

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos, conjuntamente, pelos Srs. Gilvan Pizzano Agibert, ex-Prefeito do município de Prudentópolis/PR, Júlio Alberto Durski e Júlio Cesar Makuch, ambos ex-Secretários municipais de Saúde do referido município, contra o Acórdão 8.337/2018-TCU-2ª Câmara, o qual conheceu e negou provimento ao recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 5.161/2014-TCU-Segunda Câmara.

2. Por meio dessa última deliberação, o Tribunal, no que importa ao presente momento processual, julgou irregulares as contas dos ora embargantes e das empresas Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda. e GTC Distribuidora de Medicamentos Ltda., condenou-os em débito solidário e imputou-lhes a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, em razão de irregularidades na aquisição de medicamentos com recursos dos convênios 709494 e 712276/2009, entre as quais a não comprovação efetiva da entrega dos medicamentos.

3. Nos embargos apresentados, alega-se que o Sr. Júlio Makuch passou, de um momento para outro, a exercer função pública diferente (era vereador e passou a ser Secretário Municipal de Saúde), e que levou quase um ano para entender a dinâmica da pasta que assumiu. Alega-se, também, que o citado gestor, confiando nos servidores que já estavam na Secretaria de Saúde e lhe assessoravam, assinou o canhoto de algumas notas fiscais e inúmeros outros documentos. Por tais razões e considerando o pouco tempo em que o Sr. Júlio Makuch assumiu a função de Secretário Municipal de Saúde e a ocorrência que lhe é imputada, o fato desse gestor ter somente assinado canhotos juntos com outros vários documentos e os obstáculos e dificuldades enfrentadas numa pasta extremamente complicada, demanda-se que seja aplicado o art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei 4.657, de 1942), a fim de afastar a condenação do citado secretário.

4. Alega-se, também, a fim de afastar obscuridade e omissão, o saneamento da imputação da devolução dos valores e aplicação de multa aos embargantes diante do art. 28 da LINDB. Segundo os recorrentes, o TCU tem firmado posição de que a culpa grave é condição *sine qua non* para a aplicação da multa aos gestores e deve ficar cabalmente comprovada nos autos, sob pena de a sanção ser afastada.

5. Na mesma linha de raciocínio, é defendido que a diligência do Sr. Gilvan Agibert foi normal, pois recebeu uma ordem de pagamento devidamente instruída e liquidada e simplesmente assinou a transferência bancária. Logo, não se configuraria culpa grave ou dolo, nos termos do art. 28 da LINDB.

6. Por fim, os recorrentes requerem que o Tribunal afaste a omissão, obscuridade e contradição e aprecie o acórdão ora questionado com as razões alinhavadas na peça recursal.

7. Satisfeitos os requisitos atinentes à espécie, os presentes embargos devem ser conhecidos, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992.

8. Preliminarmente, acerca da natureza dos embargos declaratórios, e a título pedagógico, observo que os embargos de declaração são, em regra, recurso integrativo, que objetivam expungir da decisão embargada, os vícios da omissão, contradição ou obscuridade. Vicente Greco Filho assim define esses vícios da deliberação:

“(...) obscuridade: defeito consistente na difícil compreensão do texto da sentença e pode decorrer de simples defeito redacional ou mesmo de má formulação de conceitos, havendo obscuridade quando a sentença está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz.

contradição: afirmação conflitante, quer na fundamentação, quer entre a fundamentação e a conclusão, sendo que, nesses casos, a correção da sentença, em princípio, não levaria a uma verdadeira modificação da sentença, mas apenas a um esclarecimento de seu conteúdo.

omissão: caso em que a sentença é complementar, passando a resolver questão não solucionada, ganhando substância, portanto, sendo que as questões que devem ser resolvidas pelo juiz são todas as relevantes postas pelas partes para a solução do litígio, bem como as questões de ordem pública que o juiz deve resolver de ofício, como, por exemplo, a coisa julgada.”

(in Direito Processual Civil Brasileiro 11ª edição, 2º Volume, Editora Saraiva, p. 259/260).

9. No mesmo sentido a jurisprudência dos tribunais pátrios, da qual reproduzo excerto do voto condutor da seguinte deliberação do egrégio STJ, a rememorar que os declaratórios:

“(...) objetivam expungir da decisão embargada, o vício da omissão, entendida como aquela advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão de causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transversal a impugnar os fundamentos da decisão recorrida.” (STJ, EDcl REsp 351490, DJ 23/09/2002).

10. Ainda acerca da natureza dos embargos declaratórios, julgo relevante transcrever o seguinte excerto do Acórdão 1.218/2015-TCU-Plenário:

“Antes de tratar especificamente dos argumentos trazidos pelos embargantes, lembro que essa espécie recursal, cujo objetivo é sanar eventuais omissões, obscuridades ou contradições, não deve ser manejada para rediscussão de mérito, o que representa, na prática, a possibilidade de repetição de um mesmo recurso, ferindo os princípios da singularidade, da isonomia e da celeridade processual. Os embargos declaratórios devem ter como fundamentação a obscuridade (falta de clareza na redação do julgado), contradição (existência de proposições inconciliáveis entre si) e omissão (falta de pronunciamento judicial sobre matéria que deveria ter sido apreciada pelo juiz)”

11. Adotadas essas premissas, passo ao exame do mérito dos presentes embargos, anotando, desde já, que inexistem os vícios suscitados pelos recorrentes no Acórdão 8.337/2018-TCU-2ª Câmara.

12. Conforme leitura das razões recursais, os vícios suscitados pelos embargantes carregam extensa argumentação de mérito direcionada nitidamente à reforma do julgado. Em outras palavras, valem-se os reclamantes de argumentos com a finalidade de provocar novo debate meritório sobre os fundamentos de suas condenações, na tentativa de demonstrar, tendo em vista as recentes mudanças introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei 13.655/2018 (arts. 22 e 28), que o acórdão atacado teria incorrido em omissão, obscuridade e contradição.

13. Os embargos não apresentam elementos suficientes que caracterizem os vícios de contradições ou obscuridades. Os recorrentes não apontaram incoerências entre afirmações contidas na motivação ou entre proposições da parte decisória, nem entre alguma asserção proferida nas razões de decidir e o dispositivo.

14. De fato, não há contradição embargável, pois não existem propostas inconciliáveis na deliberação recorrida. Igualmente, não se verifica obscuridade, pois não há qualquer dificuldade no entendimento do texto da deliberação que torne incompreensível o comando imposto ou a manifestação de vontade do Tribunal.

15. É oportuno lembrar que não é matéria de embargos a alegação de contradição entre a decisão impugnada e “doutrina”, “jurisprudência” ou mesmo “comando legal”. A contradição sanável em sede de embargos deve estar contida nos termos do próprio *decisum* questionado, conforme explicado no elucidativo excerto do Acórdão 3.339/2013-TCU-Primeira Câmara, *in verbis*:

“A omissão para o acolhimento dos declaratórios é a que diz respeito à questão que deveria ter sido apreciada pelo colegiado mas não o foi. Não constitui omissão ou contradição a adoção de entendimento diverso do preferido pela parte, segundo seus próprios critérios de justiça e de acordo com sua particular interpretação das leis e da jurisprudência.

Não há falar em omissão quando o acórdão analisa todas as questões submetidas a exame e as decide com base em teses jurídicas, jurisprudência, interpretação de leis e análise dos fatos que são diversos dos que os jurisdicionados entendem como mais adequados.

*(...) a contradição deve estar contida nos termos do **decisum** atacado, este compreendido no âmbito desta Corte como o conjunto: Relatório, Voto e Acórdão. Não cabe alegação de contradição entre o acórdão embargado e ‘doutrina’, ‘jurisprudência’ ou mesmo ‘comando legal’. A alegação é pertinente em recurso de reconsideração ou pedido de reexame, no qual o comando atacado é contrastado com a jurisprudência, a doutrina e o ordenamento jurídico. Entretanto, é descabida em embargos de declaração, cuja única finalidade é esclarecer ou integrar a decisão embargada, excepcionalmente modificando-a.” (grifado).*

16. Quanto à alegada omissão, verifico que o voto e o relatório que fundamentam o **decisum** embargado enfrentou adequadamente todos os argumentos constantes do recurso de reconsideração e, também, que inexistiu omissão advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão de causa. Entendo que a argumentação de que as recentes mudanças introduzidas na LINDB pela Lei 13.655/2018 (arts. 22 e 28) deveriam ter sido aplicadas quando da apreciação da decisão atacada demonstra, de fato, nítida pretensão de rediscutir o mérito da matéria de fundo, o que é inviável na via estreita dos embargos declaratórios. Ademais, a questão extrapola o âmbito de devolutividade do recurso ao trazer à baila questão não suscitada pelos recorrentes em sede do recurso de reconsideração.

17. Importante registrar que a decisão condenatória original, em sede de tomada de contas especial – Acórdão 5.161/2014-TCU-Segunda Câmara (peça 131) –, foi analisada e julgada nos termos da legislação vigente à época dos fatos, não havendo espaço para questionamento quanto à pronúncia judicial sobre matéria que deveria ter sido apreciada. Ressalto que, com base nos elementos constantes dos autos, as condutas dos responsáveis foram analisadas à luz da legislação e jurisprudência vigente à época dos fatos, as quais foram consideradas passíveis de condenação pelo Tribunal.

18. Oportuno lembrar que essa decisão original foi, inicialmente, objeto de embargos de declaração pelos ora recorrentes, os quais foram rejeitados, nos termos do Acórdão 1.890/2015-TCU-2ª Câmara (peça 174).

19. Dessa forma, os presentes embargos devem ser rejeitados, pois inexistem os alegados vícios de omissão, obscuridade e contradição.

20. Não obstante à essa rejeição, tendo em vista o formalismo moderado, aproveito a oportunidade para trazer aos autos elementos adicionais à fundamentação que negou provimento ao recurso de reconsideração objeto dos presentes embargos, o que faço a seguir ao examinar as condutas dos ora recorrentes frente à nova disposição legal (arts. 22 e 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

21. Destarte, tal exame deve ser feito sem que se conceda aos embargos efeitos infringentes, visto que tais efeitos apenas são cabíveis se os elementos apresentados forem capazes de influenciar na decisão prolatada, que não se observa no presente caso.

22. Inicialmente, registro que as irregularidades que alicerçaram a aplicação das sanções, quando da apreciação da tomada de contas especial, estão, em essência, diretamente relacionadas com

a ausência de demonstração inequívoca da entrega dos medicamentos adquiridos e foram adequadamente caracterizados e fundamentados na deliberação originária destes autos (§§ 2-20 do Voto condutor do Acórdão 5.161/2014-TCU-Segunda Câmara) e na decisão que apreciou os recursos de reconsideração interpostos (§§ 7-26 do Voto condutor do Acórdão 8.337/2018-TCU-Segunda Câmara), não sendo estes embargos de declaração o instrumento adequado para reanalisá-los.

23. Nos termos constantes do relatório que fundamenta o acórdão embargado (peça 236, p. 2/3), as condutas atribuíveis aos Srs. Gilvan Pizzano Agibert e Júlio Alberto Durski foram: (i) pagamento antecipado de medicamentos, configurado pela aceitação dos termos de fiel depositário assinados pelas empresas fornecedoras, (ii) aceitação de notas fiscais sem a identificação do número do lote e do prazo de validade dos medicamentos, emitidas, portanto, em desacordo com a exigência contida no art. 13, inciso X, da Portaria-Anvisa n. 802/1998, e (iii) pagamento da totalidade dos medicamentos adquiridos, sem que as mercadorias tenham sido entregues; e a conduta atribuível ao Sr. Júlio César Makuch foi: firmar os canhotos das notas fiscais emitidas posteriormente para tentar provar a entrega dos medicamentos pagos antecipadamente, sem que isso tenha comprovadamente ocorrido.

24. No tocante ao art. 22 da LINDB, entendo que os obstáculos e as dificuldades alegadas pelos recorrentes não são suficientes para alterar o juízo de valor a respeito dos fundamentos de suas condenações, pois os fatos que citam não podem ser aceitos para afastar suas responsabilidades pelos atos praticados. Entendo, também, que as sanções aplicadas estão adequadamente dosadas em função da natureza e gravidade das infrações cometidas, bem como do dano causado ao erário. Ademais, pondero que inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes ou mesmo antecedentes dos responsáveis que possam modificar as sanções aplicadas pelo Acórdão 5.161/2014-TCU-Segunda Câmara.

25. Quanto ao art. 28 da LINDB, que estabelece que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, destaco que este Tribunal já se pronunciou, por mais de uma vez, sobre o que deve ser considerado erro grosseiro, tendo adotado, por vezes, o seguinte conceito: “*Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.*” (Acórdãos 2.924/2018-Plenário, 11.762/2018-2ª Câmara e 2.391/2018-Plenário).

26. A propósito do tema, esse entendimento foi adotado no Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou os novos artigos da LINDB, cujo art. 12, § 1º dispôs o seguinte: “*considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.*”

27. No mesmo sentido, os seguintes enunciados da Jurisprudência Seleccionada do TCU (grifado):

- ✓ “Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a **autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa.**” (Acórdão 2.699/2019-Primeira Câmara, Relator: Vital do Rêgo);
- ✓ “Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a **realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado.**” (Acórdão 185/2019-Plenário, Relator: Benjamin Zymler);
- ✓ “Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro o descumprimento de regra expressa em instrumento de convênio. Tal conduta revela nível de atenção aquém ao de uma pessoa com diligência abaixo do patamar médio, o que configura culpa grave, passível de multa.” (Acórdão 2.681/2019-Primeira Câmara, Relator: Benjamin Zymler);

- ✓ “Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.” (Acórdãos 2.924/2018-Plenário, Relator: José Mucio Monteiro, 2.391/2018-Plenário, Relator: Benjamin Zymler);
- ✓ “O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.” (Acórdão 2.860/2018-Plenário, Relator: Augusto Sherman);
- ✓ “A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o “erro grosseiro” a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018.” (Acórdão 1.628/2018-Plenário, Relator: Benjamin Zymler);
- ✓ “Para fins de responsabilização perante o TCU, considera-se erro grosseiro aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que pode ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado.” (Acórdão 3.327/2019-Primeira Câmara, Relator: Vital do Rêgo).

28. No presente caso, compreendo que os elementos acostados aos autos permitem concluir que os responsáveis Gilvan Pizzano Agibert, Júlio Alberto Durski e Júlio César Makuch agiram com culpa grave na gestão e acompanhamento de atos relativos aos convênios 709494 e 712276/2009.

29. Isso porque, na condição de responsáveis pela gestão e administração dos recursos federais repassados pela União para a execução de convênios cujo objeto envolvia a aquisição de medicamentos, agiram com elevado grau de negligência ao permitirem pagamento dos medicamentos adquiridos, sem que as mercadorias tenham sido entregues, caso dos responsáveis Gilvan Pizzano Agibert e Júlio Alberto Durski, ou ao firmar os canhotos das notas fiscais emitidas posteriormente para tentar provar a entrega dos medicamentos pagos antecipadamente, sem que isso tenha comprovadamente ocorrido, situação do responsável Júlio César Makuch, como exposto.

30. É de se esperar que um gestor, diante de pagamento de medicamentos da assistência farmacêutica básica adquiridos, busque se cercar de cautelas, em especial com o cumprimento estrito das regras legais, que, no caso em análise, incluiriam a legislação relativa à liquidação e pagamento de despesa e os normativos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Assim, a conduta dos Srs. Gilvan Pizzano Agibert e Júlio Alberto Durski decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, foi praticada com culpa grave, e pode ser considerada um erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

31. No tocante à conduta relativa ao pagamento antecipado de medicamentos (responsáveis Gilvan Pizzano Agibert e Júlio Alberto Durski), verifico que foi afrontada diretamente a legislação e a remansosa jurisprudência deste Tribunal, as quais exigem a oferta de garantias por parte do contratado nas hipóteses da ocorrência de pagamentos antecipados, com o intuito de evitar que eventual inadimplemento contratual resulte em prejuízos aos cofres públicos, como ocorrido no presente caso. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes jurisprudenciais do TCU:

- ✓ “O pagamento antecipado em contrato administrativo é procedimento excepcional que somente deve ser admitido quando presentes as devidas justificativas e observadas certas condições, como a prestação de garantia e a concessão de desconto pelo contratado.” (Acórdão 817/2018-Plenário, Relator: Aroldo Cedraz);
- ✓ “A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais em que ficar devidamente demonstrado o interesse público e houver previsão editalícia, sendo necessário exigir do contratado as devidas garantias que assegurem o pleno

cumprimento do objeto, a fim de evitar expor a Administração a riscos decorrentes de eventual inexecução contratual.” (Acórdão 554/2017-Plenário, Relator: Vital do Rêgo);

- ✓ “São requisitos para a realização de pagamentos antecipados: i) previsão no ato convocatório; ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação”. (Acórdão 4.143/2016-1ª Câmara, Relator: Benjamin Zymler);
- ✓ “É vedado o pagamento sem a prévia liquidação da despesa, salvo para situações excepcionais devidamente justificadas e com as garantias indispensáveis (artigos 62 e 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964; artigos 38 e 43 do Decreto 93.872/1986.” (Acórdão 158/2015-Plenário, Relator: Walton Alencar Rodrigues).

32. Oportuno destacar que a Lei 4.320/1964 veda expressamente o pagamento antecipado, ou seja, aquele realizado antes da liquidação da despesa. Nos termos dos arts. 62 e 63 desse normativo, transcritos a seguir, os pagamentos somente devem ocorrer após efetiva entrega dos bens, não sendo considerada para tanto sua manutenção no estabelecimento do fornecedor, mesmo que amparada em contrato de depósito (Acórdãos 653/2003 e 7.673/2010, da 1ª Câmara; 570/1997 e 364/1999, da 2ª Câmara; 81/1999, 140/2002 e 955/2012, do Plenário; dentre outros).

“Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.”
(grifado).

33. Considerando que não foi apresentada justificativa pertinente para a realização do pagamento antecipado sem as devidas cautelas, entendo que a conduta impugnada aos citados gestores decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, foi praticada com culpa grave, e pode ser considerada um erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

34. Conforme visto, a conduta do responsável Júlio César Makuch, então Secretário de Saúde, foi ter liquidado irregularmente as notas fiscais 5834, 5836, 5837 e 5838, emitidas em 29/6/2011, uma vez ter sido constatada a ausência de entrega das respectivas mercadorias, em afronta ao já transcrito artigo 63 da Lei 4.320/1964. Tal conduta configurou infração às disposições legais, concorreu para consumação do prejuízo ao erário e, nos termos da jurisprudência desta Corte de Contas e do art. 28 do Decreto 4.657/1942, incluído pela Lei 13.655/2018, decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, foi praticado com culpa grave, e pode ser caracterizada como erro grosseiro.

35. Dessa forma, após analisar as condutas pelos quais os ora embargantes foram responsabilizados nestes autos, frente às questões suscitadas pelos recorrentes, entendo que seus argumentos não merecem prosperar. Não obstante, complemento com este voto os fundamentos aduzidos por mim ao conduzir o julgamento que culminou na prolação do Acórdão 8.337/2018-TCU-Segunda Câmara.



Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de agosto de 2019.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator