

## **ACÓRDÃO 01480/2019-1 – PLENÁRIO**

**Processos:** 11988/2019-1, 12866/2019-3, 02965/2016-6  
**Classificação:** Embargos de Declaração  
**UG:** SESA - Secretaria de Estado da Saúde  
**Relator:** Sérgio Manoel Nader Borges  
**Interessado:** MARCELO DASSIE, RICARDO DE OLIVEIRA, Sindicato (SINDICATO DOS TRABALHADORES E SERVIDORES PUBLICOS, ATIVOS E APOSENTADOS DO ESTADO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO), JOSE HERMINIO RIBEIRO, MAGNUS BICALHO THEZOLIN, TATIANA AGUIAR E CARNEIRO LEAL LOPES, EDMAR MOREIRA CAMATA  
**Recorrente:** SILVESTRE LABS QUIMICA & FARMACEUTICA LTDA  
**Procuradores:** MARCOS GOMES RIBEIRO (OAB: 21094-ES), VITOR RIZZO MENECHINI (OAB: 10918-ES), RICARDO ALVARES DA SILVA CAMPOS JUNIOR (OAB: 9374-ES, OAB:233054-SP), TAREK MOYSES MOUSSALLEM (OAB: 8132-ES, OAB: 233060-SP)

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONHECER – DAR PROVIMENTO PARCIAL – CIENTIFICAR A EMBARGANTE – ARQUIVAR.**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:**

### **1. RELATÓRIO**

Tratam os autos de Embargos de Declaração opostos por Silvestre Labs Química e Farmacêutica, em face do Acórdão TC-618/2019-Plenário, inserto no Processo TC 2965/2016, que cuida de Tomada de Contas Especial convertida de Representação,

cujo objeto são indícios de irregularidades ocorridas no âmbito da Secretaria Estadual de Saúde.

Uma vez recebida, a petição recursal foi encaminhada à Secretaria-Geral das Sessões, para informações acerca do prazo. Em resposta, a SGS, conforme Despacho 32533/2019, informou a data de publicação do Acórdão embargado e o vencimento para oposição dos Embargos Declaratórios.

Encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, foi elaborada a Instrução Técnica de Recurso ITR 259/2019-7, na qual é proposto o conhecimento e o provimento parcial do recurso.

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 4986/2019-1.

Após, vieram os autos conclusos para este Gabinete.

É o relatório.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

Imperioso destacar inicialmente que o pressuposto específico de admissibilidade dos embargos de declaração é que exista na decisão – em sua parte dispositiva –, obscuridade, contradição ou omissão, na forma do § 1º do art. 167 da Lei 621/2012 e art. 1022 do CPC/2015 em aplicação subsidiária, conforme dispõe o art. 70 da LC 622/2012.

No mais, a análise dos pressupostos recursais passa pela verificação, no caso concreto, da tempestividade, da capacidade da parte, o interesse recursal, a legitimidade processual, assim como do cabimento do recurso. Esse delineamento é condição essencial para que, em fase posterior, se possa adentrar ao mérito recursal, julgando pelo seu provimento ou não provimento.

No presente caso, é patente o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual conheço do presente recurso e passo à análise meritória.

## **2.2. DO MÉRITO**

Sabe-se que o exame de Embargos de Declaração eventualmente opostos impõe ao julgador a análise de pressupostos processuais específicos que se relacionam à demonstração da existência de obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal.

Sobre o mérito atinente à omissão e à obscuridade alegadas nos presentes autos, a posição firmada pela área técnica, consubstanciada na Instrução Técnica de Recurso ITR 259/2019-7, e anuída no Parecer 4986/2019-1, aponta a inexistência de omissão no Acórdão TC-618/2019-Plenário, conquanto tenha indicado a possibilidade de que o dispositivo da decisão atacada tenha provocado algum tipo de dificuldade de compreensão acerca da condenação de ressarcimento imputada à parte recorrente e outros responsáveis.

Por concordar com a análise feita na ITR 259/2019-7, a faço parte integrante deste voto em sua integralidade, de modo que destaco o seguinte trecho sobre o mérito recursal, abaixo transcrito:

### **3.1 – Da Omissão**

O Embargante suscita omissão do Acórdão TC-618/2019 na apreciação de dois pontos fundamentais para o julgamento do caso: a pesquisa de mercado apresentada na defesa e as peculiaridades do cenário fático no qual se realizou a compra. Confrontando essa alegação com o teor da decisão embargada, verifica-se que não há omissão passível de correção por meio de Embargos Declaratórios, como se passa a expor.

Inicialmente, registre-se que a omissão sanável por Embargos de Declaração é aquela acerca de ponto crucial para o deslinde do caso ou acerca de pedido da parte. No caso dos processos que tramitam perante este TCE-ES, a omissão deve recair sobre irregularidade que não foi examinada ou sobre prova trazida pelos responsáveis capaz de infirmar as conclusões. Não se considera omissão passível de correção pela presente via recursal a não apreciação de todos os argumentos trazidos pelo responsável, sobretudo quando a solução adotada pelo Colegiado é incompatível com essa alegação. Isto é, a omissão que enseja Embargos de Declaração é quanto a incompletude na solução da irregularidade, não quanto aos argumentos trazidos pelas partes.

Sobre esse tema, reproduz-se excerto de julgado do STF, em que a Suprema Corte explica a desnecessidade do exame de matéria que está prejudicada pela apreciação de outra que levou à

solução do caso, não havendo, nessas situações, que se falar em omissão sanável por esse recurso:

Nesse contexto, dos três pressupostos de cabimento dos declaratórios, o único impugnado e que nos interessa, *in casu*, é a omissão. Com efeito, tal requisito é característica dos julgamentos *citra petita* em que o julgador omite-se na apreciação de pedidos ou de questões relevantes, suscitadas por qualquer das partes ou examináveis de ofício. Sobre o conceito de omissão, relevante citar Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VII, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 322), para quem ela “*supõe que algo tenha estado na petição, ou na contestação, ou em embargos, ou em qualquer ato de declaração de conhecimento ou de vontade, a que o juiz tinha de dar solução, e tenha deixado de atender.*” (grifo próprio). Aliás, a jurisprudência é uníssona no reconhecimento de que a omissão só se manifesta quando há tópico juridicamente relevante no pedido que não tenha sido apreciado. Nesse sentido são os seguintes precedentes da Suprema Corte:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. EXTRADIÇÃO. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 80 DA LEI 6.815/80. EMBARGOS ACOLHIDOS. Uma vez constatada omissão sobre matéria relevante, impõe-se o acolhimento dos Embargos Declaratórios para declarar que a extradição será executada somente após a conclusão do processo a que responde o extraditando no Brasil ou após o cumprimento da pena aplicada, com as ressalvas do artigo 67 da Lei 6.815/80. Embargos declaratórios acolhidos para suprimento do ponto omissivo.” (Ext 1000 ED, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 28.06.2007);

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. OMISSÃO. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS PROVIDOS EM PARTE PARA ESCLARECIMENTOS. SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o *decisum*, não há como prosperar, porquanto a omissão existente não é suficiente para infirmar o julgado. 2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A única questão a respeito da qual foi omissivo o acórdão embargado é a relativa a aplicação da Súmula 524/STF. Suprimida essa omissão com o esclarecimento de que a aplicação da referida Súmula inevitavelmente recairia na seara dos fatos e provas, questão que se encontra fora dos limites da alçada deste Tribunal Constitucional. 4. Embargos de declaração PARCIALMENTE ACOLHIDOS para prestar esclarecimentos, sem efeito modificativo.” (ARE 636740 AgR-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 12.12.2011).

Desse modo, **a omissão constante do art. 535, do CPC, é a lacuna na conclusão da lide, e não quanto à análise dos argumentos das partes, para contraditá-los ou acolhê-los**; vale dizer: **verifica-se a omissão quando o juiz ou o tribunal deveria ter decidido determinada questão e não o fez.**

[...]

Ainda no tocante à omissão, **é de ressaltar que não se configura vício algum o silêncio do órgão judicial sobre matéria cuja apreciação seria incompatível com a decisão tomada.** Assim, *v.g.*, não se revelam viáveis eventuais declaratórios em que se alega a omissão da decisão no tocante a questões de mérito suscitadas na exordial, se o magistrado sequer conheceu desta parte, por falta de requisitos de admissibilidade.

Conclui-se, assim, **que o julgamento deve compreender toda a matéria posta pelo recorrente, consistindo numa prestação jurisdicional integral, completa, sob pena de o acórdão incidir em omissão, sanáveis por meio de declaratórios. Todavia, não se pode confundir prestação integral com análise literal, visto que, se o exame de determinada matéria prejudica outras, desnecessário se faz enfrentá-las.** (STF. AO 1124 AGR-ED / PA. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 18/02/2014.) (g.n.)

No mesmo sentido, cita-se o entendimento desta Corte de Contas, sintetizado no seguinte julgado:

ACÓRDÃO 00609/2018-1

Examinando os autos, verifico que os embargantes alegaram a existência de omissão no Acórdão 1204/2017-1, em face da ausência de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pela defesa no processo, conforme determina o artigo 1.022, II e seu parágrafo único, II, c/c o artigo 489, §1º, IV do Código de Processo Civil. A peça recursal também ressaltou que o acórdão teve sua fundamentação limitada à citação de trechos da Instrução Técnica Inicial, das justificativas dos responsáveis e “das conclusões das áreas técnicas, não havendo o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo pelos embargantes e muito menos a exposição de sua conclusão.

Analisando a questão apresentada, verifico que não assiste razão ao embargante, pois conforme disposto nos artigos 167 e 168 da Lei Complementar 621 de 8 de março de 2012 e os artigos 411 a 414, do Regimento Interno do TCEES, aprovado pela Resolução TC 261 de 4 de junho de 2013, os embargos de declaração encontram-se devidamente previstos e disciplinados no Tribunal de Contas, razão pela qual as regras dispostas no CPC aplicam-se aos autos apenas de forma subsidiária, nos termos do artigo 70, da LC 621/2012, in verbis:

Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil. (grifamos)

Deste modo, as alterações no CPC não conduzem, necessária e automaticamente, a modificações no texto das normas específicas desta Corte, cuja disciplina processual encontra terreno próprio.

Ademais, acrescento que **a própria jurisprudência dos tribunais de justiça tem entendido que não há omissão, a luz dos incisos III e IV do §1º do artigo 489 do CPC, nos casos em que o acórdão, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a sua decisão:**

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

**[...] 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.** A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. [...] Embargos de declaração rejeitados.” (Embargo Declaração no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (TRF 3ª Região), 08/06/2016) (g.n.)

[...]

Tendo como norte esse escopo limitado dos Embargos de Declaração na apreciação de omissões, passa-se ao exame, conforme a ordem de alegações trazidas pelo Embargante, dos dois aspectos em que teria sido omissos o Acórdão TC-618/2019.

Em relação às peculiaridades do cenário fático em que se realizou a compra, o Embargante ressaltou o aumento de preços de repelentes e o desabastecimento de DEET (matéria-prima do produto), ocasionados pelo surto de zika vírus ocorrido naquela ocasião, assim como a alta do preço do dólar a influenciar o material que vinha importado dos EUA. Tudo isso, segundo argumenta, fez com que os preços estivessem elevados no final de 2015, justificando o preço contratado.

Ocorre que esse contexto não tem relação direta com a elevação do preço na contratação examinada. Isso porque a irregularidade não consiste em comparar o preço posterior ao surto de *zika* e ao aumento do preço do dólar com o anterior, mas em uma aquisição de repelentes por meio de “um procedimento desenvolvido à base de condutas fraudulentas” (trecho do Acórdão TC-618/2019). Essas condutas fraudulentas teriam ocasionado um aumento injustificado no preço dos repelentes, num cenário onde já estavam presentes o surto do *zika* e o aumento do dólar, os quais já afetavam o preço de mercado. Nesse sentido, tem-se o uso da expressão “tudo isso no corrido mês de dezembro de 2015”, utilizada no Parecer do MPEC e encampada pelo Acórdão, que a reproduziu.

A fim de esclarecer que a irregularidade se passa tendo esse contexto de pano de fundo, mas o qual não a afeta, resgatem-se os motivos da condenação. Segundo o Acórdão TC-618/2019, o superfaturamento foi identificado na contratação pela soma dos seguintes fatores: a adulteração do Termo de Referência, o qual passou a exigir, sem justificativa técnica, percentual de DEET entre 8% e 15%, o que excluiu fornecedores cujo produto possuía concentração mínima inferior da substância; a substituição de folha em processo administrativo, incluindo, em seu lugar, o Termo de Referência adulterado; o desprezo da comunicação sobre possível superfaturamento; a negociação entre a Silvestre Labs e a MPX Soluções do preço a ser ofertado à Administração Pública por meio de troca de e-mails; a relação de proximidade entre representantes da MPX Soluções e o Subsecretário de Estado da Saúde. Tendo em vista esses motivos, verifica-se que a irregularidade se sustenta em condutas ilícitas, não simplesmente na comparação de preços, que estão sujeitos a variações do mercado.

Desse modo, as questões invocadas em Embargos de Declaração fazem parte de uma conjuntura da contratação, mas não se relacionam diretamente à irregularidade, sendo incapazes, portanto, de influenciar no seu afastamento. Seguindo a inteligência do art. 489, § 1º, IV, CPC, a omissão que enseja o saneamento via Embargos Declaratórios é aquela relativa a argumentos capazes de *infirmar* as conclusões, o que, como visto, não é o caso. Portanto, não há que se falar em omissão do Acórdão TC 618/2019 por não tratar explicitamente do cenário quando este, segundo a decisão, teve apenas a função cenográfica durante a atuação dos atores do ilícito.

Quanto à pesquisa de mercado realizada pela empresa, o Embargante alega que, na instrução processual, demonstrou a equivalência do seu preço com o praticado no mercado, o que afastaria a imputação de superfaturamento. No entanto, segundo argumenta, o Acórdão não tratou desse ponto, de sorte a necessitar de integração.

Novamente, não assiste razão ao Embargante. O Acórdão TC-618/2019 manteve a irregularidade de superfaturamento em relação à Embargante adotando como fundamento “todo esquema ardiloso e fraudulento montado pelo Sr. José Hermínio Ribeiro junto à empresa Silvestre Labs Química e Farmacêutica”, o qual incluía o aumento de preços no mesmo dia, conforme comunicações via e-mail da representante da Embargante com outra fornecedora do produto. Essa fundamentação adotada prescinde de analisar o preço ofertado em *sites* de compras, uma vez que o superfaturamento consistiria no aumento arbitrário de preços da Silvestre Labs ao negociar a participação com a MPX Soluções. E como já dito, a decisão não é omissa quando fundamenta suficientemente a solução adotada, deixando de apreciar todos os pontos trazidos pela parte. Em todo caso, o Acórdão TC-618/2019 foi expresso em deixar de acolher a sugestão da ITC 4354/2016, peça em que se sugere o afastamento da responsabilidade da Embargante com base na pesquisa de preços trazida em defesa.

Por todo o exposto, verifica-se que o Acórdão TC-618/2019 não incorreu em omissão sanável por meio de Embargos de Declaração, de modo que se opina por **não prover o recurso**, no ponto.

### **3.2 – Da Obscuridade**

O Embargante suscita obscuridade ou contradição do Acórdão TC-618/2019 quanto aos valores a serem restituídos ao erário. Segundo aponta, como nos itens 8, 9, 10, 11 e 12, o Acórdão repete o valor da condenação em relação a cada um dos responsáveis, a decisão leva a crer que os valores dispostos em cada um desses itens deve ser somado, de modo que “todos os responsáveis solidários seriam obrigados ao ressarcimento cujo montante alcançaria o somatório

das condenações”. Contudo, prossegue a Embargante em suas razões, na fundamentação, o Acórdão assenta que o valor total a ser restituído é de R\$ 1.102.500,00 em solidariedade por todos.

Conquanto o Acórdão TC-618/2019 tenha seguido a redação padrão adotada por este TCE-ES, é plausível a dúvida gerada no responsável. Assim, para evitar incertezas ou insegurança jurídica, deve ser acolhido o pedido de esclarecimento quanto à importância por que responde a Embargante.

O Acórdão TC-618/2019 segue o padrão de redação das partes dispositivas das decisões deste TCE-ES. Essa estrutura permite delimitar, no texto, o julgamento individualizado de cada responsável, sancionando-o ou afastando sua responsabilidade na medida das irregularidades de que participou. Como os processos, normalmente, tratam de mais de uma irregularidade, e como alguns responsáveis participam de algumas, mas não de outras, ao fim da decisão, expõe-se as sanções de cada um. Essa separação tem como objetivo que cada responsável possa identificar as irregularidades que foram mantidas em relação a si e as consequências que deve suportar. Porque algumas partes respondem juntos por certas irregularidades, há a repetição dos valores de ressarcimento quando se individualizam as consequências.

Essa organização da decisão, descrita acima, tem a finalidade de tornar mais claros os limites da responsabilidade de cada parte do processo, jamais confundi-las ou o órgão responsável pela execução do título executivo. Por isso, se, porventura, essa organização traz, ao contrário do seu intento, dúvidas, este TCE-ES não pode furtar-se de esclarecer os termos de sua decisão. Assim, opina-se pelo **provimento do recurso, no sentido de consignar que o valor a ser restituído ao erário é a importância total de R\$ 1.102.500,00 (equivalente a 373.235,38 VRTEs), sendo a Embargante e os demais responsáveis obrigados solidariamente a esta quantia.**

### **3.3 – Do Laudo Técnico Pericial**

Por fim, o Embargante solicita o deferimento de juntada de “laudo técnico elaborado por peritos sobre os temas fáticos de saber científico específico soerguidos nestes embargos no prazo de quinze dias”. Tal pretensão não pode prosperar.

Os Embargos de Declaração são classificados como recurso de fundamentação vinculada, o que significa que estão adstritos aos temas da omissão, obscuridade, contradição e erro material. Nenhum desses requisitos autoriza a juntada de laudo pericial, ou qualquer elemento de prova. Sobre isso, o RITCEES é expresso, ao dispor, em seu art. 414, que “é vedada a juntada de documentos nos embargos de declaração”. Uma vez que os Embargos Declaratórios não se prestam à produção ou apreciação de provas ou documentos novos, opina-se por **não prover o recurso**, no ponto.

Com efeito, em consonância com o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

**SÉRGIO MANOEL NADER BORGES**

**Conselheiro Relator**

## 1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo relator, em:

**1.1. Conhecer** os presentes Embargos de Declaração, tendo em vista estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no RITCEES;

**1.2. Dar provimento parcial** aos Embargos de Declaração opostos, conferindo-lhe efeitos modificativos, de modo a suprir a obscuridade identificada, **alterando-se o Acórdão TC-618/2019-Plenário** pelas razões expostas, fazendo consignar que o valor a ser restituído ao erário é corresponde à importância total de R\$ 1.102.500,00 (equivalente a 373.235,38 VRTEs), sendo a Embargante e os demais responsáveis obrigados **solidariamente** a esta quantia;

**1.3. Cientificar** a embargante acerca da decisão, nos termos regimentais;

**1.4. Arquivar** os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 29/10/2019 – 38ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

**4.1. Conselheiros:** Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

**5.** Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.



CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

**Presidente**

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

**Procurador-geral do Ministério Público de Contas**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretária-geral das sessões**