

VOTO

Opostos tempestivamente, e tendo verificado que estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 32, inciso II, e 34 da Lei nº 8.443/92, manifesto-me por que devam ser conhecidos por esta Corte de Contas os presentes embargos.

2. Como preliminar, e a título pedagógico, observo que os embargos de declaração são, em regra, recurso integrativo, que objetivam expungir da decisão embargada eventuais vícios de omissão, contradição ou obscuridade. Vicente Greco Filho assim define esses vícios da deliberação (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, 11ª edição, 2º volume, Ed. Saraiva, p. 259/260):

“(...) 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.”

3. 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).

4. No arrazoado oposto ao Acórdão nº 1062/2016-TCU-Plenário (peça 108), depois de acusar que a deliberação *“se constitui de intensa contradição, omissão e obscuridade”*, o ora embargante inicia apontando suposta contradição em parágrafos do voto que o definem como beneficiário dos recursos malversados do convênio. Não merecem prosperar os embargos em relação a esse ponto. Ainda que houvesse qualquer imprecisão vocabular no voto, que se consubstancia na fundamentação da deliberação, a parte dispositiva do **decisum**, contra a qual se interpõe o recurso, é bem clara, estando relacionados, nos subitens 9.1.1 e 9.1.3, os valores pelos quais foi o responsável condenado pelo Tribunal. Não há ali qualquer dúvida razoável ou contradição a ser sanada ou esclarecida. Merecem ser rejeitados nesse ponto os embargos de declaração.

5. Em seguida, em argumentação um tanto quanto confusa e sem coesão, volta a sustentar as mesmas teses de defesa suscitadas por ocasião do recurso de revisão (peça 22), já devidamente analisadas e rejeitadas pela Secretaria de Recursos (Serur), na instrução de peça 87, acolhida por este Relator no voto condutor do acórdão ora embargado.

6. Argumenta que o acórdão teria sido obscuro e omissivo porque não observou as leis de direito financeiro, especialmente a Lei nº 4.320/1964, e a questão do direito adquirido do credor de receber o pagamento, pretendendo afastar a sua solidariedade sob o argumento de que não haveria responsabilidade dele, sendo ela apenas das partes envolvidas, agente público e empresa credora.

7. Esse mesmo argumento foi suscitado por ocasião da interposição do recurso de revisão, e foi adequadamente analisado pela Serur na instrução de peça 87, ocasião em que a unidade técnica buscou responder aos seguintes questionamentos: i) *“se o Recorrente não estaria abrangido pela jurisdição deste Tribunal (item 7)”*; e ii) *“se resta caracterizada a responsabilidade do Recorrente*

pelo débito apurado (item 8)”.
8.

Rememoro trechos da instrução da Serur relativos ao exame de tais questões recursais (peça 87):

“7. Incompetência do TCU

7.1. O Recorrente alega incompetência do TCU para imputar-lhe débito, visto não se encontrar sob a jurisdição do Tribunal. Nesse sentido, aduz que:

a) o Recorrente não pode ser julgado pelo TCU, haja vista que a jurisdição do Tribunal abrange somente as pessoas responsáveis por dinheiro público federal ou que causarem prejuízos à União, sendo que para tanto haja correlação das partes; (peça 22, p. 7)

b) o Recorrente não possuía investidura em cargo municipal, governamental ou federal, não possuía contrato com o município, nem vínculo contratual ou parte associativa com a empresa Alcântara Ltda., não tinha nenhum outro comprometimento contratual, nomeação ou quaisquer outros instrumentos ou documentos oficiais que conferisse responsabilidade sobre os recursos do convênio; (peça 22, p. 8)

c) não se deve atribuir ‘responsabilidade’ àquele que, por exclusiva determinação pessoal outorgada pelo então responsável (empresário), recebeu poderes informais da pessoa jurídica de direito privado para sacar os cheques ou depositá-los de acordo com as devidas instruções do legítimo proprietário da empresa contratada (peça 22, p. 8).

Análise

7.2. Em síntese, o Recorrente alega que não fazia parte do negócio jurídico estabelecido entre o município e a empresa contratada, tampouco geriu recursos públicos ou se qualificava como agente público.

7.3. É improcedente a alegação de que o Recorrente, por não possuir relação formal com a empresa contratada, não estaria sob a jurisdição deste Tribunal. Com efeito, a jurisdição deste Tribunal abrange aqueles ‘que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário’ (artigo 1º, inciso I, in fine, Lei 8.443/1992), o que, segundo os elementos dos autos, é precisamente a condição do ora Recorrente. Ademais, essa circunstância torna ainda mais nebulosa a razão pela qual foi ele o beneficiário dos recursos públicos repassados à empresa contratada.

7.4. Ante o exposto, deve-se rejeitar as alegações.

8. Ausência de responsabilidade

8.1. O Recorrente alega ausência de responsabilidade pelo débito apurado, aduzindo para tanto que:

a) após o pagamento, por meio de cheque ao portador, realizado pelo município à empresa contratada, esta incumbia o Recorrente de efetuar os pagamentos e realizar aquisição de materiais para iniciar a etapa seguinte da obra, sendo que tais tarefas eram supervisionadas pelo sócio empresário da Construtora Alcântara; (peça 22, p. 10)

b) a execução das obras era por empreitada, produção ou produtos, de modo que havia a necessidade de os pagamentos dos serviços de cada projeto serem sempre realizados em dinheiro;

c) os demais credores eram pagos parte em dinheiro e parte com cheques sacados da conta do Recorrente, conforme extratos bancários e nota explicativa, demonstrativo das receitas e despesas e microfilmagens dos cheques em anexo; (peça 22, p. 10)

d) não há nenhum comprometimento oficial (documento, autorização, investidura etc.) do Recorrente como parte contratada para a execução das obras do convênio; (peça 22, p. 11)

e) não há prova cabal de recebimento dos recursos pelo Recorrente, sendo infundada tal informação, uma vez que os recibos são assinados pelo proprietário e administrador da

- empresa contratada para a execução das obras; (peça 22, p. 11);*
- f) o pagamento foi feito a quem emitiu as notas fiscais e assinou os respectivos recibos; (peça 22, p. 12)*
- g) não competia ao Recorrente saber se a pessoa que assinou os referidos comprovantes de pagamento tinha ou não poderes para receber valores, seja em cheque nominal ou ao portador; (peça 22, p. 12)*
- h) o recorrente não tinha autonomia na execução das obras ou poder de decisão sobre como gerir os recursos, decisão esta do proprietário, parte integrante do contrato e responsável por toda a execução das obras; (peça 22, p. 12)*
- i) se ocorreram perdas, danos e extravios, são de inteira responsabilidade das partes integrantes do negócio jurídico; (peça 22, p. 13)*
- j) o recorrente só estaria sujeito a essas restrições se tivesse formalizado qualquer pacto com União ou com as partes, cujas obrigações de prestar contas estivessem preconizadas e sujeitas à fiscalização juntamente com quem de direito, o dever de prestar contas está condicionado ao de receber com a devida formalização; (peça 22, p. 13)*
- k) a responsabilidade sobre aplicação dos recursos era de exclusividade do gestor municipal. (peça 22, p. 13)*
- l) o uso da conta corrente pessoal do Recorrente para sacar e depositar os cheques repassados pela Construtora Alcântara se deu exclusivamente porque a empresa não possui conta corrente junto ao Banco do Brasil, e este era o único banco existente nos municípios adjacentes; (peça 22, p. 37)*
- m) além desse fato, houve a necessidade de efetuar vários pagamentos em dinheiro, pois vários operários não possuíam qualquer tipo de documento, se recusando a receber cheques; (peça 22, p. 37)*

Análise

8.2. Em essência, a defesa do Recorrente centra-se na tentativa de afastar de si a responsabilidade pelo débito apurado, argumentando que não geriu recursos públicos e que não participou do negócio jurídico celebrado entre o município e a empresa contratada. Alega também não haver qualquer instrumento jurídico que o ligue ao negócio jurídico e à gestão dos recursos públicos. Em outras palavras, o Recorrente pugna porque seja considerada a verdade formal, a qual se sustentaria, na sua visão, na total ausência de elementos jurídicos em que pudesse se basear sua responsabilização.

8.3. Contudo, as alegações são improcedentes, porquanto há provas de que o Recorrente foi o real beneficiário dos recursos. Conforme registrado no relatório que acompanha a decisão recorrida, o Recorrente consta como beneficiário real de três cheques emitidos pela empresa Alcântara Projetos e Construções Ltda., totalizando R\$ 80.000,00 (peça 40, p. 2), dois deles retirados em guichê e o outro depositado na conta bancária pessoal do Recorrente.

8.4. O Recorrente admite que os recursos foram repassados para a sua conta pessoal, mas nega que tenha se apropriado de tais recursos. Entretanto, ante a ausência de nexo causal entre a execução do convênio e os recursos recebidos, não há como deixar de reconhecer que a transferência dos recursos para a conta pessoal do Recorrente contribuiu para a verificação do débito apurado nos autos.

8.5. Não procede a alegação de que, por ser a obra por empreitada, haveria a necessidade de os pagamentos se realizarem em dinheiro, pois não há tal relação de causalidade.

8.6. Muito embora o Recorrente alegue que 'o pagamento foi feito a quem emitiu as notas fiscais e assinou os respectivos recibos', não foram apresentadas tais notas fiscais/recibos, o que certamente muito contribuiria para a elucidação do nexo de causalidade na utilização dos recursos.

8.7. *Tampouco encontra amparo nos autos as alegações de que competiria ao proprietário da empresa a decisão sobre a gestão dos recursos.*

8.8. *A alegação de que ‘vários operários não possuíam qualquer tipo de documento, se recusando a receber cheques’, é contraditória com a necessidade de que os recursos transitassem pela conta pessoal do ora Recorrente, porquanto, se os pagamentos eram feitos em dinheiro, podiam eles ser perfeitamente feitos pela própria empresa contratada.*

8.9. *Por fim, não procede a alegação de que o Recorrente somente poderia ser responsabilizado no caso de ter ‘formalizado qualquer pacto com União ou com as partes’. Foi ele o efetivo beneficiário dos recursos que deveriam ser destinados à execução do objeto do convênio, de modo que caberia a ele demonstrar que os recursos foram regularmente utilizados, o que ele não logrou demonstrar.*

8.10. *Ante o exposto, deve-se rejeitar as alegações.”*

9. Como se depreende, além de os argumentos não apontarem vícios sanáveis pela via dos embargos, não existindo as alegadas obscuridades ou omissões, revelando, na verdade, tentativa de rediscutir o mérito de questões já enfrentadas no recurso de revisão, a tese de defesa não encontra guarida. O embargante foi responsabilizado, solidariamente com o gestor municipal e a empresa contratada, pelo prejuízo causado ao erário decorrente da malversação dos recursos públicos transferidos mediante o convênio, responsabilização que encontra fundamento no disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal de 1988, c/c o trecho final do inciso I do art. 1º da Lei nº 8.443/1992.

10. Merecem ser rejeitados, no ponto examinado, os embargos de declaração.

11. Outro argumento de defesa suscitado pelo embargante diz respeito à questão do que denomina “direito adquirido”, no sentido de que, após a devida prestação dos serviços os recursos seriam direito adquirido da empresa, a qual, após recebê-los, deles poderia dispor como melhor lhe conviesse.

12. Esse argumento também já fora apresentado por ocasião do recurso de revisão. A Serur examinou adequadamente a peça com o objetivo de responder à seguinte questão: “*se os recursos perderiam sua qualidade de públicos, uma vez transferidos à empresa contratada (item 9)*”.

13. Transcrevo, a seguir, trechos da instrução da unidade técnica relativos ao tema examinado, extraídos da peça 87:

“9. Perda da qualidade de públicos dos recursos após o pagamento

9.1. *O Recorrente alega que os recursos perderiam sua qualidade de públicos, uma vez transferidos à empresa contratada, que então disporia de ampla discricionariedade na utilização desses recursos. Nesse sentido, aduz que:*

a) *o recurso, após a liquidação e pagamento da despesa, passa a pertencer à empresa deixando de ser recurso público para ingressar na esfera patrimonial da empresa particular, cabendo ao administrador da pessoa jurídica dar a destinação que julgar cabível; (peça 22, p. 13-14)*

b) *a detida análise do artigo 5º da Lei 8.443/1992 revela que não se aplica ao requerente a responsabilidade pelo recebimento de valores, pois não há registro de que o mesmo tenha recebido recursos do município; (peça 22, p. 14)*

c) *os cheques emitidos, após a regular comprovação da execução e liquidação das despesas, estavam livres de toda burocracia estatal, e passaram à jurisdição privada da empresa, e assim sendo, o empresário tinha autonomia de sacá-los, depositá-los ou repassá-los a terceiros; (peça 62, p. 14)*

d) *então resolveu utilizar conta bancária de terceiros para sacá-los e posteriormente comprar materiais de construção e efetuar pagamentos diversos, sendo que toda a movimentação financeira foi realizada sob sua devida coordenação, bem como os gastos*

na execução das obras; (peça 22, p. 14)

e) após realizar o pagamento, não pode a Administração Pública interferir na gestão do dinheiro pago ao prestador de serviços com o intuito de dizer à empresa privada o que deve ou não ser feito com o valor recebido pelo serviço prestado; (peça 22, p. 16)

f) se houve a liquidação da despesa é porque os trabalhos, etapas ou serviços transcorreram de acordo com o cronograma físico e em consonância com o projeto (especificações e etapas) e Plano de Trabalho; (peça 22, p. 16-17)

g) após o recebimento da obra e pagamento da execução da última etapa, se extingue o vínculo contratual entre o município e a construtora; (peça 22, p. 17)

h) o Recorrente não pode ser condenado por ato lesivo ao erário, pois o dinheiro que foi depositado em sua conta era de origem particular e foi usado para a construção de banheiros nas comunidades carentes do Município de Palmeirândia/MA. (peça 22, p. 39)

Análise

9.2. O Recorrente alega que os recursos, uma vez repassados à empresa, deixariam de ser públicos, tendo o particular ampla discricionariedade na utilização de tais recursos.

9.3. Contudo, a alegação somente é correta na hipótese de ter havido a regular liquidação da despesa, nos termos dos artigos 62 e 63 da Lei 4.320/1964:

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.

9.4. Ante a ausência de elementos que denotem a legitimidade da liquidação da despesa, o pagamento desta não pode ser tido por idôneo.

9.5. Segundo dispõe o artigo 31, § 1º, da IN-STN n. 01/1997:

Artigo 31. (...)

§ 1º A prestação de contas parcial ou final será analisada e avaliada na unidade técnica responsável pelo programa do órgão ou entidade concedente que emitirá parecer sob os seguintes aspectos:

I - Técnico - quanto à execução física e atingimento dos objetivos do convênio, podendo o setor competente valer-se de laudos de vistoria ou de informações obtidas junto a autoridades públicas do local de execução do convênio;

II - Financeiro - quanto à correta e regular aplicação dos recursos do convênio.

9.6. Portanto, não basta que a objeto do convênio seja fisicamente executado, mas também é necessário que os recursos sejam regularmente utilizados. Uma vez verificada a utilização irregular dos recursos, tornam-se responsáveis, por força de dispositivo legal (artigo 16, Lei 8.443/1992), todos os que colaboraram com essa gestão irregular.

9.7. No caso vertente, verificou-se que os recursos foram transferidos diretamente ao ora Recorrente, que então ostentava a condição de mero particular, sem qualquer relação

formal com o objeto do contrato firmado entre a empresa e o município. A destinação de tais recursos permanece obscura.

9.8. Em sua tentativa de justificar a destinação dos recursos, o Recorrente apresenta documentos que não cobrem sequer metade do valor recebido, além do que os tais documentos não se mostram aptos a comprovar a devida utilização. A constatação de que os módulos sanitários foram construídos também não se reverte em favor do Recorrente, porquanto não há comprovação de que foram eles construídos com os recursos transferidos por força do convênio em questão.

9.9. Ante todo o exposto, deve-se rejeitar as alegações.”

14. Também não há qualquer omissão, obscuridade ou contradição em relação a este aspecto. Os argumentos foram devidamente examinados pela Serur, que propôs sua rejeição e o desprovimento do recurso em relação a esse ponto, proposta acolhida por este relator no voto condutor do acórdão embargado.

15. Uma vez mais, sob a alegação de vícios no acórdão, o embargante intenta rediscutir o mérito das questões já devidamente analisadas. Merecem ser rejeitados os embargos de declaração em relação a esse argumento da defesa.

16. Além desses aspectos, os embargos de declaração buscam afastar a solidariedade do ora embargante sob o argumento de que os recursos não estavam sob sua guarda, e que o verdadeiro responsável seria somente o gestor municipal, “*como guardião do recurso conveniado era quem detinha a responsabilidade pelo gerenciamento dos recursos*” (item 36).

17. Também em relação a esse aspecto já havia se manifestado a Serur no exame do recurso de revisão interposto, havendo buscado responder à questão: “*se resta caracterizada a responsabilidade solidária do Recorrente pelo débito apurado (item 10)*”.

18. Novamente peço vênias para transcrever trechos da instrução da Serur que, a meu ver, rebatem adequadamente o argumento (peça 87):

“10. Responsabilidade solidária

10.1. O Recorrente alega que a responsabilidade solidária não o alcança, por não ser parte do negócio jurídico e por não ter concorrido para a ocorrência de dano ao erário. Nesse sentido, aduz que:

a) segundo o artigo 265 do Código Civil, ‘a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes’; (peça 22, p. 19)

b) a participação do recorrente foi permitir que a empresa contratada utilizasse sua conta bancária pessoal para depositar cheques e realizar pagamentos, uma vez que a empresa não possuía conta corrente no Banco do Brasil e entendeu ser contraprodutivo sacar os cheques na agência bancária de São Bento/MA e guardar consigo todo o dinheiro em espécie; (peça 22, p. 21)

c) a norma estabelece que a responsabilidade esteja comprovada; (peça 22, p. 21)

d) a responsabilidade se restringe às partes integrantes do negócio jurídico; (peça 22, p. 22)

e) a responsabilidade solidária não alcança o recorrente, pois não é parte na relação contratual, nem concorreu para o cometimento de possíveis danos ao erário; (peça 22, p. 22)

f) não existe solidariedade entre o recorrente e a empresa contratada, nem entre ele e o município, pois não existe nenhum negócio jurídico celebrado entre eles, menos ainda lei que defina a solidariedade entre as partes mencionadas; (peça 22, p. 23)

g) o empresário da Construtora Alcântara controlava de maneira incisiva e efetiva toda a movimentação financeira, autorizando saques, depósitos e pagamentos diversos, inclusive sacando cheques; (peça 22, p. 24)

- h) o empresário detinha total controle sobre os recursos de propriedade da pessoa jurídica de direito privado, e que apenas fez uso da conta bancária do recorrente devido à comodidade, pois conforme relatado à empresa não possui conta bancária no Banco do Brasil; (peça 22, p. 24)
- i) inferir que o recorrente participou ou teve qualquer responsabilidade nas irregularidades constitui fato que deve ser caracterizado como dolo; (peça 22, p. 24-25)
- j) como terceiro, o recorrente não poderia emitir cheques ou ordens de pagamento, tampouco tinha poderes para assumir as obrigações e direitos da contratada, representada por seu sócio administrador; (peça 22, p. 25).
- k) não restou demonstrado o dolo do recorrente, ou o ato em si, praticado pelo mesmo que tenha caracterizado dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico, tomado como base para a condenação solidária; (peça 22, p. 25)
- l) se houve dano ao erário, tal ocorreu por ato dos gestores públicos, e não do recorrente; (peça 22, p. 25)
- m) para que seja configurada a responsabilidade solidária, compete ao órgão julgador demonstrar que a participação do recorrente se deu na forma dolosa, ou seja, de forma consciente e no intuito de colaborar para a realização do dano. (peça 22, p. 25)
- n) resta demonstrado que o Recorrente não se beneficiou dos recursos do convênio, tampouco causou dano ao erário por ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, também não cometeu desfalque, desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; (peça 22, p. 37)

Análise

10.2. Conforme anotado pelo Recorrente, a solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes. No caso vertente, a responsabilidade solidária está perfeitamente fundamentada no artigo 16, § 2º, da Lei 8.443/1992:

Art. 16. (...)

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas 'c' [dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico] e 'd' [desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos] deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

- a) do agente público que praticou o ato irregular, e
b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

10.3. Segundo os elementos dos autos, a situação jurídica do ora recorrente se enquadra perfeitamente à hipótese legal de terceiro responsável que haja concorrido para o dano apurado, porquanto foi ele o beneficiário de três parcelas dos recursos federais transferidos, totalizando R\$ 80.000,00.

10.4. Além disso, as alegações no sentido de que o dono da Construtora Alcântara era quem de fato decidia a destinação dos recursos, atuando o Recorrente apenas na disponibilização da sua conta pessoal, não são comprovadas e tampouco encontram respaldo nos autos.

10.5. Ressalte-se ainda que a alegação de que o Recorrente, como terceiro, não poderia assumir obrigações e direitos da contratada é contraditório com as alegações anteriores no sentido de que os recursos sacados por ele ou depositados em sua conta bancária foram utilizados para pagamentos relacionados à execução das obras que constituíam o objeto do convênio.

10.6. Por fim, quanto à alegação de não ter sido demonstrado o dolo do Recorrente, tem-se que todos os que concorrerem para o cometimento de dano ao erário podem ser responsabilizados solidariamente, independentemente da existência de dolo ou má-fé, bastando a presença do elemento culpa, além do nexo de causalidade entre a ação

omissivo-comissiva e o dano constatado' (Acórdão 3694/2014-2ª Câmara). No caso vertente, pode-se afirmar que o Recorrente agiu de forma no mínimo imprudente, ao disponibilizar sua conta bancária para que os recursos oriundos do convênio fossem transferidos. Ainda que não tenha havido por parte dele dolo específico de lesar o erário ou se apropriar dos recursos, não há dúvida de que sua conduta contribuiu para a ausência do nexo causal que motivou a imputação de débito aos responsáveis. (g.n.)

10.7. *Ante o exposto, deve-se rejeitar as alegações."*

19. Em conclusão, após examinar todos os argumentos suscitados pelo então recorrente, ora embargante, opinou a Serur, naquela oportunidade, por que fosse negado provimento ao recurso de revisão, haja vista que:

- "a) os elementos de prova apresentados pelo Recorrente são insuficientes para se estabelecer o nexo de causalidade entre a destinação dos recursos e a execução da obra, porquanto, mesmo nos poucos casos em que é possível distinguir com clareza os beneficiários dos recursos, não é possível verificar a motivação de tais pagamentos (item 5);*
- b) a ficha de visita técnica que comprovaria a execução das obras possui data anterior ao do início da vigência do convênio em questão; além do que o fato de haver apenas um convênio vigente com o objeto do convênio em questão não implica que os recursos utilizados na execução fossem os deste convênio (item 6);*
- c) a jurisdição deste Tribunal abrange aqueles "que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário" (artigo 1º, inciso I, in fine, Lei 8.443/1992), o que, segundo os elementos dos autos, é precisamente a condição do ora Recorrente (item 7);*
- d) os elementos dos autos demonstram que o Recorrente foi o real beneficiário dos recursos oriundos do convênio em questão, o que, aliado ao fato de não ter sido demonstrado o nexo causal entre a execução das obras e a utilização dos recursos, justificam a responsabilização do ora Recorrente (item 8);*
- e) os recursos repassados ao particular somente perdem sua natureza de públicos se comprovada a regular liquidação da despesa, o que não se deu no caso vertente, atraindo portanto a jurisdição deste Tribunal (item 9);*
- f) a atuação do Recorrente justifica seu enquadramento como terceiro responsável previsto no artigo 16, § 2º, inciso II, da Lei 8.443/1992, justificando-se assim sua responsabilização solidária no caso vertente (item 10).*

20. O Ministério Público que atua junto ao TCU, por intermédio do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, emitiu parecer corroborando as conclusões da unidade técnica, tendo concluído sua manifestação nos seguintes termos (peça 94):

"Não pode ser acatada a alegação de que os numerários em questão deixariam de ser públicos por ocasião do pagamento da empresa privada contratada pelo município para executar o objeto conveniado. Consoante bem destacou a unidade técnica (peça 87, p. 10-11), tal alegação só pode ser considerada nos casos em que a despesa foi regularmente liquidada, atingindo-se a finalidade pública à qual se destinavam os recursos, o que não foi demonstrado nestes autos (Lei 4.320/1964, arts. 62 e 63 c/c INSTN 1/1997, arts. 22, 23 e 30). Ademais, ao deliberar livremente por disputar certame licitatório e contratar com o Poder Público, a entidade privada submete-se ao regime próprio das normas que regem a aplicação de dinheiro público. No caso, além das normas de caráter geral, as regras específicas que regulam as transferências voluntárias da União

(Lei 8.666/1993, arts. 54, 58, 66, 67 e 69 c/c IN-STN 1/1997, arts. 27, 29, 30 e 38).

Em consequência do exposto, e tratando-se de recursos públicos oriundos da União, não há dúvida quanto à competência objetiva do TCU para atuar no caso presente, submetendo-se a sua jurisdição todos os responsáveis envolvidos, sejam agentes públicos ou privados (CF/1988, art. 71, inciso VI, c/c Lei 8.443/1992, art. 1º, inciso I e parágrafo 1º, e art. 5º, incisos I, II e VII). Portanto, devem ser afastados também estes argumentos.

Também é patente a responsabilidade do recorrente, em solidariedade com os demais responsáveis apontados na decisão recorrida. Ele admite que suas contas particulares foram usadas nas transações, o que, ante a ausência de prova em contrário, denota benefício próprio diretamente relacionado à irregular aplicação dos recursos públicos. Há farta jurisprudência do TCU assinalando a responsabilidade de terceiros estranhos à administração e à entidade privada contratada em casos similares. Nessa linha, dentre tantos, os Acórdãos 2248/2013-Plenário e 2562/2007-1ª Câmara. Também não subsiste o argumento de eventual ausência de dolo. Tratando-se de apuração de dano ao erário no âmbito do processo administrativo de controle externo, a culpa dos agentes envolvidos é legalmente presumida (Acórdão 1895/2014-2ª Câmara). Nesse passo, ‘a imputação das sanções dos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, assim como do débito, exige apenas a verificação da ocorrência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades’, não sendo relevante a identificação de conduta dolosa (Acórdãos 3874/2014-2ª Câmara, 1427/2015-Plenário e 760/2013-Plenário, dentre outros).

Por fim, em reforço ao que pontuou a Serur, é de realçar a fragilidade das demais alegações do recorrente. Não é razoável supor que uma empresa que firmou com a Administração Pública contrato envolvendo dezenas de milhares de reais não pudesse abrir conta corrente na instituição financeira presente no município, o que, alegadamente, teria demandado o uso da conta particular do recorrente. Também não vai adiante o argumento de que o sócio-empresário da empresa contratada controlaria de maneira incisiva a efetiva movimentação financeira daquela conta corrente. Ainda que se presuma verdadeiro tal fato, o que não está demonstrado nestes autos, apenas atrairia a responsabilidade solidária do mencionado empresário, sem elidir a do recorrente. Isto porque, sendo deste a titularidade da citada conta, não há razão para supor que o manejo se desenvolveu à sua revelia ou contra sua vontade (CF/1988, art. 5º, inciso II). Para concluir de forma diferente, seria necessária prova robusta de coação ou outro vício jurídico que houvesse afetado decisivamente a livre gerência de seus negócios à época. Não se encontram nos autos elementos dessa ordem.”

21. Por todos esses argumentos fáticos e jurídicos o recurso de revisão foi desprovido na ocasião da prolação do Acórdão 1062/2016-TCU-Plenário, não havendo na deliberação qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada pelos presentes embargos que, portanto, devem ser rejeitados.

22. Cabe, ainda, antes de encerrar, examinar um último argumento suscitado pelo embargante, nos itens 49 a 57 da peça recursal, sob o tópico “Da penalidade imposta ao embargante”. Alega, em arrazoado de teor igualmente confuso, que não poderia ser apenado com multa pelo Tribunal porque “não detinha contas a prestar à União”, e que, portanto, o art. 19 da Lei nº 8.443/1992 não poderia alcançá-lo.

23. Apenas *ad argumentandum*, uma vez que o ponto não revela qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada pelos embargos de declaração, vale anotar, para além de toda a argumentação que já foi anteriormente expandida, relativamente à responsabilização do ora embargante na condição de terceiro que deu causa a prejuízo ao erário, que, na oportunidade de interposição do recurso de revisão, o ora embargante já havia manifestado conformismo com a aplicação da multa de R\$ 8.000,00. À peça 22, sob o tópico “Das conclusões”, resta consignada a

seguinte afirmação:

“O Recorrente não impõe óbice à multa estipulada pelo TCU, tanto que já requereu parcelamento da mesma junto à Advocacia Geral da União - AGU e está pagamento (sic) a mesma, mas discorda da decisão que o condenou em solidariedade com os gestores municipais a devolver os recursos do Convênio N° 1165/99, pois resta demonstrado que não se beneficiou de nenhum desses valores nem tampouco causou dano ao Erário por ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, também não cometeu desfalque, desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.” (grifos nossos).

24. Com efeito, agora nos embargos de declaração, no item 50 da peça recursal (peça 108), o ora embargante informa que está em tratativas com a Advocacia Geral da União para pagamento da multa no valor de R\$ 9.981,60.

25. Não há lógica em argumentar agora a propósito da aplicação da penalidade de multa, menos ainda quando se está em sede de embargos de declaração. Rejeito, portanto, os declaratórios também em relação a esse aspecto.

26. Ante todo o exposto, examinados adequadamente os argumentos suscitados nos embargos de declaração, ultrapassado o exame de mérito do recurso, poderia encerrar este voto e submeter ao Colegiado proposta de acórdão para julgamento.

27. Entretanto, cabe tecer considerações sobre alguns aspectos externos ao mérito da peça recursal apresentada pelo embargante por intermédio de seu advogado.

28. Causou estranheza a este relator a qualidade da peça oferecida a título de embargos de declaração. Todo o arrazoado está redigido de forma confusa e eivado de imprecisões na construção gramatical, no encadeamento lógico das frases e na sequência dos parágrafos.

29. Inicia, nos itens 11 a 17, alegando contradição. Em seguida, nos itens 18 a 24, alega obscuridade do acórdão e tenta afastar a solidariedade do embargante com base em inusitado argumento, sustentado no item 22 (o primeiro, eis que há outro 22, intercalado entre o 27 e o 28, fruto de numeração equivocada):

“22. Agora vejamos sobre a questão dos recibos. Pesquisamos o Portal Jurídico da Internet encontramos: “recibo de pagamento por meio de cheque” cita a página: “O âmbito jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual nem de forma solidária, pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es), devedora agente público e a empresa credor.” (sublinhados do original).

30. Neste ponto os embargos assumem contornos quase teratológicos. A expressão trazida aos autos nada mais é do que a advertência do site “Âmbito Jurídico” dirigida àqueles que desejem ali publicar textos e artigos opinativos. Ao final da advertência, sublinhada na transcrição acima, o embargante acrescenta o que entende serem os autores a que alude o texto: “devedora agente público e a empresa credor”.

31. Nos itens seguintes, os embargos de declaração seguem por um roteiro confuso e equivocado. Fala-se em irretroatividade da lei, colaciona trechos supostamente de autoria de consultor da União, invoca o direito intertemporal, traz conceitos da Lei do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Há parágrafos sem nexos algum, extraídos de outros contextos, que falam em partida dobrada, direito autoral, um deles chega a falar em “enriquecimento sem causa do ente distrital”, visivelmente extraídos de jurisprudências estranhas aos fatos tratados nos autos. Outros parecem ser enunciados jurídicos extraídos de diferentes contextos para compor, sem nenhuma coesão, a linha argumentativa do embargante.

32. Sob o tópico “Da omissão”, itens 42 e 43, os embargos apresentam dois parágrafos de argumentação esvaziada, que nada dizem e nada pedem. Em seguida, sob o tópico “Da jurisprudência”, itens 44 a 48, sob o pretexto de coligir jurisprudência favorável à tese que sustenta, os

embargos trazem à colação trechos que aparentam ser de julgado do TCE/MT, do qual transcrevem inclusive o endereço, em conduta incompatível com o exercício razoável da advocacia. A seguir, fazem alusão a enunciado da Súmula Vinculante nº 1, do Supremo Tribunal Federal (STF), que se reporta à Lei Complementar nº 110/2001, que institui contribuições sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do FGTS, matéria absolutamente estranha ao tema discutido nos autos.

33. Os três últimos parágrafos desse tópico (46 a 48) invocam o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto na Constituição Federal, sem, no entanto, sustentar de que modo há ofensa, no acórdão embargado, ao mencionado princípio.

34. No item 55, chega a invocar o art. 18 do Código Penal para argumentar que o embargante não pode ser punido porque não cometeu crime algum.

35. Nas conclusões, arrola quatro parágrafos confusos para elencar as teses de obscuridade, omissão e contradição no acórdão para, ao final, formular os pedidos.

36. Relatada, em breve síntese, a sucessão de equívocos cometidos na peça recursal, impende consignar que causou estranheza a este relator, e creio que a todos que venham a ler o arrazoado escrito pelo embargante, a forma como o advogado se conduziu na elaboração dos embargos.

37. Em comportamento que destoia da alta função pública reservada pela Constituição Federal à advocacia, o texto revela certo desconhecimento da ciência do direito e sua aplicação ao mundo dos fatos.

38. Contém expressões extraídas de contextos estranhos ao tema discutido nos autos, que dificultam o entendimento do raciocínio desenvolvido.

39. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) estipula, no art. 31, caber ao advogado o dever de proceder de forma a contribuir para o prestígio da classe e da advocacia. O mesmo diploma legal tipifica como infração disciplinar, art. 34, inciso XXIV, incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional.

40. É fato que a inépcia profissional a que alude a norma, que se verifica quando há erros grosseiros de técnica jurídica ou de linguagem, tem a jurisprudência construída por casos em que resta provada a ocorrência de erros reiterados em processos distintos, sendo que o descuido técnico em um único processo, ou em uma única peça processual, tem conduzido à conclusão de violação ao Código de Ética e Disciplina, que arrola, no art. 2º, os deveres do advogado.

41. Não obstante, conforme assinala Paulo Lobo, *in* Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB, “a reiteração pode emergir de uma única peça profissional, quando os erros se acumulem de forma evidente, embora seja recomendável o cotejo com mais de uma”.

42. Em todo caso, a iniciativa de apuração de tais condutas cabe não ao Tribunal de Contas da União, mas à Ordem dos Advogados do Brasil, no caso ao Conselho Seccional do Distrito Federal (OAB/DF), onde se encontra inscrito o patrono do embargante, entidade à qual sugiro o encaminhamento de cópia desta deliberação para conhecimento e adoção das providências que entender cabíveis.

43. Chama a atenção, porém, um outro aspecto que também merece ser analisado pela OAB/DF. Analisando a peça recursal datada de 2/8/2016, por meio da qual foram opostos os embargos de declaração (peça 108), em cotejo com aquela datada de 10/12/2013, por meio da qual foi interposto o recurso de revisão (peça 22), evidenciam-se notáveis diferenças, embora ambas estejam assinadas pelo mesmo advogado.

44. A peça de 2013 não apresenta os defeitos de linguagem e de manejo da técnica jurídica verificados na peça de 2016. Esta, além de destoar da primeira em termos da qualidade com que foi elaborada, apresenta também diferenças formais que chamam a atenção. Em primeiro lugar, não utiliza papel timbrado do advogado, como ocorreu na primeira peça. Ademais, não tem todas as folhas rubricadas pelo causídico, como ocorre na anterior. Enfim, são diferenças de forma e de estilo que toldam a peça apresentada agora nos embargos de declaração e podem suscitar dúvidas quanto à autoria em sua elaboração.

45. Por essa razão, creio que seja de interesse da OAB/DF examinar ambas as situações em processo regular no âmbito de sua estrutura de averiguação disciplinar.

Com essas considerações, ante todo o exposto, analisados os argumentos postos nos embargos de declaração, submeto os autos ao Tribunal para que delibere sobre a minuta de acórdão que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 1 de novembro de 2016.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator