

### TC 025.797/2013-1

**Natureza:** Embargos de Declaração (Tomada de Contas Especial convertida de Representação).

**Apensos:** TC 026.540/2016-9; TC 012.118/2010-9; TC 027.042/2015-4; TC 010.478/2016-7; TC 034.006/2016-8.

**Unidade:** Prefeitura Municipal de Pedra Lavrada/PB.

**Embargante:** José Antônio Vasconcelos da Costa (CPF: 436.941.444-04).

**Advogados:** José Alberto Rodrigues Teixeira (16163/OAB-DF) e outros. Procuração à peça 62, p. 2.

**Pedido de sustentação oral:** não há

**Sumário:** 1. Representação convertida em tomada de contas especial. Convênio Funasa. Sistemas de abastecimento de água e perfuração de poços. Fraude à licitação. Empresa “fantasma”. Ausência de nexos entre saques efetuados na conta do Convênio e os serviços realizados. Desconsideração da personalidade jurídica. Revelia. Contas irregulares. Débito. Multa. Inidoneidade das empresas contratadas e inabilitação de ex-gestores.

2. Recurso de reconsideração. Erro material. Documento supostamente não analisado. Insuficiência dos argumentos para alteração do juízo proposto.

3. Embargos de declaração. Contradição que enseja o acolhimento dos embargos é aquela derivada da divergência entre os fundamentos e a conclusão da deliberação. Conduta do gestor analisada à luz da LINDB: erro grosseiro configurado. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Embargos conhecidos e rejeitados.

## INTRODUÇÃO

1.1. Cuida-se de embargos de declaração opostos por José Antônio Vasconcelos da Costa (peça 133) contra o **Acórdão 1.227/2019-TCU-Plenário** (peça 104), relator Min. Aroldo Cedraz, por meio do qual o Tribunal julgou recurso de reconsideração interposto do **Acórdão 2.146/2014-**

**Plenário** (peça 39), relator Min. Walton Alencar Rodrigues, retificado por erro material pelo Acórdão 2.694/2014-Plenário (peça 51).

1.2. Transcreve-se a decisão embargada e a decisão original recorrida:

**Acórdão 1.227/2019-TCU-Plenário** (decisão embargada, peça 104)

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. José Antônio Vasconcelos da Costa contra o Acórdão 2146/2014-Plenário, retificado por erro material pelo Acórdão 2694/2014-Plenário (peça 51), mediante o qual esta Corte julgou irregulares suas contas, condenou-o, solidariamente com outros responsáveis, ao ressarcimento de valores aos cofres da Fundação Nacional de Saúde e sancionou-o com a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992 e no art. 285 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. José Antônio Vasconcelos da Costa e, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. dar ciência desta decisão ao recorrente e aos demais interessados;

9.3. em consonância com o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c com o art. 209, § 7º, in fine, do Regimento Interno - TCU, encaminhar cópia desta deliberação, bem como do relatório e do voto que a fundamentam, à Procuradoria da República no Estado da Paraíba, para a adoção das medidas cabíveis.

**Acórdão 2.146/2014-TCU-Plenário** (decisão recorrida, rec. recon., peça 39 e 51)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário e ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos artigos 1º, I, 16, III, alíneas "b" e "d", 19, caput, e 23 da Lei 8.443/92 e nos artigos 1º, I, 209, II e III, 210 do Regimento Interno do TCU em:

9.1. considerar revéis a Empresa DJ Construções Ltda. e o Sr. João Freitas de Souza;

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos demais responsáveis;

9.3. julgar irregulares as contas de Sr. José Antonio Vasconcelos da Costa e condená-lo, em solidariedade com DJ Construções Ltda., Robério Saraiva Grangeiro, João Freitas de Souza e Fabiano Ribeiro dos Santos, ao pagamento das importâncias abaixo relacionadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das respectivas datas de ocorrência, fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres da Fundo Nacional de Saúde, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores já ressarcidos:

| <b>Data de Ocorrência</b> | <b>Valor (R\$)</b> |
|---------------------------|--------------------|
| 18/9/2008                 | 152.799,06         |
| 18/9/2008                 | 5.279,96           |
| 17/9/2008                 | 1.919,98           |
| 2/2/2009                  | 310.418,95         |
| 4/2/2009                  | 7.040,42           |
| 2/2/2009                  | 2.510,15           |
| 3/2/2011                  | 25.000,00          |
| 3/2/2011                  | 175.000,00         |

3/3/2011

123.738,14

9.4. aplicar a José Antonio Vasconcelos da Costa, DJ Construções Ltda., Robério Saraiva Grangeiro, João Freitas de Souza e Fabiano Ribeiro dos Santos a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 267 do Regimento Interno do TCU, no valor individual de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, nos termos do artigo 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação;

9.6. declarar a inidoneidade da empresa DJ Construções Ltda. para participar, por cinco anos, de licitações na Administração Pública Federal, nos termos dos artigos 46 da Lei 8.443/1992 e 271 do Regimento Interno do TCU;

9.7. declarar José Antonio Vasconcelos da Costa, Robério Saraiva Grangeiro, João Freitas de Souza e Fabiano Ribeiro dos Santos inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública pelo período de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992;

9.8. encaminhar cópia desta deliberação, bem como do relatório e do voto que a fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado da Paraíba, nos termos do § 3º do artigo 16 da Lei 8.443/1992, para adoção das medidas cabíveis;

9.9. dar ciência deste Acórdão à Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, ao Deputado Estadual Manoel Ludgério, à Fundação Nacional de Saúde-Funasa e ao Ministro da Saúde...

## **HISTÓRICO**

1.3. Em exame, tomada de contas especial instaurada a partir de conversão de processo de representação oriundo do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba e determinada pelo Acórdão 3.721/2013-TCU-1ª Câmara (peça 1, p. 1-2), em face de indícios de irregularidades na execução do Convênio EP 026/07-Siafi 619437 (peça 24, p. 2-15, do processo de representação TC 012.118/2010-9 apenso), celebrado entre a Fundação Nacional de Saúde e o Município de Pedra Lavrada/PB, para a execução de sistema de abastecimento de água e perfuração de poços.

1.4. Para execução do objeto, a União transferiu ao Município a importância de R\$ 800.000,00, com previsão de contrapartida de R\$ 24.000,05. Foi contratada a empresa DJ Construções Ltda. Diante dos indícios de fraude à licitação, bem assim da ausência de liame entre recursos sacados da conta do Convênio e as obras supostamente efetuadas, foi desconstituída a personalidade jurídica da contratada na própria decisão que deu origem a esta tomada de contas especial, para a persecução patrimonial dos sócios.

1.5. O Relator do Acórdão, Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, em voto à peça 40, acolheu as conclusões uniformes da unidade técnica (peças 35-36) e do Ministério Público de Contas (peça 37), no sentido de considerar revéis a empresa contratada e o Sr. João Freitas de Souza, sócio de direito da empresa, bem como julgar irregulares as contas de todos os envolvidos, condená-los em débito e aplicar-lhes a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992. Além disso foi proposto que o ex-prefeito José Antônio Vasconcelos da Costa, ora embargante, e os sócios da empresa fossem declarados inabilitados a exercer cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo período de cinco anos, e também declarar a inidoneidade da DJ Construções Ltda. para participar de licitações no âmbito da Administração Pública Federal, pelo período de cinco anos.

1.6. Prolatado o Acórdão 2.146/2014-TCU-Plenário (peça 39), insurgiu-se o Sr. José Antônio Vasconcelos da Costa, interpondo recurso de reconsideração (peça 71 e 95), o qual foi analisado por esta unidade instrutiva em duas oportunidades (peças 91 e 97). Diante da ausência de elementos suficientes a infirmar as conclusões do Tribunal, o Ministério Público junto ao TCU/MPTCU (peças 94 e 100) bem com o relator do recurso, Exmo. Min. Aroldo Cedraz (peça 105), acompanharam os pronunciamentos uníssonos da Serur, com a consequente negativa de provimento do recurso por meio do Acórdão 1.227/2019-TCU-Plenário (peça 104).

1.7. Nesta oportunidade, examinam-se embargos de declaração opostos pelo Sr. José Vasconcelos da Costa (peça 133).

### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

1.8. O recorrente está interpondo embargos de declaração contra o Acórdão 1.277/2019-TCU-Plenário pela primeira vez.

1.9. Os embargos de declaração foram interpostos tempestivamente, ou seja, dentro do prazo de dez dias previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, visto que a notificação da decisão embargada ocorreu em 29/10/2019 (peça 131) e a interposição dos aclaratórios ocorreu em 6/11/2019 (peça 133). Portanto, o termo final para a interposição era o dia 12/11/2019.

1.10. Nos termos do art. 287, caput, do RI/TCU, os embargos de declaração devem ser utilizados quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal, devendo ser apontado o vício que se pretende impugnar.

1.11. No caso vertente, o embargante alega a existência de omissão e contradição no *decisum* embargado. Sustenta que a decisão recorrida, ao analisar as razões recursais do responsável (peça 133, p. 9-11):

17. Tal processo judicial é referenciado pela Serur para enfatizar depoimento do sócio Robério Saraiva Granjeiro, no qual afirma ser procurador das empresas DJ e Prestacon, que costuma emprestar os nomes das construtoras para terceiros executarem obras, que fornecia notas fiscais e, em contrapartida, recebia os valores referentes aos tributos e um percentual a título de remuneração.

18. Se por um lado a Serur utiliza tal depoimento para reforçar suas conclusões, por outro deixa de considerar fato importante e incontroverso assentado pela Justiça Federal da Paraíba quanto à relação entre Robério Saraiva Granjeiro e Fernando Araújo Filho.

(...)

“Quanto ao Acusado FERNANDO ARAÚJO FILHO, contudo, os elementos de prova colhidos nos autos, quer aqueles que acompanharam a denúncia, quer os próprios depoimentos testemunhais e interrogatórios dos acusados em Juízo, não conseguiram demonstrar que ele tivesse ciência da situação de fato de propriedade e administração dessas empresas ou, ainda, de serem elas empresas fantasmas, não havendo, assim, prova de ter ele participado de forma dolosa da realização da conduta típica do art. 90 da Lei n.º 8.666/93 acima descrita.

Ressalte-se, nesse aspecto, que a simples condição de Prefeito do Município de Soledade no período em que realizado o procedimento licitatório em questão responsável pela contratação da empresa vencedora deste não são suficientes para ensejar sua responsabilização penal pelo delito referido”

1.12. Considerando que o exame de admissibilidade se circunscreve ao cabimento dos embargos, sem indagar sobre a existência efetiva da omissão ou contradição o argumento deduzido pelo embargante se enquadra, ao menos em tese, ao art. 34 da Lei 8.443/1992, restando atendido o requisito de admissibilidade. Passa-se ao exame de mérito.

## EXAME DE MÉRITO

### 2. Delimitação

2.1. Constitui objeto dos presentes embargos de declaração definir se a decisão embargada incorreu em omissão e contradição, ao deixar de considerar fato relevante assentado pela Justiça Federal da Paraíba, e por utilizar, de forma contraditória, o depoimento à peça 16 dos autos.

### 3. Da análise da omissão e contradição do acórdão embargado (peça 133)

3.1. A embargante argumenta que a Serur, ao apontar referência equivocada a documento citado pelo recorrente em suas alegações recursais, qual seja a peça 16, restou por desconsiderar argumentos de defesa apresentados com base na referida peça. Por esse motivo, o embargante requereu a reanálise da questão, alegando que as afirmações apresentadas na defesa conjunta dos sócios da DJ Construções Ltda. não poderiam ser tomadas como confissão, tampouco como prova cabal (p. 5).

3.2. Assevera que, na análise complementar à peça 97, não obstante reconhecer o erro material apontado pelo recorrente, a Serur concluiu serem insuficientes os argumentos deduzidos para alteração do juízo proposto, propugnando pela manutenção do encaminhamento da primeira instrução de mérito à peça 91. Entretanto, afirma que os elementos presentes à peça 16 não foram mais uma vez devidamente analisados, visto que se depreende daqueles depoimentos que os depoentes não participaram do procedimento licitatório, não conhecem o ex-prefeito e nem mesmo o município de Pedra Lavrada-PB, tampouco sabiam da existência do contrato firmado para a execução das obras em apreço (p. 5-6).

3.3. Argumenta que a análise de mérito do recurso de reconsideração simplesmente reproduziu as equivocadas e superficiais conclusões da instrução de mérito elaborada pela Secex/PB, que rejeitou as alegações de defesa do requerente, com base nas conclusões de que a empresa era de fachada, que não executou as obras, que apenas forneceu documentos, que a obra foi executada pela Prefeitura e, mais grave, apontou fraude à licitação que teria sido perpetrada pelo embargante. Reproduz a análise da Secex/PB (p. 6-9).

3.4. Registra ainda relevante contradição entre as afirmações constantes da defesa apresentada pelos sócios Robério Saraiva Granjeiro e Fabiano Ribeiro dos Santos (peça 16), e os depoimentos judiciais de Robério Saraiva Granjeiro e Fernando Araújo Filho (peça 32 da representação – TC 012.118/2010-9), visto que se a Serur utiliza, por um lado, tal depoimento para reforçar suas conclusões, por outro, teria deixado de considerar fato importante e incontroverso assentado pela Justiça Federal da Paraíba quanto à relação entre Robério Saraiva Granjeiro e Fernando Araújo Silva, ex-prefeito de Soledade-PB, e que resultou na exclusão de responsabilidade do prefeito daquela localidade (p. 9-10).

3.5. Requer, desse modo, o conhecimento e acolhimento dos embargos, com a concessão de efeitos infringentes, para tornar insubsistente o Acórdão 1.227/2019-TCU-Plenário, e reconsiderar os termos do Acórdão 2.146/2014-TCU-Plenário.

### Análise

3.6. Inicialmente, encareça-se que os embargos de declaração se prestam, em regra, a expungir da decisão embargada eventuais vícios de omissão, contradição ou obscuridade. No caso sob exame, o embargante alega **omissão** na deliberação recorrida. Oportuno tecer breves considerações acerca do conceito de “omissão” para fins de análise de mérito.

3.7. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha consideram **omissa** a decisão que não se manifestar: a) sobre um pedido; b) sobre argumentos relevantes lançados pelas partes; c) sobre

questões de ordem pública, apreciáveis de ofício (Curso de Direito Processual Civil. 12ª edição, 3º Volume, 2014, Salvador; Juspodvm, p. 175-176).

3.8. Admite-se, ainda, a atribuição de efeitos infringentes aos Declaratórios, desde que para correção de premissa equivocada ou erro de fato sobre os quais tenham se fundado o acórdão embargado, na superveniência de documentos com efeito sobre a decisão atacada ou ainda como resultado da eliminação da omissão, obscuridade ou contradição eventualmente identificadas (v.g. Acórdãos 61/2015-TCU-Plenário, Min. Augusto Sherman, 1.121/2018-TCU-2ª Câmara, Min. Augusto Nardes, 2.369/2009-TCU-Plenário. Min. Benjamin Zymler, 8.975/2018-TCU-1ª Câmara, Min. Vital do Rêgo e 5.252/2018-TCU-1ª Câmara, Min. Bruno Dantas).

3.9. Deduz-se do arrazoado trazido pelo embargante que o mesmo questiona a não consideração, na decisão embargada, de elementos relevantes lançados pela parte (peça 16), bem como utilização contraditória de prova juntada ao TC 012.118/2010-9.

3.10. Inicialmente, cumpre esclarecer que a peça 16 deste processo foi devidamente analisada por esta Serur, cujos pareceres foram secundados pelo Ministério Público junto ao TCU (peça 100) e pelo relator do recurso de reconsideração, Exmo. Ministro Aroldo Cedraz (peça 105), que consignou em seu voto:

“Acolho as conclusões e as análises presentes nos pareceres uniformes da Secretaria de Recursos (peças 91-93 e 97-99), integralmente ratificadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal (peças 94 e 100), as quais incorporo às minhas razões de decidir.

4. De pronto, entendo que a excepcional reanálise dos argumentos de defesa em face do despacho do então Relator (peça 96) possibilitou o preenchimento das lacunas nas razões recursais e o correto deslinde do juízo de mérito, maximizando o contraditório e a ampla defesa nos autos em face da possibilidade de erro na primeira instrução de mérito.

3.11. De fato, a comunicação juntada à peça 16, subscrita pelos sócios da empresa de fachada, Robério Saraiva Granjeiro e Fabiano Ribeiro dos Santos, lista algumas das obras que a empresa teria efetivamente executado, **sem listar a obra relativa à Prefeitura de Pedra Lavrada/PB**, e registra simplesmente que os mesmos não conheciam o embargante, prefeito à época, que não foram a Pedra Lavrada e que não tinham nenhuma ligação com o então gestor, mas que outros sócios da empresa, à época, teriam “acertado detalhes”, “sem o conhecimento dos subscritores”, com o então gestor de Pedra Lavrada. Repita-se, não há qualquer afirmativa dos subscritores a isentar de responsabilidade o ora embargante.

3.12. Quanto à utilização de decisão judicial da 4ª Vara Federal de Campinha Grande-PB (peça 32, TC 012.118/2010-9), mencionada pelo recorrente, de forma supostamente contraditória na análise de sua responsabilização por parte do TCU, cumpre salientar que os elementos dali extraídos diziam respeito às evidências da condição de “laranja” da contratada, e da imputação de responsabilidade criminal a seus sócios, Sr. Robério Saraiva Granjeiro e Fabiano Ribeiro dos Santos, não havendo que se aplicar o princípio da analogia ao presente processo com relação à ausência de responsabilização do Prefeito de Soledade, uma vez que, além de se tratarem de processos distintos, a responsabilização do embargante se deu em face do todo o conjunto probatório colacionado a estes autos.

3.13. Não há que se cogitar, portanto, de contradição ou omissão nos fundamentos da análise empreendida por esta Secretaria de Recursos (peças 91 e 97). Acrescente-se, por oportuno, que ainda que houvesse a alegada incongruência ou divergência na análise, ou mesmo entre a análise da Secex-PB, ou da Serur e a decisão do Tribunal – o que não é o caso -, a contradição que enseja o acolhimento dos embargos deve estar contida **nos termos da decisão atacada**, abrangida pelo Voto e o Acórdão, com a divergência, por exemplo, entre os fundamentos constantes do

relator e a conclusão deliberada, nos termos da jurisprudência sistematizada desta Corte, da qual se extraem as seguintes Ementas:

“Contradição entre a decisão e as peças dos autos ou decisões anteriores do Tribunal não enseja embargos de declaração”. (Acórdão 1.174/2008-TCU-2ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer)

“Não caracteriza o vício de contradição para fins de embargos eventuais divergências entre o entendimento da unidade instrutora, transcrito no relatório, e a decisão do TCU. Esse vício refere-se tão somente às contradições resultantes de incompatibilidades entre as proposições verificadas na fundamentação (voto) ou, ainda, as incompatibilidades verificadas entre a fundamentação (voto) e o acórdão (dispositivo)”. (Acórdão 361/2020-TCU-Plenário, Min. Bruno Dantas)

“A contradição que enseja a oposição de embargos é aquela observada na própria decisão e não entre a deliberação embargada e outra”. (Acórdão 266/2008-TCU-Plenário, Min. Ubiratan Aguiar)

“A existência de contradição entre os fundamentos e a conclusão da deliberação recorrida torna viável a adoção de efeito modificativo ou infringente aos embargos de declaração, em caráter excepcional” (Acórdão 8.705/2017-TCU-2ª Câmara, Min. Augusto Nardes)

3.14. Firme nessa premissa, cumpre acrescentar que, pelo princípio da independência das instâncias, esta Corte não se vincula aos juízos proferidos pelas instâncias judiciais, somente podendo rever seu posicionamento em face de sentença absolutória no juízo criminal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato ou na negativa de autoria (v.g., Acórdãos 940/2019-TCU-2ª Câmara, Min. Aroldo Cedraz, 6.903/2018-TCU-2ª Câmara, Min. Ana Arraes e 131/2017-TCU-Plenário, Min. Walton Alencar Rodrigues).

3.15. Verifica-se, desse modo, inexistir contradição ou omissão na decisão embargada ou mesmo na decisão recorrida, pelo que se conclui que o requerente deseja rediscutir o mérito das decisões.

3.16. Não obstante, em penhor do princípio da máxima efetividade da ampla defesa e do contraditório, de estatura constitucional, procedo à análise da conduta do gestor à luz da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, tendo em vista as alterações promovidas nessa norma após a edição da Lei 13.655/2018, especialmente no que diz respeito ao conceito de “erro grosseiro”, para fins de responsabilização do agente público. Para tal, apresenta-se abaixo o conteúdo do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657, de 1942), com a redação dada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, *verbis*:

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (grifos acrescidos).

3.17. A LINDB estatui que o agente público responderá pessoalmente por erro grosseiro ou dolo, praticamente nivelando a gravidade das duas condutas. Todavia, não conceituou “erro grosseiro”. Esse conceito foi somente trazido pelo Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, em seu art. 12, § 1º, ao regulamentar o disposto nos arts. 20 a 30 da LINDB:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

**§ 1º 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.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

3.18. Por oportuno, transcreve-se excerto de recente voto, proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, condutor do Acórdão 4.771/2019-TCU-1ª Câmara, *verbis*:

70. Conforme expus no voto condutor do Acórdão 2391/2018-Plenário, o erro grosseiro, para fins de responsabilização no âmbito desta Corte de Contas, é o que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

71. 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”.

72. Sem avançar em eventual discussão a respeito da aplicabilidade da norma infralegal à esfera controladora, o fato é que parece haver uma convergência na doutrina e na aplicação prática da nova lei, no sentido de que o parâmetro de responsabilização na esfera sancionadora é a culpa grave.

3.19. O TCU tem, inclusive, exemplificado alguns casos da espécie, em que se configura a culpa grave:

1. Para fins de ressarcimento ao erário, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU caracteriza-se pela constatação de culpa *stricto sensu*, sendo desnecessário evidenciar a conduta dolosa ou a má-fé do agente público. 2. Para a finalidade de aplicação de sanções administrativas, há que se verificar a ocorrência de culpa grave ou dolo do administrador público. (**Acórdão 11.762/2018-TCU-2ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer**)

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual, em afronta ao art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. (**Acórdão 13.053/2019-TCU-2ª Câmara, Min. Augusto Nardes**)

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-TCU-1ª Câmara, Min. 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-TCU-Plenário, Min. Benjamin Zymler**)

3.20. Tornando ao caso concreto, no qual se tem a absoluta ausência de nexo de causalidade entre os recursos transferidos ao Município e as obras realizadas, ausência essa reconhecida pelo embargante (peça 133, p. 11, item 24), com fortes evidências de que as obras foram realizadas pela própria Prefeitura, com a contratação de empresa “fantasma”, impõe-se analisar se a conduta do ex-gestor poderia se adequar à do “gestor médio”, seja pela ausência de participação em atos de gestão da avença, seja pela absoluta delegação de atos e responsabilidades a subordinados, como Secretários por exemplo, o que implicaria em eventual revisão das penalidades a ele imputadas.

3.21. O embargante exerceu o mandato de prefeito municipal de 1ª de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008 e novamente de 1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012. O convênio teve vigência iniciada em 27/12/2007 (peça 5, p. 1, TC 012.118/2010-9) e **foi assinado**, assim como o respectivo aditivo, **pelo ex-prefeito**, ora embargante (peça 24, p. 2-15, TC 012.118/2010-9).

3.22. A ata da reunião da abertura da tomada de preços, o mapa de apuração de preços e o relatório da comissão de licitações foram assinados pelos membros da CPL e respectivo presidente (peça 26, p. 221-225, TC 012.118/2010-9).

3.23. O termo de homologação e adjudicação da licitação à Empresa D.J. Construções Ltda. **foi assinado pelo ex-Prefeito José Antônio Vasconcelos da Costa**, ora embargante (peça 26, p. 226, TC 012.118/2010-9), o que se deduz do confronto com as assinaturas do convênio.

3.24. O termo de contrato de empreitada do tipo menor preço firmado com a Empresa D.J. Construções Ltda. **foi assinado pelo então Prefeito José Antônio Vasconcelos da Costa** (peça 26, p. 227-233, TC 012.118/2010-9).

3.25. As notas de empenho, os cheques pagos à empresa DJ Construções Ltda., bem como recolhimento de INSS em nome da contratada (não dos respectivos empregados), **eram assinados**, em conjunto ou não, **pelo ex-prefeito José Antônio Vasconcelos da Costa**, ora embargante (peça 25, p. 13-36, TC 012.118/2010-9).

3.26. Os boletins de medição foram assinados pelo engenheiro Roberto José Vasconcelos Cordeiro (peça 25, p. 4-11, TC 012.118/2010-9), que figurava como servidor dos quadros da Prefeitura, apesar de existirem planilhas específicas para cada poço (peça 26, p. 48-114, do mesmo TC). Entretanto, a então Secex-PB observou que os boletins de medição não observaram os requisitos do edital, que exigem assinatura pelo engenheiro fiscal da prefeitura **e pelo responsável técnico da contratada**. Com a ausência da assinatura do responsável técnico da empresa, reforçaram-se os indícios de que a obra foi executada pela prefeitura e não pela empresa. Além disso, não foram produzidos os boletins de medição para cada um dos poços, prejudicando a adequada liquidação da despesa (peça 36, p. 15-16, TC 012.118/2010-9).

3.27. A obra detinha Anotação de Responsabilidade Técnica (peça 25, p. 3), com os valores empenhados em favor do Sr. Francisco (peça 28). Segundo a Secex-PB, dentre os três empenhos lançados em 2010, um faz referência a “execução de despesas com serviços pela responsabilidade técnica na execução da obra”, ou seja, a prefeitura ofereceu uma ART de fiscalização da obra e pagou **o mesmo profissional a título de execução** da mesma, além de outras inconsistências, o que demonstraria que a obra foi realizada pela prefeitura (peça 39, p. 2-3, TC 012.118/2010-9).

3.28. Merece destaque ainda a **adulteração do cheque 850002** (peça 25, p. 14 e peça 27, p. 3-6 e 49, TC 012.118/2010-9), **assinado pelo embargante**, de modo a fazer parecer que fora usado para recolhimento de encargos sociais devidos, quando na realidade foi emitido em favor da construtora DJ. Esse indício foi identificado com base em diligência realizada ao Banco do Brasil, que identificou a fraude, conforme informa a Secex-PB (peça 39, p. 8, TC 012.118/2010-9):

24. Faz-se uma análise dos documentos/informações prestadas.

25. Cheque 850002, de 17/9/2008, no valor de R\$ 5.279,96 – foi emitido em favor da DJ Construções Ltda (peça 27, p. 3-6, 49), mas foi informado que se destinaria ao pagamento de INSS (peça 25, p. 14, 17). Inclusive o campo favorecido do cheque nos documentos da prefeitura consta como “INSS” e no Banco do Brasil como “DJ Construções Ltda”.

25.1. Esse é um indicativo de que o recurso foi desviado e de que não ocorrera, efetivamente, o recolhimento de encargos ao INSS como declara e junta documentos a prefeitura.

3.29. Ou seja, não havia nenhum CEI (Cadastro Específico do INSS) vinculado à Prefeitura relativo à obra em causa, de acordo com informações da própria Prefeitura (peça 25, p. 1, TC 012.118/2010-9). Isso contrariou o contrato firmado (cláusula terceira), que previa que o pagamento de medições seria precedido da apresentação do CEI com a indicação do contrato da obra (peça 25, p. 55 e peça 26, p. 228, TC 012.118/2010-9). Essa ocorrência reforçou os indícios de que a obra não foi realizada pela empresa contratada e sim pela Prefeitura.

3.30. Face a todo esse conjunto de evidências, oportuno transcrever excerto do voto do Ministro relator do acórdão embargado (peça 105, p. 1):

5. No que tange ao conteúdo, em síntese, o recorrente argumenta pela não comprovação das irregularidades e pela ausência de dano ao Erário.

6. Porém, observo que existem evidências suficientes e bastantes para a manutenção da condenação do recorrente, entre elas as levantadas pela unidade técnica no TC 012.118/2010-9, apenso a este processo, resumidas pela unidade técnica da seguinte forma:

“a) Medições dos serviços feitas exclusivamente por agente da Prefeitura (peça 25, p. 4-11), o Sr. Roberto Cordeiro, atual prefeito de Pedra Lavrada (PB), para o mandato 2012-2015, sem que houvesse igualmente a assinatura do responsável técnico da contratada, como exigido pelo edital e o contrato;

b) Consulta em bases de dados públicas revelam que o engenheiro Roberto Cordeiro figurava igualmente como servidor efetivo dos quadros da Prefeitura de Pedra Lavrada no exercício de 2011;

c) O recorrente acosta ao recurso cópia do cheque 850002 do Banco do Brasil, no valor de R\$ 5.277,10 (peça 71, p. 24-25), supostamente utilizado para pagamento de recolhimentos previdenciários, conforme ainda guia de recolhimento da previdência e respectivo comprovante de pagamento à página 26. Acontece que o documento em questão já havia sido acostado aos autos à peça 25, p. 14 do TC 012.118/2010-9, tendo como beneficiário o INSS e não a DJ Construtora Ltda., como demonstrado na peça recursal, o que denota adulteração. Aliás, o que leva a considerar que o cheque foi mesmo pago à Construtora é a cópia fornecida pelo próprio Banco do Brasil, à peça 27, p. 3-5, que tem como beneficiário a empresa contratada, não obstante o verso faça referência à GPS;

d) A DJ Construções Ltda. comprometeu-se a executar a obra em 150 dias (peça 26, p. 48), o contrato consignou o prazo total de 180 dias (peça 26, p. 229), e as medições realizadas demonstraram a duração total de mais de 17 meses, sem qualquer termo aditivo ou outro instrumento legal que suportasse a extrapolação do prazo, acarretando pagamentos sem cobertura contratual após 21/12/2008, o que só reforça a tese de que a empresa não executou o serviço, pois não detinha cobertura contratual nem pleiteou qualquer reajuste sobre o preço

pactuado, não obstante terem decorrido mais de 2 anos e 5 meses entre a ordem de serviços (24/6/2008) e a data final de medição (30/11/2010);

e) Embora existissem planilhas específicas para cada poço tubular (peça 26, p. 48-114), a Prefeitura apenas realizou medições globais para efeito de pagamento (peça 25, p. 4-11), impossibilitando identificar a situação de cada poço, em cada medição;

f) Divergências entre as retenções de contribuições e impostos efetuados (peça 25, p. 14, 17, 23, 2

f) Divergências entre as retenções de contribuições e impostos efetuados (peça 25, p. 14, 17, 23, 26, 34-35), em valores cujo percentual sobre a nota fiscal diverge dos retidos em outras notas fiscais, ou seja, com alíquotas diferentes para o mesmo fato gerador;

g) Saques em espécie de diversos cheques do Banco do Brasil, na sua maior parte pelo suposto sócio João Freitas de Souza, conforme análise feita pela Secex/PB (peça 2, p. 8-9), impossibilitando a identificação de liame entre os recursos federais transferidos e o destino desses valores.”

3.31. De todo o exposto, conclui-se pela ocorrência de erro grave ou grosseiro na conduta do gestor, dada a sua proximidade com os fatos e a participação efetiva nos atos de gestão do convênio celebrado com empresa fictícia, com consequente dano ao erário, não havendo que se cogitar de atribuição de efeitos infringentes aos aclaratórios por ausência de razoabilidade ou proporcionalidade na dosimetria da penalidade aplicada pelo Tribunal.

3.32. Nessa ordem de ideias e ainda quanto ao mérito, conclui-se não haver omissão, contradição ou obscuridade nas decisões precedentes, a ensejar o acolhimento dos embargos.

## **CONCLUSÃO**

4.1. Das análises anteriores, conclui-se:

a) não há omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada a ser sanada;

b) a contradição que enseja o acolhimento dos embargos é aquela derivada na divergência entre os fundamentos e a conclusão da deliberação, presente nas proposições verificadas no voto e no acórdão.

c) a análise da conduta subjetiva do gestor, à luz da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não permite modificar o juízo adotado pelo Tribunal e as penalidades imputadas.

## **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

5.1. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos embargos de declaração opostos por José Antônio Vasconcelos da Costa (peça 133) contra o Acórdão 1.227/2019-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer e, no mérito, rejeitar os embargos;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser prolatada ao responsável e interessados e à Procuradoria da República no Estado da Paraíba.

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 8/6/2020.

Jean Claude O'Donnell Braz Pereira

Auditor Federal de Controle Externo  
Matrícula 8183-3