

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Esclareço relatar os presentes embargos em função de haver atuado, quando da prolação da deliberação ora atacada, em substituição à Ministra Ana Arraes, nos termos da Portaria TCU 256, de 15 de setembro de 2014.

2. Os Avisos de Recebimento relativos aos ofícios 1035/2014-TCU/Secex/PR (vide peças n°s 147 e 151), 1034/2014-TCU/Secex/PR (vide peças n°s 148 e 152) e 1033/2014-TCU/Secex/PR (vide peças n°s 149 e 153), por meio do qual foram promovidas as notificações, respectivamente, dos Srs. Júlio Cesar Makuch, Júlio Alberto Durski e Gilvan Pizzano Agibert a respeito do teor do Acórdão 5161/2014 - TCU - 2ª Câmara, contêm, todos, data de recibo de 27/10/2014, enquanto, segundo consta do carimbo apostado pelo Protocolo da Secex/AM, os Embargos ora *sub examine* foram protocolados em 15/10/2014 (fl. 1, peça n° 141). A peça em questão, portanto, deve ser considerada tempestiva, nos termos do § 1º do art. 287 do Regimento Interno.

3. Além disso, verifica-se que, por intermédio do Acórdão 5161/2014 - TCU - 2ª Câmara, este Tribunal condenou em débito e aplicou multa aos Srs. Júlio Cesar Makuch, Júlio Alberto Durski e Gilvan Pizzano Agibert. Os responsáveis atendem, portanto, aos requisitos para serem considerados como partes na Deliberação atacada, configurando-se sua legitimidade para interpor a peça recursal em tela.

4. Além disso, os embargantes arguem, em sua peça, que o Acórdão 5161/2014 - TCU - 2ª Câmara comportaria obscuridades, omissões e contradições.

5. Assim, tendo em vista preencher os requisitos de admissibilidade para tanto, em especial os previstos nos arts. 32, inc. II, e 34, § 1º, da Lei 8.443/92, e 277, inc. III, 287, § 1º, do Regimento Interno, os Embargos de Declaração em tela devem ser conhecidos.

6. No que se refere ao mérito da peça, no entanto, verifico não assistir razão aos embargantes, consoante passo a expor.

Quanto à suposta ausência de citação

7. Desde logo, oportuno o esclarecimento de não se haver configurado a alegada ausência de citação de algum dos responsáveis constantes da deliberação embargada.

8. É possível que os responsáveis hajam chegado a tal conclusão com base na fase inicial desta TCE, embora, mesmo assim, incorrendo em certa confusão quanto à indicação dos responsáveis. Com efeito, nos primeiros passos deste procedimento e de acordo com o comando inserido no item 9.2 do Acórdão 1358/2011 - TCU - Plenário (fls. 1/2, peça n° 7), deliberação que deu origem a esta Tomada de Contas Especial, foram primeiramente chamados a apresentar alegações de defesa e/ou recolher débitos, solidariamente com as empresas fornecedoras envolvidas, apenas os Srs. Gilvan Pizzano Agibert, Prefeito Municipal de Prudentópolis à época dos fatos, e Júlio Alberto Durski, Secretário Municipal de Saúde à época dos fatos, havendo tais citações sido promovidas por via postal, consoante o atestam as cópias de ofícios e os respectivos ARs juntados aos autos (peças n°s 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17).

9. Plenamente verificável, portanto, que, diversamente do que alegaram os ora embargantes, o Sr. Júlio Alberto Durski foi devidamente citado, por meio do Ofício 732/2011-TCU/Secex/PR (peça n° 11 e respectivo AR na peça n° 15), tal como os demais a quem se imputava débito, também lhe sendo oportunizado, portanto, o recolhimento das importâncias indicadas.

10. Naquela ocasião, quem não chegou a ser chamado aos autos foi o Sr. Júlio Cesar Makuch, gestor que veio a ocupar posteriormente a Secretaria Municipal de Saúde. Tal circunstância, no entanto, decorreu dos elementos de que até então se dispunha nos autos. Com base em tal quadro, ademais, a Secex/PR chegou a ofertar proposta de mérito para esta TCE, na qual o Sr. Júlio Cesar Makuch não era responsabilizado (vide fls. 6/7, peça n° 57).

11. Subindo os autos ao Gabinete da Relatora, contudo, sua Excelência chamou a atenção para o fato de que, entre as irregularidades motivadoras da Tomada de Contas Especial, destacava-se o pagamento antecipado por medicamentos que não haveriam sido entregues quando da fiscalização *in loco* realizada por este Tribunal. Contudo, haveria alegação, na defesa de uma das empresas citadas, de que o fornecimento de tais produtos fora integralmente realizado em momento posterior, afirmação cuja comprovação intentou promover por meio da apresentação de notas fiscais, cujos canchotos contariam com a assinatura do então atual Secretário Municipal de Saúde, Sr. Júlio Cesar Makuch.

12. Diante desse quadro, então, em função de considerar que o saneamento de tal aspecto seria crucial em relação à possível imputação de débito, a Relatora restituiu o feito à unidade técnica, determinando a realização de inspeção, com vistas a aferir a efetiva entrega, após a anterior fiscalização deste Tribunal, tendo em vista os atestes de recebimento firmados pelo Sr. Júlio Cesar Makuch, devendo a Secex/PR, caso não confirmado o recebimento, providenciar a citação solidária do referido Secretário Municipal (conforme Despacho constante da peça nº 63).

13. Tendo por base a verificação *in loco* que levou a efeito, nova instrução da Secex/PR consignou não haver identificado a comprovação de entrega dos medicamentos pagos antecipadamente às empresas Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda. e GTC-Distribuidora de Medicamentos Ltda. (peça nº 70), concluindo, portanto, pela efetiva existência de fundamentos para a imputação de débito. Na mesma oportunidade, contudo, ainda que ratificando que o então Secretário Municipal de Saúde, Sr. Júlio Cesar Makuch, haveria indevidamente atestado o recebimento dos materiais em questão, a unidade instrutiva manifestou seu entendimento no sentido da inexistência de nexo de causalidade entre tal conduta e o débito desta TCE e, diante desse quadro, reapresentou proposta de apreciação do mérito das contas, uma vez mais sem incluir referido responsável.

14. Em nova intervenção nos autos, no entanto, o representante do MPTCU modificou seu entendimento anterior, de acompanhar a proposição de mérito da unidade técnica, e ponderou que (vide peça nº 74):

“... o débito do presente processo materializou-se quando os medicamentos foram pagos em dezembro/2010 e **não foram entregues ao município**. A conduta do atual secretário de saúde, ao atestar o recebimento de uma mercadoria não entregue, constitui afronta ao regular processamento da fase da liquidação da despesa (art. 63 da Lei 4.320/64) e contribui de forma decisiva para a ocorrência do dano. Assim, considero que o responsável precisa ser citado sobre tal fato para que apresente suas alegações de defesa e para que o Tribunal avalie adequadamente a sua conduta” (destaque constante do original).

15. Acolhendo a preliminar suscitada pelo *Parquet* especializado, restituí, então, os autos à unidade instrutiva, a fim de que promovesse a citação do Sr. Júlio Cesar Makuch, providência levada a efeito por intermédio do Ofício 1086/2012-TCU/Secex/PR (cópia na peça nº 80), cuja entrega ocorreu em 1º/10/2012 (vide AR na peça nº 83).

16. Verifica-se, portanto, que o argumento dos embargantes, a respeito da falta de citação, não procede.

**Quanto às supostas obscuridade e contradição de, simultaneamente, “reconhecer”
a falta de participação e condenar ao pagamento do débito**

17. As alegadas obscuridade e contradição, na verdade, não se confirmam. Conforme devidamente esclarecido pelo representante do MPTCU na passagem logo acima transcrita, a concretização do débito tratado nesta Tomada de Contas Especial dependeu de dois momentos distintos, a saber, o pagamento antecipado e o posterior efetivo não recebimento dos medicamentos. A atuação da Relatora deste feito, ademais, desde o primeiro Despacho proferido (vide peça nº 63), procurou deixar clara a estreita vinculação da possibilidade de imputação de

débito com a verificação quanto a se, em oportunidade posterior aos pagamentos antecipados, os medicamentos foram, efetivamente, entregues, condição que, se confirmada, tornaria imprópria a condenação dos responsáveis a ressarcir os cofres públicos, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa da Administração.

18. Em outras palavras, a conduta dos Srs. Gilvan Pizzano Agibert e Júlio Alberto Durski, de promoverem antecipação de pagamentos, até poderia ser apenada com multa, vez que praticada em desacordo com as normas a respeito da liquidação de despesa na Administração Pública. No entanto, caso as entregas se houvessem efetivamente verificado, não seria o caso de se lhes imputar débito, nem mesmo, tampouco, de atribuir responsabilidade ao Sr. Júlio Cesar Makuch, já que quanto a este último, na hipótese suposta, provavelmente não se poderia afastar a conclusão de que apenas atestou o efetivo recebimento.

19. No entanto, não foi isso o que se verificou e, nesse sentido, o Voto condutor da Deliberação ora embargada, já de minha lavra, foi suficientemente claro:

“5. Segundo as defesas, ante a proximidade do encerramento dos convênios, o município teria resolvido adiantar a totalidade dos pagamentos e firmado termos de fiel depositário para que parte dos medicamentos fosse entregue posteriormente, o que teria ocorrido em 29/6/2011, mediante as notas fiscais de saída 5834, 5836, 5837 e 5838, atestadas pelo secretário da Saúde Júlio Cesar Makuch, no caso da Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda. (peça 53, p. 12/6), e a nota fiscal 1541, da empresa GTC-Distribuidora de Medicamentos Ltda. (peça 51, p. 13).

6. Todavia, na inspeção, a equipe não confirmou o recebimento das mercadorias, o que denota que, após as citações, feitas em meados de junho de 2011, houve tentativa de regularização dos problemas, mas se repetiu irregularidade verificada inicialmente, de atestação da entrega dos bens sem prova de seu fornecimento, agora envolvendo outro gestor.

7. Atestações nessas condições revelam a participação dos gestores municipais nas irregularidades e levam ao descrédito de seus atos. Não se pode, em consequência, aceitar os canhotos das notas fiscais assinados como suficientes para que comprove a entrega dos medicamentos, inclusive porque os da empresa GTC-Distribuidora de Medicamentos Ltda. não contêm a identificação do signatário, sendo que sequer consta assinatura no campo apropriado na nota fiscal 1244 (peça 52, p. 33/7).

8. Nesse contexto, ainda que Júlio Cesar Makuch não tenha participado dos atos que deram ensejo aos pagamentos irregulares em dezembro/2010, de responsabilidade de Gilvan Pizzano Agibert e Júlio Alberto Durski, **sua atitude em firmar os canhotos das notas fiscais emitidas posteriormente para tentar provar a entrega dos medicamentos pagos antecipadamente, sem que isso tenha comprovadamente ocorrido, concorreu para consumação do prejuízo ao erário, além de configurar infração às disposições legais.**” (destaque não constante do original).

20. Referidas alegações de obscuridade e contradição, portanto, não procedem.

Quanto à suposta omissão de condenar-se o Sr. Júlio Cesar Makuch enquanto, segundo afirmam, não se lhe poderiam atribuir atos culpáveis, bem como tendo em vista ele não haver celebrado o convênio, nem sido seu gestor, nem participado inicialmente do processo

21. O trecho transcrito na análise do item precedente já deixa claros os motivos que levaram à condenação do Sr. Júlio Cesar Makuch. Descabido falar em qualquer omissão quanto à condenação do responsável. A alegação, portanto, é improcedente.

Quanto à suposta contradição entre as provas dos autos e a conclusão pela existência de irregularidade

22. É de todo incabível a utilização dos embargos de declaração com a finalidade de instaurar, indevidamente, nova discussão sobre as matérias já decididas pelo Tribunal. Tal remédio jurídico não se presta a renovar a discussão de provas, de teses jurídicas, de jurisprudência ou de outras questões de mérito já devidamente apreciadas pelo acórdão recorrido. Não constitui 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.

23. No que se refere à situação apontada, é possível verificar que o Voto condutor da Deliberação atacada conteve registros expressos quanto às razões para a rejeição dos elementos apresentados pelos defendentes, assim como no que tange aos fundamentos para as conclusões da equipe de fiscalização, conforme se pode depreender do seguinte trecho:

“15. Da mesma forma, as fotos (peça 51, p. 31/32) e declarações (peça 99, p. 94 e 97/101) apresentadas não são provas suficientes da entrega. A jurisprudência deste Tribunal é firme em reconhecer a ausência de valor probante de fotos e declarações para que comprove a execução de contrato/convênio, quando desacompanhadas de outros meios capazes de demonstrar o nexo causal entre o objeto e os recursos empregados.

16. No caso específico, a credibilidade desses elementos resta prejudicada ante as situações descritas pela unidade técnica, em especial de que as datas de parte das fotos são anteriores à da suposta entrega dos medicamentos, em 29/6/2011 (peça 70), e de que laboratórios fabricantes não confirmaram a venda, à empresa GTC-Distribuidora de Medicamentos Ltda., da quantidade de medicamentos e de determinados lotes informados em notas fiscais e na declaração registrada em ata notarial (peças 121/2).

17. No que diz respeito às fragilidades suscitadas nos procedimentos de fiscalização deste Tribunal, destaco, além das informações ora prestadas pela Secex/PR (itens 81/8 da instrução transcrita no relatório), que a unidade técnica afirmou na instrução da peça 57 que não se limitou, na fiscalização inicial, a verificar a existência das caixas de medicamentos com a logomarca das empresas no almoxarifado central do município, uma vez que a equipe de auditoria visitou todos os locais onde a farmacêutica responsável informou que havia estoques, mas só encontrou medicamentos adquiridos pelo Consórcio Paraná Saúde ou junto à empresa Comercial Cirúrgica Rioclarense.

18. Além disso, como o município não possuía sistema informatizado de controle de estoque de medicamentos, foi solicitada pela equipe de auditoria a disponibilização dos controles manuais e as receitas médicas retidas dos pacientes. Entretanto, foi apurado que esse controle manual dos estoques também não existia, assim como não havia guarda das cópias das receitas médicas que eventualmente poderiam comprovar a dispensação dos remédios.”

24. Possível constatar-se que a intenção dos embargantes, por meio do argumento em questão, é de promover nova análise de mérito de provas já examinadas por este Tribunal, pretensão incabível pela estreita via dos embargos. Sua argumentação a respeito do tema, portanto, deve ser rejeitada.

Quanto às supostas contradição e obscuridade no raciocínio de considerar as fotos “manipuladas”, em função das datas contidas nas propriedades dos respectivos arquivos

25. Constata-se que, em vez de apontarem efetiva contradição no Acórdão embargado, a qual, na peça recursal em tela, somente se caracterizaria se demonstrada incompatibilidade entre os fundamentos para decidir e a deliberação adotada, os recorrentes novamente buscam que se promova novo exame de provas, intento inviável pela via dos embargos.

26. Em sentido semelhante restou seu argumento de que o tratamento conferido às fotos apresentadas representaria “obscuridade na fundamentação ao utilizar um raciocínio tecnológico

não verdadeiro”. Também aqui, intentariam novo exame de provas, ao argumentar que a conclusão a respeito da invalidade de fotografias, ou de sua “manipulação”, com base nas datas constantes de suas propriedades, estaria fundada em bases incorretas, já que referida data seria modificada sempre que o arquivo fosse copiado de um local para o outro, fato que afirmam haver ocorrido na hipótese.

27. A fim de que não parem dúvidas a respeito de tal aspecto, esclareço, desde logo, não proceder a assertiva dos embargantes, de que a mera cópia de arquivos eletrônicos importaria na modificação da data contida em suas propriedades. Justamente em sentido diverso, o sistema operacional Windows, assim como diversos outros, ao efetuar a operação de simples cópia de arquivos, produz uma efetiva duplicata do original, em todas as suas características, aí também compreendida a respectiva data.

28. Contudo, ainda que assistisse razão aos recorrentes e, no caso, a data que estivesse marcada fosse a “da última cópia, e não necessariamente do dia que foi feita a foto”, haveria ainda mais razão para que a unidade técnica rejeitasse o valor probatório de tais elementos, já que, quando as datas dos arquivos serviram de fundamento para indicar sua inconsistência, isso ocorreu em função de tais datas serem **anteriores à da suposta entrega dos medicamentos**, consoante se pode constatar a partir da leitura do correspondente trecho da instrução constante da peça nº 70:

“III - RELATÓRIO FOTOGRÁFICO

7. A Prefeitura Municipal de Prudentópolis/PR forneceu dois CDs contendo fotos das supostas entregas dos medicamentos relativas às notas fiscais 5834, 5836, 5837 e 5838, emitidas em 29/6/2011, cujos originais estão disponíveis na 2ª DT desta unidade técnica (peças 67 e 68).

7.1. No CD 1 (peça 67), as fotos estão datadas de 9/8/2011, conforme descrição contida no arquivo original (aba propriedades), porém as imagens disponibilizadas não permitem afirmar que são os medicamentos entregues pela Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda.

7.2. Ao ampliar as fotos do CD, e posicionar o monitor sob uma etiqueta, há indicativos da empresa GTC-Distribuidora de Medicamentos Ltda., contudo não se pode aprofundar a sua procedência, quantidade e tão pouco a origem dos recursos.

7.3. No CD 2 (peça 68), também existem fotos de medicamentos, contudo a Secretária Municipal de Saúde do Município de Prudentópolis/PR não conseguiu comprovar que tais fotos se referem à suposta entrega da Distribuidora de Medicamentos São Marcos Ltda., principalmente por não possuir qualquer controle de distribuição à população.

7.4. **Além disso, acessando a propriedade de cada arquivo do CD 2, verifica-se que as datas em que as fotos foram tiradas estão entre o período de 7/12/2010 a 23/1/2011. Portanto, todas anteriores a 29/6/2011. Assim, resta comprovada a tentativa de fraude ao ceder fotos como se fossem dos medicamentos descritos nas notas fiscais 5834, 5836, 5837 e 5838, emitidas em 29/6/2011. Por estas razões deve permanecer a proposta pelo débito aos responsáveis.”** (destaque não constante do original).

29. Assim, as alegações sobre o tema devem ser rejeitadas.

Quanto às supostas contradição e omissão, quanto a não se reconhecer a boa-fé dos responsáveis, tendo em vista a posterior contratação de sistema informatizado para cuidar do estoque de medicamentos; a imputar-se condenação pelos valores totais dos convênios, ainda que reconhecendo que estes foram parcialmente executados; a aplicar multa correspondente a quase metade do limite máximo previsto na Lei Orgânica do TCU

30. No que se refere ao possível reconhecimento de boa-fé, uma vez mais os embargantes intentam que se promova novo exame de elementos já analisados pelo Tribunal. O aspecto por eles questionado foi objeto de expressa abordagem na instrução da Secex/PR, devidamente

incorporada ao Relatório informador do Acórdão ora atacado, cujos fundamentos incorporei às minhas razões de decidir, conforme trecho que tomo a liberdade de aqui transcrever:

“ANÁLISE DA BOA FÉ

110. Na análise das manifestações apresentadas no decorrer do processo, sejam as fornecidas pelos gestores, sejam as apresentadas pelas empresas distribuidoras, não foram identificados elementos capazes de demonstrar a boa fé na conduta dos responsáveis.

111. Poderia alegar-se que os termos de fiel depositário formalizados entre a prefeitura e as empresas distribuidoras pesariam favoravelmente em favor dos responsáveis.

112. Porém, conforme registrado pelos próprios gestores municipais, a formalização destes termos teve como único intuito burlar os comandos normativos, evitando desta forma a obrigatoriedade de proceder a devolução dos recursos financeiros não utilizados dentro do prazo de vigência do convênio.

113. Ademais, cabe ressaltar que tais termos não faziam parte dos processos de cada um dos convênios, tampouco este procedimento de realizar pagamentos antecipados, mediante a formalização de termos de fiel depositário, foi comunicado de forma voluntária à equipe de fiscalização. Tais documentos estavam guardados na farmácia municipal e só foram apresentados à equipe próximo ao término da auditoria, pela farmacêutica responsável, após reiterados questionamentos sobre a localização dos medicamentos supostamente adquiridos.”

31. Aliás, a mera adoção posterior de medida com vistas à implementação de controle dos estoques de medicamentos, caso efetivamente comprovada, embora louvável, é insuficiente para sanar as irregularidades tratadas nestes autos, já que não resultará, por si só, na obtenção dos produtos anteriormente não entregues ou na restituição, ao Erário, dos valores repassados mediante convênio.

32. No que se refere à possível contradição no ato de os responsáveis serem condenados em débito pela totalidade dos valores repassados por força dos convênios, não lograram os recorrentes apontar em que momento, do Relatório ou do Voto que fundamentaram o Acórdão ora embargado, haveria esta Corte reconhecido a execução parcial daqueles instrumentos. Referida alegação, portanto, igualmente não se sustenta.

33. No que tange ao valor da multa aplicada, cabível o esclarecimento de que, no caso, a penalidade possui como fundamento o art. 57 da Lei 8.443/1992, hipótese em que seu montante pode corresponder a até 100% (cem por cento) do valor atualizado do débito, não estando sujeita ao limite previsto no art. 58 daquele diploma legal.

Quanto à suposta contradição de ora considerar que as receitas médicas não serviriam para demonstrar consumo e controle de medicamentos, ora consignar que a falta de tais documentos impediria a conclusão pela existência de seu controle

34. Ainda mais uma vez, verifica-se que os recorrentes procuram provocar novo exame de elementos já analisados por este Tribunal, pretensão, consoante já algumas vezes reiterado acima, incabível pela via dos embargos.

35. No caso, não há que se falar em contradição entre fundamentos de decidir e a correspondente deliberação, já que em ambos os momentos mencionados pelos embargantes (§ § 14 e 18 do Voto condutor da Deliberação atacada), as alegações de defesa foram rejeitadas, vindo-se a, no *decisum*, julgar irregulares as contas dos responsáveis ouvidos, com sua condenação em débito e imputação de multa.

36. De todo modo, no entanto, a fim de que não parem dúvidas acerca do aspecto enfocado, cabível a transcrição dos referidos parágrafos:

“14. Relativamente às cópias de receitas que teriam ficado retidas nos postos de saúde (peças 51, p. 19/29, e peça 99, p. 76/92), **não servem elas para provar o fornecimento dos medicamentos, porquanto representam uma pequena amostra e não contêm qualquer recibo dos beneficiários.**

[...]

18. Além disso, como o município não possuía sistema informatizado de controle de estoque de medicamentos, foi solicitada pela equipe de auditoria a disponibilização dos controles manuais e as receitas médicas retidas dos pacientes. Entretanto, foi apurado que esse controle manual dos estoques também não existia, **assim como não havia guarda das cópias das receitas médicas que eventualmente poderiam comprovar a dispensação dos remédios.**” (destaques não constantes do original).

37. Possível a constatação de que, mesmo na hipótese do parágrafo 18, o que se previu, em uma abertura deste Tribunal para procurar suprir a deficiência de controle de estoque mediante o acesso a um conjunto de outros elementos, foi a possibilidade de que as receitas médicas pudessem **eventualmente** comprovar a dispensação de remédios. Dificilmente serviriam elas para tanto, contudo, caso se apresentassem em condições similares àquelas retratadas no parágrafo 14.

38. Verifica-se, portanto, não assistir razão aos recorrentes em nenhum dos aspectos aventados. Assim, os embargos sob exame devem ser rejeitados.

Dessa forma, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de abril de 2015.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

Relator