

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 002.143/2011-9

Apenso: TC 022.310/2009-3.

Natureza: Embargos de Declaração.

Unidade: Ministério da Pesca e Aquicultura.

Embargantes: Altemir Gregolin (CPF 492.308.169-49), Antônio Chrisóstomo de Sousa (CPF 023.714.133-72), Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior (CPF 353.688.703-10), Manoel Viana de Sousa (CPF 946.921.739-04), Mariângela de Souza (CPF 361.998.856-00) e Sheila Maria Assis de Oliveira (CPF 350.704.554-00).

Advogados: Igor Sant’Anna Tamasauskas (OAB/SP 173.163) e outros – peças 240, 242 e 330; Claudismar Zupiroli (OAB/DF 12.250) e outros – peças 256, 322 e 328. Marcelo Luiz Ávila de Bessa (OAB/DF 12.330) e outros - peças 24, 97 e 125; Walter Ramos da Costa Porto (OAB/DF 6.098) e outros - peça 150; Luiz Melo Filho (OAB/DF 17.143) - peças 172, 181 e 219; Maria Euriza Alves Carvalho (OAB/DF 7.023), Erenice Alves Guerra (OAB/DF 12.515), Jussara Costa Melo (OAB/DF 8.104), Marco Conforto de Alencar Moreira (OAB/DF 16.147) e outro - peça 169; Vinícius Fidelis de Oliveira (OAB/DF 20.081) - peças 226 e 227; Ronaldo Barbosa de Oliveira Filho (OAB/DF 35.721) - peça 236; Rafaelo Abritta (OAB/DF 15.200), Ricardo Cravo Midlej Silva (OAB/DF 07.736), Miguel Gomes de Queiroz (OAB/DF 28.115), Roberto Eduardo Ventura Giffoni (CPF 777.945.167-49), Ana Flávia Lopes Braga (OAB/DF 13.511) e Caio Cícero Torres Alvarez (CPF 101.130.807-00) – peça 329.

**SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTAS ESPECIAIS IRREGULARES, COM DÉBITO, MULTA E SOLICITAÇÃO DE ARRESTO DE BENS. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DE MÉRITO. OBSCURIDADES, OMISSÕES E CONTRADIÇÕES NÃO CONFIRMADAS. CONHECIMENTO NEGATIVO DE PROVIMENTO.**

1. Embargos de declaração não se prestam à discussão de questões de mérito devidamente apreciadas pelo acórdão embargado.
2. Uma vez não configurada a existência dos vícios suscitados, impõe-se negar provimento aos embargos.

## RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração apresentados contra o acórdão 1.151/2015, proferido pelo Plenário deste Tribunal ao julgar tomada de contas especial autuada em decorrência de irregularidades no contrato celebrado pela então Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca (Seap) para organizar a 3ª Conferência Nacional de Aquicultura e Pesca (3ª CNAP):

“ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 19; 23, inciso III; 26; 28, inciso II; e 55 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 214, inciso III, alínea ‘a’, 217 e 236, §1º, do Regimento Interno, em:

9.1. julgar irregulares as contas de Edileuza Silva Neiva, Mariângela de Souza, Sheila Maria Assis de Oliveira, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Manoel Viana de Sousa, e da empresa Due Promoções e Eventos Ltda., com fundamento no art. 16, inciso III, alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘d’ e § 2º, da Lei 8.443/1992;

9.2. julgar irregulares as contas de Cleberson Carneiro Zavaski, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior, Francisco Luiz de Bessa Leite, Dirceu Silva Lopes e Altemir Gregolin, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea ‘b’, da Lei 8.443/1992;

9.3. condenar solidariamente os responsáveis e a empresa a seguir relacionados ao recolhimento ao Tesouro Nacional dos valores especificados, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora das respectivas datas até o dia do pagamento:

9.3.1. **Responsáveis solidários:** Sheila Maria Assis de Oliveira, Mariângela de Souza, Edileuza Silva Neiva, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Manoel Viana de Sousa e Due Promoções e Eventos Ltda.:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
<b>590.932,87</b>	4/12/2009

9.3.2. **Responsáveis solidários:** Antônio Chrisóstomo de Sousa, Manoel Viana de Sousa e Due Promoções e Eventos Ltda.:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
<b>1.019.162,44</b>	4/12/2009

9.3.3. **Responsáveis solidários:** Sheila Maria Assis de Oliveira, Mariângela de Souza, Edileuza Silva Neiva, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Manoel Viana de Sousa e Due Promoções e Eventos Ltda.:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
<b>218.261,76</b>	4/12/2009

9.4. aplicar, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992, aos responsáveis a seguir as multas individuais indicadas, a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, com atualização monetária, calculada da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado:

Responsável	Valor da multa
Edileuza Silva Neiva	R\$ 110.000,00
Mariângela de Souza	R\$ 110.000,00
Sheila Maria Assis de Oliveira	R\$ 110.000,00
Antônio Chrisóstomo de Sousa	R\$ 250.000,00
Manoel Viana de Sousa	R\$ 250.000,00
Due Promoções e Eventos Ltda.	R\$ 250.000,00

9.5. aplicar, com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, aos responsáveis a seguir as multas individuais indicadas, a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, com atualização monetária, calculada da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado:

Responsáveis	Valor da multa
Antônio Chrisóstomo de Sousa	R\$ 6.000,00
Manoel Viana de Sousa	R\$ 6.000,00
Cleberson Carneiro Zavaski	R\$ 3.000,00
Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior	R\$ 9.000,00
Dirceu Silva Lopes	R\$ 3.000,00
Altemir Gregolin	R\$ 9.000,00

9.6. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas;

9.7. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.8. autorizar o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.9. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias a contar do recebimento das notificações e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência de encargos legais sobre o valor de cada parcela;

9.10. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.11. solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992;

9.12. determinar ao Ministério da Pesca e Aquicultura que:

9.12.1. avalie a conduta, configurada nos presentes autos, da Due Promoções e Eventos Ltda. à luz do art. 88, inciso III, da Lei 8.666/1993;

9.12.2. apure as alegações de alteração dos documentos e adulteração da numeração das páginas do processo administrativo 00350.002998/2008-72 (peça 163, p. 39, § 205), em desacordo com o item 5.2 do anexo da Portaria SLTI/MP 5/2002, alterada pela Portaria SLTI/MP 12/2009;

9.12.3. informe o resultado das providências adotadas em cumprimento aos dois subitens anteriores no próximo relatório de gestão;

9.13. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram:

9.13.1. ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992;

9.13.2. à Controladoria-Geral da União, para monitorar o cumprimento do item 9.12;

9.13.3. ao Ministério da Pesca e Aquicultura;

9.13.4. ao denunciante que deu origem ao processo TC 022.310/2009-3;

9.13.5. ao MPTCU, ante o disposto no art. 206 do Regimento Interno; e

9.14. retirar a chancela de sigilo do processo apenso TC 022.310/2009-3.”

2. Foram interpostos embargos por Altemir Gregolin (peça 317); Antônio Chrisóstomo de Sousa, Manoel Viana de Sousa, Mariângela de Souza e Sheila Maria Assis de Oliveira (peça 323); e Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior (peça 313).

3. Para melhor compreensão, são reproduzidos a seguir excertos com as razões recursais de cada um dos responsáveis. O titular da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, Altemir Gregolin, trouxe os seguintes argumentos:

“Compulsando os autos, nota-se que o parecer apresentado pelo Ministério Público, ao contrário do que foi afirmado no voto condutor do julgamento, não afasta a responsabilidade solidária do ora Embargante apenas com relação ao débito, mas também com relação à aplicação de multa nos termos do art. 57 da Lei 8.443/92 c/c o art. 267 do RITCU, conforme podemos notar do trecho abaixo colacionado:

*‘20. Diante do exposto; esta representante do Ministério Público manifesta-se parcialmente de acordo com a proposta da Unidade Técnica (peças 223 / 225), sugerindo sejam feitos os seguintes ajustes em seus termos:*

*a) Acolher as alegações de defesa do Senhor Altemir Gregolin a respeito dos pagamentos irregulares das despesas relacionadas com serviços eivados de sobrepreço, excluindo-se sua responsabilidade apenas quanto ao ressarcimento de débitos e à respectiva penalidade (item 174, letras ‘c’, VIII, e ‘d’, da peça 223.);’*

Assim, podemos observar que a representante do Ministério Público pede o ajuste nos termos da Unidade Técnica com relação a dois pontos distintos, o item 174, letra ‘c’, VIII, e letra ‘d’, da peça 223.

Estes pontos dizem respeito, respectivamente ao pagamento do valor supostamente devido para ressarcimento do valor pago irregularmente pelo Ministério da Pesca e Aquicultura, e à multa prevista no art. 57 da Lei n. 8443/92. Com isto, podemos observar que, até o momento em que o parecer do Ministério Público foi juntado aos autos, toda e qualquer responsabilização de ordem monetária imposta ao ora Embargante fora excluída.

Pode-se notar, portanto, clara contradição entre o que afirma a Ministra Relatora e o parecer do Ministério Público utilizado para a composição do voto.

No item 13 do acórdão ora recorrido, a Ministra Relatora afirma que:

*‘13. Acompanho, em grande parte, o encaminhamento da SecexAmbiental, **com os ajustes propostos pelo Parquet** Assim, adoto, como fundamentos de minha decisão, as análises empreendidas pela unidade técnica nas peças 163 e 223, em relação a todos os pontos de convergência’*

Ao assim se referir, na redação do voto ora atacado, a Ministra Relatora deixa transparecer que adotou como critérios para elaboração e fundamentação de seu voto os ajustes propostos pelo parquet, que se manifesta claramente pela não aplicação de pena pecuniária ao Embargante.

Além da contradição acima atacada, podemos notar que a fundamentação legal apresentada pela Ministra Relatora para a conclusão do voto e responsabilização do ora Embargante é tênue e obscura, se não infundada. No item 9.5 o acórdão tem a seguinte redação:

*‘9.5. Aplicar, com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, aos responsáveis a seguir as multas individuais indicadas, a serem recolhidas ao Tesouro Nacional, com atualização monetária, calculada da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo abaixo estipulado: (..).’*

Ocorre que, no desenvolvimento do voto ora atacado, não há indicação de quais teriam sido as práticas necessárias para a consolidação dos pré-requisitos inerentes à aplicação da penalidade prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92.

Inclusive, quando da instrução processual, tomou por certo a Unidade Técnica SecexAmbiental, apresentar proposta de encaminhamento sem incluir, deliberadamente, o nome de Altemir Gregolin no rol de investigados a serem penalizados com a multa prevista no art. 58, inciso II da Lei 8.443/92.

Neste mesmo sentido, a Subprocuradora-Geral, ao apresentar parecer final sobre o mérito da questão enfrentada nos autos, não se pronuncia sobre modificações de forma a incluir o Embargante como responsável, ou impor-lhe pena de multa.

Nota-se, portanto, com a devida vênia, outra inconsistência no acórdão atacado que, conforme demonstrado acima se manifesta, em um primeiro momento, por acatar o parecer do Ministério Público, e em outro por condenar o Embargante às penas de multa que o parquet claramente interpreta como incabíveis.

Diante do exposto, requer-se a este E. Tribunal de Contas da União a manifestação expressa acerca da contradição acima indica de forma a reformar a decisão que condenou o Embargante ao pagamento de multa e adequação do disposto no acórdão ao que pugna o Ministério Público, no sentido de não ser imposta multa ao Recorrente.

Por estas razões, aguarda-se o conhecimento e provimento dos presentes Embargos, para que seja esclarecida a matéria.”

4. O coordenador-geral de Gestão Interna, Antônio Chrisóstomo de Sousa; o diretor de Gestão Estratégica e Articulação Institucional, Manoel Viana de Sousa; a coordenadora-geral de Relações Públicas, Mariângela de Souza; e a assessora especial, Sheila Maria Assis de Oliveira apresentaram documento conjunto com as seguintes alegações:

**“II - A questão da competência. Limitação de responsabilidade e do processo decisório. Omissão.**

Com efeito, muito embora todas as defesas dos Embargantes tenham explicitado a necessidade do Tribunal analisar com bastante acuidade a questão das competências funcionais no âmbito do Ministério da Pesca e Aquicultura e das condutas praticadas por cada um dos gestores na contratação hostilizada, de modo a **delimitar e individualizar** todas as eventuais responsabilidades, quando fosse o caso, evitando em sintonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tratamentos jurídicos contrastantes com as provas dos autos, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão embargado, não procedeu dessa forma.

Veja-se Excelência a disparidade de funções e de responsabilidades que devem ser perscrutadas de forma aprofundada nesse feito e que não tiveram, conforme se está a demonstrar, a correta, *data venia*, **delimitação e individualização** das condutas praticadas: **Antônio Chrisóstomo de Souza** — Coordenador Geral de Gestão Interna; **Manoel Viana de Souza** — Diretor de Gestão Estratégica e Articulação Institucional; **Sheila Maria Assis de Oliveira** — Assessora Especial; **Edileuza Silva Neiva** — Fiscal do Contrato e **Mariângela de Souza** — Coordenadora Geral de Relações Públicas.

O que se afirma é que à luz do organograma do órgão Ministerial respectivo, deveria, como de fato deve a Corte promover a correta delimitação das condutas supostamente irregulares de cada um dos gestores, de modo que todos possam exercer, se for o caso, com segurança e na amplitude constitucional, o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, diversamente do que se reivindica nos presentes Embargos de Declaração, o Tribunal não explicitou no longo Acórdão embargado, quais as condutas individuais de cada um dos Embargantes e em

que circunstâncias de causa e efeito (**nexo de causalidade**) essas ações, quando existiram, teriam contribuído para as supostas irregularidades consubstanciadas no Acórdão ora recorrido.

Ora, num órgão ministerial e não obstante a quantidade reduzida de força de trabalho (que também deve ser ponderada pela Corte) as competências, as funções e as alçadas deliberativas são bem delimitadas, de modo que não se pode, como se faz no caso concreto, atribuir responsabilidades indistintamente a todos os gestores, como se a realidade do processo indicasse a existência de um grupo coeso e adrede imbuído do desiderato de lesar a Administração Pública.

Evidentemente, contudo, que o espírito público que sempre balizou a conduta de cada um dos Embargantes não se coaduna com o desperdício de verbas, de modo que eles jamais dariam azo a uma contratação que soubessem, previamente, ser lesiva aos interesses da sociedade.

De mais a mais, seja pelo fato de se ter aderido a uma Ata de Registro de Preços da própria administração, seja em função dos pareceres técnicos e jurídicos entabulados, todo o conjunto dos dados levou, como levaria, a crer que existia razoabilidade na contratação, de modo que todos creram estarem atendendo e observando todos os aspectos e questões legais e morais.

Não tendo havido a correta **delimitação e individualização** das responsabilidades dos gestores Embargantes e o estabelecimento do devido nexo de causalidade entre as condutas e as consequências apontadas como deletérias à Administração, o Acórdão embargado encontra-se flagrantemente omissis, dificultando, como dito, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Urge, portanto, o esclarecimento do julgado. **É o que se requer.**

### **III - Omissão na apreciação da boa-fé dos gestores. Individualização das condutas.**

O Acórdão embargado também se ressentia da análise individualizada, como suscitado nas defesas, da boa-fé dos gestores Embargantes na condução do processo de contratação da empresa que auxiliou na realização da mencionada Conferência.

Todos os gestores, ora embargantes, atuaram com boa-fé no caso em exame. Nesse sentido, cabe buscar no próprio TCU os ensinamentos sobre o fato de que a responsabilidade do administrador deve ser sempre aferida subjetivamente e comprovada em concreto, como se vê na transcrição do fragmento do Acórdão prolatado na TC 003.121/2001-8:

*‘Considerando que não há nos autos indícios de locupletamento ou de dolo desses agentes, entendo haver necessidade de perquirir a existência de culpa. Tendo em vista que age com culpa quem atua com imperícia (relativa à falta de habilidade, de capacidade técnica), imprudência (ligada a ações temerárias) ou negligência (relacionada com ações desidiosas ou com omissões), analisarei em separado a conduta de cada um dos citados, procurando aferir se seus atos estão ou não evitados por uma dessas modalidades de culpa.(...)’*

Ou seja, além de não se ocupar desse ponto das defesas (boa-fé) cujo reconhecimento interfere substancialmente no desfecho da conclusão da auditoria, o Tribunal continuou, como demonstrado no item anterior, sem individualizar as condutas dos Embargantes, de modo que não é possível indicar a responsabilidade coletiva para todas as condutas legais ou supostamente ilegais perpetradas, em especial as de:

- selecionar ou aprovar a empresa que foi contratada;
- analisar a capacidade ético-profissional da empresa e dos seus dirigentes;
- analisar ou aprovar os preços dos serviços a serem contratados;
- elaborar os termos de referência do contrato;
- definir os produtos a serem apresentados pela contratada;
- ajustar a forma de pagamento dos serviços contratados;
- fazer os ateste dos serviços prestados;
- exercer a fiscalização do contrato;
- decidir sobre o encerramento do contrato.

Assim a individualização das condutas de cada um dos gestores, a partir dos postulados da boa-fé e das responsabilidades funcionais se impõe até mesmo para permitir, num juízo de razoabilidade, o afastamento do polo passivo de todos aqueles que efetivamente não devem figurar como responsáveis nesse feito.

A propósito, trazem-se à baila os seguintes precedentes do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a responsabilização dos dirigentes não pode ser genérica, impondo-se a demonstração efetiva e objetiva de que agiram ou omitiu-se na prática de ato ou **dever de ofício**, o que evidentemente não é o caso retratado nestes autos:

*'Acórdão 89/2000 — Plenário - AC-0089-18/00-P — Processo - 003.082/1995-4 - Prestação de Contas — Entidade - Entidade: Caixa Econômica Federal - CEF*

**Voto do Ministro Relator**

*Registro, de início, no tocante à responsabilidade dos membros dos conselhos de administração e fiscal, que concordo com o entendimento do titular da Unidade Técnica, pois não há elementos suficientes que possibilitem imputar-lhes responsabilidade, haja vista que não restou comprovado que tenham concorrido para o cometimento dos atos considerados irregulares. Nessa linha tem evoluído a jurisprudência desta Corte, conforme Acórdão n 2 007/99 - TCU - 2@ Câmara (TC 016.448/85-5); Decisão n 2 335/94 - Plenário (TC-025.169/92-0); Acórdão n 2 088/93 - Plenário (TC-649.006/91-7); Acórdão n 2 087/96 - 2@ Câmara (TC-649.116/92-5); Acórdão n 9 089/87 - Plenário (TC 023.824/92-1). Assim, devem os mesmos, data vênua, ser isentados de qualquer responsabilidade quanto às irregularidades aqui tratadas. (...)*

No mesmo sentido, colhe-se o trecho do voto do Ministro relator no Acórdão abaixo:

*'Acórdão 7/1999 - Segunda Câmara — Processo 016.448/1985-5*

*Trecho do Voto do Ministro Relator:*

*19. Reforçando esse entendimento, trago à colação as não menos brilhantes ponderações lançadas no Voto do eminente Ministro Bento José Bugarin, quando da apreciação do TC 649.006/91-7 (Acórdão 88/93 - Plenário - Ata 45/93), a respeito da responsabilidade dos integrantes do Conselho de Administração da COPEL, verbis: '9. Em primeiro lugar, verifica-se que não se inclui entre as competências dos membros daquele colegiado apreciar a regularidade e a legalidade de cada ato administrativo praticado pela Diretoria atribuições que, por sua natureza, são mais afetas à área de atuação do Conselho Fiscal, ente que, no caso específico da COPEL, não possui caráter permanente e não atuou nos exercícios em foco. 10. Em segundo lugar, a responsabilidade do Conselho de Administração não possui índole genérica, pois não engloba a totalidade da gestão. É, isto sim, restrita aos atos específicos que são submetidos à apreciação daquele Colegiado e são por ele aprovados. 11. Assim, conclui-se que, não tendo qualquer das ocorrências remanescentes após o exame da IRCE/RS sido levada à deliberação do Conselho de Administração, não é possível imputar responsabilidade aos integrantes daquele órgão pelos fatos constatados nas presentes contas.'*

E ainda:

*'Acórdão 594/2005 — Plenário — Processo - 016.347/1992-7 (...)*

*3.6. Como pode ser visto no Anexo I, a grande maioria dos achados não apresenta o nexo de causalidade, perfeitamente caracterizado, entre o ato do responsável e a irregularidade apontada. De acordo com o Roteiro de Auditoria de Conformidade, para perfeita caracterização do liame, há necessidade de evidências de que a conduta do responsável contribuiu significativamente para o resultado ilícito, ou seja, de que foi uma das causas do resultado. Dessa forma, 'a inexistência de nexo de causalidade significa que o gestor não pode ser responsabilizado pelo resultado.'*

*3.7. Esse também é o entendimento do Tribunal, donde seguem, exempli gratia, trechos dos votos dos ministros Ubiratan Aguiar e Adylson Motta, em Acórdãos da 2@ Câmara: 'Coloco-me de acordo com o entendimento defendido pelo Ministério Público, pois, na minha compreensão, dadas as circunstâncias em que o fato ocorreu não se pode afirmar, com um mínimo de certeza, a existência de nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido pelo erário e a conduta dos responsáveis arrolados nesta TCE.'*

*Acórdão 143/2003 - Segunda Câmara*

*Relator: Ubiratan Aguiar (Relator)*

*Voto do Ministro Relator*

*'Observe-se que na apuração da responsabilidade deve-se procurar aferir se existe nexo de causalidade entre o dano apurado e o fato imputável ao agente. (...) Dessa forma, havendo um*

*razoável grau de dúvida acerca da negligência do ex-chefe de agência e, ainda, considerando não estabelecido o nexo de causalidade entre essa possível conduta negligente do Sr. Expedito Cantanhede de Oliveira Filho e o furto ocorrido na Agência de Correios, cabe acolher suas alegações de defesa, bem como julgar suas contas regulares com ressalva.'*

*Acórdão 308/2003 - Segunda Câmara*

*Ministro Relator*

*ADYLSOMMOTTA*

*(...)*

Demonstrada a omissão do Acórdão recorrido também nesse ponto, requer-se a integração do julgado.

#### **IV - Necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Contradição do acórdão recorrido.**

Como já afirmado, o processo de contratação inquinado decorreu da adesão a uma Ata de preços da própria administração pública federal e a partir de pareceres técnicos e jurídicos que abalizavam o procedimento, inclusive no que diz respeito aos aditivos firmados.

Assim, todos os Gestores, ora Embargantes, tinham a necessária confiança e segurança de que suas ações estavam efetivamente sintonizadas com o interesse público, mesmo porque nem o Tribunal de Contas da União havia hostilizado a destacada contratação (Ata de Preços) que balizou o negócio jurídico realizado pelo Ministério da Pesca.

Sem agirem com dolo ou má-fé, na medida em que estribados na presunção de certeza e legalidade de suas ações, nenhuma responsabilidade lhe podia ser imputada nesses autos, conforme farta doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Na verdade, as condutas foram norteadas por uma legalidade putativa, o que, caso afastados os argumentos até aqui expendidos, o que se admite apenas por opção dialética, poderia no máximo, caracterizar erro escusável.

Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União tem deixado expressa essa condição, conforme se divisa do seguinte julgado, **verbis**:

*(...)*

*Acórdão 84/1999 - Plenário*

***Número Interno do Documento***

*AC-0084-25/99-P*

***Ementa***

*Tomada de Contas Especial. Centro de Instrução Almirante Braz de Aguiar do Ministério da Marinha. Desclassificação indevida de licitante sob alegação de não apresentação do preço global na proposta. Ausência da exigência no edital. Comprovação da apresentação dos preços por item e global da cada item. Falha da Comissão de Licitação. Ausência de má fé ou de locupletamento. Acolhimento parcial das alegações de defesa. Contas regulares com ressalva. Quitação. Determinação. - Competência e jurisdição do TCU e de tribunais e controladorias internacionais. Análise da matéria.*

*A conduta dos responsáveis está integrada pelos elementos que lhe são insitos: a) comportamento humano; b) vontade dirigida a um fim; c) 'poder-de-outro-modo' que, no dizer do Professor Francisco de Assis Toledo, nos enseja algum domínio da vontade sobre o mesmo agente, sem o que não se pode cogitar da culpabilidade; e e) lesão potencial ou efetiva, hipótese essa do caso concreto.*

*(...)*

**74. A conduta formalmente ilícita apresenta algumas causas de exclusão do caráter de ilícito.** São elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o **exercício regular do direito.** (...) 76. Dentro destas chamadas discriminantes, justificativas ou causas de exclusão da ilicitude ou de antijuridicidade **a que mais diz respeito ao caso ora sub judice é o do estrito cumprimento do dever legal.** 77.0 conceituado professor paulista, Paulo João da Costa Júnior, em seus Comentários ao Código Penal, assim se expressou: 'Estrito cumprimento do dever legal. Os casos abrangidos pelo dispositivo em exame são inúmeros: o soldado que mata na guerra, o carrasco que executa o condenado, o

*policia! que invade o domicílio para fazer uma busca, a testemunha que ao depor ofende a honra de terceiros, etc. **A expressão 'dever legal' restringe a abrangência da norma aos deveres impostos pela lei.** (...) Os destinatários do dispositivo são sobretudo os agentes do Poder Público, os servidores do Estado. Ou então aqueles que eventualmente estejam incumbidos do cumprimento de um dever legal, como a guarda e educação dos filhos, podendo para tanto exercer atos corretivos que possam de certo modo constrangê-los.' (...) 79. Entretanto, como superiormente comprovaram as brilhantes informações dos analistas do T.C.U., **os responsáveis estavam agindo erroneamente, supondo que agiam corretamente.** **80. Estavam cumprindo seus deveres jurídicos de Membros de Comissão de Licitação erroneamente. Mas o faziam com extrema boa fé: agiam sob o pálio de um erro. E erro de proibição.** **81. Tal proceder os colocava sob o pálio das chamadas situações putativas, mais especificamente, sob o manto das discriminantes putativas.** Mas que são as discriminantes putativas? São aquelas circunstâncias de erro, em que o agente supõe situação de fato que, se, de fato, existisse, tornaria legítima e jurídica aquela proceder. 82. Ouçamos, a propósito, as palavras autorizadas de Assis Toledo: 'O art. 20, § 1º 2, do Código Penal (atual redação) estabelece ser isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Na parte final, admite o preceito a punição a título de culpa, se prevista em lei a figura culposa. **Disso resulta que situações reais, configuradoras das causas de justificação do art. 23 do Código (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito), podem, quando irrealis, isto é, quando, por erro, existirem apenas na imaginação do agente, transformar-se, dentro de certos limites, em causas de erro escusável, denominando-se, então, discriminantes putativas, isto é, discriminantes imaginárias, irrealis.** (...) **83. Em suma, aquele que age convicto de não estar agindo contra o direito, se estiver em verdade cometendo algo de ilícito, erra sobre a ilicitude do ato.** (...) **85. Por tudo isso, a defesa dos Membros da Comissão merece ser acatada com base nessa situação putativa de cumprimento do dever.** (...) **Todavia, a meu ver, a ausência de intencionalidade em causar prejuízo ao erário, em favor próprio ou de terceiros, impede a aplicação da sanção pelo prejuízo.** (...) Aplica-se aqui a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. (...)*

Há que se suscitar no presente caso, por outro lado, como já afirmado, a necessidade de que as ações adotadas pelos administradores, quando respaldadas nos normativos e nas orientações legais que lhes são apresentadas, devem garantir, para esses responsáveis, um mínimo de segurança jurídica e de confiança que a Administração saberá reconhecer essas ações que buscaram, conforme a realidade desses autos, apenas atingir o melhor interesse público.

Acerca da necessidade da Administração está em sintonia com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, o Supremo Tribunal Federal tem deixado assente que:

'Informativo 343

(MS-24268)

(...)

Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança. É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança: 'O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.' (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91). O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz: 'Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público.' (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95 e

96) Na Alemanha, contribuiu decisivamente para a superação da regra da livre revogação dos atos administrativos ilícitos uma decisão do Tribunal Administrativo de Berlim, proferida em 14.11.1956, posteriormente confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal. Cuidava-se de ação proposta por viúva de funcionário público que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão, desde que tivesse o seu domicílio fixado em Berlim ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos após, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do benefício, tendo a Administração determinado a suspensão de seu pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente. Hoje a matéria integra a complexa regulação contida no § 48 da Lei sobre processo administrativo federal e estadual, em vigor desde 1977 (Cf. Erichsen, Hans-Uwe, in: Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9a edição, Berlim/Nova York, 1992, p. 289) Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, (v.g. art. 2o). Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material. Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos: 'Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convaler, 3/4 como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, 34 mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato. Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do due process of law. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e forma e de adequação à tipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir due process of law por devida atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, ocorrência; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei.' (Miguel Reale, *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2a ed. Forense. Rio de Janeiro. 1980.) É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato. Diante, porém, do pedido formulado e da causa petendi limite-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento. Entendo, porém, que se há de deferir a segurança postulada para determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa na espécie (CF, art. 50, LV). Brasília, 15 de março de 2004. (...)

Ora, ao se assegurar que os gestores fizessem a opção por uma Ata formalmente legal e logo em seguida inquirar de indevida essa adesão, além de causar insegurança jurídica indica certa contradição do julgado embargado, que deve ser aclarada com os presentes Embargos.

#### **V - Vedação do enriquecimento sem causa.**

Com efeito, todos os Embargantes desempenharam regularmente suas obrigações funcionais e receberam apenas a contrapartida salarial respectiva.

No presente caso, não se aponta em nenhum momento que qualquer dos gestores tenha auferido algum benefício pessoal indevido ou, dolosamente dado causa a prejuízos ao erário ou o que seria mais grave, associado se à pessoa jurídica contratada em detrimento da defesa da Administração Pública.

Nessa perspectiva, determinar aos Embargantes que promovam a devolução da exorbitante quantia indicada no Acórdão embargado importaria, no mínimo, no enriquecimento sem causa da Administração e

da própria empresa contratada, que usufruiu, respectivamente, dos serviços prestados e dos recursos recebidos, sendo esta, a única beneficiária dos valores.

O enriquecimento sem causa, que será configurado com a manutenção da solidariedade no débito apontado pela Corte, caracteriza realidade repudiada pelo Direito e que não deve encontrar conforto nestes autos.

Aliás, no artigo ‘Enriquecimento sem causa, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Princípio do **Enriquecimento sem Causa** em Direito Administrativo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 2, maio, 2001 (<http://www.direitopublico.com.br/>), tem-se claramente descortinado o tema, senão vejamos:

‘(...)

*Assim, ressalvados os casos em que o administrado atuou dolosamente, com má-fé, de maneira a iludir a **Administração** induzindo-a à suposição de que estava a compor ato juridicamente liso e concorrendo dessarte para que se produzisse ato viciado ou, daquél'outros em que - ainda pior - se concertou com agentes administrativos para, em atuação conjunta, fraudarem o Direito, não se pode admitir que a invalidação acarrete um **enriquecimento** do Poder Público e um empobrecimento do administrado.*

*4. Com efeito, precisamente para evitar situações nas quais um dado sujeito vem a obter um locupletamento à custa do patrimônio alheio, sem que exista um suporte jurídico prestante para respaldar tal efeito, é que, universalmente, se acolhe o princípio jurídico segundo o qual tem-se de proscrever o **enriquecimento sem causa** e, conseqüentemente, desabona-se interpretação que favoreça este resultado injusto, abominado pela consciência dos povos.*

*Cumpra, portanto, de um lado, verificar o que é e como se caracteriza o **enriquecimento sem causa**, examinando seu cabimento e aplicação no âmbito do direito administrativo.*

*5. **Enriquecimento sem causa** é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um **princípio geral do direito**.*

*No preciso dizer de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA: ‘...los principios generales dei Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del Ordenamiento y de ia experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de ia justicia o de la consciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y **objetivada en Ia lógica misma de las instituciones**’ (Curso de Derecho Administrativo, obra conjunta com TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, vol. I, pag. 400, Ed. Civitas, Madrid, 1981, reimpressão da 3a ed. - grifos nossos).*

*Sublinhe-se que os princípios gerais de direito estão subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém, como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento, porquanto seus diversos institutos jurídicos, quando menos considerados em sua complexidade íntegra, traem, nas respectivas composturas, ora mais ora menos visivelmente, a absorção dos valores que se expressam nos sobreditos princípios.*

*Os Conselheiros de Estado GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA, referindo também o art. 2.041 do Cod. Civil Italiano, igualmente ensinam que se alguém se enriquece sem uma causa jurídica justa em prejuízo de outra pessoa cabe a ação em prol desta última para indenizar-se da correlativa diminuição patrimonial dentro dos limites do **enriquecimento** produzido. Anotam seu cabimento contra a **Administração** quando esta reconheça, seja explícita, seja implicitamente - pelo desfrute da atividade ou pela incorporação do produto dela, ou por havê-la utilizado nos próprios fins, a utilidade do trabalho ou da obra efetuada por outrem, com seu sacrifício em prol dela. Indica que são freqüentes as aplicações de **enriquecimento sem causa** e, traz como exemplo, não só, mas também, o de obra demandada a um particular sem obediência às formas prescritas (‘Manuale di Diritto Amministrativo’ (pag. 198, Giuffrè Ed., Milano, 1963). M. S. GIANINNI também faz expressa referência à aplicação do princípio do*

*enriquecimento sem causa* ao direito administrativo (Istituzioni di Diritto Amministrativo, pags. 516-517- Giuffrè Ed., Milano, 1981).(...)

8. Sobre o tema do **enriquecimento sem causa** em direito administrativo francês é sabidamente preciosa a monografia de GABRIEL BAYLE. Em seu excelente estudo, no qual examina minuciosamente a jurisprudência do Conselho de Estado, o autor registra que, antes mesmo da adoção do princípio pela jurisprudência civil, antes da Corte de Cassação consagrá-la na famosa decisão Boudier (1892), o Conselho de Estado, implicitamente, reconheceu : 'que o direito à indenização do quase-contratante da **administração** poderia fundar-se sobre o princípio geral de direito de que «ninguém pode enriquecer-se à custa de outrem», uma vez preenchidas as condições particulares de sua operatividade. Estas condições são em número de tres: é preciso que haja assentimento da coletividade pública enriquecida, utilidade geral da despesa feita pela pessoa empobrecida e proveito extraído **sem causa** jurídica pela **administração**. Quando estas três condições estejam preenchidas, deve ser possível ligar a teoria administrativa ao princípio geral de que a **administração** não deve se enriquecer sem fundamento jurídico à custa de particulares'.

...

10.

No Brasil, LUCIA VALLE FIGUEIREDO e SÉRGIO FERRAZ, em monografia sobre 'Dispensa de Licitação', ao estudarem hipóteses em que um particular desenvolve atividade de proveito coletivo sem que hajam sido cumpridas as formalidades pré-contratuais ou contratuais anotam que:

'... o problema só adquire relevância se presentes os seguintes dados: a) enriquecimento ou proveito para a coletividade; b) empobrecimento ou depreciação patrimonial para o prestador de serviços; c) relação de nexo entre um e outro dos fenômenos acima apontado; d) ausência de causa para a concretização dos aludidos fenômenos' (Dispensa de Licitação, pags. 95-96, Malheiros Editores, 3ª Ed. Rev. Dos Trib., 1980).

Expõem que se a **Administração** não se opôs a tal atividade e, dessarte, consentiu tacitamente em sua realização, **ficará obrigada a indenizar seu autor**, se impossível ou inconveniente a restauração ao 'statu quo ante' (op. cit. pags. 95 a 102, notadamente 101-102). Após examinarem o tema do **enriquecimento sem causa** e do quase-contrato, fazendo ampla menção à citada obra de GABRIEL BAYLE, reputam, entretanto, **que a solução adequada, no Brasil, é a da responsabilidade do Estado, com base na correspondente previsão constitucional. É que, de acordo com tais autores: 'Na realidade, o princípio jurídico, que o tema coloca em pauta, é o da igualdade na distribuição das cargas públicas. Aquele que presta um serviço à coletividade fará, nas circunstâncias a que em seguida nos dedicaremos, jus à reparação, mesmo sem regularidade formal da relação jurídica, porque, em virtude da ação ou omissão do Estado, restou desprivilegiado frente aos demais administrados, quanto à repartição das cargas públicas genéricas. E essa situação, no direito brasileiro, se soluciona com remissão ao art. 37, § 6 2, da Constituição Federal' (op. cit., pag. 100).**

Requer-se, portanto, a exclusão dos Embargantes da responsabilidade pela devolução de eventuais valores considerados como pagamento indevido, de modo que apenas a empresa beneficiária de tais montantes possa responder por esses supostos débitos.

#### **VI - Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa. Ausência de Fundamentação. Omissão.**

Afirma-se, por outro lado, que os valores das multas aplicadas aos embargantes - que se espera sejam desconstituídas com o presente recurso de embargos - não se pautou por um juízo de ponderação e razoabilidade.

Com efeito, além do suposto prejuízo não está devidamente mensurado, em nenhum momento dos autos se tem qualquer alegação de que os gestores receberam benefícios pessoais ou agiram de má-fé ou não adotaram os cuidados necessários para a proteção do interesse público, de modo que a aplicação da multa em montantes bastante superiores ao mínimo estabelecido na legislação de regência, ou seja, mais de 100/200 mil reais, se mostra flagrantemente incompatível com a realidade do processo.

Na verdade, em situações da espécie, quando se tem meras irregularidades formais — o que se admite apenas para argumentar — o Tribunal tem reiteradamente, quando rejeita as justificativas iniciais ou recursais, aplicado multas em patamares mínimos, o que também, ressalte-se, não é e nem será a realidade deste feito.

Assim, as multas aplicadas violam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, hoje de larga aplicação na administração pública e nas decisões administrativas. Com efeito, o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado, representado na atuação de seus agentes públicos, não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos.

A violação à proporcionalidade ocorre quando a Administração Pública, tendo dois valores legítimos a sopesar, prioriza um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro. O erro está em realizar o sacrifício excessivo de um direito na aplicação de outro.

A razão de ser deste princípio é justamente criar mecanismos para que estes direitos, igualmente fundamentais, possam co-existir, sem que um seja eliminado para que o outro possa ser implementado, ou seja, o Administrador Público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos, compatibilizando-os, sempre.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade exige ponderação e racionalidade prudente do administrador na interpretação e aplicação da legislação, razão pela qual, no caso em análise, não se pode admitir a possibilidade de pena exagerada daqueles cujas falhas (que se admite apenas para fins de raciocínio) sequer estão demonstradas de forma individualizada nos autos.

A razoabilidade não possui nada de extravagante, não é um empecilho para o desempenho da função estatal nem dificulta o alcance do interesse coletivo pelos agentes públicos, mas tão-somente um princípio básico e elementar que exige coerência, moderação e bom senso por parte dos executores da vontade do Estado.

A utilização de critérios aceitáveis e a adoção de medidas adequadas em função das circunstâncias é o mínimo que se espera dos órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais. Em outras palavras, a coerência de atitudes e a proporcionalidade entre meios e fins constituem os componentes por excelência do princípio da razoabilidade, que funciona como limite ao exercício da discricionariedade do administrador, do legislador e do juiz.

Portanto, o princípio que proíbe o excesso deve pautar todos os atos do poder público em suas diversas manifestações, não sendo privativo de determinado órgão constitucional nem exclusivo do Direito Administrativo.

A Administração, no uso da discricionariedade, deverá sempre obedecer a critérios aceitáveis na prática de seus atos. A respeito dessa liberalidade do administrador público, assim expressa o prof. Celso Antônio:

*‘...Não significa, como é evidente, que lhe seja outorgado o poder de agir ao saber exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidade ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada’.*  
(Celso Antônio, 1998, p.66)

Por outro lado, segundo o Professor José dos Santos Carvalho Filho:

*[...] o Poder Público, quando intervém das atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. [...] (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 33.)*

Ou seja, se um ato for praticado sem a devida prudência e sensatez necessárias ao administrador, aquele será perfeitamente inválidável, visto ser eivado de nulidade. Assim a pena de multa deve ser totalmente revista ou, no limite revisada, haja vista a inexistência nos autos, como dito, da individualização das condutas e das eventuais responsabilidades de cada um dos Embargantes. **Ademais, a aplicação das penas de multas deve ser bem fundamentada, no que incorre em omissão, também nesse ponto, o Acórdão embargado.**

O que se afirma e que inexistente no Acórdão embargado qualquer fundamentação que valide a aplicação das penas de multa nos valores ora inquinados.

Tem-se, dessa forma, que o Acórdão embargado, além de omissivo e contraditório, nesse ponto, também é absolutamente nulo, na medida em que não justifica a agravação demasiada na pena imposta.

Com efeito, estatui o inciso X, do art. 93 da Constituição Federal:

*Art. 93.*

*X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;*

No mesmo sentido, o art. 50, da Lei nº 9.784/99 assevera:

*Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

*II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*

Ora, não é nula a decisão com fundamentação sucinta, mas o é a que carece, como na espécie, de devida motivação, essencial ao processo democrático.

Nesse norte é o magistério de Barbosa Moreira:

*'A motivação das decisões judiciais, como expressão da justificação foral dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito' (in Temas de Direito Processual, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 95).*

Como se observa, a fundamentação é garantia política que corresponde à vocação democrática do poder de julgar. Não pode ser olvidada, mesmo nas decisões interlocutórias, pena de nulidade. Fundamentar é justificar, dizer dos motivos que formaram o convencimento. A motivação, ou seja, a explicitação das razões de decidir constitui garantia das partes, sendo indispensável ao controle dos órgãos recursais. **Não há no Acórdão embargado qualquer justificativa que valide a aplicação das penas de multas, nos patamares apresentados.**

Aliás, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ — DJ 12.05.2000, p. 20, o Ministro Celso de Mello, fazendo alusão às decisões administrativas adotadas em CPI, asseverou de forma expressa que: *'as deliberações de qualquer CPI, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se irritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal'.*

Para ilustrar o que se afirma, podemos citar o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra Curso de Direito Administrativo:

*'A motivação integra a 'formalização' do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a expressão dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir, e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação aparece aquilo que o agente apresenta como 'causa' do ato administrativo'.*

E complementa o notório jurista:

*Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como regra geral, pois os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta sim, senhora de tais interesses. Logo, parece óbvio que, praticado em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como 'Estado Democrático de Direito', proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a 'cidadania', os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam'.*

A motivação, como forma de controle da atividade administrativa, é de extrema importância. A motivação atende às duas faces do 'due process of law': a formal — porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial — sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade declarada, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa.

Assim, outra não pode ser a conclusão, senão a de que o Acórdão recorrido, também nesse ponto, por absoluta falta de motivação e por dificultar e até mesmo impedir o exercício do contraditório e da ampla defesa, é absolutamente omissivo. **É o que se requer, seja reconhecido.**

### **VII - Dos efeitos infringentes ao julgado.**

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, inclusive no campo administrativo, é uníssona em admitir, nas hipóteses em que os embargos manejados demonstram de forma sobranceira, os equívocos que substanciam a decisão e que, se não existentes, importariam na mudança de direção do *decisum*, a expressa possibilidade de concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração propostos, em face das omissões, contradições e obscuridade da decisão e/ou Acórdão.

É o caso destes autos. A existência das contradições e omissões identificadas, se anteriormente sopesadas levariam, como de fato levam, à mudança de posicionamento em face dos fatos submetidos ao conhecimento da Corte de Contas e ao reconhecimento da regularidade, ainda que com ressalva, da situação sob análise.

A propósito, mesmo em se tratando de Embargos em decisão, sujeita a Recurso, é evidente a possibilidade de assim se proceder em face do princípio da economicidade processual. Todo processo tem um custo para o erário o qual será tanto mais mitigado quanto menor for o tempo de tramitação.

É verdade que a compreensão clássica do instituto (Embargos de Declaração) o orienta apenas ao aperfeiçoamento das decisões judiciais, propiciando palco para que se realize a exigência constitucional de fundamentação (art. 93, IX, CR/88), de forma a produzir sua função endo e extra processual.

Contudo, doutrina e jurisprudência aventaram a hipótese de, em eventual correção de um dos vícios do art. 535 do CPC - e também nos casos de *error in procedendo* - o esclarecimento revelar-se incompatível com a conclusão da fundamentação original, hipótese em que se admite que ocorra a modificação da decisão embargada, a que se deu o nome de efeitos infringentes.

#### **É o caso dos presentes autos, como se viu.**

Neste sentido, colhe-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

*'Nada obstante o recurso de embargos de declaração vise apenas ao aperfeiçoamento da decisão judicial, patrocinando esclarecimento de obscuridade, desfazimento de contradição e supressão de omissão, não se prestando, como regra, à obtenção de modificação do julgado, pode ocorrer de o acolhimento dos embargos declaratórios provocar uma alteração na substância da decisão embargada. Nesse caso, em que as hipóteses típicas de cabimento dos embargos declaratórios provocam a alteração do julgado, diz-se que os embargos declaratórios apresentam efeitos infringentes modificativos da decisão embargada. Observe-se que o embargante não pretende diretamente a rediscussão da causa e conseguinte modificação no entendimento exposto pelo órgão jurisdicional na decisão com a interposição de embargos declaratórios com efeitos infringentes. O que pretende é o esclarecimento da obscuridade, o desfazimento da contradição e a supressão da omissão, que, indiretamente, acabam por modificar o julgado. Admitem-se embargos declaratórios com efeitos infringentes, ainda, contra decisões teratológicas, absurdas, em que é evidente o descompasso da decisão com contexto fático-jurídico da causa. A jurisprudência admite excepcionalmente embargos declaratórios com efeitos infringentes nessas hipóteses (STJ, 1ª - Turma, ED nos ED no AgRg no Ag 314.971/ES, rel. Min. Luiz Fux, j. em 24.11.2004, DJ 31.05.2004, p. 219)' (In 'Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo', Marinoni e Mitidiero, RT, 3ª edição, p. 567). (g.n).*

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, analisando a questão, citando EGAS MONIZ DE ARAGÃO, lecionam que:

*'Ninguém contesta que os embargos de declaração não visam a modificar o julgamento; não é possível que, por seu intermédio, a proposição 'a', por estar errada ou ser injusta, venha a ser substituída pela proposição 'b', tida como certa ou justa - isso seria objeto de julgamentos em grau de recurso.*

*Mas é evidente que, se o julgamento contiver, simultaneamente, afirmações excludentes entre si, urge que uma delas seja afastada (quicá ambas, para dar lugar a uma terceira), e isso só se faz, obviamente, modificando o próprio julgamento, a fim de, expungida a contradição, torná-lo coerente. Por conseguinte, a velha e corriqueira afirmação, às vezes repetida sem meditação,*

*de não ser permitido 'modificar' o julgamento através de embargos de declaração precisa ser entendida com argúcia' (1 Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 549.)*

Desse modo, se a decisão embargada houver sido lastreada em premissas fáticas ou jurídicas com ela descompassadas, como é o caso dos autos, poderá a supressão da omissão ou contradição impor a modificação da conclusão do julgado, acolhendo o que se convencionou chamar de efeitos infringentes ou modificativos. **É o que se requer.**

Requer-se, portanto, o acolhimento desses embargos com efeitos infringentes, consoante pedidos formulados adiante.

### **VIII - Do pedido.**

#### **Face ao exposto requerem os Embargantes:**

- 1) Que a Corte, aclarando e integrando o julgado, promova à individualização das condutas dos Embargantes e delimite, quando for o caso, as eventuais responsabilidades, permitindo, em obediência ao texto constitucional, o exercício do contraditório e da ampla defesa;
- 2) A partir da individualização acima, requer-se o acolhimento e provimento dos presentes Embargos de Declaração para, através de efeitos infringentes ao julgado, reformar o Acórdão embargado, para considerar regulares os atos tidos por irregulares, ainda que com ressalvas.
- 3) Não acatado os embargos na extensão reivindicada acima, - seja afastada a solidariedade na imputação do débito, haja vista que somente a empresa beneficiária deve responder pela suposta dívida;
- 4) Da mesma forma sejam revisadas as multas impostas aos Embargantes, de modo que na eventualidade de manutenção da condenação e dessas penas, o que se admite apenas para argumentar, elas sejam reduzidas para patamares mínimos, não superiores a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)."

5. Por fim, o assessor jurídico Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior apresentou as seguintes alegações recursais:

#### **"4. DA CONTRADIÇÃO:**

**Pareceres jurídicos ora como causadores de irregularidades, ora não tendo força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular.**

4.1 O v. acórdão embargado apresenta, data vênia, contradição, porque ao mesmo tempo que afirma que o parecer do embargante é decisivo para prática do ilícito, demonstra que: 'o parecer jurídico não tem o condão de impor ao gestor a prática de um ato ilegal'; o parecer no caso concreto não é vinculante, de forma que a responsabilização do gestor não pode implicar a do embargante, pois coube exclusivamente ao gestor a decisão sobre a prática do ato danoso.

Veja:

#### *RELATÓRIO*

*Tendo em vista que seu parecer foi proferido sob a égide do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que determina a vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer jurídico, verifica-se que sua conduta contribuiu decisivamente para a formalização dos três termos aditivos, dando causa às irregularidades relatadas no âmbito do evento 3 a Conferência Nacional de Pesca. Tais irregularidades não são somente imputáveis aos gestores administrativos, devendo por ela responder todos aqueles que tenham concorrido culposamente, o que inclui os autores de pareceres jurídicos.*

#### *ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DE DEFESA DO MINISTRO ALTEMIR GREGOLIM*

*306. Nessa linha, deve-se acrescentar que o fato de o responsável alegar ausência de culpabilidade por ter agido amparado em pareceres técnicos e jurídicos igualmente não é escusa de responsabilidade pelos atos que pratica. Este Tribunal possui entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do gestor não afastada neste caso, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário (Acórdãos*

179/2011-TCU-Plenário, 1.736/2010-TCU Plenário, 4.420/2010-TCU-2ª Câmara, 2.748/2010-TCU Plenário e 1.528/2010-TCU-Plenário). O fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações que vão gerar pagamentos.

307. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não significa que os atos praticados não serão reprovados pelo Tribunal. Em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo desses documentos. Cabe ainda salientar que havia parecer jurídico contrário à formalização do 3º Termo Aditivo, o qual foi desconsiderado pelo ex-ministro.

(...)

#### ANÁLISE DA ÁREA TÉCNICA

73. Ademais, conforme já destacado na análise da defesa do Sr. Dirceu Lopes, a tese jurídica e a fundamentação legal utilizada (art. 57, § 1º, VI, da Lei de Licitações - atrasos da Administração que resultem impedimento ou retardamento na execução do contrato) não se aderiria ao caso concreto (a inaptidão do órgão em concluir processo licitatório para escolha de empresa de eventos). O fato de haver parecer jurídico não isenta a responsabilidade do Sr. Altemir. Esta Corte de Contas possui claro entendimento de que ao gestor cabe, em última instância, a decisão de praticar ou não atos administrativos, em especial em relação àqueles que acarretaram compromissos financeiros para o órgão. O parecer jurídico não tem o condão de impor ao gestor a prática de um ato ilegal.

(...)

#### ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DE DEFESA DE MANOEL VIANA DE SOUSA

366. O responsável salienta também em sua defesa que agiu amparado por pareceres técnicos, e, dessa forma, estaria configurado excludente de responsabilidade. Conforme já salientado nesta instrução, este Tribunal possui entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastada neste caso, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente e fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a pagamentos.

(...)

83. No caso em tela, importa notar que a escolha do MPA em executar o evento por meio do contrato em análise resultou, por conseguinte, na decisão de conduzir diversos atos ilegais, como a formalização de termos aditivos sem permissão legal, a realização de despesa sem cobertura contratual suficiente para fazer jus a esses pagamentos, que culminaram no acréscimo de valores manifestamente ilegais para poder honrar com essas despesas, despeito extensão conduzidos de forma pouco transparente e a de existir parecer jurídico contrário à da vigência contratual. Na verdade, considerando que era necessário honrar com as despesas da 3ª CNAP, cujos recursos somente poderiam advir da prorrogação irregular, com aumento ilegal de valor, a existência de parecer jurídico contrário à prorrogação, nesse contexto, em nada mudaria a decisão de formalizar esse termo aditivo. A decisão já havia sido tomada pela cúpula do órgão quando optou por realizar gastos da ordem de R\$ 5,7 milhões sem o necessário saldo de recursos para tal.(...)

#### VOTO

195. Pela jurisprudência do TCU, a responsabilidade do gestor não pode ser afastada pela existência de pareceres, já que esses não vinculam os gestores, a quem cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo. No caso, o argumento do gestor de que teria agido com suporte jurídico (o parecer do assessor do MPA) fica ainda mais fragilizado ante a existência do parecer divergente. O encaminhamento para que o contrato fosse prorrogado pela terceira vez

*ocorreu sem que houvesse sido assegurada a legalidade e economicidade desse ato. Portanto, sua defesa não pode ser acolhida.*

(...)

4.2 Ademais, tal contradição contrariou a jurisprudência desta Corte de Contas, especialmente o **Acórdão 653-05/2009-2 – 2ª Câmara, com relatoria do Senhor Ministro ANDRÉ DE CARVALHO, o Acórdão n° 1.309/2010 – 1ª Câmara, com relatoria do Senhor Ministro WAITON ALENCAR RODRIGUES, o Acórdão n° 111/2006 – 1ª Câmara, com relatoria do Senhor Ministro GUILHERME PALMEIRA e o Acórdão n° 62/2007 - Segunda Câmara, de relatoria do Ministro UBIRATAN AGUIAR, que entende que a descaracterização de dolo, culpa ou nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo advindo impõe a exclusão do Advogado Público parecerista.**

## **5. DO ENUNCIADO N° 04 DO MANUAL DE BOAS PRÁTICAS CONSULTIVAS da Advocacia-Geral da União.**

### **Da obrigatoriedade de assinatura das minutas pela Advocacia Pública Federal.**

5.1 O ‘Manual de Boas Práticas Consultivas’, destinado a ‘parametrizar a atuação das Instâncias Consultivas da AGU, a dissolver dúvidas e a espalhar procedimentos elogiáveis de índole gerencial, sem aprisionar a liberdade criativa dos Advogados Públicos Federais e dos servidores administrativos’, em seu Enunciado n° 4, determina:

*O instituto da chancela de minutas de editais e contratos não substitui a elaboração da manifestação jurídica destinada ao seu exame e aprovação. A chancela, na realidade, é mecanismo de certificação das folhas efetivamente apreciadas pelo Advogado Público, mediante a aposição de rubrica, carimbo ou outro meio de autenticidade.*

5.2 Portanto, a assinatura do Advogado Público Federal ora embargante era imposição de determinação da Consultoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União, não indicando que o Advogado Público tenha responsabilidade solidária.

5.3 Ademais, a existência no contrato de valor distinto àquele referenciado em seu parecer jurídico em nenhuma hipótese representa ‘negligência em seu dever de zelar pela legalidade da avença’, mas **mero erro formal**, passível de ocorrer em qualquer situação da Administração Pública, especialmente no Poder Executivo, quando alguns poucos são responsáveis por inúmeras tarefas, em razão das deficiências de infraestrutura e de pessoal.

5.4 Como se reconheceu no relatório que acompanha o voto, a opinião jurídica do Advogado Público Federal embargante manifestada por meio do Parecer Jurídico n° 324/2009, proferida no exercício de suas atribuições funcionais, **limitou-se a alertar sobre o limite legal de 25 (vinte e cinco por cento):**

*78. EM seguida, foi emitido o Parecer Jurídico 324/2009 (TC 022.310/2009-3, peça 20, p. 2-7), que analisou a minuta do 3º Aditamento, concordando com a postergação do prazo, utilizando-se, contudo, da mesma tese desarrazoada. No corpo do parecer, há menção que a minuta apresentada propunha o acréscimo de 25% sobre o valor original e objetivava estender o prazo até 31/3/2010. A análise jurídica proferida levantou as seguintes ressalvas, solicitando que fossem anexados aos autos: a manifestação da contratada sobre o interesse em prorrogar o contrato; demonstrativo do preço unitário e total das quantidades de serviços a serem alterados, a fim de verificar se o acréscimo pretendido encontrava-se dentro dos limites legais; o enquadramento da despesa, no valor referente ao acréscimo pretendido de 25%; pesquisas de mercado, a fim de comprovar que os preços estão compatíveis com os de mercado.(...)*

5.5 Ressalte-se, neste ponto, que a boa-fé não pode ser afastada, senão em face de prova inequívoca em sentido contrário. *Data vênia*, não se pode deduzir a má-fé do embargante, pois, de fato, alertou expressamente para o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento). Caso o embargante fosse a favor do aditivo de 100%, não haveria sentido na elaboração do parecer anterior que aponta o limite.

5.6 Deve-se destacar a rotina usualmente seguida pelos Ministérios: em regra o Advogado Público elabora o parecer e faz todas as considerações jurídicas que entende cabíveis sobre a minuta dos termos aditivos, e.g. alterando com caneta de tinta vermelha as cláusulas equivocadas ou simplesmente nada alterando, porque a minuta pode estar adequada. Após a feita dos apontamentos, o termo aditivo é alterado pela área técnica competente e encaminhado diretamente para assinatura ou, a depender do gestor, pede-se uma nova visualização por parte do Advogado Público.

5.7 Exatamente neste ponto é que surgiu todo o problema. Devido ao acúmulo de trabalho, os Advogados Públicos de um modo geral, presumindo a boa-fé do gestor, analisam a nova minuta de termo aditivo encaminhada para verificar se está em conformidade com os apontamentos feitos anteriormente, se houver, ou seja, não se analisa cláusula por cláusula, mas apenas a correção daquelas defeituosas apontadas em caneta de tinta vermelha, dando maior celeridade à sua atuação. Não havendo apontamento em tinta vermelha, significa que a minuta anterior já estava adequada e que fora desnecessário o encaminhamento à consultoria. Mesmo neste caso, deve o Advogado assinar todas as páginas, nos termos do Manual de Boas Práticas Consultivas.

5.8 Mais detalhadamente, diante do acúmulo de trabalho o Advogado Público apenas compara a minuta definitiva com a minuta anteriormente esboçada e que eventualmente contém apontamentos em tinta vermelha. Só se analisa na minuta definitiva a cláusula objeto de apontamento anterior no esboço, de forma que a assinatura do advogado na minuta definitiva indica a conferência das cláusulas especificamente objeto de apontamento no esboço, não fazendo uma revisão de todas as cláusulas para evitar o desnecessário retrabalho em homenagem à eficiência.

5.9 Porém, a peculiaridade do caso ocorreu na etapa acima indicada. Antes de prosseguir, vale a transcrição do seguinte trecho do acórdão recorrido:

*Ainda, o Sr. Antônio de Freitas informa que a minuta do termo aditivo que foi efetivamente analisada pela assessoria jurídica visava a acrescentar 25% ao valor contratual e estaria acostada aos autos nas páginas 449 e 450. Todavia, a nova minuta anexada ao processo, constante das páginas 514 e 515, não corresponde àquela analisada. Para provar a alteração, aponta que o parecer sugere, textualmente, que fossem feitas correções nas partes da minuta grifadas em vermelho, e a minuta presente nos autos não contém esses grifos ou qualquer correção da área jurídica. Com isso, tendo em vista as alterações irregulares do processo e a presença de documentos atualmente constantes dos autos que não são os mesmos analisados à época, existiria essa dissonância entre o posicionamento jurídico sobre o referido acréscimo e a irregularidade apontada pelo TCU.*

5.10 Como se percebe, os apontamentos feitos em tinta vermelha simplesmente desapareceram dos autos. Em outros termos, não havendo nos autos nenhum documento apontando em tinta vermelha qualquer falha da minuta, **ficou prejudicada a análise e o embargante foi induzido a erro**, ficando impossibilitado de fazer o cotejo entre os apontamentos e a nova minuta encaminhada.

5.11 Não há atuação culposa no proceder do embargante, pois, se estivesse nos autos os apontamentos feitos em tinta vermelha, certamente seriam detectados os defeitos existentes no termo. A otimização da atividade do Advogado Público prevista na sistemática informada acima é medida de eficiência e não atuação culposa. Como o embargante não encontrou à época nos autos qualquer apontamento feito em tinta vermelha, presumiu, como é a praxe da atividade consultiva, que não havia pendência na anterior minuta modelo apresentada.

5.12 A outro giro, o Advogado Público cumpriu o seu papel e alertou não só o Ministro, mas também a administração sobre o limite de 25%. O convencimento do julgador deve, portanto, observar que o embargante foi induzido a erro e estava de boa-fé, além de analisar todo o acervo probatório constante nos autos. Não pode, *data máxima vênia*, ser fornecida maior relevância a um documento analisado com indução a erro (a minuta definitiva de termo aditivo) em detrimento de um documento elaborado e analisado detidamente quanto a forma e ao conteúdo, que seria o parecer jurídico que analisou o cabimento da elaboração do termo aditivo e a forma e o conteúdo da minuta modelo.

5.13 Observada a sistemática acima indicada, surge como inoportunas, *data máxima vênia*, as afirmações contidas abaixo, retiradas do v. acórdão recorrido:

*Ora, mediante a referida verificação, era possível averiguar a discrepância entre o que havia sido apresentado na minuta (25% de acréscimo) e o novo valor inserido (100% de acréscimo), tendo o assessor jurídico o dever de alertar o então Ministro sobre a ilegalidade a ser perpetrada. Salienta-se, ainda, que essa verificação era extremamente simples, pois implicava em confirmar se o novo valor seria ou não superior a R\$ 2 milhões (25% do valor original, de R\$ 8 milhões), e não há como o assessor jurídico se furtar a essa verificação, visto que era um aspecto diretamente ligado ao controle da juridicidade do termo aditivo, já que o percentual é determinado pela lei.*

192. Sua alegação de que o processo administrativo foi alterado com a inserção de documentos antes de seu parecer - inclusive a minuta de aditivo com o acréscimo de 100% - deve ser apurada, como proposto pela unidade técnica, mas essa ocorrência reforça a importância da rubrica e das assinaturas apostas pelo assessor no contrato.

193. Como no parecer desse assessor sobre a celebração do aditivo não houve qualquer alusão a acréscimo de 100%, caberia a esse responsável não chancelar a assinatura do aditivo com cláusula que previa acréscimo ilegal e que não teria sido objeto de sua análise prévia. Sua assinatura não pode ser classificada como desprovida de significado e sua responsabilidade não pode ser afastada.

5.14 O documento que o embargante elaborou e sobre o qual efetivamente tem responsabilidade foi o parecer, enquanto que a minuta definitiva não foi elaborada pelo embargante, que **foi induzido a erro em sua análise pelo desaparecimento de documentos.**

5.15 De forma implícita, o próprio Tribunal reconhece, por lógica, que o embargante foi levado a erro, veja-se:

201. Como já discutido, o argumento que busca isentar gestor por decidir com base em pareceres técnicos também não pode ser acolhido. Em relação ao 3º TA, agrava a ocorrência o fato de o acréscimo de valor não ter sido considerado no parecer jurídico anterior à celebração. O parecer AJUR/MPA 324/2009, que analisou a minuta do aditivo, mencionou expressamente acréscimo de apenas 25% (peça 20, p. 2-8, do TC 022.310/2009-3), ou seja, **a possibilidade de acréscimo de 100%, que constou do termo celebrado, sequer havia sido tratada no parecer.**

5.16 Assim, a decisão de ir além do limite legal de 25% (vinte e cinco) - conforme alertado pelo Advogado Público Federal embargante em opinião jurídica manifestada através do Parecer Jurídico nº 324/2009, proferida no exercício de suas atribuições funcionais não foi da Advocacia Pública. Portanto, como explicitamente reconheceu esta e. Corte de Contas no relatório que acompanha o voto da Excelentíssima Senhora Ministra relatora, **‘a existência de parecer jurídico contrário à prorrogação, nesse contexto, em nada mudaria a decisão de formalizar esse termo aditivo’, pois ‘a decisão já havia sido tomada pela cúpula do órgão’.** Confira-se:

83. No caso em tela, importa notar que a escolha do MPA em executar o evento por meio do contrato em análise resultou, por conseguinte, na decisão de conduzir diversos atos ilegais, como a formalização de termos aditivos sem permissão legal, a realização de despesa sem cobertura contratual suficiente para fazer jus a esses pagamentos, que culminaram no acréscimo de valores manifestamente ilegais para poder honrar com essas despesas, conduzidos de forma pouco transparente e a despeito de existir parecer jurídico contrário à extensão da vigência contratual. **Na verdade, considerando que era necessário honrar com as despesas da 3ª CNAP, cujos recursos somente poderiam advir da prorrogação irregular, com aumento ilegal de valor, a existência de parecer jurídico contrário à prorrogação, nesse contexto, em nada mudaria a decisão de formalizar esse termo aditivo. A decisão já havia sido tomada pela cúpula do órgão quando optou por realizar gastos da ordem de R\$ 5,7 milhões sem o necessário saldo de recursos para tal. (...)(Grifos nossos)**

5.17 Acrescente-se que **o Ministério Público junto ao e. TCU em seu parecer opinou favoravelmente à acolhida dos argumentos de Justificativa do Advogado Público Federal** ora embargante:

15. Particularmente no caso da assinatura aposta no termo aditivo pelo Senhor Antônio de Jesus da Rocha Freitas Júnior (Assessor Jurídico do MPA), **a circunstância de o agente não deter competência ou poderes para representar o órgão consultivo jurídico ou o próprio Ministério repercute no sentido de que sua ação não teria agregado efeitos jurídicos ao ato administrativo, exceto quicá o de testemunha, porquanto para a validade do instrumento já bastava a firma do titular do Ministério. Pondera-se, então, pelo acolhimento das razões de justificativa do referido agente acerca dessa conduta.**

(...)

20. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público manifesta-se parcialmente de acordo com a proposta da Unidade Técnica (peças 223/225), sugerindo sejam feitos os seguintes ajustes em seus termos:

*b) acolher as razões de justificativa do Senhor Antônio de Jesus da Rocha Freitas Júnior somente no tocante à assinatura do 3º Termo Aditivo contratual; e (...)*

*Ministério Público, 17 de novembro de 2014.*

*Cristina Machado da Costa e Silva*

*Subprocuradora-Geral (Grifos nossos)*

5.18 Assim, para o Ministério Público junto ao e. TCU a firma do Advogado Público ‘não teria agregado efeitos jurídicos ao ato administrativo, exceto, quiçá o de testemunha...’.

## **6. DA PRIMEIRA OMISSÃO:**

### **O v. Acórdão desconsiderou a Jurisprudência da e. Corte de Contas.**

6.1 Ademais, o v. acórdão desconsiderou a Jurisprudência desta Egrégia Corte de Contas, especialmente o Acórdão nº 2.540/2009- TCU – 1ª Câmara.

6.2 No Acórdão nº 2.540/2009- TCU – 1ª Câmara, com relatoria do Senhor Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES, no qual foi absolvido o Assessor Jurídico na época da então Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República - SEAP/PR, em semelhante situação quando da realização da 2ª Conferência Nacional de Aquicultura e Pesca e de 26 Conferências estaduais de Aquicultura e Pesca:

*AC-2540-15/09-1 - Primeira Câmara*

*Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES*

*Processo: 011.499/2006-2*

***Sumário: TOMADA DE CONTAS SIMPLIFICADA. EXERCÍCIO DE 2005. SEAP/PR. CONVÊNIOS. PARECERES TÉCNICO E JURÍDICO. RESPONSABILIZAÇÃO DE QUEM OS EMITIU. AUDIÊNCIA. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA ACOLHIDAS. TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS. CUMPRIMENTO DAS NORMAS PARA APLICAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE DO CONVENENTE. CONTAS REGULARES COM RESSALVA E QUITAÇÃO AOS RESPONSÁVEIS.***

*Prestar informações nas contas anuais sobre transferências voluntárias, nas contas anuais, é exigência do art. 12, parágrafo único, in fine, da IN TCU nº 57/2008.*

*A aplicação de recursos públicos federais, descentralizados mediante convênio ou contratos de repasse, está sujeita aos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993, na Lei de Diretrizes Orçamentárias, no Decreto 6.170/2007 e na IN/STN 1/1997. (...)*

*O Ministério Público, com supedâneo no Acórdão 1.674/2008 - Plenário, afirma haver solidariedade do gestor principal que acolhe parecer favorável à celebração do convênio, com quem o emitiu, se verificada irregularidade na emissão do parecer.*

*O precedente apontado não serve como paradigma para imputar responsabilidade ao gestor principal e julgar suas contas irregulares. No processo em que foi proferido o Acórdão 1.674/2008 - Plenário -TC- 007.277/2003-3 - o Tribunal acolheu parcialmente as justificativas e determinou o seu arquivamento.*

*Nessa situação, em consonância com a linha argumentativa contida nos votos condutores dos Acórdãos 1852/2008 - Plenário (item 23) e 653/2009 - Segunda Câmara (item 9), não havendo questionamento quanto a culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder, a responsabilização do mencionado agente mostrar-se-ia desproporcional.*

***Da mesma forma, não vejo razões para censurar a atuação dos setores técnico e jurídico.***

*(...)*

*Ante o exposto, com as devidas vêniãs, acolho as razões de justificativa e voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que submeto à Primeira Câmara.*

*TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de maio de 2009.*

***WALTON ALENCAR RODRIGUES***

*Relator*

*Acórdão:*

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada Contas Simplificada, do exercício de 2005, da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca - PR,*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso II, e 23, inciso II, da Lei nº 8.443/1992 e 205 e 208 do Regimento Interno e ante as razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. acolher as razões de justificativa de José Fritsch, de Marilene Lucca Triches e de Eracy Lafuente Pereira;*

*9.2. julgar as contas regulares com ressalvas e dar quitação aos responsáveis. (Grifos nossos)*

6.3 Assim, de acordo com o entendimento exarado no Acórdão nº 2.540/2009- TCU – 1ª Câmara, com relatoria do Senhor Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES, bem como os Acórdãos 1.852/2008 – Plenário e 653/2009 – 2ª Câmara, a responsabilidade atribuída ao Advogado Público Federal no presente acórdão embargado é desproporcional.

6.4 Por fim, também merecem destaque o Acórdão 653-05/2009-2 – 2ª Câmara, com relatoria do Senhor Ministro ANDRÉ DE CARVALHO, o Acórdão nº 1.309/2010 — 1ª Câmara, com relatoria do Senhor Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES, o Acórdão nº 111/2006 – 1ª Câmara, com relatoria do Senhor Ministro GUILHERME PALMEIRA e o Acórdão nº 62/2007 - Segunda Câmara, de relatoria do Ministro UBIRATAN AGUIAR, que entende que a descaracterização de dolo, culpa ou nexó de causalidade entre a conduta e o prejuízo advindo impõe a exclusão do Advogado Público parecerista.

6.5 O v. Acórdão embargado silenciou com relação à jurisprudência desta Corte de Contas apresentada em sua defesa pelo Advogado Público Federal ora embargante.

## 7. DA SEGUNDA OMISSÃO:

**O v. Acórdão desconsiderou a competência da Corregedoria-Geral da AGU para julgar as manifestações jurídicas emitidas por Advogados Públicos.**

7.1 A competência do Tribunal de Contas da União para julgar regulares ou irregulares manifestações dos membros da Advocacia-Geral da União é uma questão que já necessita ser enfrentada nos processos sob julgamento na Corte de Contas no âmbito da União.

7.2 Esta é a oportunidade ideal para que a instituição Advocacia-Geral da União traga à baila o presente tema, em razão da necessidade de que a competência disposta na Lei Complementar da AGU seja observada.

7.3 A Constituição Federal, em seu art. 71, indica as competências do Tribunal de Contas da União. Dentre as competências previstas no citado dispositivo verifica-se a de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (inciso II); e a de aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (inciso VIII).

7.4 Da leitura dos dispositivos acima mencionados, extrai-se, claramente, que tais competências se restringem às contas analisadas e aos seus responsáveis, certo que ‘responsável’ pelas contas é o ordenador de despesa, conforme dispõe o § 1º do art. 80 I do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

7.5 Ademais, o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal estabelece o seguinte: ‘prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária’.

7.6 A Corte de Contas é um Tribunal Administrativo, órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo das contas públicas da União e das entidades da Administração Federal, competindo-lhe a fiscalização, como visto, das contas dos administradores públicos que ordenam despesas e utilizam, gerenciam, arrecadam, guardam ou administram bens, dinheiros ou valores públicos, e dos que possam causar perdas, extravios ou outros prejuízos ao erário.

7.7 Ora, uma vez que os membros da Advocacia-Geral da União, dentre os quais se encontra o Procurador Federal, ora embargante, não são administradores públicos, não ordenam despesas e não utilizam, gerenciam,

arrecadam (não no caso), guardam ou administram bens, dinheiros ou valores públicos, torna-se incabível, a priori, o controle externo do Tribunal de Contas da União sobre a atividade jurídica por eles desenvolvida.

7.8 Da mesma forma, consoante se observa do art. 5º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, a qual dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, os Advogados Públicos, no exercício ordinário de seu mister constitucional, não se encontram no rol daquelas pessoas sujeitas à jurisdição da Corte de Contas.

7.9 Por outro lado, a Constituição da República assegura a intangibilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, resguardando, dessa forma, a autonomia jurídica que se expressa na capacidade do profissional de compreender o direito e defender esse entendimento.

7.10 Para o caso específico da Advocacia-Geral da União, o art. 131 da Constituição dispõe que seu funcionamento seguirá o disposto em Lei Complementar.

7.11 Por sua vez, a Lei Complementar nº 73, de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), nos termos do art. 5º, reservou, **exclusivamente**, à **Corregedoria-Geral da Advocacia da União** a competência para rever as convicções jurídicas dos Advogados da União:

*Art. 5º - A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições:*

**I - fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia- Geral da União;**

**II - promover correção nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, visando à verificação da regularidade e eficácia dos serviços, e à proposição de medidas, bem como à sugestão de providências necessárias ao seu aprimoramento;**

**III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União;**

**IV - coordenar o estágio confirmatório dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União;**

**V - emitir parecer sobre o desempenho dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos ao estágio confirmatório, opinando, fundamentadamente, por sua confirmação no cargo ou exoneração;**

**VI - instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos contra os Membros da Advocacia-Geral da União.**

7.12 A disposição foi reforçada pela Medida Provisória 2.229, de 6 de setembro de 2001, que estabeleceu, no art. 75, o seguinte:

*Art. 75. Os membros da Advocacia-Geral da União, como os integrantes da Carreira de Procurador Federal e de órgãos jurídicos vinculados à Instituição em geral, respondem, **na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições específicas, institucionais e legais, exclusivamente perante a Advocacia-Geral da União**, e sob as normas, inclusive disciplinares, da Lei Orgânica da Instituição e dos atos legislativos que, no particular, a complementem.*

*§ 1º A apuração das faltas funcionais objeto do **caput**, no que concerne aos membros da Instituição, incumbe à Corregedoria-Geral da Advocacia da União, observada, a cada caso, a atribuição privativamente deferida ao Advogado-Geral da União pelo inciso **XV do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993**.*

*§ 2º A apuração de falta funcional imputada a Procurador Federal, ou a integrante de órgão jurídico vinculado à Instituição em geral, incumbe ao Procurador-Geral, ou Chefe do Departamento Jurídico respectivo, o qual, logo que ultimados os trabalhos, deve submetê-los ao conhecimento do Advogado-Geral da União.*

*§ 3º O Advogado-Geral da União disporá, em ato próprio e nos termos do **§ 3º do art. 45 da Lei Complementar nº 73, de 1993**, sobre a aplicação deste artigo.*

7.13 Vale lembrar que o próprio Poder Judiciário reconhece que nem mesmo a OAB está legitimada para fiscalizar os membros da AGU, conforme se pode observar no processo **0010251-16.2009.403.6120 (2009.61.20.010251-9) - ANTONIO CARLOS DA MATTA NUNES DE OLIVEIRA (SP176032 - MARCIO IVAM OLIVEIRA) X UNIAº FEDERAL X ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB**

5 SUBSECAO - ARARAQUARA-SP(SP231355 – ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO E SP195315 - EDUARDO DE CARVALHO SAMEK), no qual o juiz assim dispõe:

*Nesse diapasão, um entendimento diverso do ora exposto traria como conseqüências o raciocínio, no mínimo esdrúxulo, de que os Procuradores e Advogados da União seriam obrigados a contribuir, pagando anuidade para um conselho de fiscalização profissional que não pode fiscalizar sua profissão, logo, estariam então criando uma contribuição sem uma mínima referibilidade.*

7.14 Cabe ressaltar que não se está querendo usurpar a competência do TCU de exercer as atribuições que lhe foram constitucionalmente atribuídas. Todavia, o que a Advocacia-Geral da União pretende é que sua Lei Orgânica seja observada.

7.15 Como se constata, nos termos do inciso I do art. 5º da Lei Orgânica da AGU (Lei Complementar 73/93), quem tem competência para fiscalizar as atividades funcionais dos membros da Advocacia-Geral da União é a Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

7.16 Reitera-se que não se quer retirar do TCU o poder de desempenhar as suas atribuições, nem tampouco que os membros da AGU deixem de ser punidos quando cometem atos irregulares no exercício de suas atribuições.

7.17 Outro fato que merece uma maior reflexão é a questão referente ao chamado parecer com erro grosseiro. Quais os limites para que alguém chegue a conclusão de que determinado parecer encontra-se eivado de erro grosseiro ou má-fé?

7.18 A AGU entende que tal julgamento deve ocorrer de forma objetiva. Não se pode permitir julgamento de tal conceito por órgão que não seja a Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

7.19 O TCU pode agir em processos que contenham erros objetivamente aferíveis como não observância de Súmulas ou Orientações Normativas da AGU, ou Súmulas do STF, dentre outras orientações vinculantes.

7.20 Agora, quando a aferição passar por análise subjetiva da existência ou não erro grosseiro, havendo a necessidade de apuração mais detalhada o TCU, antes de manifestar-se em definitivo, deverá representar ao órgão legalmente competente, ou seja, a Corregedoria da AGU.

7.21 Em uma situação como a que se apresenta, em que a posição tomada pelo embargante não viola Súmulas e Orientações Normativas da AGU nem Súmula Vinculante do STF, ou qualquer outro ato vinculante, não há que se falar em erro grosseiro.

7.22 Diante disso, o que se pretende é que o TCU siga os trâmites previstos em lei, ou seja, havendo indícios de irregularidades cometidas por membros da AGU, o Tribunal deve representar ao órgão competente, nos termos do inciso III do art. 5º da Lei Orgânica da AGU. Constatada a existência de irregularidade pela autoridade competente, o TCU estará apto a aplicar as medidas legais cabíveis.

7.23 Diante do exposto, entendemos que esse colendo Tribunal foi, data vênua, omissivo ao não analisar a incidência das normas indicadas neste tópico para reconhecer a **competência da Corregedoria-Geral da União** para julgar os atos jurídicos quando houver indícios de irregularidades, cuja efetiva configuração depende de uma análise **subjetiva**.

## **8. NOVOS TEMPOS E A NECESSIDADE DE NOVA INTERPRETAÇÃO.**

### **Da nova visão sobre o papel dos Advogados Públicos**

8.1 A doutrina há tempos afirma que a atuação do advogado é pautada pela sua consciência jurídica. De fato, é nesse sentido o próprio Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

8.2 Como a atividade do advogado se desenvolve no campo metafísico é plausível a sua maior liberdade de atuação profissional, pois do surgimento de novas teses, não apenas o direito, mas a sociedade evolui.

8.3 Há um sem número de posicionamentos jurídicos hoje consagrados que foram construídos a partir da livre análise do caso concreto e passaram a receber ampla adesão da comunidade jurídica.

8.4 Justificada então essa maior autonomia no desempenho das funções.

8.5 Essa autonomia é sobrelevada na atuação dos Advogados Públicos pela peculiaridade que apresenta, que é a de representar o poder público judicial e extrajudicialmente.

8.6 Essa situação é mais um elemento justificador da redação da decisão citada em 7.13 e a legislação citada em 7.11 e 7.12.

8.7 Os novos tempos demonstram que a responsabilização do Advogado Público **pelo desempenho de atividade jurídica** é algo excepcional.

8.8 Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de março de 2015, que representa o que se tem de mais novo em tecnologia jurídica, dispõe:

*Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções*

8.9 Ou seja, o novo CPC confirma uma tendência geral e crescente de valorização da atuação do Advogado Público para a adequada representação do poder público. Tendência essa que alcança a atuação de forma ampla, não só na seara processual, mas em relação a toda matéria jurídica.

8.10 Conseqüentemente, o que a nova tendência afirma é a maior autonomia do Advogado Público no desempenho de suas funções jurídicas, não retirando em momento algum a competência do TCU de avaliar a atuação do Advogado Público de um modo geral, conforme art. 70 e 71 da Constituição.

8.11 Pode inclusive o TCU analisar a atuação jurídica do Advogado Público, mas ciente de que eventual responsabilização não pode mais derivar de atuação culposa, mas apenas derivada de atuação dolosa ou fraudulenta.

## 9. Conclusão.

Ante o exposto, o Advogado Público Federal ora embargante requer a Vossa Excelência o que segue:

- a) que sejam acolhidos, com efeitos infringentes, os presentes embargos para sanar os equívocos apontados;
- b) que sejam julgadas regulares as suas contas, dando quitação;
- c) conseqüentemente arquivar o processo, por ser de JUSTIÇA.
- d) Subsidiariamente, seja a multa aplicada suspensa, juntamente com o processo, até que seja averiguado o desaparecimento de documentos apontado”.

É o relatório.