

VOTO

Atuo nos presentes autos com fundamento no art. 31 da Resolução-TCU 175/2005, tendo em vista haver sido designado, por meio da Portaria-TCU 528, de 30/11/2017, substituto do eminente Ministro Augusto Nardes na sessão de 08/12/2017, ocasião em que relatei este processo e na qual foi proferido o Acórdão 10317/2017-TCU-2ª Câmara, ora objeto de embargos de declaração.

2. Nesta etapa processual são apreciados os embargos de declaração, com pedido de atribuição de efeitos infringentes, opostos por Carlo Busatto Júnior, ex-prefeito do município de Mangaratiba/RJ, ao Acórdão 10.317/2017-TCU-2ª Câmara, prolatado em sede de tomada de contas especial oriunda da “Operação Sanguessuga”, ante irregularidades na execução dos Convênios 886/2002 (Siafi 455959), 1.166/2002 (Siafi 455957), 1.168/2002 (Siafi 455958) e 1.949/2002 (Siafi 456805), todos celebrados pela União, por intermédio do Ministério da Saúde (Fundo Nacional de Saúde – FNS/MS) e o citado município, com vistas à aquisição de unidades móveis de saúde.

3. O recurso merece ser conhecido porque atendidos os pressupostos de admissibilidade aplicáveis à espécie.

4. No que respeita às preliminares de mérito, bem assim ao caráter pedagógico que deve ser conferido às deliberações deste Tribunal de Contas, registro que os embargos de declaração são, em regra, recurso integrativo, objetivando extirpar da decisão embargada, além da obscuridade e contradição, a omissão. Do mesmo modo, o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria é o de que tais espécies de falhas são aquelas decorrentes do próprio julgado e que prejudicam a sua perfeita compreensão, e não aquelas que bem entenda a embargante, muito menos como meio transversal visando impugnar os fundamentos da decisão atacada.

5. 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).

6. Essa compreensão é também do egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), consoante se extrai do seguinte julgado daquela Corte Maior:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO APTO A ENSEJAR QUALQUER DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE REDISCUTIR MATÉRIA JÁ DECIDIDA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DESPROVIDOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, **na sentença ou no acórdão**, obscuridade, contradição ou omissão. Inexistentes quaisquer desses vícios, não se pode falar em cabimento do recurso de embargos de declaração.

2. A pretensão de discutir a matéria de fundo constante da impetração é inviável na via estreita dos embargos declaratórios, máxime quando inexiste nulidade processual a ser sanada.

3. In casu, verifica-se que a pretensão do embargante é o rejuízo da impetração, **inviável na via estreita dos embargos declaratórios**.

4. Embargos declaratórios desprovidos.

(Emb. Decl. no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 121.103 Distrito Federal. Rel.: Min. LUIZ FUX. Julg. 31/5/2016 – destaquei)

7. Complementando, resta assente nesta Corte de Contas que não há omissão apta ao acolhimento de embargos de declaração quando a matéria é enfrentada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e integra as razões de decidir da deliberação embargada, bem assim, na hipótese de haver aspectos divergentes entre o encaminhamento por ela proposto e o que foi compreendido pelo julgador, quando tais questões são objeto de considerações específicas. Nessa linha os Acórdãos 463/2007, 1.861/2009, 3.111/2014, 302/2015, 2.309/2015, e 294/2016, do Plenário; 1.576/2007, 663/2008, 5.589/2009, 3.339/2013, e 131/2015, da 1ª Câmara; e 268/2007, 133/2008 e 8.345/2016, da 2ª Câmara.

8. Adotadas essas premissas, passo ao exame do mérito dos presentes embargos, anotando, desde já, que inexistente o vício de omissão suscitado pelo recorrente no Acórdão 10.317/2017-TCU-2ª Câmara.

9. Conforme leitura das razões recursais, a omissão suscitada pelo embargante carrega extensa argumentação de mérito direcionada nitidamente à reforma do julgado. Em outras palavras, vale-se o reclamante de argumentos com a finalidade de provocar novo debate meritório sobre os fundamentos de sua condenação, na tentativa de demonstrar que o acórdão atacado teria incorrido em omissão quanto ao enfrentamento das particularidades do caso, que caracterizariam a boa-fé do embargante e reconheceriam que a liquidação tempestiva do débito atualizado sanearia o processo.

10. Revisitando trechos do relatório e do voto que fundamentaram o Acórdão combatido, é possível perceber que as questões alegadas pelo embargante foram devidamente enfrentadas e fundamentadas, conforme transcrições a seguir:

10.1. Relatório da unidade técnica:

Das Alegações de Defesa e Razões de Justificativa - Carlo Busatto Júnior (peça 28)

4. *A seguir, aduzem-se, no essencial, os argumentos apresentados pelo Sr. Carlo Busatto Júnior (CPF: 582.763.517-00), então Prefeito do município de Mangaratiba/RJ em resposta à citação e à audiência a ele destinadas (reproduzidas no item 3 deste pronunciamento), seguidos das respectivas análises.*

5. *Argumento – Recolhimento do débito e saneamento do processo (p. 2-3)*

5.1 *Preliminarmente o responsável esclarece que efetuou o recolhimento integral do débito apontado, atualizado monetariamente, no montante de R\$ 45.511,92 (peça 29), em razão de sua boa-fé e com o objetivo de não ser alvo de procedimento administrativo instaurado mais de dez anos depois dos fatos que lhe deram causa, inviabilizando sua defesa.*

5.2 *A seguir cita o § 2º do art. 12 da Lei Orgânica desse e. Tribunal, argumentando ser o dispositivo aplicável ao caso, considerando que na peça elaborada pela então Secex-4 não teria constado alegações ou provas de que o responsável tenha agido com má-fé nos atos que lhe foram imputados. Nesse sentido, considera que na referida peça instrutiva teriam sido relatados apenas vícios formais nas licitações promovidas pelo Município de Marangatiba/RJ, citando como exemplo a ausência de pesquisa de preços, a publicação do edital apenas em jornal de circulação regional, a realização de convites a empresas para participar do certame, a inexistência de exame prévio pela assessoria jurídica da administração das minutas do edital de licitação, a ausência de minuta de contrato e classificação de empresa que apresentou valor superior ao estimado para as aquisições. Complementa citando que 'é pacífica a jurisprudência deste Tribunal de que, reconhecida a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito, atualizado monetariamente, sana o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas, a teor do art. 12, § 2º, da*

Lei 8.443/1992' (voto da Relatora, Min. Ana Arraes, condutor do Acórdão 2.535/2012-TCU-1ª Câmara).

5.3. *Do exposto, entende que, diante do pagamento do valor integral indicado pela Secex-4 do TCU, o processo será considerado sanado, nos exatos termos do art. 12, § 2º, da Lei Orgânica do TCU, com sua extinção, ao menos quanto ao peticionário.*

6. *Análise*

6.1. *Dos argumentos do responsável, dois pontos se sobressaem: o primeiro refere-se à alegada boa-fé e o segundo ao pagamento tempestivo do débito atualizado. De acordo com §2º do art. 12 da Lei Orgânica desse Tribunal, reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.*

6.2. *Dessa forma, é imprescindível que, para que o pagamento atualizado do débito, efetuado pelo gestor, sane este processo, deve ser efetuada previamente a análise dos demais argumentos com vistas a verificar a existência ou não da boa-fé e se as demais irregularidades também foram saneadas.*

6.3. *Assim, considerando que a análise da boa-fé do gestor é resultado do exame de toda a documentação carreada aos autos, as presentes alegações serão analisadas no item 12 deste pronunciamento, que também trata das questões ora apresentadas.*

(...)

11. *Argumento – Boa-fé evidente - Contas Regulares (p. 11-13)*

11.1. *Neste item de sua defesa o responsável retoma os argumentos já despendidos acerca da ausência de má-fé e de dolo do suplicante na licitação que ensejou esta TCE; que se houve algum vício no procedimento licitatório, esse seria de natureza meramente formal; que se inexistente dano ao erário imputável ao recorrente, nem sendo possível que se comprove, qualquer espécie de má-fé, devem as contas de que cuida este processo ser aprovadas, ainda que com ressalvas, nos termos da torrencial jurisprudência do TCU, citando como consentâneos aos seus argumentos os acórdãos prolatados quando da deliberação dos processos 022.139/2007-4 e 013.226/2007-2.*

11.2. *Alternativamente, entende que, com base na tranquila jurisprudência do TCU, seja determinado o arquivamento desta TCE, diante do extenso lapso de tempo de mais de dez anos - entre a celebração dos convênios discutidos no caso e a instauração deste feito, que inviabiliza o pleno exercício de direito de defesa do suplicante.*

11.3. *Caso assim não se entenda, requer o suplicante que sejam julgadas regulares suas contas, por não se terem verificado as irregularidades apontadas pela Secex-4 na peça inicial deste processo.*

11.4. *Por fim, protesta pela juntada de novos documentos, bem como pela realização de todas as provas em direito admitidas, se necessário for.*

12. *Análise*

12.1. *Conforme já mencionado, também serão analisados neste item os argumentos expendidos pelo defendente no item 5 deste pronunciamento, por tratarem de temas correlatos.*

12.2. *Dos argumentos apresentados pelo responsável, nesse momento da instrução, cabe a análise de duas questões já suscitadas pelo responsável ainda no início de sua peça de defesa (itens 2 a 4 à peça 28, p. 2): o primeiro refere-se à alegada boa-fé e o segundo ao pagamento tempestivo do débito atualizado.*

12.3. *De acordo com §2º do art. 12 da Lei Orgânica desse Tribunal, reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas. Não é o que se verifica da análise dos presentes autos.*

12.4. No caso em exame, observa-se que o gestor homologou os certames sem que houvessem sido feitas as pesquisas prévias de preço exigidas em lei, procedimento que visa a garantir que os preços oferecidos pelos participantes estejam de acordo com os preços praticados no mercado.

12.4.1. Assim, verifica-se as seguintes irregularidades no presente caso:

- a) omissão da prévia pesquisa de preços, que facilitou a ocorrência do superfaturamento;
- b) a publicidade do certame e a participação de um maior número de participantes foram severamente prejudicadas pela não publicação do resumo do edital no Diário Oficial do Estado e em jornal diário de grande circulação no Estado;
- c) não houve exame prévio e aprovação da minuta do edital da licitação pela assessoria jurídica da prefeitura, o que poderia ter evitado a ocorrência das irregularidades ora apontadas; e
- d) não houve formalização de contrato, onde deveriam ser estabelecidas entre outras, garantias quanto a assistência técnica dos veículos adquiridos.

12.4.2. Essas graves constatações, conjuntamente, configuram-se em elementos de convicção da ocorrência de fraude à licitação com o objetivo de direcionamento do procedimento licitatório às empresas do grupo Planam.

12.5. Ademais, é possível afirmar que em todas as licitações efetivadas pela Prefeitura de Mangaratiba nos exercícios de 2001/2003 (período de gestão do ex-prefeito), com vistas à execução dos convênios firmados com o Ministério da Saúde para aquisição de UMS, contaram com a participação exclusiva de empresas vinculadas ao grupo Planam, conforme indicado no quadro a seguir:

TC	CONVÊNIO	SIAFI	LICITAÇÃO	Empresas participantes das licitações	Licitante Vencedora
016.637/2010-0	88/2000	392770	TP 2/2001	Santa Maria Comércio e Representação Ltda.	Santa Maria Comércio e Representação Ltda.
016.638/2010-7	131/2001	417904	TP 21/2001	Santa Maria Comércio e Representação Ltda.	Santa Maria Comércio e Representação Ltda.
				Leal Máquinas Ltda. Comércio e Representações	
008.354/2010-3	124/2001	418627	TP 22/2001	Santa Maria Comércio e Representação Ltda.	Santa Maria Comércio e Representação Ltda.
				Leal Máquinas Ltda. Comércio e Representações	
016.635/2010-8	871/2001	430294	TP 18/2002	Santa Maria Comércio e Representação Ltda.	Santa Maria Comércio e Representação Ltda.
				Lealmaq -Leal Máquinas Ltda.	
				Vedovel Com. e Repr. Ltda	
016.633/2010-5	1166/2002	455957	TP 02/2003	Lealmaq - Leal Máquinas Ltda.	Klass Comércio e Representação Ltda.
016.640/2010-1	1168/2002	455958		Esteves & Anjos Ltda. -ME	
016.634/2010-1	886/2002	455959		Klass Comércio e Representação Ltda.	
016.636/2010-4	1949/2002	456805		Klass Comércio e Representação Ltda.	

12.6. Cabe anotar ainda que as irregularidades encontradas nos citados procedimentos licitatórios são basicamente as mesmas, a saber: ausência de pesquisa de preços, ausência de divulgação adequada do instrumento convocatório, inexistência de exame jurídico prévio dos editais, ausência de contratos, entre outras.

12.7. Nesse contexto, contrariamente ao afirmado pelo responsável, não é possível reconhecer o conjunto de irregularidades verificadas na execução dos convênios em exame como meras falhas de natureza formal, mas sim de fortes indícios de que o esquema operado pelo denominado Grupo Planam agiu de forma sistemática no município de Mangaratiba, não somente nos convênios em exame nos presentes autos, como também nos demais convênios celebrados com o Ministério da Saúde nos exercícios de 2000 a 2002. Dessa forma, não pode ser reconhecida sua boa-fé.

12.8. Assim, em que pese o recolhimento antecipado do débito, atualizado monetariamente, considerando que não foram acatadas as justificativas apresentadas pelo responsável face às irregularidades questionadas por este Tribunal, e comprovadas nos autos, e que tampouco foi constatada sua boa-fé, não é possível acatar a solicitação de improcedência da TCE e aprovação de suas contas.

12.9. Nesse ponto cabe tecer algumas considerações acerca dos possíveis efeitos do recolhimento antecipado do débito no julgamento das contas, em casos como o que ora se apresenta em que não restou configurada a boa-fé do responsável e remanesceram irregularidades nas contas.

12.10. Oportuno trazer a lume o art. 19 da Lei Orgânica do TCU:

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

12.11. O Regimento Interno do TCU, em seu art. 202, §§ 1º, 2º e 3º, estabelece que:

§ 1º Os débitos serão atualizados monetariamente e, caso o responsável venha a ser condenado pelo Tribunal, serão acrescidos de juros de mora, nos termos da legislação vigente, devendo-se registrar expressamente essas informações no expediente citatório.

§ 2º Na oportunidade da resposta à citação, será examinada a ocorrência de boa-fé na conduta do responsável e a inexistência de outra irregularidade nas contas.

§ 3º Comprovados esses requisitos e subsistindo o débito, o Tribunal proferirá, mediante acórdão, deliberação de rejeição das alegações de defesa e dará ciência ao responsável para que, em novo e improrrogável prazo de quinze dias, recolha a importância devida.

12.12. Constatou do ofício de citação do responsável (peça 10), os seguintes esclarecimentos, conforme determina o art. 202, **caput** e § 1º, do RI/TCU:

5. Informo que, caso haja condenação pela irregularidade das contas, os débitos atualizados monetariamente serão acrescidos de juros de mora, desde a data da ocorrência até a data do recolhimento, nos termos do § 1º do art. 202 do Regimento Interno/TCU, abatendo-se, na oportunidade, as quantias eventualmente ressarcidas. Os débitos atualizados monetariamente, com juros de mora, correspondem a: Valor total atualizado com juros de mora: R\$ 95.635,89, até 26/9/2012.

(...)

7. Ressalto que o recolhimento tempestivo do débito somente saneará o processo caso seja reconhecida pelo Tribunal a boa-fé do envolvido e não tenha sido constatada outra irregularidade nas contas. De outro lado, saliento que a rejeição das alegações de defesa pelo Tribunal poderá, ainda, ensejar a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

12.13. *Verificada, portanto, a irregularidade das presentes contas, e considerando o efetivo recolhimento do débito apurado atualizado monetariamente (peça 29), o responsável, e demais responsáveis solidários, devem ser condenados ao pagamento dos juros de mora, calculados a partir da data do fato gerador até a data do recolhimento do débito, que ocorreu em 16/10/2012 (peça 35).*

12.14. *Do contrário, e apenas para argumentar, caso o recolhimento do débito atualizado monetariamente, por ocasião da citação, fosse capaz de elidir os juros em todos os processos de tomadas de contas, tal fato se constituiria num incitamento ao desvio de recursos e posterior recolhimento apenas do principal atualizado, efeito obviamente não desejado por este Tribunal, além de contrariar expressos dispositivos legais.*

12.15. *Não se pode olvidar que, ainda na fase de acompanhamento do convênio, no âmbito do órgão concedente, a única exceção prevista na Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011 à obrigação ao pagamento dos juros de mora ocorre quando os recursos permanecem na conta sem utilização, conforme estabelece o § 2º do seu art. 72: § 2º Para os convênios em que não tenha havido qualquer execução física, nem utilização dos recursos, o recolhimento à conta única do Tesouro deverá ocorrer sem a incidência dos juros de mora.*

12.15.1. *Nesse mesmo sentido estabelece o § 3º do art. 26-A da Lei 10.522/2002 (artigo incluído pela Lei 12.810/2013):*

§ 3º Para os convênios em que não tenha havido qualquer execução física nem utilização dos recursos, o recolhimento à conta única do Tesouro deverá ocorrer sem a incidência de juros de mora, mas com os rendimentos da aplicação financeira.

12.16. *Portanto, nos demais casos de apuração de débito no âmbito do órgão concedente devem ser cobrados os juros de mora nos termos do art. 30 da Lei 10.522/2002.*

12.17. *Ora, sendo assim, caso o Tribunal venha a dispensar a cobrança de juros de mora do débito apurado, dentro de um processo de TCE, tal medida, além de não ter respaldo legal (conforme visto nos itens pretéritos), implicará adoção de medidas que não seriam necessárias.*

12.18. *Se um responsável, por exemplo, é chamado pelo concedente a devolver recursos do convênio por malversação ou por não comprovar a sua boa e regular aplicação, deverá ser cobrado pelo débito atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora. Mas, esse responsável, sabedor da possibilidade de pagamento do débito junto ao TCU, na fase de citação, apenas atualizado monetariamente, independente de análise da existência de má-fé, não se sentirá motivado a recolher o débito no âmbito administrativo, e aguardará a instauração de uma possível TCE que será encaminhado ao TCU. Ou seja, estará sendo incentivado o procedimento de instauração de TCE, para posterior encaminhamento a este Tribunal, o qual, por sua vez, irá digitalizar o processo, autuá-lo e encaminhá-lo à unidade técnica competente para instrução inicial com proposta de citação. Então, quando o responsável for citado para se defender e/ou recolher o débito atualizado monetariamente, ele irá recolher o débito apenas nesta fase porque o valor é menor do que o cobrado pelo órgão concedente.*

12.19. *Ora, se é para conceder incentivo ao responsável para recolhimento do débito sem imputação de juros de mora, o momento mais adequado é no âmbito do próprio órgão concedente, evitando a adoção de medidas posteriores apenas protelatórias do recolhimento desse débito. Mas, não havendo previsão legal para a concessão desse 'incentivo' por parte do órgão concedente, não poderá o TCU vir a fazê-lo, sob pena de ferir o princípio da legalidade e da eficiência.*

12.20. Conclui-se, então, que a única situação prevista na Lei 8.443/1992, para que o TCU dê quitação ao responsável que pagar o débito apenas atualizado monetariamente, é aquela prevista no art. 12, § 2º, a saber: reconhecimento da boa-fé do responsável e a inexistência de outras irregularidades nas contas.

12.21. Conforme apurado nos presentes autos, nenhuma dessas duas condições ocorreu, restando, então, a cobrança dos juros de mora devidos.

12.22. Por fim, é necessário considerar que o responsável fora citado de acordo com o Sistema Débito, anteriormente às alterações promovidas pelo Acórdão 1603/2011-TCU-Plenário, que instituiu a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para atualização e aplicação dos juros de mora incidentes sobre os débitos aplicados pelo TCU.

12.23. O direito ao contraditório do responsável já foi objeto de análise na presente instrução e está sendo exercido pelo responsável neste Tribunal por meio da defesa ora analisada, não podendo ser acolhida a solicitação de juntada de novos documentos nesta fase processual, mesmo porque não há previsão na Lei Orgânica do TCU para isso.

12.24. As alegações de defesa do responsável, portanto, devem ser rejeitadas e suas contas julgadas irregulares, razão pela qual não é possível acatar os seus pedidos”.

10.2. Voto do Ministro Relator:

“10. Endosso as análises e conclusões da unidade técnica, com a sugestão apontada pelo MP/TCU, as quais adoto como razões de decidir, e acolho, na essência, a proposta de encaminhamento sugerida.

11. Nesse contexto, concordo com a unidade técnica que os elementos de defesa não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, cabendo, desde logo, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas do responsável, uma vez que não existem, nos autos, elementos que possibilitem reconhecer a boa-fé na sua conduta e remanesceram outras irregularidades nas contas, condenando-o em débito solidário com os demais responsáveis e imputando-lhes a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443, de 1992 (multa proporcional ao valor do dano causado ao erário).

12. Na dosimetria da multa aplicada ao então gestor, além da mencionada proporcionalidade, serão levadas em conta as irregularidades a ele imputadas por meio da audiência.

13. Quanto ao valor do débito imputado aos responsáveis, destaco a preocupação da unidade técnica em delinear bem os possíveis efeitos do recolhimento antecipado do débito no julgamento das contas, em casos como o que ora se apresenta em que não restou configurada a boa-fé do responsável e remanesceram outras irregularidades nas contas, o que permitiu analisar com segurança os argumentos trazidos aos autos. Transcrevo alguns trechos da análise da unidade técnica, verbis: (...)” (grifo acrescido)

11. No que se refere à boa-fé, o entendimento sedimentado nesta Casa é que, em se tratando de processos atinentes ao exercício do controle financeiro da Administração Pública, tais como o que ora se examina, a boa-fé não pode ser presumida, devendo ser objetivamente demonstrada e comprovada, a partir dos elementos que integram os autos, para que venha a ser reconhecida.

12. Tal interpretação decorre da compreensão de que, relativamente à fiscalização dos gastos públicos, privilegia-se a inversão do ônus da prova, pois cabe ao gestor comprovar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade.

13. Assim, o exame da boa-fé pressupõe a verificação da atuação do gestor público com honestidade, lealdade e probidade durante toda a gestão dos recursos públicos a ele confiados ou, se for o caso, da existência de justificativa amparada no direito para as condutas que importaram inobservância aos normativos legais.

14. Nesse sentido, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para o dano ao erário ou outra irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito, como bem colocado no voto condutor do Acórdão 1.921/2011-TCU-2ª Câmara, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, **in verbis**:

“5. Não se sustenta [...] a tese de que sua boa-fé deveria ser aceita, posto que presumida pela ausência de comprovação de má-fé. Ora, a boa-fé se presume apenas até que não seja descaracterizada, como, de fato, o foi. Entenda-se que, no âmbito desta Corte, de boa-fé se considera o responsável que, em que pese a ocorrência de dano ao erário ou outra irregularidade, tenha zelado por seguir as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito. A análise, portanto, é feita sob o ponto de vista objetivo, sem que seja necessária a comprovação de má-fé, mas apenas da ausência de boa-fé, para que se julguem de imediato as contas em exame com a devida cobrança dos juros cabíveis.

6. Por esclarecedor, permito-me evocar excerto do artigo ‘A caracterização da boa-fé nos processos de contas’ (Bezerra, Luiz Felipe, Revista do Tribunal de Contas da União, v. 32, n.º 88, abr/jun de 2001):

‘A todos os indivíduos, inclusive aos gestores no trato da coisa pública, é exigível a obrigação de realizar condutas que não acarretem danos a terceiros, isto é, exige-se-lhes, nas relações jurídicas que estabelecem, o denominado cuidado objetivo. Exsurge, então, o que se denomina previsibilidade objetiva, a que Welzel faz alusão em seu trabalho ‘Culpa e Delitos de Circulação’⁴, ao asseverar que ‘é exigível o cuidado objetivo quando o resultado era previsível para uma pessoa razoável e prudente, nas condições em que o agente atuou’.

A previsibilidade objetiva nada mais é do que a possibilidade de antevisão do resultado, do ponto de vista de um homem zeloso, prudente. O resultado era previsível, mas não foi previsto pelo agente. Destarte, haveria conduta culposa quando o sujeito, não empregando a atenção e o cuidado exigidos pelas circunstâncias, não previu o resultado de seu comportamento, ou, mesmo o prevendo, levianamente pensou que ele não aconteceria. Caso contrário, se o resultado estivesse sendo perseguido pelo agente, não estaríamos no terreno da culpa, mas sim diante de dolo.

E é exatamente essa noção de cuidado objetivo necessário do homem médio, zeloso e prudente, denotando isenção de culpa, que se acha implícita na moderna conceituação do princípio da boa-fé, guindado a princípio de orientação máxima no Código de Defesa do Consumidor, ordenamento que efetivamente mudou o cenário contratual moderno do Brasil.

Nesse mesmo diapasão, atente-se para o conceito que nos apresenta Fernando Noronha⁵, ao associar a boa-fé a um ‘dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade’, em contraposição ao conceito que se encontra na doutrina civilista clássica, para a qual a boa-fé é a intenção pura, isenta de dolo ou malícia, e que pode ser presumida ante a análise do elemento psíquico, anímico do agente.

A noção clássica de boa-fé subjetiva vem cedendo espaço à sua face objetiva, oriunda do direito e da cultura germânica, e que leva em consideração a prática efetiva e as consequências de determinado ato à luz de um modelo de conduta social, adotada por um homem leal, cauteloso e diligente, em lugar de indagar-se simplesmente sobre a intenção daquele que efetivamente o praticou.

Devemos, assim, examinar, num primeiro momento, diante de um caso concreto e nas condições em que o agente atuou, qual o cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento. Assim o fazendo, encontraremos o cuidado

objetivo necessário, fundado na previsibilidade objetiva. Devemos, a seguir, comparar esse cuidado genérico com a conduta do agente, tentando saber se a conduta imposta pelo dever genérico de cuidado harmoniza-se com o comportamento desse agente. A resposta negativa leva à reprovabilidade da sua conduta, à culpa e, enfim, à não caracterização da boa-fé objetiva.’”

15. No caso, entendeu-se que a documentação carreada aos autos pelo embargante não veio acompanhada de elementos suficientes para evidenciar a sua boa-fé, a partir de atitudes concretas do responsável tendentes a atenuar ou impedir o conjunto de irregularidades que lhe foi imputado, entre as quais: ausência de pesquisa de preços, de divulgação adequada do instrumento convocatório e de contratos; e inexistência de exame jurídico prévio dos editais.

16. Ao contrário, por descumprir as normas estabelecidas na legislação quando da aplicação dos recursos públicos, sem que houvesse justificativa plausível para isso, o recorrente não teve o cuidado objetivo esperado do gestor de recursos públicos.

17. Assim sendo, os elementos aduzidos na peça recursal pelo embargante denotam apenas a tentativa de obter um novo exame da matéria, o que é inviável por meio do recurso eleito. Portanto, não se verificando omissão como alegado pelo ex-prefeito do município de Mangaratiba/RJ, Carlo Busatto Junior, devem ser rejeitados os presentes Embargos de Declaração.

Ante essas considerações, voto no sentido de que seja adotado o acórdão que submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de agosto de 2018.

Ministro-Substituto AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator