 acima, o entendimento firmado nos processos similares (quadro 1 retro), em que as práticas foram idênticas, foi no sentido de que as participações do secretário de saúde e do superintendente de administração e finanças foram decisivas para a ocorrência dos danos, independentemente de terem sido beneficiados diretamente com os valores pagos a maior. A solidariedade no débito nesse caso é devida conforme já decidido pelo TCU em outros processos que tratam do mesmo assunto.

34. É esperado do titular de qualquer órgão, como a pasta estadual da saúde, o exercício da administração na área de sua competência, notadamente os relacionados com a orientação, coordenação e supervisão das atividades a cargo das unidades administrativas integrantes do órgão sob sua gestão.

35. Conforme já pontuado acima, como bem disseram os Ministérios Públicos, o secretário assinou os contratos (ex.: peça 3, p. 302), emitiu empenhos (ex.: peça 3, p. 249-259) e autorizou a realização dos pagamentos às contratadas (ex.: peça 4, p. 213-215). Nos processos similares (quadro 1 retro), tais condutas têm motivado pareceres ministeriais e votos dos relatores no sentido das deliberações condenatórias.

36. No tocante aos argumentos atinentes à responsabilidade do gestor e de controvérsia sobre a oneração/desoneração (item 32-a retro), não há como aceitá-los. Sobre isso, transcreve-se o seguinte do voto condutor do Acórdão 1344/2013 – Plenário:

87. É certo que o Sr. *omissis* dependia da atuação de seus subordinados para realizar tarefas vinculadas ao ato final de autorização de pagamento da despesa, como a preparação do respectivo processo e a atestação da entrega do material, entre outras. No entanto, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento. No caso em tela, bastaria que o gestor retrocedesse algumas folhas no processo de pagamento para verificar que o preço unitário lançado na ordem de fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais (vide peça 12). Como os processos seguiram seu curso e resultaram na concretização de pagamentos indevidos, conclui-se que, ou o gestor agiu com negligência deixando de efetuar verificações mínimas quando da autorização, ou concordou com o procedimento, atuando de forma conivente.

88. Nesse contexto, tem-se que a existência de controvérsia sobre a oneração/desoneração não releva a conduta do gestor. Como já destacado nas seções anteriores, a regra estabelecida nos editais da SES/GO era a apresentação de propostas oneradas. Essa regra era notória. Mesmo havendo questionamento, as respostas elaboradas por diversas instâncias jurídicas deixavam claro que a regra fixada no edital deveria ser observada, cabendo adotar procedimentos alternativos apenas quando o instrumento convocatório fosse omissivo ou quando da edição de novos editais.

89. Tal é o caso do multicitado Parecer GOT 104/2004, emitido pela Gerência de Orientação Tributária da Secretaria de Fazenda. O documento afirmava claramente que, nos casos em que o edital da licitação fosse omissivo, poderiam ser adotados, alternativamente, três procedimentos, a saber, i) a apresentação da proposta desonerada com acréscimo e abatimento posteriores do ICMS na nota fiscal; ii) a apresentação da proposta onerada com desconto do imposto na nota fiscal; ou, iii) apresentação da proposta com os dois valores, onerado e desonerado. Como no caso em tela o edital não era omissivo, era obrigatória a disposição ali estabelecida, ou seja, a apresentação de propostas oneradas.

90. Seguindo nessa direção, diversos pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado (e. g. Despacho AG 1298/2007) deixavam assente que a alteração da regra de oneração das propostas somente poderia ser aplicada em editais futuros (vide comentários nas seções anteriores).

91. Por conseguinte, considerando que o Sr. *omissis* não adotou providências que garantissem a observância dos termos do edital, de modo a impedir a efetivação de pagamentos indevidos e a concretização do dano ao erário, não há como afastar sua responsabilidade sobre o débito.

37. Os argumentos utilizados pelo então gestor de que praticou os atos administrativos com boa fé (item 32-e acima) não o exime de responsabilidade, conforme entendimento firmado pelo TCU (Acórdãos do Plenário 179/2011, 1.736/2010, 2.748/2010, 1.528/2010) no sentido de que cabe ao gestor a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário. O fato de terem agido com respaldo em condutas de áreas técnicas ou em pareceres não tem força para impor ao administrador a prática de um ato irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos. [Apesar dessa opinião, o voto embargado não aplicou multa ao responsável, em linha de aderência a outros processos similares, considerando atenuantes verificados nos autos]

38. Quanto à responsabilização do pregoeiro (item 32-d retro), já foi decidido em processos em andamento nesta Corte (quadro 1 retro) que as irregularidades geradoras dos débitos ocorreram no pagamento dos medicamentos, o que levou à responsabilização exclusiva dos ordenadores de despesa que autorizaram os pagamentos em desacordo com os editais.

39. Sobre o fato de ter adotado medidas administrativas tão logo teve conhecimento das irregularidades (item 32-b acima), tal situação não elimina a responsabilidade, pois, ao fim, não foram suficientes para impedir o dano efetivo ao erário. Muito menos quanto às alegadas providências de retenção (item 32-c retro), posto que limitadas, abarcando os cofres estaduais e resultando temporária

retenção de pagamentos à empresa não responsabilizada neste processo (R\$ 9,5 milhões de pagamentos à Hospfar, conforme alegado à peça 31, p. 6, do TC 003.490/2015-7).

40. Quanto às alegações do responsável sobre a insuficiência do nexo causal entre a sua conduta e o resultado danoso apurado e sobre a responsabilidade da comissão licitadora e do seu antecessor, que teria efetivado os primeiros pagamentos, não devem prosperar diante dos elementos caracterizadores de responsabilidade contidos nos itens 34 a 36 retro e dos elementos de delimitação temporal contidos no item 26 retro, a par da ausência de evidências e argumentos contrários do responsável que sustentassem suas alegações.

41. Por fim, deve-se registrar, relativamente às alegações de diferentes graus de envolvimento e responsabilização do responsável e da empresa (item 32-f/g/h acima), que a gravidade das diferentes condutas dos responsáveis é aferida sempre por esta Corte, mormente para as sanções pecuniárias individualizadas, não tendo como excluir a solidariedade pelo débito apurado, diante da realidade factual e jurídica apurada. [O embargante não foi multado nestes autos]

Grifos acrescidos

8. Em conclusão, restam claras e expressamente demonstradas as devidas e necessárias motivação e fundamentação da decisão embargada, vez que respeitados adequadamente o devido processo legal, oferecido o contraditório e observados estritamente os elementos de prova constantes dos autos, razão pela qual estes embargos não merecem acolhimento.

Pelas razões expostas, VOTO por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de setembro de 2018.

Ministro João Augusto Ribeiro Nardes
Relator