
A CARACTERIZAÇÃO DA BOA-FÉ NOS PROCESSOS DE CONTAS

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões¹

A Lei nº 8.443/92 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União –, em seu art. 12, § 2º, faz alusão ao princípio da *boa-fé*, deixando assente que o reconhecimento desta pela Corte de Contas Federal é pressuposto para que se possa operar o saneamento do processo ainda na fase citatória, ante a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente, e desde que não tenha sido observada outra irregularidade nas contas sob exame.

O princípio da *boa-fé* também encontra guarida no Regimento Interno do TCU, que, em seu art. 153, § 4º, faz a ela menção, inserindo-a em contexto idêntico ao do dispositivo legal suso mencionado. Ocorrendo a situação ali prevista, o Tribunal julgará as contas regulares com ressalva, expedindo quitação ao responsável, a teor do estatuído no § 5º do artigo 153 do prefalado Regimento Interno.

Recentemente, considerando a necessidade de atualização do procedimento relativo à rejeição de alegações de defesa de responsáveis em processos de contas, foi publicada a Decisão Normativa TCU nº 035/2000, que ratifica a necessidade de se analisarem as ações dos gestores à luz da *boa-fé*.

Para o caso de subsistir o débito após o exame da defesa apresentada, a supracitada Decisão Normativa estabelece que se passe a analisar a *boa-fé* do responsável e se verifique a inexistência de outras irregularidades relativas ao débito apurado nos autos do processo. Comprovados esses requisitos, deverá o TCU prolatar a deliberação formal que rejeita as alegações de defesa.

Por outro lado, na hipótese de não se configurar a *boa-fé* do responsável, ou na ocorrência de outras irregularidades relacionadas no art. 16, inciso III, da Lei nº 8.443/92, aquela Corte Federal proferirá, de imediato, o julgamento pela irregularidade das contas.

À luz dessa breve introdução, forçoso é constatar que o exame da *boa-fé* na gestão dos responsáveis em processos de contas ganhou novos contornos com a edição da Decisão Normativa TCU nº 035/2000. Antes, a análise da *boa-fé* só fazia sentido se associada à liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente; hoje, deve ser levada a efeito ainda que o débito subsista. Cresce, assim, no âmbito daqueles que lidam com processos de contas, a preocupação com a adequada caracterização da *boa-fé* dos agentes públicos, tema que carece de atenção doutrinária e jurisprudencial.

Compulsando a jurisprudência do TCU, constatei que a *boa-fé* tem sido enfocada sob uma ótica essencialmente subjetiva, que a percebe como a convicção

¹ Analista de Finanças e Controle Externo do TCU.

do agente público que acredita estar agindo de acordo com a lei, ou que a associa à idéia de ignorância ou crença errônea acerca de uma situação regular. Essa *boa-fé*, dita presumida, com origens no direito romano e no direito canônico, teria, assim, como bem assinala Marcus Cláudio Acquaviva², conotação “*contrária à fraude e ao dolo*”.

Entretanto, pelas razões que passo a aduzir, acredito não ser esse o melhor prisma para se examinar a *boa-fé* no âmbito das Cortes de Contas, qual seja, como estado contraposto ao *dolo*, sendo este a simples expressão da *má-fé*. Isso porque tal entendimento levaria à errônea conclusão de que a não-configuração de *má-fé* implica, necessariamente, a existência de *boa-fé*.

É cediço ser o *dolo* o caráter intencional do agente, enquanto a *culpa* é caracterizada pelas manifestações indicativas de imprudência, negligência ou imperícia. Associar a inexistência de *dolo*, como sinônimo de *má-fé*, à conseqüente caracterização da *boa-fé* do agente público, valendo-se simplesmente da análise do caráter intencional do seu comportamento (ótica subjetiva), e desprezando-se a possibilidade de se estar diante de uma conduta culposa, não me parece ser o melhor caminho a trilhar.

Valho-me, por oportuno, dos conceitos de *dolo* e *culpa* que emanam do Direito Penal, também aqui aplicáveis, e que estão associados à chamada teoria finalista da ação, segundo a qual o *dolo* se manifesta na vontade e finalidade da conduta do agente, ao passo que a *culpa* fundamenta-se na inobservância do dever de cuidado, qual seja, do *cuidado objetivo* exigível do agente ante as circunstâncias em que determinado fato ocorreu.

A reforçar o acima exposto, Damásio de Jesus, adepto da corrente finalista, em trabalho intitulado “*Ensaio sobre o Dolo Eventual, o Preterdolo e a Culpa Consciente*”, afirma que a *culpa*, consciente ou inconsciente, manifesta-se na “*abstenção do cuidado objetivo necessário na realização de uma conduta que causa um resultado danoso*”³.

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

A *previsibilidade objetiva* nada mais é do que a possibilidade de antevisão do resultado, do ponto de vista de um homem zeloso, prudente. O resultado era previsível,

² *Dicionário Jurídico Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo, Jurídica Brasileira, 1995.

³ Parecer solicitado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no processo-crime nº 17.901 – Tribunal do Júri.

⁴ RDPen, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 25.

mas não foi previsto pelo agente. Destarte, haveria conduta culposa quando o sujeito, não empregando a atenção e o cuidado exigidos pelas circunstâncias, não previu o resultado de seu comportamento, ou, mesmo o prevendo, levemente pensou que ele não aconteceria. Caso contrário, se o resultado estivesse sendo perseguido pelo agente, não estaríamos no terreno da *culpa*, mas sim diante de *dolo*.

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

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

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

Devemos, assim, examinar, num primeiro momento, diante de um caso concreto e nas condições em que o agente atuou, qual o cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento. Assim o fazendo, encontraremos o *cuidado objetivo necessário*, fundado na *previsibilidade objetiva*. Devemos, a seguir, comparar esse cuidado genérico com a conduta do agente, tentando saber se a conduta imposta pelo dever genérico de cuidado harmoniza-se com o comportamento desse agente. A resposta negativa leva à reprovabilidade da sua conduta, à *culpa* e, enfim, à não-caracterização da *boa-fé objetiva*.

Estabelece-se, assim, o norte ético para todos os partícipes de determinado vínculo jurídico, criando-se um elo de cooperação em face do objetivo avençado. Como nos ensina Carlos Alberto Bittar⁶, cumpre a cada qual respeitar a posição do outro contratante e operar com lealdade e probidade, a fim de que alcance os objetivos pretendidos com o contrato, agindo eticamente, “*consoante padrões normais à contratação a que se vincula*”. E é na base do conjunto de princípios, em razão do imperativo ético de responsabilidade nas relações constituídas, que se encontra o princípio da *boa-fé*.

Dentro dessa abordagem ética, entendo que as Cortes de Contas, ao analisarem a conduta do agente público, não devem fazer abstração do contexto dentro do qual a sua ação está inserida, enfocando-a, portanto, objetivamente, o que transcende a

⁵ O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 18.

⁶ Contornos Atuais da Teoria dos Contratos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 33.

idéia de simples *caráter intencional*, este sim visto sob uma ótica puramente subjetiva. Digo isso porque a ação desse agente se manifesta, essencialmente, no *discurso* de sua conduta, que expressa o que o filósofo alemão Martin Heidegger denomina de *compreensão mediana*, ou seja, uma concepção de como o *homem médio* vê o mundo e as coisas que nele se evidenciam.

Ouso concluir que analisar a chamada *boa-fé subjetiva* é, *mutatis mutandis*, investigar a existência de *dolo* e, em conseqüência, a *má-fé*. Entretanto, a não-comprovação da *má-fé*, dando ensejo à configuração da *boa-fé subjetiva*, não implica, necessariamente, a existência de *boa-fé objetiva*, vinculada esta à ausência de *culpa*, e não de *dolo*, como ocorre com aquela. Vale frisar que a *boa-fé objetiva* e a *culpa* estão, na verdade, associadas a uma compreensão mediana, isto é, do *homem médio* - prudente e diligente -, e a descaracterização de uma significa a constatação da outra.

A *boa-fé*, sob esse novo enfoque, deixa de ser simplesmente presumida, vez que a conduta, a partir de então, deverá ser objetivamente analisada. Não se pode perder de perspectiva que o agente exterioriza, em si, o *dolo*, ao passo que a *culpa*, em sentido estrito, deve ser atestada, comprovada e fundamentada pelo intérprete, não se admitindo presunção quanto à sua inexistência.

Assim sendo, o que nos interessa nos processos de contas, especialmente ante o estatuído na Decisão Normativa TCU nº 035/2000, é analisar a *boa-fé objetiva* do responsável. A uma, porque o conceito de *boa-fé subjetiva* não vem sendo recepcionado por novéis fontes normativas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, que contém, em seu bojo, *normas de ordem pública e interesse social*. A duas, porque a melhor exegese do art. 3º da indigitada Decisão Normativa coaduna-se com a tese de que a mera conduta culposa do agente, com a conseqüente não-configuração da *boa-fé* do responsável, já seria razão suficiente para se ultrapassar a fase de rejeição de defesa, proferindo-se, desde logo, o julgamento pela irregularidade das contas.

A *boa-fé*, nos processos de contas, há de ser requisito essencial exigido do agente público, de forma a impor-lhe limites ao exercício de seus direitos, em prol do interesse da coletividade. Os tempos mudaram e a sociedade já não mais tolera o abuso de direito ou a conduta desarrazoada, por vezes ocultada pela escusa da ignorância ou crença errônea acerca de uma situação regular. O direito não pode caminhar divorciado dos princípios morais e éticos que imperam na sociedade, que, por seu turno, está a exigir, cada vez mais, a responsabilidade na gestão da coisa pública.