

VOTO

De início, entendo que os presentes embargos devem ser conhecidos, por preencherem os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei nº 8.443/1992.

2. No mérito, verifico que inexistem vícios no Acórdão 920/2019, retificado, por inexatidão material, pelo Acórdão 2.976/2019, ambos da 2ª Câmara.

3. Com efeito, em virtude de sua peculiar natureza recursal, a teor do que estabelece o art. 34, **caput**, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno do TCU, os embargos de declaração objetivam corrigir obscuridade, omissão ou contradição da deliberação recorrida, a fim de esclarecer, interpretar ou completar o pronunciamento anteriormente emitido, em benefício da sua melhor compreensão ou inteireza (v.g.: Acórdão 434/2018-TCU-Plenário, entre outros).

4. Vicente Greco Filho assim define esses vícios da deliberação:

“(...) 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.”

(in Direito Processual Civil Brasileiro 11ª edição, 2º Volume, Editora Saraiva, p. 259/260).

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. Ora, tais situações não restaram evidenciadas no presente caso, vez que as questões trazidas pelo embargante não foram suscitadas na fase anterior do feito, razão pela qual não poderia o acórdão embargado ser obscuro, omissivo ou contraditório em relação a elas.

7. Por configurarem inovação argumentativa, é descabida a apreciação dessas questões em sede de embargos de declaração, consoante assente na jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1.355/2010, da 1ª Câmara, e 180/2010 e 1.246/2010, ambos do Plenário.

8. Constata-se, em verdade, que o embargante comparece perante este Tribunal, mediante embargos de declaração, para questionar a pena que lhe foi imposta.

9. Concluo, portanto, que suas contestações, muito embora tentem demonstrar a existência de omissão e contradição na deliberação embargada, buscam, na verdade, rediscutir o mérito da matéria decidida, o que, como dito acima, não se coaduna com os estreitos limites da presente espécie recursal, sendo repellido pela doutrina como pela jurisprudência dos tribunais pátrios, inclusive desta Corte.

10. Diante disso, sou pela rejeição dos embargos declaratórios em discussão.

11. Esclareço, apenas, relativamente à apuração dos fatos conduzida nestes autos, que, nos termos do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem como do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, o ônus de comprovar a regularidade da aplicação dos recursos públicos compete ao gestor responsável.

12. Destarte, caberia ao embargante colacionar aos autos os elementos necessários à comprovação da correta gestão dos recursos públicos sob sua responsabilidade ou, na impossibilidade, apresentar as justificativas cabíveis, acompanhadas de provas hábeis do alegado, ou demonstrar efetivo prejuízo à defesa, que deve ser por motivos alheios à sua vontade, o que não se verificou no caso em exame.

13. Assim, as alegações ora apresentadas pelo embargante não tem o condão de descaracterizar as irregularidades apuradas nesta tomada de contas especial nem elidir a sua responsabilidade pela prática dessas irregularidades.

14. Quanto à boa-fé dos responsáveis arrolados nos processos de controle externo deste Tribunal, esclareço que tal instituto deve ser objetivamente analisado e provado no caso concreto, considerando-se 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. Ou seja, faz-se necessário constatar algum ato ou fato capaz de caracterizar a conduta zelosa e diligente do responsável, mediante prova nos autos, sem que seja necessária a comprovação de má-fé (dolo), mas apenas da ausência de boa-fé objetiva.

15. No caso, 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.

16. Por elucidativo, transcrevo abaixo excerto do Acórdão 7936/2018-TCU-2ª Câmara, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, em que essa temática foi abordada:

“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’, 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, levemente 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 Noronha, 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, intentando 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 carregada 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. Nestes autos, não se apurou qualquer elemento de prova de atitudes concretas do Sr. Idelvan Alves da Silva tendentes a atenuar ou impedir as irregularidades que lhe foram imputadas e, por conseguinte, que levasse à configuração da sua boa-fé, o que poderia ser considerado como atenuante.

18. Ao contrário, ante a natureza das irregularidades apuradas nos autos, restou demonstrado que o embargante descumpriu princípios e normas básicas acerca da realização de licitações públicas, ao inserir, em edital licitatório, cláusulas de caráter restritivo, quais sejam: a) comprovação de capital social ou patrimônio líquido desconforme com o art. 31, § 3º, da Lei 8.666/1993; b) fixação de prazo, a um só dia e um só horário, para realização de visita ou vistoria dos locais de realização das obras.

19. Destarte, tem-se por correto o julgamento pela irregularidade das contas com aplicação de multa.



Ante os fundamentos expostos, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de outubro de 2019.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator