VOTO REVISOR

Cuidam os autos de embargos de declaração opostos pelos Srs. José Jackson Queiroga de Morais, Lafayete Pacheco Neto, Fernando Antônio Crisóstomo e Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo e pela sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A contra o Acórdão 1.299/2013-Plenário.

2. O presente feito trata originalmente de tomada de contas especial instaurada por força do Acórdão 1.588/2005-Plenário, tendo em vista a ocorrência de suposto prejuízo ao erário na condução das obras de construção do cais para contêineres do Porto de Maceió/AL.

3. Na etapa preliminar, foram promovidas, em momentos distintos, as citações dos responsáveis supramencionados em virtude dos seguintes fatos:

a) subdimensionamento da produtividade do serviço de derrocagem, que levou ao superfaturamento desse item;

b) irregularidades no faturamento do serviço 2.4 (Bota-fora DMT= 12 Km).

4. Após as respostas enviadas pelos responsáveis, as quais foram analisadas e rejeitadas pela Secex/RN e pela Secob, esta Corte de Contas decidiu julgar irregulares as contas dos agentes administrativos supramencionados e condená-los, solidariamente com a sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., ao pagamento dos débitos, na forma indicada nos subitens 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 1.299/2013-Plenário.

5. Na oportunidade, foram aplicadas multas individuais aos Srs. José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto e à aludida empresa, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992.

6. Com as devidas vênias de estilo, divirjo do insigne Ministro Relato José Múcio, por entender que a deliberação embargada contém pequeno vício de obscuridade que merece ser corrigido nesta oportunidade, a fim de permitir seu perfeito entendimento e, portanto, fazer cumprir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

7. Especificamente, me debruçarei sobre o seguinte argumento trazido pela sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., o qual reflete questionamento no mesmo sentido apresentado pelos Srs. José Jackson Queiroga de Morais e Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, em seus recursos:

"(...) resta configurada a contradição do v. acórdão embargado, pois ao mesmo tempo em que declarou a boa-fé da Embargante e apontou a grande dificuldade de previamente precisar o rendimento do serviço de derrocagem, entendeu pelo seu superfaturamento porque a produtividade apontada no cronograma físico-financeiro não condizia com a produtividade real encontrada pelas Unidades Técnicas."

8. No caso, os defendentes se voltam contra o seguinte trecho extraído do voto condutor do Acórdão 1.299/2013-Plenário:

"42. Comprovado o dano ao erário resultante do subdimensionamento da produtividade da derrocagem e do cômputo duplicado de parte do transporte de bota-fora, resta julgar as presentes contas irregulares, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea "c", da Lei nº 8.443/92, ao lado da condenação dos responsáveis solidários, gestores da Codern e contratada, a pagamento do débito verificado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51155744.

43. A teor dos arts. 19, caput, e 57 da mesma lei, também cabe a aplicação de multa proporcional ao dano a cada um dos responsáveis, segundo sua participação nas ocorrências.

44. No entanto, apenas para o cálculo da multa, decido por não incluir o débito referente à produtividade, por reconhecer que, dada a complexidade em se precisar previamente o rendimento do serviço de derrocagem, cuja execução, no caso, não encontrava referência, ***não se pode afirmar que houve atitude intencional de obter vantagem do erário, nem erro inescusável****. Tal compreensão, todavia, não diminui o meu convencimento de que houve o pagamento de ganhos não merecidos e, portanto, indevidos em favor da contratada, observados na prática, fato que impõe a recomposição dos cofres públicos."* (grifos acrescidos).

9. De início, observo que o trecho supracitado não tratou da análise de boa-fé dos responsáveis, mas sim do exame do grau de culpabilidade de suas respectivas condutas para fins de responsabilização.

10. Sabe-se que a responsabilidade no âmbito do TCU é de natureza subjetiva. Ou seja, para imputação de débito, exige-se a presença dos três requisitos estabelecidos pela doutrina civil, quais sejam, ação ou omissão culposa, dano indenizável e nexo de causalidade.

11. Com relação à aplicação de multa, toma-se emprestado a teoria geral do Direito Penal para estabelecer como seu pressuposto a existência de uma conduta (omissiva ou comissiva) – típica, antijurídica e culpável -, havendo determinados ilícitos administrativos em que se exige, ainda, a presença de resultado e de nexo causal entre a conduta e o resultado.

12. De qualquer modo, seja para imputação do débito, seja para aplicação de multa, impõe-se a verificação da culpa dos agentes arrolados como condição para a responsabilização.

13. Na situação em exame, além do débito, foi imputada aos Srs. José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto e à sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 em virtude do dano descrito na letra "b" do item 3 supra. Quanto à irregularidade aduzida na letra "a" do item 3 supra, afastou-se a aplicação da referida sanção, consoante os fundamentos transcritos no item 7 supra.

14. Nesse ponto, ressalto que as multas aplicadas pelo TCU têm duplo caráter, punitivo e pedagógico, uma vez que servem como instrumento de prevenção geral ao estimular comportamentos e dissuadir condutas indesejadas.

15. Como ocorre usualmente nas sanções administrativas, a Lei Orgânica não estabeleceu precisamente os critérios para a imputação e para a fixação do valor de suas multas. Fala-se que as sanções desta Corte de Contas possuem tipo aberto, diferentemente do Direito Penal, em que vige o princípio da tipicidade e é prevista uma lógica rígida para a fixação da dosimetria da pena.

16. De todo modo, é possível afirmar que a aplicação da multa do art. 57 da lei envolve, além da verificação de seu requisito objetivo – existência do débito –, a avaliação do grau de culpa do agente e a magnitude de seu resultado – menor ou maior débito –, a sugerir uma menor ou maior culpabilidade.

17. Para a doutrina civil, existem três graus de culpa: a grave, a leve e a levíssima. Ela é grave, quando imprópria ao comum dos homens. Culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa levíssima é a falta evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular[1].

18. Entretanto, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com dolo ou culpa levíssima,

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 491.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51155744.

existirá sempre a obrigação de indenizar[2]. No caso, incide o brocardo extraído do Direito Romano segundo o qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege Aquilia et levíssima culpa venit)*.

19. Para o direito penal, contudo, a avaliação da culpabilidade se faz necessária, primeiro, para decidir pela aplicação ou não da pena e, segundo, para fixar o seu **quantum**. A mesma ideia se aplica para a imputação de sanções administrativas pelo TCU. Também aqui se afere o grau de culpa dos agentes, antes de decidir pela aplicação de multa e o seu valor.

20. Tudo dependerá, portanto, da análise de culpabilidade realizada pelo Tribunal, ao qual se atribui uma certa margem de discricionariedade, no exercício do poder-dever de punir. Eis, então, a importância da fundamentação, como forma de permitir o controle da parte prejudicada, no regular exercício de seu direito de recorrer.

21. No presente caso concreto, compreendo que quando o Relator afirmou que não houve atitude intencional de obter vantagem do erário nem erro inescusável e, por fim, imputou o débito e afastou a multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, proposta acatada pelo Tribunal, ele reconheceu que a conduta dos responsáveis possuía um grau de culpabilidade menor, suficiente para ensejar a responsabilidade pelo débito e o dever de ressarcir, mas não para acarretar também a aplicação de pena aos responsáveis.

22. Dito de outra forma, as circunstâncias fáticas relatadas nos autos permitiram concluir que não houve dolo nem culpa grave dos responsáveis, de modo que se mostrou adequada, na situação concreta, apenas a imputação do dever de ressarcir, sem multa.

23. Isso não significa, em absoluto, que a decisão recorrida reconheceu a inexistência de culpa dos agentes arrolados, aspecto que, se verdadeiro, levaria também ao afastamento do débito, como questionado pelos embargantes.

24. Tanto é assim que o Relator reconheceu expressamente em seu voto que acatava "(...) a proposta da Secex-RN de irregularidade da tomada de contas especial e de responsabilização daqueles que causaram dano ao erário", a qual, com relação ao assunto, assim se manifestou (trecho extraído do relatório condutor do Acórdão 1.299/2013-Plenário:

"4.3.13. A responsabilidade deve recair sobre a empresa contratada (Mendes Júnior) e sobre os gestores que participaram do termo aditivo em que o item em análise foi incluído na planilha de preços, a saber, segundo os documentos de fls. 224 a 227 (volume 3) e fls. 262 e 263 (volume 3): os Srs. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, Ex-Diretor-Presidente da Codern, e José Jackson Queiroga de Morais, engenheiro responsável pela elaboração da planilha do termo aditivo. Os atos dos gestores caracterizam-se como condutas, no mínimo, culposas, pela negligência em apurar, por ocasião do termo aditivo, o adequado preço de mercado para a derrocagem. Note-se, por pertinente, a inexistência de qualquer estudo acerca do referido preço nos documentos de fls. 224 a 263 (volume 3)." (grifos acrescidos).

25. Sendo assim, entendo que a deliberação recorrida merece ser integrada com as presentes razões de decidir, como forma de suprir a pequena obscuridade verificada a partir dos argumentos trazidos pelos Srs. José Jackson Queiroga de Morais, Fernando Antônio Crisóstomo e Lafayete Pacheco Neto e pela sociedade empresária Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A em seus expedientes recursais.

26. Com relação aos demais argumentos e aos recursos interpostos pelos demais responsáveis, acolho **in totum** a percuciente análise efetivada pelo insigne Ministro José Múcio, por entender que inexiste obscuridade, contradição e omissão a corrigir e que não cabe rediscutir, em sede de embargos de declaração, matéria já debatida no Acórdão 1.299/2013-Plenário.

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. **ob. cit.** p. 491.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51155744.

27. Ante todo o exposto, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de junho de 2014.

BENJAMIN ZYMLER
Revisor

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51155744.