
**TRT - 2ª REGIÃO/SP - RECURSOS CONTRA DELIBERAÇÕES
DO PLENÁRIO DO TCU
Pedidos de Reexame**

Ministro-Relator Adylson Motta

Grupo I - Classe I - Plenário

TC 001.025/1998-8 (c/ 29 volumes)

Apensados: TC-001.838/1998-9

TC-005.005/1998-1

TC-700.214/1998-4

TC-003.858/1999-5

TC-007.506/1999-6

TC-008.817/2000-8

Natureza: Pedidos de Reexame

Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Interessados: Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e Ministério Público junto ao TCU

Ementa: Recursos contra deliberações do Plenário que, entre outras providências, determinaram a conversão do feito em TCE, a citação dos responsáveis e a anulação, pelo órgão público, de contrato celebrado com infringência a preceitos legais. Impetração pela empresa contratada de mandado de segurança junto ao STF, com deferimento, pelo Relator, de liminar para suspender as decisões prolatadas. Interposição pelo Ministério Público junto ao TCU de novos recursos, ante a superveniência de novos documentos suscetíveis de afetar as decisões anteriormente proferidas. Indeferimento pelo STF da segurança requerida, quando da apreciação do mérito do writ. Desistência pelo Ministério Público dos recursos que havia interposto. Ausência, nos recursos dos Srs. Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin, de elementos a justificar a invalidação ou a modificação das decisões, ensejando o conhecimento dos recursos mas não o seu provimento. Conhecimento parcial do recurso do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e, na parte conhecida, concessão de parcial provimento para suprimir determinação para a continuidade das obras. Ciência. Retorno dos autos ao relator originário.

RELATÓRIO

Na Sessão de 05/05/1999, ao apreciar Relatório de Auditoria realizada junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-2ª Região) com vistas a verificar a compatibilidade dos cronogramas físico e financeiro das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, este Colegiado proferiu o Acórdão nº 045/99 (Ata 16/99 - vol. principal, fls. 543 a 545), no qual se deliberou por:

“a) nos termos do parágrafo único, do art. 43 da Lei nº 8.443/92, aplicar aos Srs. Délvio Buffulin e Nicolau dos Santos Neto, individualmente, a multa prevista no art. 58, III, da mesma Lei, arbitrando-se-lhes o valor de R\$ 17.560,20 (dezesete mil, quinhentos e sessenta reais e vinte centavos), fixando-se aos responsáveis o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional;

b) autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, atualizadas monetariamente a contar do prazo fixado na alínea anterior até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação em vigor;

c) com fulcro no art. 47 da Lei nº 8.443/92, converter os presentes autos em Tomada de Contas Especial para ordenar a citação solidária da empresa Incal Incorporações S. A. e dos Srs. Délvio Buffulin, Nicolau dos Santos Neto e Antônio Carlos da Gama e Silva, para que apresentem alegações de defesa ou comprovem no prazo de 15 (quinze) dias, perante o Tribunal, o recolhimento, aos cofres da União, da quantia de R\$ 57.374.209,84 (cinquenta e sete milhões, trezentos e setenta e quatro mil, duzentos e nove reais e oitenta e quatro centavos) aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente a contar desta data;

d) tendo em vista a superveniência de fatos novos decorrentes da investigação da CPI do Judiciário, até então indisponíveis a este Tribunal em função do sigilo fiscal e bancário, fatos esses que têm apontado para danos superiores aos apurados por este Corte, determinar a realização, sob a coordenação da SAUDI, de nova inspeção junto ao TRT - 2ª Região, a fim de que seja apurado se efetivamente ocorreram danos decorrentes da construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, em valores superiores aos mencionados na alínea “c” supra, máxime no que tange à utilização de materiais incompatíveis com aqueles relacionados na proposta apresentada pela empresa Incal Incorporações S. A., ficando desde já autorizada, se indispensável, a requisição de serviços técnicos especializados de que trata o art. 101 da Lei nº 8.443/92, fixando-se o prazo de 30 (trinta) dias para que as conclusões, após juntadas a estes autos, sejam submetidas a este Plenário, com vistas à verificação da necessidade de proceder-se a novas citações dos responsáveis;

e) remeter cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo para que seja verificada a conduta profissional do engenheiro Antônio Carlos da Gama e Silva, contratado pelo TRT com a atribuição específica de acompanhar a obra mediante a emissão de relatórios gerenciais, demonstrando

sua evolução física, e de pareceres técnicos, visando ao exame da correspondência entre os recursos financeiros alocados e o avanço da implantação do empreendimento, em vista das reiteradas inconsistências consignadas nos relatórios e pareceres lavrados pelo referido engenheiro, máxime no que se refere ao percentual de execução dos serviços;

f) determinar ao TRT - 2ª Região que providencie, em caráter de urgência, se ainda não o fez, a continuidade das obras mediante a contratação de empresa idônea, observada a necessidade de novo procedimento licitatório, promovendo, também, a nulidade do contrato, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93, em vista da diversidade de efeitos da declaração de nulidade e da rescisão unilateral do contrato, noticiando ao Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, acerca das providências adotadas;

g) remeter cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, à **Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, à CPI do Judiciário, bem assim à Dra. Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Procuradora-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo;**

h) **juntar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, bem assim do Relatório de Auditoria de fls. 50/75 e da Instrução de fls. 358/383, ambas destes autos, aos processos TC-700.279/94-6, TC-700.115/96-0 e TC-700.071/98-9, para individualização dos fatos ocorridos nos respectivos exercícios e exame em conjunto e confronto; e**

i) remeter os presentes autos ao Ministério Público junto a este Tribunal para que verifique a conveniência e oportunidade de interpor recursos de revisão nas contas do TRT/SP relativas aos exercícios de 1992, 1994 e 1996”.

Contra essa deliberação foram interpostos recursos por parte do TRT-2ª Região, representado pelo Sr. Floriano Vaz da Silva, seu Presidente quando da prolação do acórdão recorrido (vol. 13, fls. 01/33), e do Sr. Délvio Buffulin, ex-Presidente do TRT-2ª Região no período de 15/09/1996 a 15/09/1998 (vol. 20, fls. 01/48). O Sr. Délvio Buffulin, em peça distinta protocolizada simultaneamente à interposição do seu recurso, também apresentou as suas alegações de defesa à citação determinada na alínea “c” do Acórdão nº 045/99-Plenário (vol. 26)

O Sr. Nicolau dos Santos Neto, ex-Presidente do TRT-2ª Região no biênio setembro/1990 a setembro/1992 e da Comissão de Construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo no período de 1992 a 1998, apresentou uma peça única veiculando matéria com conteúdo de recurso contra o Acórdão nº 045/99-Plenário e de alegações de defesa à citação determinada na alínea “c” do mencionado acórdão (vol. 14, fls. 05/39)

As razões dos recursos são do seguinte teor, em suma:

i) no que se refere ao Sr. Délvio Buffulin:

- questão preliminar:

Em sede de preliminar, sustenta o recorrente que a aplicação de multa “*implica em flagrante violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, assegurados*

em sede constitucional (art. 5º, inciso LV) e na própria Lei Federal que dispõe sobre o Tribunal de Contas (Lei nº 8.443/92, art. 31)” (vol.20, fls. 3/5).

Alega o recorrente que o Tribunal não poderia aplicar sanções em processo de fiscalização, aduzindo a seguinte argumentação (vol. 20, fls. 05/12 – destaques do original):

*“O exercício da **função julgadora**, que em certos casos prescinde de exaustiva investigação prévia, **diz respeito justamente a essa fase ulterior em que surge a possibilidade de aplicação de sanções. A mera investigação não tem como resultado a sanção.**”*

*Outra diferença básica reside na ausência de contraditório e ampla defesa na fase de investigação, **pois simplesmente não existe acusação formal** (exemplo típico, também, é o inquérito policial)”.*

- questões de mérito:

No mérito, alegou inicialmente o Sr. Délvio Buffulin que observou as orientações do TCU e do TST, não restando configurado qualquer dano ao Erário resultante de seus atos, além de alertar para o fato de que seus antecessores, Srs. José Victório Moro e Rubens Tavares Aidar (ex-presidentes do TRT/SP nos períodos de 1992/1994 e 1994/1996, respectivamente), também praticaram atos relevantes na condução da obra do Fórum Trabalhista no período de seus mandatos (vol. 20, fls. 13/19).

Em especial, insiste em que os atos praticados na sua gestão – a celebração da escritura de compra e venda do imóvel e o prosseguimento da obra do Fórum Trabalhista – seguiram as orientações do TCU, sendo informados pela cautela e observância da legalidade, razão pela qual não poderiam ser considerados irregulares. Sustenta, ainda, que seus atos visaram evitar a paralisação abrupta das obras no estado em que se encontravam, o que ensejaria graves conseqüências ao patrimônio público, e que o procedimento adotado para a liberação dos recursos à construtora, considerado lesivo ao interesse público, foi o mesmo utilizado pelos seus antecessores, a saber, os Srs. José Victório Moro e Rubens Aidar(vol. 20, fls. 19 a 22)

Invocando a distinção doutrinária entre *atos de mera rotina* e *atos de conteúdo decisório*, argumenta que os seus atos como ordenador de despesas seriam do primeiro tipo, assumindo a feição de verdadeiros **atos administrativos vinculados**, uma vez que, desprovido de conhecimento técnico para tomar decisões de natureza administrativa, após a manifestação técnica de uma série de agentes, da Comissão da Construção do Fórum e do engenheiro encarregado da fiscalização, restringia-se a apor sua assinatura em documentos apenas para dar encaminhamento ao procedimento administrativo. Daí decorreria a impossibilidade de se lhe atribuir qualquer responsabilidade pelos fatos ocorridos (vol. 20, fls. 22/28).

No que se refere aos aditivos contratuais assinados, o recorrente, embora reconhecendo a sua natureza como atos de conteúdo decisório, distinguiu dois grupos: aditivos de readequação de pagamentos e prazos (Segundo e Terceiro Termos Aditivos); e aditivo de reequilíbrio econômico-financeiro e prorrogação do prazo de entrega do imóvel (Quarto Termo Aditivo).

Com respeito aos aditivos de readequação de pagamentos e prazos, sustentou que, devido a reiterados atrasos na liberação dos recursos orçamentários, celebrou o Segundo e o Terceiro Termos Aditivos, a fim de evitar a paralisação da obra e eventual ação judicial por parte da construtora, o que, a par de plenamente conforme ao ordenamento jurídico vigente, seguiu idêntico procedimento adotado pelo seu antecessor, Sr. Rubens Aidar, responsável pela assinatura, em 21.10.1994, do Primeiro Termo Aditivo de readequação de pagamentos e prazos (vol. 20, fls. 30/33).

No que diz respeito aos aditivos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o recorrente argumentou que, tanto no ordenamento jurídico (art. 37, XXI, da Constituição Federal e Lei nº 8.666/93) quanto na doutrina e na jurisprudência, assegura-se que a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo configura um direito adquirido da contratada, devendo ser restabelecido pela Administração quando violado.

Além disso, informou o recorrente que, especificamente acerca do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato formulado pela Incal Incorporações S.A., consultou o Tribunal Superior do Trabalho, tendo o seu Ministro-Presidente sido “*categórico em afirmar o cabimento do pleito apresentado pela construtora*”, apresentando resposta nos termos seguintes (vol. 20, fl. 40 – destaques do original):

*“Assim, o reequilíbrio econômico-financeiro tem previsão legal, conta com respaldo doutrinário e, conforme admissão de fatos pelo TRT da 2ª Região, existem os pressupostos de sua validação, razão pela qual **não há hipótese de discricionariedade da administração, vez que está vinculada à obrigatoriedade de serem ‘mantidas as condições efetivas da proposta’** (Constituição Federal, art. 37, inc. XXI)*

Nesses termos, o descumprimento involuntário das cláusulas econômico-financeiras por parte desse TRT, que, como declarado no ofício sob exame, implicou o retardamento da execução da obra, aliado ao comprovado aumento de tributos, ensejam o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com a empresa INCAL Incorporações S/A, para construção do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo, cabendo à contratada, no entanto, a comprovação do incremento de seus custos, o que requererá o exame e decisão das unidades técnicas desse Tribunal Regional”.

Finalmente, defendeu o recorrente a licitude da utilização de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais) dos recursos orçamentários de 1998 para o pagamento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por considerar que “*tais recursos orçamentários foram creditados para ‘Construção do Fórum Trabalhista da Primeira Instância da Cidade de São Paulo – SP’, o que, logicamente, autoriza que sejam utilizados estes recursos na readequação econômica deste contrato, tendo como finalidade principal o término da construção*” (vol. 20, fl. 45).

Concluiu o recorrente afirmando que sua conduta “*pautou-se pela estrita observância ao princípio da legalidade, acrescida das cautelas indispensáveis e esperadas de tão relevante cargo público, não havendo, ao menos, repita-se, no lapso temporal da sua gestão, qualquer resquício de dano causado ao erário público*” (vol. 20, fls. 46/47).

O pedido ao final deduzido é no sentido de que seja acatada “a argüição de vício de procedimento por cerceamento de defesa, formulando acusação formal a fim de que seja efetivamente assegurado o direito de ampla defesa” e julgada “improcedente a pena de multa aplicada na Sessão do dia 05 de maio de 1999” (vol. 20, fl. 47).

ii) no que se refere ao Sr. Nicolau dos Santos Neto:

- questões preliminares:

Como primeira preliminar, sustentou o recorrente que “pelo simples fato de haver havido a conversão dos autos em tomada de contas especial, não caberia a imputação de responsabilidade aos acusados e, menos ainda, a determinação para o pagamento do pretenso débito. Reitere-se que a finalidade da tomada de contas especial é justamente a identificação dos possíveis responsáveis e do eventual dano. Desta forma impossível a conversão determinada no acórdão simultaneamente com condenação a ressarcimento à União” (vol. 14, fl. 08).

Acrescentou que, “pela mesma razão, impossível a condenação na multa do artigo 47, como decidido no referido acórdão”, pelo que defendeu que “deve ser anulada a decisão que determinou o pagamento da quantia de 57.374.209,84 e aplicou ao defendente a multa de R\$ 17.560,20, reabrindo-se o prazo para a defesa” (vol. 14, fl. 08).

Em segunda preliminar, sustentou o recorrente que o TCU estaria proferindo um segundo julgamento acerca de uma mesma questão já decidida anteriormente, o que implicaria a nulidade da última deliberação (vol. 14, fl. 8). Argumentou o recorrente, *verbis* (vol. 14, fls. 8/15):

“A questão da licitação para a aquisição do imóvel destinado à instalação das Juntas de Conciliação e Julgamento de São Paulo, foi exaustivamente debatida por este Egrégio Tribunal de Contas **que adotou decisão definitiva sobre o assunto**. Assim, para que fosse possível haver nova decisão a primeira teria que ser forçosamente nos termos do § 1º, do artigo 10, da Lei 8.443/92, isto é que não tivesse havido pronunciamento quanto ao mérito e sobrestado o julgamento.

Diferentemente, **houve julgamento do mérito**, tendo havido, inclusive, o voto vencido de um Ministro que votou pela aplicação aos responsáveis pelas contas da multa de R\$ 5.000,00. Tal voto seria impossível se não estivesse em julgamento o mérito.

(...)

Ora a decisão anterior, não sobrestou o andamento do feito e julgou o mérito, não podendo, assim, ser considerada decisão preliminar.

Por outro lado, na referida decisão, o Tribunal **aceitou os procedimentos adotados** e determinou ao Presidente do TRT 2ª Região a adoção de medidas que, na opinião do Tribunal, deveriam ser tomadas para corrigir as faltas que entendeu terem ocorrido, isto é, fez exatamente o que determina o artigo 16, da Lei 8.443/92 para o caso das contas regulares com ressalva. Portanto, nos próprios e precisos termos da Lei, **deu quitação ao ora recorrente**. E não poderia ter sido diferente, pois, como expressou o Ministro Relator em seu voto **‘não foi caracterizado ato de improbidade administrativa da parte dos responsáveis’**.

Desta forma, mesmo que isto não conste expressamente no acórdão anterior, houve, por determinação do texto legal, a quitação ao ora recorrente, relativamente à licitação para a aquisição de imóvel destinado a instalarem-se as Juntas de Conciliação de Julgamento de São Paulo, não sendo possível novo julgamento pelo mesmo fato”.

Acrescentou o recorrente que a Decisão nº 231/96–Plenário adquiriu força de coisa julgada, “*não podendo, nem mesmo, ser atingida por lei nova, muito menos pelo próprio Tribunal que adotou a decisão*”, sustentando ser esse entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidira: “*É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas*” (vol. 14, fls. 12/13).

E desenvolvendo essa alegação, aduziu o recorrente (vol. 14, fl. 15):

“Ora, se, como bem entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nem o Poder Judiciário pode reexaminar as decisões adotadas pelo Tribunal de Contas da União sem que estas tenham sido regularmente rescindidas, obviamente também o próprio Tribunal não pode reexaminar processo decidido sem que a decisão tenha sido regularmente rescindida.

A verdade é, portanto, que as contas do defendente já foram julgadas e no período dos presentes autos o defendente não tinha qualquer poder de decisão, não ordenando pagamentos, não assinando cheques

Assim, em preliminar, requer seja totalmente anulada a decisão recorrida por violar o direito constitucional do respeito à coisa julgada”.

- questões de mérito:

No mérito, principia o recorrente sustentando que a licitação em exame processou-se sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300/86, não se aplicando a ela as regras da Lei nº 8.666/93, consoante estabelecido no art. 121 do novo Estatuto das Licitações

Alega que “*Toda a discussão sobre o presente processo parte do pressuposto errado de que houve licitação para obra, quando na verdade houve a licitação para compra de coisa específica, mais exatamente compra para entrega futura*” (vol. 14, fls. 15/16), referindo-se a parecer do jurista Miguel Reale, contratado pela empresa construtora, e a opiniões doutrinárias que abonariam o seu entendimento (vol. 14, fls. 23/25).

Também alega o recorrente que o parecer técnico elaborado por engenheiro da Caixa Econômica Federal, por solicitação do TCU, incidiu em erro substancial ao comparar coisas distintas, uma vez que o avaliador incluiu na comparação imóveis residenciais de luxo, os quais têm valor muito menor do que os imóveis comerciais ou administrativos, quando menos, pela diferença de carga suportada pelas lajes e pelo grande fluxo de pessoas que ocorre nestes e não naqueles. Não obstante, sustenta o recorrente que a diferença de 20% encontrada pelo avaliador não poderia ser considerada um superfaturamento (vol. 14, fls. 25/26).

Quanto aos pagamentos antecipados, defende o recorrente não ter havido violação ao art. 38 do Decreto 93.872/86, uma vez que esse normativo, “*como simples decreto que era, não poderia afrontar o Decreto-Lei 2.300/86, o qual, tratando especificamente das compras por licitação pública, determinava que tais atos se submetessem às condições de pagamento semelhantes às do setor privado. Como já demonstrado, no setor privado, quem adquire um imóvel na planta, pagando-o em prestações, só pode exigir o adimplemento da obrigação se estiver com suas prestações em dia.*” Portanto, tratando o contrato em questão como de compra e venda, sustenta o recorrente que o inadimplemento por parte do TRT o impediria de exigir o cumprimento das obrigações da Construtora Incal.

Refere-se, nesse ponto, o recorrente ao parecer do jurista Miguel Reale, no sentido de que o art. 38 do Decreto 93.872/86 seria “*de todo inaplicável ao caso específico examinado, o qual, a olhos vistos, não se reduz a mero contrato de obras e serviços. Por sinal que, mesmo nesta hipótese, a parte final do Art. 38 permite o pagamento na forma prevista no Edital, desde que tomadas as ‘indispensáveis cautelas ou garantias’.* Como se vê, ainda que, *ad absurdum*, se quisesse ver no caso um contrato de obra, que garantia podia haver maior que a outorga de direitos dominiais sobre o terreno destinado à edificação?” (vol. 14, fls. 26/31).

Afirma ainda o Sr. Nicolau dos Santos Neto que o Relator do acórdão recorrido não examinou adequadamente o problema da alteração da incidência de tributos que teriam onerado o contrato, argumentando, *verbis* (vol. 14, fls. 33/34):

“*Ora, contrariamente ao alegado, a lei não exige que a criação ou alteração de tributos ou encargos legais crie dificuldades insuperáveis, quase impossibilitando a continuidade da avença, como pretendeu o ilustre relator. Basta, como dizia o Decreto-lei 2.300/86 e como determina, agora, a Lei 8.666/93, que tenha havido a alteração de tributos ou encargos legais, com comprovada repercussão nos contratos, para ser obrigatória a alteração contratual. (...)*

(...)

“*Veja-se que o artigo 65, § 5º, da Lei 8.666/93 não limita a alteração do contrato apenas às hipóteses de criação ou alteração de tributos mas a criação de quaisquer encargos legais. Tal é o caso dos encargos financeiros decorrentes da retenção na fonte que não existia por ocasião da proposta.*”

Do mesmo modo, o recorrente reputa equivocada o entendimento do Relator da decisão hostilizada com respeito à alteração da forma de correção monetária instituída pelo Plano Real, argumentando (vol. 14, fls. 35/37):

“*Em primeiro lugar, estando previsto no contrato a correção monetária integral, portanto, sem qualquer previsão inflacionária prevista nos preços, não se poderia impingir à Contratada a aplicação aos preços de correção apenas por períodos anuais.*

(...)

“*Ora, o contrato, decorrente de licitação pública e devidamente firmado era ato jurídico perfeito quando foram promulgadas as normas do Plano Real e, por isto, as modificações não poderiam ter sido impostas à Contratada. Com a imposição*

de tais normas, ainda que em violação à Constituição, teve efetivamente o prejuízo cuja recomposição pleiteou, vez que embora menor a inflação continuou a existir nos primeiros anos do Plano. Por outro lado, a aplicação da correção monetária integral, como estabelecido no contrato, atingia todas as prestações, enquanto que, pelas novas regras, somente aquelas posteriores a cada período anual seriam corrigidas.

(...)

Finalmente, conforme abalizada a extensa demonstração da Contratada o contrato monetariamente atualizado corresponderia a R\$ 162.052.160,09, dos quais a Contratada já recebeu R\$ 159.202.962,88. Considerando-se, no entanto, as perdas decorrentes do aumento de custos ocasionados pela Administração com o retardo dos pagamentos, o valor real recebido limita-se a R\$ 138.573.554.

Por outro lado a diminuição do valor das prestações em razão da supressão da incidência da correção monetária como fora contratada e, ainda, a incidência de novos tributos, que, como já demonstrado, devem ser adicionadas ao valor do contrato, eleva o verdadeiro valor contratual para R\$ 172.662.265,29. Isto significa que não houve, nem de longe, o recebimento, como alegado, da quase totalidade do contrato”.

Os pedidos ao final deduzidos pelo recorrente são do seguinte teor (vol. 14, fls. 37/38):

“Por todo o exposto, em primeira preliminar, considerando-se que a conversão dos autos em tomada de contas especial tem, por determinação legal, a finalidade de apurar fatos, identificar possíveis responsáveis e levantar eventuais danos ao Erário, requer que a decisão que simultaneamente converteu os autos em tomada de contas especial e condenou o defendente solidariamente com outros a ressarcir os cofres da União e pagar multa seja anulada, reabrindo-se o processo com os respectivos prazos de defesa.

Em segunda preliminar, considerando-se que houve decisão definitiva considerando regulares com ressalva a licitação e a contratação da compra do imóvel para sede das Juntas de Conciliação e Julgamento de São Paulo, e que após isto o defendente não tinha qualquer poder decisório nem efetuava qualquer pagamento, requer seja declarado nulo o presente processo e cancelada a exigência de recolhimento da quantia indevida de R\$ 57.374.209,84 e da multa de R\$ 17.560,20 que lhe foi imposta.

Finalmente, considerando-se que a contratação, nos termos da lei de regência foi feita nas condições vigorantes no regime privado, sem prejuízo para o Erário, requer seja considerado regular o procedimento e cancelada a exigência de recolhimento do valor acima referido bem como da multa imposta”.

iii) no que se refere ao recurso do TRT-2ª Região:

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, representado pelo seu então Presidente, Sr. Floriano Vaz da Silva, requer reconsideração “do v. acórdão desse Colendo Tribunal que; a) entendeu ser a Incal Incorporações S.A. credora da União, b) determinou providências urgentes para a continuidade das obras e, também, c)

ordenou a anulação do procedimento licitatório e, conseqüentemente, do contrato administrativo, no prazo de 30 (trinta) dias (item “f” da parte dispositiva)” (vol. 13, fl. 01)

As razões do recurso são do teor seguinte (vol. 13, fls. 01/03):

“O v. acórdão alude, no item 48, a eventual crédito da Incal Incorporações S.A. contra a União Federal, na quantia de R\$ 15.120.214,63 (quinze milhões cento e vinte mil duzentos e quatorze reais sessenta e três centavos), apurado no item 20, relativo às modificações do sistema de reajuste, equivalente a 15.476.166,4585 UFIRs. Com efeito, a forma de apuração desse crédito, data vênica, não considerou de forma correta os índices pactuados tampouco os expurgos determinados pela legislação. As inclusas planilhas, elaboradas pelo corpo técnico do TRT da 2ª Região, demonstram à saciedade que o suposto crédito existente à época, (16/03/98), em favor da Incal Incorporações S.A., difere daquele apurado na planilha constante do item 12 do v. acórdão. Ao contrário, a conclusão inarredável é a de que a empresa recebeu muito mais do que realizou nas obras objeto do contrato administrativo rescindido, tendo, pois, que restituir aquilo que recebeu indevidamente, consoante, reafirmam, as inclusas planilhas (doc. 1).

São indispensáveis e urgentíssimas as providências que permitam a retomada das obras, instaurando-se o competente processo licitatório. Todavia, não há verba destinada ao custeio sequer dos atos preparatórios à concorrência pública, pois, é, também, necessário que seja feito levantamento minucioso do remanescente da obra, elaborando-se orçamento, cronograma físico-financeiro e, especialmente, providenciando-se a alocação de verbas orçamentárias. Estas dependem de providências junto ao Tribunal Superior do Trabalho, junto ao Poder Executivo e, ainda, da aprovação do Legislativo. Demandam técnica e tempo, sendo impossível observar o prazo de 30 (trinta) dias cominado no item “f” da parte dispositiva do v. acórdão.

Com efeito, há grande dificuldade na obtenção de recursos para a própria manutenção do prédio inacabado. Estas verbas são extremamente necessárias para custear essas despesas de manutenção. Nesse sentido, postulou-se, sem sucesso até o momento, a liberação da quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) (doc. II).

Além disso, o item “f” da parte dispositiva do v. acórdão determina, também, a anulação do contrato administrativo ‘sub analise’. Porém, o aludido contrato foi rescindido. Esta solução foi, **data vênica**, a mais adequada. Neste sentido, peço vênica para invocar o incluso parecer do Prof. Márcio Cammarosano, desaconselhando a anulação do procedimento licitatório, verbis: ‘Assim, ainda que juridicamente possa parecer mais adequada a anulação da licitação e da avença, não se pode olvidar que, do ponto de vista estritamente do interesse público e da economicidade, verifica-se ser mais apropriada a rescisão do contrato, afim de que tanto a obra iniciada como o bem adquirido permaneçam incorporados ao patrimônio público’ (doc.III).

Ante o exposto, requer a Vossa Excelência reconsideração dos tópicos apontados para: a) determinar diligências a fim de que, consideradas as inclusas planilhas, sejam refeitos os cálculos indicados nos itens 20 e 48 do v. acórdão; b) submeter a continuidade das obras à condição de que sejam previamente alocadas verbas orçamentárias indispensáveis ao custeio da manutenção do prédio inacabado e dos atos preparatórios necessários à elaboração do procedimento licitatório visando a conclusão da obras, e, por fim, c) reconsiderar a determinação de anulação do procedimento licitatório, já que o contrato administrativo foi regularmente rescindido e os danos causados pela contratada já foram objeto de todas as providências judiciais necessárias à reparação integral desses prejuízos.

Posteriormente, ao examinar o Relatório de Inspeção atinente às medidas determinadas na alínea “d” do Acórdão nº 045/99-Plenário, este Colegiado, na Sessão de 28/07/1999, prolatou a Decisão nº 469/99 (Ata 32/99 – vol. principal, fl. 654), com o seguinte teor, *verbis*:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 com fulcro no art. 12, II, da Lei nº 8.443/92, determinar a citação solidária da empresa Incal Incorporações S.A. e dos Srs. Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin e Antônio Carlos Gama da Silva, pelo valor de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinqüenta e um reais e quinze centavos), relativo à diferença entre os valores pagos pelo TRT - 2ª Região à conta das obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo (R\$ 231.953.176,75) e o custo efetivo do empreendimento, nas condições em que se encontra (R\$ 62.461.225,60), todos em valores de abril de 1999, sendo desse débito total a parcela de R\$ 13.207.054,28 (treze milhões, duzentos e sete mil, cinqüenta e quatro reais e vinte e oito centavos) de responsabilidade solidária também do Sr. Gilberto Morand Paixão, que igualmente deve ser citado, fixando-se-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que apresentem alegações de defesa ou recolham aos cofres do Tesouro Nacional a referida importância, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos a contar de maio de 1999;

8.2 comunicar aos responsáveis mencionados no item 8.1 retro acerca da insubsistência da citação que lhes foi anteriormente dirigida, observando-se-lhes como necessária a apresentação de novas defesas ou a re-ratificação daquelas já remetidas ao Tribunal;

8.3 juntar cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam, aos processos TC-700.282/93-9, TC-700.279/94-6, TC-700.210/95-4, TC-700.115/96-0, TC-700.109/97-8 e TC-700.071/98-9 (contas do TRT - 2ª Região relativas aos exercícios de 1992 a 1997, respectivamente), para análise em conjunto e em confronto;

8.4 encaminhar cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, à CPI do Judiciário, bem assim à Dra. Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Procuradora Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo;

8.5 encaminhar os autos à 10ª SECEX, após adotadas as providências ordenadas nos subitens 8.1 a 8.4 supra, para análise dos recursos interpostos pelo TRT/SP e pelo Sr. Nicolau dos Santos Neto, contra o Acórdão nº 45/99 – Plenário”.

Em face da citação determinada no subitem 8.1 da Decisão nº 469/99-Plenário (Ofícios SECEX/SP nºs 488 a 492/99, de 09/08/1999 – vol. principal, fls. 662/671), apresentaram as suas alegações de defesa os Srs. Nicolau dos Santos Neto (vol. 22) e Gilberto Morand Paixão (vols. 23, 24 e 25).

Ademais, o Acórdão nº 045/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário foram impugnados em Mandado de Segurança impetrado, em 26/10/1999, pela Incal Incorporações S.A. junto ao Supremo Tribunal Federal (MS 23.560-8), no qual se requereu, inclusive em pedido liminar, a sustação dos efeitos daquelas deliberações “na parte em que declara[m] a nulidade do contrato celebrado pela impetrante com o TRT” (vol. 29, fls. 59/60).

O Relator do writ no STF, Ministro Marco Aurélio, concedeu “liminar na extensão pretendida, ou seja, para suspender, de forma provisória, de forma precária e efêmera, porque submetida a condição resolutive que poderá resultar do julgamento deste mandado de segurança, as decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União e que ganharam os números: ‘Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário’ e ‘Decisão nº 469/99-TCU-Plenário’” (vol. 29, fl. 14 – DJ, Seção 1, 09/11/1999, p. 86).

A 10ª SECEX, opinando pelo conhecimento dos recursos interpostos, por atendidos os requisitos fixados no art. 48 c/c art. 33 da Lei nº 8.443/92, assim examinou as alegações apresentadas pelos recorrentes:

i) com respeito ao recurso do Sr. Délvio Buffulin:

- no tocante às preliminares (vol. 13, fls. 39/41):

“Conforme estabelece a Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União tem a seguinte competência, in verbis:

‘Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e **Judiciário**, e demais entidades referidas no inciso II;

(...)

VIII - 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**;’ (grifou-se)

Outrossim, a Lei nº 8.443/92, que regulamenta o dispositivo constitucional supracitado, determina o seguinte, in verbis:

‘Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este Capítulo, o Relator ou o Tribunal:

(...)

II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, **determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa**

Parágrafo único. Não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso III do art. 58 desta Lei.

(...)

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

(...)

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte **injustificado dano ao Erário;**

(...)' (grifou-se)

Ante o exposto, pode-se afirmar que o TCU tem competência Constitucional e Legal para, ao proceder à fiscalização de atos e contratos, se verificada a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, determinar a audiência do responsável para apresentar razões de justificativa. E, somente após examinar as razões de justificativa apresentadas, caso não elidido o fundamento da impugnação, o TCU tem a incumbência de aplicar multa ao responsável.

Ressalte-se que a audiência, conforme estabelece o art. 43, II, da Lei nº 8.443/92, objetiva conceder ao responsável a oportunidade de apresentar razões de justificativa acerca de irregularidade verificada em processos de fiscalização, **não se tratando apenas da coleta de informações**, como ocorre em inquéritos policiais, segundo aduz o Recorrente. Ou seja, a referida audiência visa justamente dar ao responsável a oportunidade de defesa, respeitando, pois, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Cabe agora verificar se, no caso em comento, foram respeitados tais preceitos constitucionais e legais.

O Responsável, Sr. Délvio Buffulin, foi devidamente comunicado da audiência, em 14/07/1998 (Ofício nº 378, fls. 290 a 293, vol. principal) e em 14/08/1998 (Ofício nº 489, fl. 329, vol. principal). Os ofícios em apreço, ao contrário do que afirma o Recorrente, indicaram de forma clara e objetiva as questões para as quais o Responsável deveria apresentar razões de justificativa, no prazo estabelecido pelo Regimento Interno deste Tribunal (quinze dias), alertando, expressamente, ao final, a possibilidade do TCU aplicar-lhe multa, caso este rejeitasse suas razões de justificativa.

Em 06/08/1998, o Responsável, em razão do grande número de questões e da complexidade das mesmas, solicitou a prorrogação do prazo para atendimento da audiência promovida nos termos do Ofício nº 378 (fl. 308, vol. principal), sendo tal solicitação atendida plenamente pelo então Ex.^{mo} Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi, o qual autorizou a prorrogação do prazo da referida audiência por mais trinta dias, a contar de 30/07/1998. (fl. 322, vol. principal).

O Responsável, portanto, teve o prazo de **quarenta e cinco dias** para atender a audiência promovida nos termos do Ofício nº 378 e o prazo de **quinze dias** para atender a audiência promovida nos termos do Ofício nº 489. Isto é, o TCU, com fulcro no art. 43, II, da Lei 8.443/92, concedeu ao Responsável a oportunidade de defesa, inclusive dilatou, quando solicitado, o prazo para a apresentação das razões de justificativa estabelecido no Regimento Interno deste Tribunal

Em atendimento aos supracitados ofícios, o Responsável apresentou as razões de justificativa, as quais, conforme exaustiva análise realizada pela SECEX/SP (fls. 358 a 383, vol. principal) e deliberação do Plenário deste Tribunal (fls. 500 a 545, vol. principal), não foram suficientes para descaracterizar as irregularidades apontadas.

O TCU, por conseguinte, dentro de sua competência Constitucional e Legal, após analisar e rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Responsável, em processo concernente à fiscalização de atos e contratos, aplicou-lhe a multa prevista no art. 58, III, da Lei 8.443/92, conforme determina o parágrafo único do art. 43 da mesma Lei.

Nesse sentido, vale trazer à baila excerto do Voto condutor do Acórdão ora guerreado, *ipsis litteris* (fl. 534, vol. principal):

‘56. Para tanto, não que ser cumpridas duas regras básicas que sustentam nosso Estado de Direito: refiro-me à observância do devido processo legal e ao direito de ampla defesa. Observe-se que os Srs. Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin, no âmbito deste Tribunal, somente foram ouvidos em audiência prévia, **que tem por objetivo específico a aplicação de multa**. Ditos responsáveis não foram citados, sendo, portanto, ilegítima qualquer tentativa de lhes imputar, o débito nesta fase processual. O procedimento adequado para tanto encontra-se prescrito no art. 47 da Lei nº 8.443/92, qual seja o da conversão destes autos em Tomada de Contas Especial, ordenando-se desde logo sua citação.’ (grifou-se)

Isto posto, verifica-se que o TCU agiu em conformidade com o estabelecido pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.443/92, respeitando plenamente os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”.

- no tocante às questões de mérito (vol. 13, fls. 41/55):

“O Recorrente, ex-presidente do TRT/SP no biênio setembro/96 a setembro/98, ao tomar posse como presidente do TRT/SP, já estava ciente da Decisão 231/96 – TCU – Plenário, de 08/05/1996 (item 2 retro), devendo, por conseguinte, observar as determinações nela compreendidas.

A supracitada Decisão trazia a seguinte determinação, *in verbis*:

‘2 - determinar ao Presidente do TRT-2ª Região a adoção de providências urgentes no sentido de transferir, imediatamente, as obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, incluindo o respectivo terreno, para o seu nome, bem como a efetivação de medidas com vistas ao prosseguimento da respectiva obra em obediência rigorosa às normas e preceitos contidos no atual Estatuto de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93);’

No tocante à providência no sentido de transferir as obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, incluindo o respectivo terreno, para o nome do TRT/SP, a determinação do TCU foi cumprida, visto que a escritura de venda e compra foi lavrada em 19/12/1996, tendo o TRT/SP como outorgado comprador e a Incal como outorgante vendedora, conforme verificado às fls. 125 a 141 – vol. principal (Cópia da Escritura de Venda e Compra e da Escritura de Retificação e Ratificação).

Todavia, no tocante às medidas com vistas ao prosseguimento da respectiva obra, estas não foram efetivadas em obediência rigorosa às normas e preceitos contidos na Lei nº 8.666/93.

Conforme registrado em Ata de Reunião de 17/04/1997 (fls. 196 e 197, vol. principal), o Recorrente tinha conhecimento do descompasso existente entre a execução físico-financeira do contrato. Nessa ocasião, o Recorrente, então presidente do TRT/SP, manifestou preocupação advinda de sua visita à obra no dia 7 de abril de 1997, ‘...quando lhe pareceu incompatível o estágio da obra com o desembolso financeiro já concretizado, assim como, com a previsão contratual do término da mesma, mesmo considerando as análises técnicas do cronograma físico-financeiro elaborado pelo engenheiro contratado.’ (sic)

Isto é, o Recorrente autorizou pagamentos antecipados à Construtora Incal, mesmo ciente de que os repasses de recursos financeiros superavam, e muito, o cronograma físico do empreendimento, sem obter qualquer garantia de que a referida construtora executaria a obra nos termos e no prazo avençados. Tal prática é vedada pelo art. 38 do Decreto nº 93.872/86, in verbis:

‘Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, **mediante as indispensáveis cautelas ou garantias**, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.’ (grifou-se)

Outrossim, segundo ensina Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª ed., p. 355), in verbis:

‘O pagamento antecipado depende da existência de dois requisitos.

Primeiramente, só poderá ocorrer quando previsto no ato convocatório. Desse modo, amplia-se o universo de competidores, especialmente aqueles que não dispõem de recursos para custear a prestação. Todos competidores terão reduzidos seus custos e, desse modo, a Administração será beneficiada.

Porém, a Administração não poderá sofrer qualquer risco de prejuízo. Por isso, o pagamento antecipado deverá ser condicionado à prestação de garantias efetivas e idôneas destinadas a evitar prejuízos à Administração.’ (grifou-se)

Conforme verificado em planilha elaborada pelo então Ex.^{mo} Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi (fls. 538 a 542, vol. principal), o Recorrente, no período de 11/10/1996 a 16/03/1998, autorizou pagamentos antecipados na ordem de R\$ 42.440.848,80 (quarenta e dois milhões, quatrocentos e quarenta mil,

oitocentos e quarenta e oito reais e oitenta centavos). Isto é, já proferida a Decisão 231/96 – TCU – Plenário, mesmo ciente do grande descompasso entre a execução física e financeira das obras, o Recorrente continuou autorizando a realização de novos pagamentos à Construtora Incal, bem como assinando novos aditivos contratuais com esta, agravando ainda mais o prejuízo sofrido pelo Erário.

(...)

Vale lembrar, ainda, o Voto condutor do Acórdão nº 045/99 – Plenário, proferido pelo então Ex.^{mo} Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi, que, ao examinar o cumprimento da determinação contida na Decisão nº 231/96 – Plenário (transcrita no subitem 15.1. retro), assim se pronunciou:

‘6. A transferência foi efetivamente realizada. Ocorre, entretanto, que os Administradores do TRT-SP simplesmente ignoraram a segunda parte da determinação, prosseguindo com a realização de pagamentos não lastreados pela contraprestação de serviços. Observe-se que o cumprimento tempestivo das exigências deste Tribunal teria estancado o procedimento irregular e, por consequência, evitado a situação anômala agora verificada.’ (fl. 525, vol. principal)

Ademais, impende consignar que o Sr. Délvio Buffulin, na condição de Presidente do TRT/SP, não adotou, naquela oportunidade, as providências de sua alçada, consistentes na aplicação de multas contratuais e suspensão dos pagamentos em favor da firma Incal Incorporações S.A., até que houvesse a necessária compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro das obras. Mas, pelo contrário, autorizou a realização de novos pagamentos e firmou três novos aditivos contratuais com a aludida firma, dando, sem sombra de dúvida, causa e continuidade ao prejuízo sofrido pelo Erário; razões pelas quais refutamos as alegações recursais ora em análise.

Quanto à alegação de que o Recorrente tomou as devidas cautelas com observância das orientações emanadas do TST, tal argumento será analisado posteriormente (subitem 18.1).

Já em relação aos seus antecessores Srs. José Victório Moro e Rubens Tavares Aidar (ex-presidentes do TRT/SP nos períodos de 1992/1994 e 1994/1996, respectivamente), o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, considerando a gravidade de fatos colacionados, a existência de documentos e fatos novos, a legitimidade, o interesse de agir e a tempestividade, interpôs, em 15/07/1999, com fulcro no art. 35, III, da Lei nº 8.443/92, RECURSO DE REVISÃO contra as seguintes decisões: Acórdão nº 168/98 – TCU – Plenário (TC nº 700.282/93-9 – Tomada de Contas do TRT/SP referentes ao Exercício de 1992), Acórdão nº 238/97 – TCU – Plenário (TC nº 700.210/95-4 – Tomada de Contas do TRT/SP referentes ao Exercício de 1994) e Deliberação proferida pela 2ª Câmara na Relação nº 75/97, in Ata nº 32/97 – TC nº 700.109/97-8 – Tomada de Contas do TRT/SP referentes ao Exercício de 1996 (fls. 572 a 580, vol. principal).

(...)

Como já analisado no subitem 15.1 retro, os atos produzidos na gestão do Recorrente, visando o prosseguimento da obra do Fórum Trabalhista, não seguiram

as orientações emanadas do TCU, como também não foram pautados pela cautela e observância da legalidade.

O Recorrente, ciente do descompasso existente entre a execução físico-financeira do contrato, deveria ter promovido a suspensão do pagamento de parcelas do preço até que o estágio físico da obra se equiparasse ao montante de recursos financeiros já liberados antecipadamente em favor da Contratada. Todavia, o Recorrente, alegando que “...**danoso ao erário público seria a paralisação abrupta das obras no estado em que se encontravam.**”, continuou autorizando o pagamento de parcelas antecipadas, aumentando ainda mais o descompasso existente. Tal procedimento acabou por agravar ainda mais o prejuízo sofrido pelo Erário, que, segundo apontado em Relatório de Inspeção (fls. 602 a 629, vol. principal), é da ordem de **R\$ 169.491.951,15** (ver subitem 15.1 retro).

Quanto ao procedimento adotado pelos presidentes antecessores (Srs. José Victório Moro e Rubens Aidar), informamos que suas contas deverão ser revistas por este Tribunal, como já relatado na análise anterior.

(...)

Segundo ensina Hely Lopes Meirelles (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., p. 150), in verbis:

‘Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

Na prática de tais atos o Poder Público sujeita-se às indicações legais ou regulamentares e delas não se pode afastar ou desviar sem viciar irremediavelmente a ação administrativa. Isso não significa que nessa categoria de atos o administrador se converta em cego e automático executor da lei. Absolutamente, não. Tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo – o bem comum.’ (grifou-se)

Isto é, o ato vinculado deve atender aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Portanto, caso o administrador público não atenda a tais pressupostos, o ato torna-se passível de anulação.

Não resta dúvida de que o pagamento de despesa configura-se em ato administrativo vinculado, ou seja, o administrador público tem o dever de saldar suas obrigações. Entretanto, esse ato administrativo subordina-se à verificação de determinados pressupostos legais. Ou melhor, o administrador público deverá agir obedecendo aos requisitos e condições que a lei estabelece.

No caso em análise, como já verificado no subitem 15.1 supra, os atos administrativos vinculados praticados pelo Recorrente – autorizações de pagamentos à Construtora Incal – não foram realizados conforme o procedimento administrativo legalmente previsto.

Já no que concerne ao argumento de que o Recorrente, desprovido de conhecimento técnico para tomar decisões de natureza administrativa, restringia-se a apor sua assinatura em documentos apenas para dar continuidade aos pagamentos, tecemos a seguinte análise.

Segundo estabelece o Decreto nº 93.872/86, in verbis:

‘Art. 39. Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos.’

Pode-se afirmar, destarte, que o ordenador de despesas não deve se restringir a apor sua assinatura para dar mero prosseguimento aos processos de pagamento. Compete a este, também e principalmente, verificar a boa e regular aplicação dos recursos públicos por ele geridos.

No caso de se tratar de contratos de grande complexidade, o ordenador de despesas deve cercar-se de agentes idôneos com aptidão técnica suficiente, para que estes o auxiliem corretamente na execução do contrato. Entretanto, os pareceres elaborados por tais agentes não têm força de legitimar a ação do ordenador de despesas que estará agindo, no mínimo, com culpa “in eligendo”. E, no caso em comento, competência ao Recorrente, na condição de Presidente, designar o representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato e os membros da Comissão da Construção do Fórum, como demonstra, respectivamente, o art. 67 da Lei nº 8.666/93 e o art. 122 do Regulamento Geral do TRT da 2ª Região, in verbis:

‘Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.’

‘Art. 122. Em cumprimento ao disposto no art. 51 da Lei nº 8.666, de 21/06/93, e para os conseqüentes fins, funcionará uma Comissão Permanente de Compras e Licitações, constituída, no mínimo, de três membros, designados pelo Presidente da Corte Regional, e com mandato de 1 (um) ano, vedada a sua recondução.

Parágrafo único - Para os mesmos efeitos, em caso de premência ou de especificidade ímpar, poderá ser constituída comissão especial, observadas as mesmas constituição, designação, temporariedade e vedação, como previsto no mencionado art. 51 daquele mesmo diploma legal.’

Do exposto, não há que se cogitar em isentar o Recorrente de sua responsabilidade, simplesmente por este, desprovido de conhecimento técnico para tomar decisões de natureza administrativa, alegar ter seguido as orientações técnicas de uma série de agentes, a Comissão da Construção do Fórum e o engenheiro

encarregado da fiscalização, porquanto o administrador público deve escolher bem seus auxiliares, do contrário, responde por culpa 'in eligendo'.

(...)

Conforme minuciosamente demonstrado no Voto condutor do Acórdão nº 045/99 - Plenário, proferido pelo então Ex.^{mo} Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi (fls. 524 a 537, vol. principal), o reequilíbrio econômico-financeiro tem previsão legal e conta com respaldo doutrinário, entretanto, no caso em comento, não existem os pressupostos para sua validação (...).

(...)

Outrossim, acerca desse episódio, vale destacar o relatório elaborado pela CPI do Judiciário sobre o caso do TRT/SP, posterior ao Acórdão ora recorrido (ver item II supra), in verbis:

VI - DO ADITAMENTO DO REEQUILÍBRIO FINANCEIRO

Em 1997, o então Presidente do TRT, Juiz Délvio Buffulin (gestão de 15/09/96 a 15/09/98), diante da expectativa da entrega do empreendimento em 31/12/97, entendeu por bem nomear um conjunto de servidores para compor uma Comissão de Instalação, cujo encargo principal seria adotar as providências necessárias à ocupação e instalação das Juntas de Conciliação do Fórum Trabalhista. Ressalte-se que essa comissão não tinha qualquer vinculação com a Comissão de Construção do Fórum presidida pelo Juiz Nicolau dos Santos Netto.

Durante seus trabalhos, a Comissão de Instalação se surpreendeu com a constatação de que, caso urgentes providências não fossem adotadas, a instalação das Juntas seria inviável. Os problemas observados podem ser resumidos da seguinte forma:

- constatação de que o projeto de rede lógica contemplava somente tubulação seca;
- as áreas destinadas à lanchonete no térreo, refeitório no 1º pavimento e sala de reuniões no 10º pavimento não teriam ar condicionado, acabamento final e instalações;
- as áreas destinadas ao setor de distribuição, protocolo e assessoria não teriam ar condicionado, luminárias e forro;
- as áreas do auditório e salas de apoio não teriam ar condicionado, acabamento final e instalações;
- as áreas destinadas às agências bancárias no térreo e no 1º pavimento, e às associações no 10º pavimento não teriam ar condicionado, acabamento final e instalações;
- as áreas destinadas à sala dos advogados no 2º pavimento, administração no 18º pavimento, centro de informática e assistência médica não teriam ar condicionado, luminárias e forro; etc.

Tais constatações causaram espécie aos técnicos da Comissão de Instalação, pois a conclusão da obra não permitiria a ocupação do edifício, principalmente no que diz respeito às providências necessárias para a adequação das instalações de informática.

Diante de tal quadro, iniciaram-se, ainda em 1997, entendimentos entre o TRT e a Incal no sentido de firmar termo aditivo ao contrato original incluindo serviços que supostamente não faziam parte da proposta original da incorporadora, tais como rede de informática, segurança predial, complementações do auditório, ampliação da creche etc. Até então, três termos aditivos haviam sido assinados, todos apenas prorrogando a data final da entrega do empreendimento.

Porém, tendo em vista a resistência de diversos membros da Comissão de Instalação em firmar o termo aditivo, bem assim a recomendação do Ministério Público para que o ato não fosse praticado, em razão das apurações que se achavam em andamento, a negociação não se concretizou. Dois motivos foram cruciais para a desistência do TRT: primeiro, vários técnicos do Tribunal acreditavam que os serviços em tela estavam previstos na proposta da empresa, e por isso deveriam ser executados sem custos adicionais ao TRT; e segundo, se os serviços não estavam previstos no contrato original, não haveria possibilidade de se firmar termo aditivo, pois a contratação desses novos serviços demandaria novo processo licitatório. Por conseguinte, decidiu-se por continuar a obra sem as modificações necessárias.

No início de 1998, a situação da Incal era a seguinte: já tinha recebido mais de 98% do total dos recursos financeiros e ainda restavam 34% da obra a serem executados (ver parecer técnico da FUNDUSP, no item VII.1). A incorporadora, por sua única e exclusiva culpa, não dispoñdo mais de recursos suficientes para término da obra, e tendo em vista o fracasso da tentativa de aditar novos serviços para a obra, resolveu pleitear junto ao TRT um aditivo contratual estabelecendo um suposto reequilíbrio financeiro ao contrato.

O pleito da Incal, no valor de R\$ 34.088.871,11 baseava-se nas seguintes afirmações:

- atraso no cumprimento do cronograma financeiro, o que gerou a prorrogação do prazo do contrato, com graves prejuízos à saúde econômico-financeira da Incal Incorporações S/A (R\$ 23.478.605,82);*
- alteração do Sistema de Reajuste em razão do Plano Real (R\$ 9.080.958,43);*
- criação do IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentação ou a Transmissão de Valores e Direito de Natureza Financeira (R\$ 135.339,06);*
- criação da CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação ou a Transmissão de Valores e Direito de Natureza Financeira (R\$ 53.239,12); e*
- retenção na Fonte do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro – CSSL, da Contribuição para Seguridade Social – Cofins e a contribuição para o PIS/PASEP (R\$ 1.340.728,68).*

Em 8 de junho de 1998, o Juiz Nicolau dos Santos Netto, na qualidade de Presidente da Comissão de Construção do Fórum, encaminhou o Ofício CCF nº 02/98, ao Juiz Délvio Buffulin, então Presidente do TRT – 2.ª Região, propondo a contratação do Engenheiro Gilberto Morand Paixão para fiscalizar a obra. Em que pesasse ainda a vigência do contrato do Engenheiro Gama para realizar exatamente o mesmo serviço, a sugestão foi acatada pelo Juiz Buffulin, e o Engenheiro Paixão firmou contrato com o TRT em 15 de junho de 1998.

O contrato do Engenheiro Gilberto Paixão tinha como objeto os serviços de fiscalização e acompanhamento das obras relativas a construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, englobando o acompanhamento dos serviços, orçamentos, custos e medições do empreendimento. A vigência do contrato era de 10 meses, prorrogáveis por mais 2 meses, ao preço global de R\$ 8.000,00, a serem pagos mensalmente.

O Engenheiro Paixão, em 15 de junho de 1998, ou seja, apenas 7 dias após o seu nome ter sido submetido ao Juiz Buffulin e no mesmo dia de sua contratação pelo TRT, emitiu parecer técnico favorável ao pleito de reequilíbrio financeiro da Incal

O parecer do Engenheiro Paixão foi baseado nas correspondências trocadas entre o TRT e a Incal, além do estudo dos seguintes documentos:

- i. 'Programa de Conclusão das Obras do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo', de autoria da Incal;
- ii. 'Fundamentos para o Restabelecimento do Equilíbrio Econômico', de autoria da Incal;
- iii. notas fiscais das despesas de todos os meses que compõe o período a ser ressarcido; e
- iv. Parecer do Professor Diógenes Gasparini, datado de 04/06/98

Em síntese, o singelo parecer de sete páginas do Engenheiro Paixão concordou com a quase totalidade dos argumentos da Incal, não entrando em maiores detalhes técnicos, como seria de se esperar de um parecer que instrui um pleito de R\$ 34 milhões.

Por fim, em 17 de junho de 1998 (dois dias após o parecer do Eng. Paixão) e com a concordância do Juiz Nicolau dos Santos Netto, foi assinado o 4º termo aditivo, re-ratificado em 15/07/98, cujos objetos foram a prorrogação do prazo de conclusão das obras para 04/04/1999 e o suposto reestabelecimento do equilíbrio financeiro, no valor de R\$ 36.931.901,10, assim discriminados:

- R\$ 34.088.871,11 referente ao reequilíbrio financeiro; e
- R\$ 2.843.030,09 referente ao saldo pendente da 7.ª parcela, para completar os 100% do valor originalmente previsto.

De acordo com o quarto aditivo, os pagamentos seriam realizados da seguinte forma:

- R\$ 10.639.760,91 (R\$ 7.796.730,82 relativos à 1.ª parcela do reequilíbrio e R\$ 2.843.030,09 referentes ao saldo do contrato original) no ato da assinatura;
- R\$ 14.050.953,23 em seis parcelas mensais sucessivas a partir de 04/07/98; e
- R\$ 12.241.187,06 em quatro parcelas mensais sucessivas a partir de 04/01/99.

O pagamento da 1.ª parcela do termo aditivo, no valor de R\$ 10.639.760,91, ocorreu no dia seguinte à assinatura do aditivo, ou seja, em 18 de junho de 1998. Já o segundo pagamento, no valor de R\$ 2.352.357,69, deu-se em 04 de julho de 1998. Porém, em 31 de julho de 1998, a 12.ª Vara Cível Federal, atendendo à pedido do Ministério Público Federal, conforme vimos acima (item V.2.) concedeu liminar

suspendendo os pagamentos pertinentes ao suposto reequilíbrio em tela. Tal suspensão permanece vigente até hoje.

Portanto, dos R\$ 36.931.901,10 previstos no termo aditivo, a Incal recebeu R\$ 12.992.118,60 (35,2% do total).

Mais uma vez constata-se a desídia dos administradores do TRT para com o dinheiro público. Não há justificativa para a atitude dos juízes responsáveis pela assinatura do termo aditivo, pois premiou-se com R\$ 37 milhões uma empresa que não cumpriu um contrato que já lhe era extremamente favorável. Felizmente o Ministério Público conseguiu impedir que a totalidade desse valor fosse paga à Incal” (grifou-se)

Do exposto, pode-se verificar que o aditivo de reequilíbrio econômico-financeiro (Quarto Termo Aditivo) foi realizado de maneira impropriedade, vindo a agravar ainda mais o prejuízo sofrido pelo Erário.

Quanto à alegação de que o Recorrente tomou as devidas cautelas com observância das orientações emanadas do TST, fazemos a seguinte análise.

Conforme já mencionado, não resta dúvida de que o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro tem previsão legal, conta com respaldo doutrinário e trata-se de um ato administrativo vinculado. Ou melhor, segundo Marçal Justen Filho, “Existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª ed., p. 401). Logo, **se configurado o direito do contratado**, a Administração tem o dever de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, tratando-se, assim, de um ato administrativo vinculado (ver subitem 17.1).

Evidente, também, que o pleito da Construtora Incal deveria ter sido minuciosamente examinado pelos agentes técnicos do TRT/SP, Comissão da Construção do Fórum e engenheiro encarregado da fiscalização, para que, ao final, o então ordenador de despesas, Sr. Délvio Buffulin, dispondo da opinião fundamentada de especialistas, pudesse deliberar sobre o pleito. Ou melhor, como já analisado no subitem 17.1 supra, o ordenador de despesas é o grande responsável pela aplicação dos recursos públicos, tendo, por conseguinte, o poder de deliberação sobre seus atos. Deste modo, não procede a afirmação de que o Juiz Délvio Buffulin, então ordenador de despesas do TRT/SP, estaria obrigado a assinar o aludido aditivo contratual, caso a unidade técnica do TRT concordasse com o pleito formulado pela Incal., ou seja, a opinião da unidade técnica do TRT a respeito do pleito da Construtora Incal não isenta a responsabilidade do Recorrente, visto que o administrador público deve escolher bem seus auxiliares, do contrário, responde por culpa ‘in eligendo’.

(...)

A respeito desta alegação, merece destaque o Relatório elaborado pela CPI do Judiciário sobre o caso do TRT/SP, posterior ao Acórdão recorrido, in verbis:

‘V.2 - Da Ação Cautelar Inominada

No decorrer do Inquérito Civil Público nº 07/97 o Ministério Público Federal propôs a Ação Cautelar nº 98.0032242-6/98, perante a Justiça Federal de Primeira instância em São Paulo, em 31/07/98, sob o fundamento de evitar dano eminente ao patrimônio público, vindo a obter êxito.

Historiando essa ação temos que em fevereiro de 1998 a Procuradoria da República em São Paulo tomou conhecimento, pela Comissão de Orçamento da União, da existência de crédito orçamentário no valor de R\$ 22.000.000,00 (vinte dois milhões de reais) em favor do TRT da 2ª Região, em São Paulo, quantia essa que - de acordo com a petição do MPF - muito excedia o saldo devedor a favor da contratada, que seria de R\$ 3.486.335,00 (Três milhões e quatrocentos e oitenta e seis mil e trezentos e trinta e cinco reais) e que, nos termos contratuais, só poderia ser liberado após o término da obra, o que, como é hoje público e notório, está longe de ocorrer

Solicitadas informações ao Dr. Délvio Buffulin, então Presidente do Tribunal da 2ª Região, sobre as finalidades do crédito orçamentário supra, esse magistrado respondeu que iria assinar aditivo contratual para adquirir equipamentos para o Auditório do prédio em questão; para obras no respectivo estacionamento; e para serviço de telefonia e eletricidade. Informou também que havia pedido de crédito ao Tribunal Superior do Trabalho, pedido esse que havia sido acolhido e aprovado.

A Procuradoria da República constatou, ainda, que dos R\$ 22.000.000,00 (vinte dois milhões de reais) cerca de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões) iriam para a Incal Incorporações, por aditivo de contrato, sem licitação, e R\$ 8.973.184,84 (oito milhões e novecentos e setenta e três mil e cento e oitenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos) para a empresa AMP do Brasil Conectores Elétricos e Eletrônicos, contratada sem licitação, para a colocação de um piso elevado de sua fabricação, da marca ‘powerflor’.

Entendendo que a licitação seria necessária a Procuradoria da República oficiou ao Juiz Délvio Buffulin para que providenciasse a licitação e se abstivesse de autorizar mais desembolsos à Incal até que houvesse compatibilização entre o cronograma físico de execução da obra e o percentual de recursos já liberados, uma vez que o primeiro estava muito abaixo do segundo.

Em um primeiro momento o TRT suspendeu a contratação da AMP e não efetivou o aditivo com a INCAL, mas, em seguida, foram firmadas duas escrituras públicas de retificação e ratificação de aditamento, lavradas respectivamente em 17.06.98 e 15.07.98 no 14º Tabelionato de Notas da Cidade de São Paulo. Por esses instrumentos comprometeu-se o Tribunal a destinar à INCAL mais R\$ 36.931.901,20 (trinta e seis milhões e novecentos e trinta e um mil e novecentos e um reais e vinte centavos). Foi ainda prorrogado o prazo de conclusão das obras para 04.04.99. Segundo os instrumentos de escritura pública o aditamento deveria ser feito para restabelecer o equilíbrio econômico financeiro do contrato que teria sido prejudicado desde o início do contrato.

Para a Procuradoria da República os fatos supra configuraram 1º) desvio de finalidade dos recursos destinados às obras especificadas no pedido de inclusão de verbas no orçamento da União, de que resultou a liberação de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), uma vez que se pediu verbas para um fim, ou seja, o acréscimo de obras e serviço no prédio em questão e elas seriam usadas para outro fim, qual seja, o alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que é vedado, entre outros, pelo art. 167, VI, da CF; 2º) comprometimento de verbas ainda não incluídas no orçamento de 1999, o que a Lei Maior também veda (art. 167), bem como a Lei nº 8.666/93 (arts. 7º, §§ 2º, III; 9º; 55, V). Ocorre que o aditivo contratual fixou em R\$ 36.931.901,20 (trinta e seis milhões e novecentos e trinta e um mil e novecentos e um reais e vinte centavos) o valor a ser pago pelo TRT e as verbas orçadas eram de R\$ 22 milhões; 3º) inexistência do alegado desequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que a instituição do chamado Plano Real, na verdade reduziu a inflação a praticamente zero e estabilizou a economia monetária e financeira.

Ademais, a Procuradoria da República em São Paulo disse as razões pelas quais haveria iminente risco para o patrimônio público: 1º) a empresa Incal foi criada às vésperas do final da licitação, sem capital social ou bens que pudessem garantir ressarcimento em caso de inadimplência; 2º) haveria fundadas provas de que a Incal vem desviando recursos destinados à construção do Fórum Trabalhista para paraísos fiscais; 3º) A Incal não apresentou, nem foi instada a apresentar, qualquer garantia ao TRT para assegurar o cumprimento das suas obrigações contratuais; 4º) já teria havido liberação, por força de aditivo contratual, de recursos da ordem de R\$ 14 milhões, sem que a empresa apresentasse qualquer contraprestação de obra pública; 5º) as verbas previstas no aditivo contratual impugnado iriam continuar a ser liberadas, sucessivamente a partir do dia 4 de agosto próximo (recorde-se que o pedido de cautelar é de 30 de julho de 1998);

Diante da gravidade dos fatos relatados a Procuradoria da República requereu: 1º) que fosse determinado à Incal Incorporadora e à Construtora Ikal Ltda, o depósito judicial, em conta remunerada, dos valores já liberados, sob pena de cominação de multa diária, no valor de 1% desse total; 2º) que fosse determinado ao Presidente do Egrégio TRT-SP, que suspendesse o desembolso da parcela prevista para 4 de agosto (estávamos em 1998), bem como das demais parcelas vincendas, efetuando o depósito judicial das mesmas, nas respectivas datas, à disposição e ordem desse juízo, em conta remunerada

O Juiz federal que examinou o pedido de cautelar indeferiu o primeiro pedido, por entender que ele teria natureza reparatória, que não caberia mediante cautelar e deferiu o segundo pedido, em decorrência da gravidade dos fatos narrados na inicial, que nas palavras de Sua Excelência ‘revelam indícios vigorosos da ocorrência de graves irregularidades na condução da obra’.

Determinou ainda que fosse oficiado ao Banco Central do Brasil, na pessoa do Sr. Delegado Regional em São Paulo, para apuração de eventual irregularidade nos investimentos realizados pela Construtora Ikal Ltda em paraísos fiscais,

encaminhando-lhe cópia dos documentos pertinentes. (Decisão de 31 de julho de 1998), assunto tratado neste relatório como 'Operação Panamá'.

Neste ponto devemos fazer o seguinte esclarecimento. Em seus depoimentos o Juiz Délvio Buffulin e o Sr. Fábio Monteiro de Barros afirmaram que a recomendação da Procuradoria da República em São Paulo acima referida e feita por intermédio da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – 5ª CCR foi exorbitante, sendo esse fato confirmado pela própria 5ª Câmara, que apreciou pedido de revisão da matéria feito pelo Juiz Buffulin. Ocorre que a história foi contada pela metade. Isso porque, posteriormente a revisão da 5ª CCR foi alterada, tendo o Ministério Público Federal decidido terminativamente em favor da recomendação original feita pelas Procuradoras Elizabeth Peinado, Consuelo Yoshida e Maria Luísa Duarte, responsáveis pelo Inquérito Civil Público nº 07/97'.

Do exposto, verifica-se que o Recorrente liberou verba pública para a Contratada sem a estrita observância das normas pertinentes; deu às verbas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei, isto é, solicitou verbas para um fim, o acréscimo de obras e serviços, e destinou-as a outro, o alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato; e comprometeu verbas públicas não incluídas no orçamento anual. Isto é, o Recorrente transgrediu diversos preceitos legais, in verbis:

Constituição Federal de 1988

'Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

(...)

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

(...)'

Lei nº 8.429/92

'Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

(...)

XI liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

(...)'

Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal

'Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa”.

ii) com respeito ao recurso do Sr. Nicolau dos Santos Neto:

- no tocante às preliminares (vol. 13, fls. 57/65):

“De início, cumpre destacar que a questão da conversão do presente processo em Tomada de Contas Especial – TCE e da imputação do débito aos responsáveis deverá ser analisada como alegação de defesa pela SECEX/SP, visto que se trata de contestação ao contido no Ofício nº 281 (citação- fls. 556 e 557, vol. principal). Entretanto, considerando que o Responsável, na supracitada alegação, estabeleceu uma relação de causalidade entre a conversão do processo em TCE e a impossibilidade de aplicação de multa, achamos necessário fazer a seguinte alusão à respeito do processo de TCE.

Segundo ensina o ilustre professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in Tomada de Contas Especial – Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública, 2ª ed., pp. 345 e 346), in verbis:

‘No processo de TCE, assim como no processo judiciário, o interessado é citado para se defender, mas nesse último abre-se, desde logo, a oportunidade de pagar o valor do débito que lhe for imputado.

É correto afirmar que, nas causas cíveis em que se discutem direitos patrimoniais, também é possível ao requerido encerrar o processo pagando o valor reclamado pelo autor, hipótese em que se teria o enquadramento no ‘reconhecimento da procedência do pedido,’ ensejando a extinção do processo, com julgamento do mérito.

O que se destaca aqui, como peculiaridade, é o fato de logo no início do chamamento do envolvido ao processo os termos da convocação fazerem referência à faculdade de pagar antecipadamente. Há um fundamento teleológico em tal providência, na medida em que estão sempre subjacentes, em uma TCE, a aplicação de recursos públicos e a preservação da regularidade da composição do erário: quanto antes retornarem à sua integralidade, melhor será para a coletividade.

Desconhecendo essa peculiaridade, muitos causídicos desavisados, ao serem procurados por algum cliente com uma citação em processo de TCE, destacam, como preliminar, que houve um prejulgamento, porque o chamamento foi para se defender ou pagar. Improcede tal argumentação de cerceamento de defesa, pois:

- o direito de defesa não está sendo prejudicado e a possibilidade de pagar existe como faculdade para o citado;

- a hipótese do pagamento é colocada, na citação, como lembrança de uma possibilidade jurídica de extinção do processo;

- a possibilidade de pagar, no momento da citação, existe nos processos do judiciário em que se discutem efeitos patrimoniais do pedido;

- o pagamento, por si só, não implica o julgamento pela regularidade, mas garante ao citado o direito de quitação.

A justificativa para a manutenção dessa peculiaridade em várias legislações das Cortes de Contas reside precisamente na natureza dos recursos envolvidos: recursos públicos.

A citação é um instituto do direito processual e, em sede de TCE, pode assumir contornos peculiares, desde que sejam garantidos os postulados da ampla defesa e do devido processo legal, tal como ocorre na atualidade.

Por outro lado, como a possibilidade de pagamento é essencial para que o agente possa exercer o direito, não é razoável que se determine a citação para posterior determinação do valor do débito, até porque a prévia quantificação ensejará a possibilidade de opção entre a defesa e o pagamento.

Vislumbra-se tal necessidade de prévia quantificação do débito como decorrência do devido processo legal e garantia da isonomia entre os agentes jurisdicionados ao controle externo, pois nada mais justifica que um envolvido seja citado para pagar ou se defender, e outro, embora formalmente chamado com o mesmo propósito, não possa exercer essa faculdade.

A TCE está incompleta sem a quantificação do débito e não pode prosperar para a citação, mesmo em tempos de inflação alta, em que se exige a periódica liquidação do valor, com atualização monetária. (grifou-se)

Já no que tange à aplicação de multa ao Responsável, primeiramente, remetemo-nos ao exame realizado no subitem 14.1 desta instrução (análise da alegação do Sr. Délvio Buffulin), no que se refere à competência Constitucional e Legal do TCU.

Isto posto, cabe agora verificar se, no caso em comento, foram respeitados tais preceitos constitucionais e legais.

O Responsável, Sr. Nicolau dos Santos Neto, foi devidamente comunicado da audiência, em 16/07/1998 (Ofício nº 379, fls. 294 a 297, vol. principal) e em 25/08/1998 (Ofício nº 487 e 488, fls. 324 a 328, vol. principal). Os ofícios em apreço indicaram de forma clara e objetiva as questões para as quais o Responsável deveria apresentar razões de justificativa, no prazo estabelecido pelo Regimento Interno deste Tribunal (quinze dias), alertando, expressamente, ao final, a possibilidade do TCU aplicar-lhe multa, caso rejeitasse suas razões de justificativa.

Em atendimento aos supracitados ofícios, o Responsável apresentou as razões de justificativa, as quais, conforme exaustiva análise realizada pela SECEX/SP (fls. 358 a 383, vol. principal) e deliberação do Plenário deste Tribunal (fls. 500 a 545, vol. principal), não foram suficientes para descaracterizar as irregularidades apontadas.

O TCU, por conseguinte, dentro de sua competência Constitucional e Legal, após analisar e rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Responsável, em processo concernente à fiscalização de atos e contratos, aplicou-lhe a multa prevista no art. 58, III, da Lei 8.443/92, conforme determina o parágrafo único do art. 43 da mesma Lei.

(...)

Verifica-se, destarte, que o TCU agiu em conformidade com o estabelecido pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.443/92, respeitando plenamente os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa

(...)

Tal questão já foi plenamente analisada pela Consultoria-Geral do TCU, ao elaborar o requerimento de cassação da liminar e denegação da segurança do Mandado de Segurança nº 23.560-8 impetrado pela Incal Incorporações S/A (TC nº 014.325/1999-3), in verbis:

(...)

‘12.9 A respeito do tema, a título de considerações prévias, é necessário que se estabeleça as diferentes formas de atuação desta Corte quando do exercício de sua competência constitucional. Neste sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 71, estabelece que compete ao TCU:

12.9.1 ‘II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, (...) e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

.....
IV – realizar, por iniciativa própria, (...) inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;’

12.10 A Lei nº 8.443/92, Fixando a distinção entre o julgamento de contas a cargo do Tribunal e a fiscalização que a ele compete, dedicou, em seu Título II – Julgamento e Fiscalização –, de forma estanque, um capítulo para tratar das formas de julgamento e seu processamento (Capítulo I) e outro para normatizar as diversas competências fiscalizatórias conferidas ao TCU (Capítulo II).

12.11 Neste sentido, o poder judicante do TCU será efetivado por meio de tomadas e prestações de contas (Seção I, Capítulo I, Título II), ao passo que uma das formas de fiscalização de que poderá dispor o Tribunal para o exercício da sua competência constitucional será a preceituada na Seção IV, Capítulo II, Título II – Fiscalização de Atos e Contratos –, cujo artigo 41 preceitua:

12.11.1 ‘Para assegurar a eficácia do controle e **para instruir o julgamento das contas**, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

.....
II - **realizar**, por iniciativa própria, na forma estabelecida no regimento interno, **inspeções e auditorias** de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta lei; (grifo nosso)

12.12 Pelos textos constitucional e legal transcritos acima, fica claro que as inspeções de iniciativa do Tribunal para fiscalização de atos de que resulte receita ou despesa serão realizadas com o intuito precípua de colher elementos que permitam uma correta avaliação da gestão, a fim de subsidiar o julgamento das contas respectivas.

12.13 Assim sendo, somente quando do julgamento das contas, o Tribunal estará exercendo a atribuição judicante que lhe foi conferida constitucionalmente pelo inciso II do art. 71.

12.14 Desta forma, só há de se falar em ocorrência de coisa julgada relativamente às decisões proferidas pelo TCU quando ele estiver atuando no exercício de seu poder julgador, ou seja, quando proferir decisões em processos de tomada ou prestação de contas.

12.15 No caso ora analisado, as alegações quanto à ocorrência da coisa julgada são todas feitas relativamente às inspeções de iniciativa própria do TCU realizadas no âmbito do TRT-SP, não havendo ocorrido, até o presente momento, o encerramento do julgamento das contas daquele Tribunal relativas ao ano de 1995, às quais foram juntados os autos em que ocorreram os atos impugnados pela presente Ação.

12.16 Outrossim, por se tratar de inspeção realizada com o fito de instruir o julgamento das contas do TRT – 2ª Região, esta Corte de Contas, na Decisão nº 231/96, aceitou apenas preliminarmente (item 10.2.1 retro) os procedimentos adotados até aquela data, determinando logo em seguida (item 10.2.5 supra) a juntada daquele processo às contas do TRT-SP, exercício de 1995, para exame em conjunto e em confronto.

12.17 Diversa não foi a intenção do Colegiado desta Corte ao determinar, no Acórdão nº 45/99 (item 10.10.8), a juntada de cópia do referido julgado, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentaram, aos processos TC-700.279/94-6 (contas TRT-SP 1993), TC-700.115/96-0 (contas TRT-SP 1995) e TC-700.071/98-9 (contas TRT-SP 1997), para individualização dos fatos ocorridos nos respectivos exercícios e exame em conjunto e confronto;

12.18 Da mesma forma agiu o Plenário no corpo da Decisão nº 469/99:

12.18.1 'O Tribunal Pleno (...) DECIDE:

.....
(...) juntar cópia desta Decisão (...) aos processos (...) (contas do TRT – 2ª Região relativas aos exercícios de 1992 a 1997, respectivamente), para análise em conjunto e em confronto;"

12.19 O caráter instrumental das inspeções realizadas pelo TCU também pode ser observado tomando-se em consideração as argumentações do Ministro-Relator daquele Acórdão, verbis:

12.19.1 'Finalmente, observo que os fatos discutidos nestes autos devem influenciar no resultado do julgamento das contas dos responsáveis pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, possivelmente até mesmo em mais de um exercício, e relativamente a alguns fatos que podem ser tidos como graves (...)'

12.20 Pelo exposto, não há que se falar em ocorrência de coisa julgada no caso sob exame, ainda mais considerando-se o não encerramento, até a presente data, do julgamento das contas do TRT relativas ao ano de 1995, em cujos autos encontram-se os resultados das inspeções aqui impugnadas.

12.21 No entanto, ainda que se considerasse a efetiva ocorrência, no caso sob exame, da coisa julgada – hipótese que se levanta somente a título de argumentação –, não seria defeso a esta Corte, pelos motivos expostos a seguir, a revisão de sua Decisão primeira relativamente ao tema.

12.22 Quanto à possibilidade de anulação, pela Administração Pública, de seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, o Supremo Tribunal Federal, por meio do já mencionado Enunciado nº 473 de sua Súmula de Jurisprudência, estabelece que:

12.22.1 'A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.'

12.23 Este posicionamento é reforçado ao se considerar a natureza administrativa das decisões proferidas pelo TCU. É o que leciona José Cretella Júnior ao dizer que:

12.23.1 'somente quem confunde 'administração' com 'jurisdição' e 'função administrativa' com 'função jurisdicional' poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de contas do Brasil são de natureza judicante; na realidade, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de natureza jurisdicional; a Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa (...) as questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, são meras 'questões prejudiciais', constituem o prius lógico-jurídico de um crime, ou, pelo menos, de circunstância material desse crime (...) não se deve perder de conta também que o Tribunal de Contas 'aprecia', 'fiscaliza' ou 'julga' contas, ao passo que o Poder Judiciário julga pessoas' (Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, Editora Revista dos Tribunais, 1992, pág. 203/204)

12.24 Por outro lado, há de se considerar que os atos processuais pertencem ao gênero dos atos jurídicos, aplicando-se-lhes as exigências de validade comuns de todo e qualquer destes atos: agente capaz; objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

12.25 Portanto, a modificação do Julgado original deve basear-se no reconhecimento da ocorrência de algum erro material que tenha ensejado nulidade do julgamento. São os casos de vícios fundamentais que inutilizam o próprio processo. Nestas situações, no dizer de Humberto Theodoro Júnior, 'o defeito não é sanado', sequer, 'pela preclusão da coisa julgada porque para formar-se a res iudicata é indispensável a existência de um processo válido.' (Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, pág. 287).

12.26 A respeito dos atos eivados de nulidade absoluta, ainda segundo o autor citado:

12.26.1 *'sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais. Compromete a execução normal da função jurisdicional e, por isso, é vício insanável. Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidado, por iniciativa do próprio juiz, independentemente de provocação da parte interessada. Na realidade, a vida do ato absolutamente nulo é aparente ou artificial, pois não é apta a produzir a eficácia de ato jurídico. Perdura, exteriormente, apenas até que o juiz lhe reconheça o grave defeito e o declare privado de validade. Dada sua aparência de ato bom, é necessário que o juiz o invalide, embora jamais possa ser convalidado.'* (Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, pág. 280/281).

12.27 No mesmo sentido são as disposições do Enunciado nº 145 da Súmula de Jurisprudência desta Corte quando dispõe:

12.27.1 O Tribunal de Contas da União pode alterar as suas deliberações (Regimento Interno, art. 42, itens IV e V), para lhes corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, da repartição interessada ou do representante do Ministério Público, inexactidões materiais ou erros de cálculo, na forma do art. 463, I, do Código de Processo Civil, ouvida previamente, nos dois primeiros casos, a Procuradoria junto ao Colegiado.

12.28 Assim, a deliberação da Decisão nº 231/96 no sentido de aprovar, ainda que preliminarmente, os atos praticados até aquela data pelo TRT, foi adotada *'tendo em vista a fase conclusiva em que se'* encontravam *'as obras do edifício sede das Juntas de Conciliação e Julgamento da cidade de São Paulo'* naquela ocasião.

12.29 Ocorre que, posteriormente, por ocasião da prolação do Acórdão nº 45/99, verificou-se o completo descompasso existente entre as informações obtidas por esta Corte relativamente à fase em que se encontravam as obras à época da Decisão nº 231/96 e a realidade dos fatos (item 10.9 supra e seus subitens).

12.30 Diante disto, fica claro que ao proferir a primeira Decisão a respeito do tema o TCU baseou-se em pressuposto fático falso, qual seja o de que as obras encontravam-se em fase conclusiva, motivo pelo qual deduz-se a ocorrência de erro material no seu julgamento, o que torna ineficaz, conforme ensinamentos dos doutrinadores retro, o efeito da coisa julgada."

Já quanto à afirmação de que não cabe responsabilidade ao Recorrente, visto que *"...no período dos presentes autos o defendente não tinha qualquer poder de decisão, não ordenando pagamentos, não assinando cheques"*, tecemos a seguinte análise.

Após deixar a Presidência do TRT da 2ª Região, o Recorrente exerceu o cargo de Presidente da comissão de construção da obra até o final do ano de 1998, sendo, conseqüentemente, **um dos principais responsáveis pela execução e fiscalização da obra.**

Relativamente a essa questão, vale lembrar o contido no Voto condutor do Acórdão ora recorrido (item 54, fl. 534 – vol. principal), in verbis:

'Quanto ao Sr. Nicolau dos Santos Neto, na condição de ex-Presidente representante do TRT/2ª Região na celebração do contrato inicial, e posteriormente

como Presidente da Comissão de Construção do Fórum Trabalhista durante toda a execução da obra, exerceu participação insofismável nos fatos ora relatados, **tendo sido signatário, juntamente com os demais Presidentes, durante todo o decorrer da obra, das solicitações de aditamentos contratuais e de verbas para pagamentos à Contratada, dentre outras medidas.**' (grifou-se)

Pelo exposto, e em concordância com a análise realizada pela Consultoria-Geral do TCU, somos por rejeitar a alegação”.

- no tocante às questões de mérito (vol. 13, fls. 57/65):

“Tal argumentação já foi exaustivamente analisada e rejeitada pela SECEX/SP, sendo tal posicionamento acolhido no Relatório e Voto do então Ex.^{mo} Sr. Ministro-Relator Paulo Affonso Martins de Oliveira (Decisão nº 231/96 – Plenário – Ata 17/96), e, posteriormente, ratificado pelo Ex.^{mo} Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi no Relatório e Voto condutores do Acórdão nº 045/99 – TCU – Plenário, exaurindo-se qualquer dúvida sobre a natureza jurídica do contrato objeto do certame licitatório em tela, tratando-se evidentemente de **contrato de obra**.

Assim sendo, a título elucidativo, fazemos as seguintes transcrições, in verbis:

Relatório condutor da Decisão nº 231/96 – Plenário – Ata 17/96

‘34. Assim, o Analista da SAUDI, ao apresentar as características usuais de uma compra antecipada, afirmou ser ‘inegável a existência da figura da compra e venda de coisa futura’ (art. 1122 do C.C. e inciso III do art. 14 do então vigente DL 2300/86), demonstrando que a compra antecipada de salas comerciais, apartamentos, lojas, etc., cujos projetos e planos de construção estejam previamente disponíveis no mercado, devendo ocorrer independentemente da adesão da Administração ao empreendimento, é bem diferente da aquisição de um imóvel onde será, no futuro, construído um edifício, cujas obras serão inteiramente financiadas pela Administração e o mesmo se destina específica e exclusivamente para um determinado órgão público. Nesse último caso, ‘... **teremos, na verdade, não uma aquisição, mas uma contratação de obra travestida em aquisição, prática que, se generalizada, seria a negação e a fuga a todas as normas legais pertinentes à contratação de obras públicas, com o agravante de que, como é sabido, o custo da realização de uma obra, seja por administração própria ou contratada, é, de regra, inferior ao preço de compra e venda do mesmo imóvel pronto...**’ (grifou-se)

Voto condutor da Decisão nº 231/96 – Plenário – Ata 17/96

‘87. Realmente o mal começou pela raiz e maculou todas as etapas do processo licitatório. Assim, a ausência de prévio projeto básico de engenharia (art. 6º, DL nº 2.300/86); a não inclusão do investimento no Plano Plurianual (art. 167, § 1º da C.F.); a inclusão de cláusulas contratuais que beneficiam apenas uma das partes em detrimento da Administração - financiadora da quase totalidade do serviço; a previsão de multa à contratante; a habilitação indevida da licitante, infringindo o disposto no art. 25, § 2º, item 1, do DL 2.300/86 c/c o art. 6º, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei nº 5.194/66, e muitas outras falhas apontadas no processo decorreram, exclusivamente, da opção inicial tomada pelo TRT-SP.

88. Os defensores da INCAL INCORPORAÇÕES S.A. ressaltaram, que é inegável a existência da figura da 'compra e venda de coisa futura', consoante prevê o inciso III do art. 14 do DL nº 2.300/86, que está perfeitamente agasalhada no Código Civil Brasileiro (art. 1.122). Da mesma forma, enfatizaram que a Doutrina entende que a compra e venda de imóveis deve reger-se pelas normas de direito privado, atuando a Administração como se particular fosse, sem supremacia de poder.

89. A questão dispensaria qualquer reparo deste Tribunal, caso a situação aqui exaustivamente examinada não envolvesse outros aspectos importantes a considerar, principalmente o alto risco da Administração que, ao mesmo tempo em que atuou como se particular fosse - sem supremacia de poder - agiu na condição de personalidade pública, assumindo graves riscos na qualidade de financiadora das obras de engenharia em andamento e, conseqüentemente, posicionando-se em situação de inferioridade com supremacia do particular contratado, tendo em vista as cláusulas abusivas acordadas.

90. Ficou largamente comprovado nos autos que o contrato sob exame não tratou de uma simples 'aquisição de imóvel', mas de uma complexa transação envolvendo compra de terreno e obras de engenharia para construção de um monumental edifício.

(...)

94. Não se pode concluir a apreciação deste processo sem apresentar uma análise comparativa a respeito das principais espécies de contratos no direito administrativo, levando em consideração as disposições do DL. 2.300/86, que regia, à época, a matéria no âmbito da Administração Pública, bem como ressaltar a evolução do assunto com a edição da nova Lei de Licitações.

95. De conformidade com a Enciclopédia Saraiva: '(...). No âmbito do direito administrativo, existem contratos privados comuns, de direito civil, e contratos públicos ou administrativos. Os contratos privados da Administração regem-se pelo CC e C. Com. Os contratos públicos da Administração, ao contrário, pelas características especialíssimas de que se revestem, estão sujeitos a regime autônomo, típico que 'ultrapassa', 'derroga' ou 'exorbita' as normas do direito comum, o que é evidente, porque as pessoas administrativas, quando contratam, não se encontram na mesma situação dos simples particulares: outras as finalidades, outras as condições, outro o regime jurídico. 'Cláusulas' que escapam ao direito comum, chamadas exorbitantes ou derogatórias e, que se inserem nos contratos administrativos, dando-lhes fisionomia peculiar diversa da que revelam os contratos do direito privado. No contrato administrativo, o Estado fica em posição privilegiada, visto que se acham em jogo, fins de interesse público.'

96. Tal conceituação vem demonstrar que somente em casos especialíssimos a Administração pode abrir mão de sua supremacia e contratar como mero particular. O Administrador, na qualidade de guardião do interesse público, deve adotar sempre o instrumento contratual mais adequado e seguro quanto a esse aspecto. Ainda que à míngua de disposições expressas, é imprescindível invocar os princípios vetoriais da função Administrativa: supremacia do interesse público e a indisponibilidade deste interesse.

97. Quanto mais se busca conhecer as características entre as duas espécies de contratos mais se convence de que a opção correta, principalmente quando envolve obras de grande vulto, deve ser o contrato público da Administração.

98. Vale registrar ainda, conforme matéria publicada na Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, intitulada 'Contratos Administrativos em espécie', de autoria da Dr^a Lúcia Valle Figueiredo, Professora-Assistente de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Procuradora do mesmo Município, os seguintes ensinamentos:

'À Administração Pública impende perseguir fins públicos. Evidentemente, os erigidos constitucionais e legalmente como interesses públicos.

.....
Assim sendo, não teria cabida o despojamento das potestades públicas agindo, a Administração Pública, como mero particular, contratando como e se lhe apetecesse. Em conseqüência, a Administração Pública encontra-se manietada aos fins que lhe cumpre perseguir. Impõe-se, pois, como conclusão preliminar, agasalhando a magnífica lição de Agustín Gordillo (1), asseverar a inexistência de possibilidade jurídica de se subsumir a Administração apenas às normas de Direito Privado.'

99. Conclui-se, então, que os contratos privados são regulados pelo Código Civil e pelo Código Comercial; e os contratos da Administração Pública são regidos por leis específicas, respeitados os princípios constitucionais em vigor.

100. No caso concreto sob exame, ante a presença do TRT-SP, o Decreto-lei nº 2.300/86 (então vigente), impunha às partes obediência aos preceitos nele inseridos, não cabendo buscar fundamento legal nos Códigos supracitados. Trata-se, então, de um procedimento administrativo totalmente desaconselhável e que não deve servir de estímulo ou exemplo a nenhum órgão da Administração Pública Federal. Como ressaltou o Assessor da SAUDI: '*... prática que, se generalizadas seria a negação e a fuga a todas as normas legais pertinentes à contratação de obras públicas, (...)*'

101. Os preceitos do DL. 2.300/86, bem como os da Lei nº 8.666/93 (atual Estatuto de Licitações e Contratos da Administração Pública), dispõem acerca da matéria de forma clara e objetiva, demonstrando a intenção dos legisladores quando definem 'Obras e Serviços' e 'Compras', não deixando qualquer dúvida a respeito das características de um e outro fato gerador de licitação. Tal observação vem ratificar colocação anterior no sentido de que a caracterização do objeto previsto na Concorrência nº 01/92 não corresponde à espécie ali indicada. Isto é, não se caracteriza como 'Aquisição de imóvel', nos termos da legislação específica citada, mas se encaixa perfeitamente nos elementos identificadores de 'Obras e Serviços' e, como tal, deveria ter sido tratada.'

Deste modo, somos por ratificar a análise efetuada pela SECEX/SP, a qual foi confirmada na Decisão Plenária nº 231/96 e no Acórdão ora recorrido, rejeitando, destarte, a alegação do item 24 acima.

(...)

O Recorrente, mais uma vez, parte do pressuposto que o contrato firmado entre o TRT/SP e a Construtora Incal trata de compra e venda, o que, conforme exposto no subitem 24.1 retro, não condiz com a realidade. Isto é, 'Ficou largamente comprovado nos autos que o contrato sob exame não tratou de uma simples 'aquisição de imóvel', mas de uma complexa transação envolvendo **compra de terreno e obras de engenharia para construção de um monumental edifício**' (grifou-se).

Tal alegação, portanto, encontra-se prejudicada, pois apoia-se em fundamentos já rejeitados nesta instrução.

Quando à alegação de que foram tomadas as 'indispensáveis cautelas ou garantias' previstas no art. 38 do Decreto nº 93.872/86, inicialmente, reportamo-nos ao exame realizado no subitem 15.1 retro (análise da alegação do Sr. Délvio Buffulin), no que se refere ao ensinamento do Il.^{mo} Professor Marçal Justen Filho e ao Relatório de Inspeção elaborado pela Secretaria de Auditoria e Inspeções do TCU.

Isto posto, pode-se afirmar que a alegação de que o Recorrente tomou as indispensáveis cautelas ou garantias não merece prosperar, pois a simples outorga dos direitos dominiais sobre o terreno não assegurou que a parcela da obra, cujos valores foram pagos antecipadamente, fosse efetivamente executada pela Construtora Incal.

Tanto é verdade que, atualmente, a obra do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo encontra-se paralisada, inacabada e o prejuízo sofrido pelo Erário, segundo Relatório de Inspeção elaborado pela Secretaria de Auditorias e Inspeções do TCU, de 01/07/1999 (fls. 602 a 629, vol. principal), posterior ao Acórdão ora recorrido, é da ordem de R\$ 169.491.951,15 (valor de abril de 1999).

(...)

A questão do reequilíbrio econômico-financeiro não é tão simples como quis fazer parecer o Recorrente, ao transcrever, tão-somente, uma pequena parte do Relatório alusivo ao Acórdão recorrido. O minucioso exame realizado pelo Ex.^{mo} Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi foi totalmente fundamentado em entendimentos de renomados doutrinadores (...).

Outrossim, acerca dessa questão, vale destacar o relatório elaborado pela CPI do Judiciário sobre o caso do TRT/SP, posterior ao Acórdão ora recorrido (ver (...) análise da alegação do Sr. Délvio Buffulin).

Pode-se verificar, portanto, que o aditivo de reequilíbrio econômico-financeiro foi realizado de maneira indevida, vindo a agravar ainda mais o prejuízo sofrido pelo Erário.

Por todo o exposto, e em concordância com o Voto condutor do Acórdão ora recorrido, somos por rejeitar a alegação do item 27 supra.

(...)

Tal argumentação já foi devidamente analisada e rejeitada pela SECEX/SP, quando do exame das alegações de defesa (itens 1, 2 e 3 – fls. 358 a 365, vol. principal), sendo tal posicionamento acolhido no Relatório e Voto do então Ex.^{mo}

Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi (fls. 500 a 537, vol. principal), ficando assente que o mencionado reajuste é improcedente, in verbis:

Relatório de Inspeção da SECEX/SP (fl. 363 – vol. principal)

‘As invocações no sentido de que o contrato com a Incal Incorporações S/A não apresentava expectativa de inflação imbutida parece-nos por demais simplórias para merecer acolhida. É sabido que à época nenhum contrato se firmava sem que tivesse embutida a previsão de inflação, haja vista a longa convivência do País com altíssimas taxas inflacionárias.’ (grifou-se)

Voto Condutor do Acórdão nº 045/99 – TCU – Plenário (fls. 531, 533 e 534 – vol. principal)

‘32. Os limites da aplicação do fato do príncipe também foram determinados por Caio Tácito, ao destacar: ‘Quando a medida administrativa atinge, especial e diretamente, o contratante particular, tornando mais onerosa a execução contratual e gerando benefício para a administração, a teoria do fato do príncipe autoriza seja indenizado o prejuízo’ (in Direito Administrativo, p. 294), entendendo que os reflexos decorrentes de leis ou regulamentos de ordem geral não se enquadram na teoria do fato do príncipe, mas na da imprevisão.

(...)

51. Não obstante, o TRT – 2ª Região, em 17/06/98, representado por seu Juiz Presidente, o Dr. Délvio Buffulin, assinou aditamento obrigando-se a pagar à Incal R\$ 34.088.871,11, a título de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nos termos da Escritura de Retificação e Ratificação e Aditamento, os fatos que autorizaram o aditamento foram: ‘fato da administração, caracterizado pela dilatação do prazo; fato do príncipe, verificado com a criação de tributos - IPMF e CPMF e obrigatoriedade da retenção das contribuições federais dos valores pagos à Contratada Incal, fatos imprevistos e imprevisíveis - ou Teoria da Imprevisão, advindos da implantação do Plano Real’. Cada um dos mencionados ‘fatos’ foi abordado detalhadamente neste Voto e ao final esperamos haver demonstrado, de forma didática, que o mencionado reajuste é improcedente.’ (grifou-se)

Acrescentamos, também, com o intuito de corroborar com a análise realizada pelo então Ex.^{mo} Sr. Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi, o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferido pelo Dr. Desembargador Alfredo Smaniotto em 15/02/1995 (Data da Publicação: 21/06/1995; p. 8.552), in verbis:

‘Confere-se prevalência ao entendimento que rejeita a Teoria da Imprevisão fulcrada no processo inflacionário como desestabilizador do contrato, na medida em que tal argumento não dá azo ao reconhecimento da imprevisibilidade, máxime porque, ao tempo do acordo, os índices de inflação já eram elevados.’

Reportamo-nos, ainda, às considerações expendidas no relatório elaborado pela CPI do Judiciário sobre o caso TRT/SP (ver subitem 18.1 – análise da alegação do Sr. Délvio Buffulin análise 19.1 acima).

Por fim, conforme evidenciado nesta instrução, a contratação foi indevidamente caracterizada como de compra e venda, em detrimento do contrato

de obra pública que se fazia apropriado à espécie; conseqüentemente, deixou de obedecer aos princípios basilares da administração pública; e trouxe enorme prejuízo ao Erário (R\$ 169.491.951,15)”.

iii) com respeito ao recurso do TRT-2ª Região (vol. 13, fls. 77/80):

“Informamos ao Recorrente que a Secretária-Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, com o objetivo de apurar se efetivamente ocorreram danos decorrentes da construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo em valores superiores aos constantes na alínea “c” do Acórdão nº 045/99 – TCU – Plenário, conforme determinação constante da alínea “d” do mencionado Acórdão, designou três Analistas de Finanças e Controle Externo para realizarem Inspeção no Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região (Portaria nº 15, de 18 de maio de 1999, fl. 588 – vol. principal)

O Relatório de Inspeção, de 01/07/1999, elaborado pela Secretaria de Auditoria e Inspeções do TCU constatou, como alega o Recorrente, que a empresa Incal recebeu muito mais do que realizou nas obras objeto do contrato administrativo (ver item 15.1 retro – análise da alegação do Sr. Délvio Buffulin).

(...)

Isto posto, e considerando que a quantificação do débito, conforme demonstram os resultados da inspeção, foi devidamente recalculada, apurando-se um valor de R\$ 169.491.951,15, a supracitada alegação encontra-se prejudicada.

(...)

Tal alegação encontra-se prejudicada, visto que, conforme resposta dada ao Ofício nº 024/2000, da 10ª SECEX, de 21/02/2000 (fls. 21 a 33 – vol. 13), a administração do imóvel localizado na Rua do Bosque, Barra Funda, em São Paulo/SP, onde se encontra a obra inacabada do empreendimento que seria destinado ao Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, foi transferida para a Secretaria do Patrimônio da União – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Por esta forma, o supracitado imóvel não se encontra mais sob a responsabilidade do TRT/SP.

(...)

Tal questão já foi plenamente analisada pela Consultoria-Geral do TCU, ao elaborar o requerimento de cassação da liminar e denegação da segurança do Mandado de Segurança nº 23.560-8 impetrado pela Incal Incorporações S/A, in verbis:

“11.2 As ilegalidades encontradas pelo TCU nas diversas inspeções realizadas no TRT-SP dizem respeito ao procedimento licitatório realizado. Neste caso, de acordo com os preceitos da Lei nº 8.666/93:

11.2.1 ‘Art. 49. **A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.**

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar; **ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.**

§ 2º **A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

.....
Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.'

11.3 Portanto, de acordo com o texto legal transcrito, ao invés de a Administração do TRT rescindir o contrato com a impetrante, deve ela, conforme preceituou o Julgado desta Corte, declarar nulo o aludido certame, e, conseqüentemente, o contrato dele decorrente.

11.4 Assim, não há que se falar em impossibilidade de se anular o que já fora revogado, pois, como se observa na redação do art. 59 supra, o que ocorre, no caso, é mera declaração de nulidade. Ou seja, com este ato (declaração), a Administração apenas reconhece o fato de o contrato decorrente do procedimento licitatório ser nulo desde o seu início.

11.5 A nulidade, no caso, é característica intrínseca ao ato, tendo-lhe acompanhado desde a sua origem. A declaração que se fará agora terá o condão tão-somente de reconhecer este estado em que já se encontrava o certame e, conseqüentemente, o contrato dele decorrente.

11.6 A confirmar tal entendimento, veja-se a redação do § 2º do art. 49 da mesma lei, que determina que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato. Diversa não poderia ser a determinação legal, haja vista a impossibilidade material de manutenção da validade de contrato que teve origem em procedimento licitatório nulo.

11.7 No entanto, é necessário frisar que, ainda que considerado nulo o contrato em tela, pelo disposto no parágrafo único do artigo 59 acima, é dever da Administração indenizar a contratada pelo que esta houver executado e por outros prejuízos comprovados, sob pena de caracterização de enriquecimento ilícito, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

11.8 Desta forma, ao contrário do que alegou a empresa interessada, o que não seria possível, no caso concreto, é a rescisão unilateral do contrato pelo TRT, porquanto ser logicamente impossível a rescisão de contrato nulo ab initio.

11.9 Realmente ocorreu rescisão unilateral anteriormente às determinações desta Corte. No entanto, seus efeitos apenas poderiam prosperar enquanto durasse a validade do contrato e da licitação que lhe deu origem. Portanto, declarado nulo o procedimento licitatório e, por conseguinte, o contrato sob exame, não há que se falar na ocorrência de bis in idem, pois, em decorrência da nulidade, desconstituiu-se o contrato desde a sua origem, sendo invalidada, também, a rescisão efetivada." (grifos do original)

Isto é, a anulação da indigitada licitação e, conseqüentemente, do contrato não desconstituirá a transferência de propriedade já operada, bem como a incorporação ao patrimônio público da edificação já iniciada, visto que, segundo estabelece o parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93, a Administração tem o “...dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que for declarada...” a nulidade do contrato.

Portanto, conforme verificado no Relatório de Inspeção elaborado pela Secretaria de Auditoria e Inspeções do TCU (ver subitem 15.1), dos R\$ 231.953.176,75 (em valores de abril de 1999) pagos pelo TRT/SP à empresa Incal, R\$ 169.491.951,15 deverão retornar aos cofres públicos. Isto é, a diferença entre esses valores, R\$ 62.461.225,60, é justamente o valor de indenização que a empresa Incal tem direito, pois equivale ao valor do prédio em construção denominado Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, nas condições em que se encontra, incluído o respectivo terreno”.

Após assim analisar os recursos, a Unidade Técnica, em manifestação uniforme (vol. 13, fls. 81/83), opinou conclusivamente no sentido de:

“a) conhecer dos presentes recursos interpostos pelos Srs. **Délvio Buffulin**, ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT/SP; **Nicolau dos Santos Neto**, ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT/SP e ex-Presidente da Comissão de Construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo; e **Floriano Vaz da Silva**, atual Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT/SP, como **pedidos de reexame**, com fundamento no art. 48 c/c o art. 33, ambos da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) alterar a determinação contida na letra “f” do Acórdão nº 045/99 para a seguinte:

‘f) determinar ao TRT – 2ª Região que promova a nulidade do contrato, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93, em vista da diversidade de efeitos da declaração de nulidade e da rescisão unilateral do contrato, noticiando ao Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, acerca das providências adotadas;’

c) dar ciência aos Recorrentes da decisão que vier a ser adotada;

d) encaminhar os autos para a SECEX/SP, após o julgamento dos presentes pedidos de reexame, para que se proceda à análise das alegações de defesa dos responsáveis mencionados na Decisão nº 469/99 – Plenário”

Em face de novos elementos que lhe foram disponibilizados, o Ministério Público junto ao TCU, em 12/06/2000, interpôs Recurso de Reconsideração, aduzindo o seguinte (vol. 27, fls. 01/03):

“Em atendimento a pedido que formulamos, recebemos do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República GERALDO BRINDEIRO o Ofício PGR/GAB/Nº 378, de 8 do corrente, que encaminha cópia de documentos obtidos pela Justiça Federal de São Paulo (em anexo), que comprovam que o Grupo OK Construções e Incorporações S/A, dirigido pelo Senador LUIZ ESTEVÃO DE

OLIVEIRA NETO, é acionista controlador, desde 21/02/1992, com 90% (noventa por cento) das ações ordinárias, da INCAL Incorporações S/A.

Em virtude desses fatos, só agora conhecidos por esse Tribunal de Contas da União, faz-se necessário ao bom andamento do processo em epígrafe rever-se a responsabilidade pelos prejuízos causados ao erário, de modo a incluir o referido Grupo empresarial entre os responsáveis solidários.

Para tanto, convém primeiramente verificar-se a situação do aludido processo, que teve duas decisões atacadas no STF, pelo MS 23.560-8.

III

Na Sessão de 05/05/1999, ao apreciar a Auditoria realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região – São Paulo, com vistas a verificar a compatibilidade entre os cronogramas físico e financeiro da obra de construção do Fórum Trabalhista de Primeira Instância da cidade de São Paulo, o E. Plenário, na alínea f do mencionado Acórdão nº 45/99, determinou àquele TRT que promovesse a anulação do contrato celebrado com a empresa Incal Incorporações S/A, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93. Naquela oportunidade, já era sabido do Tribunal que o referido contrato havia sido rescindido unilateralmente pela Administração do TRT/SP, nos termos dos arts. 79, I, da Lei nº 8.666/93 e 69, I, do Decreto-Lei nº 2.300/86. Fundamenta-se a medida anulatória no fato de a rescisão unilateral legitimar os pagamentos efetuados com base no contrato (vide item 66 do Voto condutor do Acórdão).

Após inspeção realizada nas obras do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo, o Tribunal proferiu a Decisão nº 469/1999-Plenário (Ata nº 32/99), em que fixou o novo valor do débito e determinou a citação solidária dos responsáveis.

*Contra a determinação feita no Acórdão 45/99, a Incal Incorporações S/A impetrou o Mandado de Segurança nº 23.560-8 no Supremo Tribunal Federal, em que pede a concessão da segurança para fulminar o Acórdão nº 45/99, reforçado pela Decisão 469/99, **na parte em que declara a nulidade do contrato celebrado com o TRT/SP**. Veja-se a transcrição do subitem 1.35 da decisão proferida no mencionado MS 23.560-8 (cópia anexa):*

“Pleiteia-se a concessão da segurança para fulminar o Acórdão 45/99, convalidado pela Decisão 469/99 do Tribunal de Contas da União, ‘na parte que declara a nulidade do contrato celebrado pela impetrante com o TRT’”.

Em 29/10/1999, foi proferida a decisão cautelar pelo eminente Ministro-Relator MARCO AURÉLIO, no sentido de conceder a liminar para suspender, provisoriamente, o Acórdão nº 45/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário, ambos desta Corte de Contas.

IV

É de esclarecer que o TCU, no mencionado Acórdão, não decretou a nulidade do referido contrato, mas antes determinou a Administração do TRT/SP que promovesse a sua anulação, nos termos da legislação regente da matéria.

Mas isso não nos parece relevante agora. É que entendemos que essa determinação para que se anule o contrato é dispensável, tendo em vista que o

referido contrato já havia sido rescindido unilateralmente pela Administração do TRT/SP, com todas as suas conseqüências, como transcrito no item 65 do Voto do eminente Ministro ADHEMAR GHISI que conduziu o Acórdão 45/99.

Dispensável porque o contrato já não existia para ser anulado e porque a eficácia retro-operante da anulação não desoneraria o TRT da obrigação de indenizar a INCAL pelos serviços já prestados, da mesma maneira que a rescisão unilateral também exige a realização de tais pagamentos, embora não como indenização.

Além disso, se, em provimento ao presente recurso, essa determinação para que se anule o contrato vier a ser tornada insubsistente, o Mandado de Segurança impetrado pela INCAL, em princípio, perderá seu objeto, devendo ser o processo extinto sem o julgamento de mérito, uma vez que o pedido nele formulado é justamente a fulminação do Acórdão, “na parte que declara a nulidade do contrato celebrado pela impetrante com o TRT”.

Não faria sentido a permanência de um Mandado de Segurança ou a concessão da segurança para fulminar um ato que a própria Administração já tornara insubsistente.

Com a possível perda de objeto e a conseqüente extinção do Mandado de Segurança, não haverá óbices ao prosseguimento do processo no TCU, com a citação de todos os responsáveis.

V

Note-se que optamos pela interposição do recurso de reconsideração contra ambas as decisões do Tribunal, vez que o processo em que foram proferidas (TC-001.025/1998-8), originariamente um relatório de auditoria, foi transformado em tomada de contas especial pela alínea c do Acórdão 45/99.

VI

Isso posto, tendo em vista os documentos ora acostados, os quais comprovam que o Grupo OK Construções e Incorporações S/A é acionista controlador, com 90% das ações, da INCAL Incorporações S/A, interpõe este representante este representante do Ministério Público, com fulcro nos arts. 32, caput e parágrafo único, e 33, da Lei nº 8.443/92, RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO:

a) contra o Acórdão nº 45/1999-TCU-Plenário (Ata nº 16/1999), com vistas a tornar insubsistente a alínea f, do decisum, na parte que determina ao TRT/SP a promoção da nulidade do contrato celebrado com a Incal Incorporações S/A, para a obra de construção do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo, uma vez que tal contrato já fora rescindido unilateralmente pela Administração do TRT/SP e os efeitos da rescisão são semelhantes ao da anulação; e

b) contra a Decisão nº 469/1999-TCU-Plenário (Ata nº 32/1999), com vistas a incluir no subitem 8.1 dessa decisão, como responsável solidário, o Grupo OK Construções e Incorporações S/A, na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, o Sr. LUIZ ESTEVÃO DE OLIVEIRA NETO, a fim de que se promova a sua citação, na forma e pelos fundamentos ali apresentados.

Se vier a ser acolhido o presente recurso, para tornar insubsistente a determinação para anular o contrato celebrado entre a INCAL e o TRT/SP, sugerimos que seja dado conhecimento de tal decisão nos autos do Mandado de Segurança nº 23.560-8, pedindo-se a perda de objeto dessa ação”.

Em face desse novo recurso, determinei o retorno dos autos à 10ª SECEX para nova análise (vol. 12, fl. 85), tendo, no âmbito daquela Unidade Técnica, o AFCE Luís Carlos Barreto Fonseca, em instrução datada de 28/06/2000, assim opinado (vol. 13, fls. 90/94):

“RECURSO CONTRA O ACÓRDÃO Nº 045/99-TCU-PLENÁRIO

I. Admissibilidade

8. *Conforme estabelecem os arts. 33 e 32, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.443/92, o prazo para interposição do recurso de reconsideração é de quinze dias, podendo, após este prazo, ser conhecido, somente, em razão da superveniência de fatos novos. Como o MP/TCU interpôs o recurso em 13/06/2000 (capa, vol. 27), mais de um ano após o Plenário do TCU ter proferido o Acórdão nº 045/99, em 05/05/1999 (fls. 543 a 545, vol. principal), tem-se que o mesmo é intempestivo. Logo, o expediente só poderá ser conhecido como recurso de reconsideração em razão da superveniência de fatos novos efetivamente comprovados.*

8.1 *Fato novo, conforme De Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico volumes I e II, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 274), in verbis:*

“É o fato que ainda não tinha sido alegado, ou porque era desconhecido ou porque surgiu depois que outros fatos se tenham provado.

Assim, na técnica jurídica, fato novo não quer significar simplesmente o fato que veio depois, ou seja, o fato superveniente.

Realizado antes ou depois, indica o fato que não fora ainda alegado e provado. E que, por sua força, seja capaz de modificar a condição jurídica ou a situação jurídica de uma coisa ou de uma pessoa.(...)” (grifou-se)

*Ou melhor, segundo elucida o Manual de Recursos do TCU (BTCU nº 75/98, p. 24), “Não se conhecerá de recurso atuado fora do prazo, salvo em razão da superveniência de fatos novos, **ainda não cogitados no processo, efetivamente comprovados e acompanhados de prova documental, contendo eficácia capaz de influir nos fundamentos da decisão da qual se recorre.**” (grifou-se)*

8.2 *Isso posto, no caso em comento, acreditamos, s.m.j., que os documentos trazidos aos autos – os quais comprovam que o Grupo OK Construções e Incorporações S/A é acionista controlador, com 90% das ações, da INCAL Incorporações S/A (fls. 4 a 46, vol. 27) – não configuram a superveniência de fatos novos, visto que o fato de o Grupo OK Construções e Incorporações S/A ser acionista controlador da INCAL Incorporações S/A em nada influi nos fundamentos da decisão ora recorrida – letra “f” do Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário.*

9. *Saliente-se que os demais requisitos de admissibilidade constantes do art. 33 da Lei nº 8.443/92 (legitimidade, adequação e singularidade) foram plenamente atendidos.*

10. Assim sendo, somos pelo não-conhecimento do presente recurso de reconsideração, por ter sido interposto intempestivamente, ante o que dispõe o art. 32, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92. No entanto, ante superior orientação, passemos ao exame de mérito.

II. Mérito

(...)

11.1 Conforme entendimento proferido pela Consultoria-Geral do TCU, ao elaborar o requerimento de cassação da liminar e denegação da segurança do Mandado de Segurança nº 23.560-8 impetrado pela Incal Incorporações S/A, a nulidade do contrato, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93, mostra-se mais adequada, visto que as ilegalidades encontradas pelo TCU nas diversas inspeções realizadas no TRT-SP dizem respeito ao procedimento licitatório realizado. Desse modo, segundo preceitua o art. 49, caput e § 2º, da Lei nº 8.666/93, a autoridade competente deverá anular o procedimento licitatório por motivo de ilegalidade, nulidade esta que induz à do contrato.

Ressalte-se, ainda, que este Analista de Finanças e Controle Externo, ao analisar o pedido de reexame interposto pelo Sr. Floriano Vaz da Silva, atual Presidente do TRT/SP, no que tange à determinação deste Egrégio Tribunal no sentido do TRT/SP promover a nulidade do indigitado contrato (letra “f” do Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário), aquiesceu com a posição firmada pela Consultoria-Geral do TCU (subitem 32.1. às fls. 78 a 80, vol. 13).

Assim sendo, não obstante o fato do supracitado Mandado de Segurança, em tese, perder o objeto, com a insubsistência da letra “f” do Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário, acreditamos, com a devida vênia, ser incoerente o TCU firmar o entendimento de que a rescisão do contrato possui efeitos semelhantes ao da anulação e de que a anulação do contrato não se mostra mais adequada, tendo este já se posicionado em sentido diverso perante o Supremo Tribunal Federal.

Pelo exposto, divergimos do entendimento sustentado pelo MP/TCU no item 11 retro.

RECURSO CONTRA A DECISÃO Nº 469/99-TCU-PLENÁRIO

I. Admissibilidade

12. Conforme estabelecem os arts. 33 e 32, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.443/92, o prazo para interposição do recurso de reconsideração é de quinze dias, podendo, após este prazo, ser conhecido, somente, em razão da superveniência de fatos novos. Como o MP/TCU interpôs o recurso em 13/06/2000 (capa, vol. 27), mais de dez meses após o Plenário do TCU ter proferido a Decisão nº 469/99, em 28/07/1999 (fl. 654, vol. principal), tem-se que o mesmo é intempestivo. Logo, o expediente só poderá ser conhecido como recurso de reconsideração em razão da superveniência de fatos novos efetivamente comprovados.

12.1 Tendo em vista que os documentos trazidos aos autos – os quais comprovam que o Grupo OK Construções e Incorporações S/A é acionista controlador, com 90% das ações, da INCAL Incorporações S/A (fls. 4 a 46, vol. 27) – configuram a superveniência de fatos novos, os quais influem nos fundamentos da

decisão ora recorrida (subitem 8.1. da Decisão nº 469/99-TCU-Plenário), há de se afastar o vício da intempestividade do recurso.

13. Isso posto, e considerando que os demais requisitos de admissibilidade constantes do art. 33 da Lei nº 8.443/92 (legitimidade, adequação e singularidade) foram plenamente atendidos, somos pelo conhecimento do presente recurso de reconsideração.

II. Mérito

14. O MP/TCU, tendo em vista os documentos juntados aos autos (fls. 4 a 46, vol. 27), de procedência do Ministério Público Federal, alega que o Grupo OK Construções e Incorporações S/A, dirigido pelo Senador Luiz Estevão de Oliveira Neto, é acionista controlador, desde 21/02/1992, com 90% (noventa por cento) das ações ordinárias da Incal Incorporações S/A (fl. 1, vol. 27), e, diante de tais fatos, requer a inclusão no subitem 8.1 da Decisão nº 469/99-TCU-Plenário, como responsável solidário, o Grupo OK Construções e Incorporações S/A, na pessoa de seu Diretor Superintendente e representante legal, o Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto.

14.1 Conforme verifica-se nos documentos de fls. 25 a 28 – vol. 27, foi celebrado, em 21/02/1992, instrumento de compra e venda de ações e mandato entre Monteiro de Barros Investimentos S/A e Grupo OK Construções e Incorporações S/A, por intermédio de seus representantes, respectivamente, Diretor Presidente Fábio Monteiro de Barros Filho e Diretor Superintendente Luiz Estevão de Oliveira Neto. Tal instrumento promoveu a transferência de 900 (novecentas) ações ordinárias da Incal Incorporações S/A pertencentes a Monteiro de Barros Investimentos S/A para o Grupo OK Construções e Incorporações S/A. Isso posto, o Grupo OK Construções e Incorporações S/A passou a ser o acionista controlador da empresa Incal Incorporações S/A, com 90% (noventa por cento) de suas ações ordinárias, visto que, conforme Ata da Assembléia Geral de Constituição da Incal Incorporações S/A, o Capital Social da empresa é dividido em 1.000 (mil) ações ordinárias (fls. 37 a 39, vol. 27).

Isso posto, anuímos com a proposta do MP/TCU no sentido de incluir no subitem 8.1 da decisão ora recorrida o Grupo OK Construções e Incorporações S/A como responsável solidário, na pessoa de seu então Diretor Superintendente e representante legal, o Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto.

CONCLUSÃO

15. Considerando que os documentos trazidos aos autos – os quais comprovam que o Grupo OK Construções e Incorporações S/A é acionista controlador, com 90% das ações, da INCAL Incorporações S/A – configuram a superveniência de fatos novos, os quais influem nos fundamentos da Decisão nº 469/99-TCU-Plenário, subitem 8.1; e

16. Considerando matéria publicada no jornal Correio Braziliense de 22.06.2000, “Prejuízo milionário com o TRT”, que noticiou o valor do lance mínimo de R\$ 17.000.000,00 no leilão de venda do imóvel inacabado que seria destinado ao Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, valor esse acertado entre a Secretaria

do Patrimônio da União (atual responsável pela administração do aludido imóvel) e a Caixa Econômica Federal (responsável pelo leilão), muito inferior ao custo efetivo do empreendimento, nas condições em que se encontrava em abril de 1999, R\$ 62.461.225,60, segundo avaliação realizada pela Secretaria de Auditoria e Inspeções do TCU.

17. Propomos a este Egrégio Tribunal o seguinte:

a) quanto ao Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário, não conhecer do presente recurso de reconsideração, por ter sido interposto intempestivamente, ante o que dispõe o art. 32, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92;

b) quanto à Decisão nº 469/99-TCU-Plenário, conhecer do presente recurso de reconsideração interposto pelo MP/TCU, com fundamento nos arts. 32, caput e parágrafo único, e 33 da Lei 8.443/92, para, no mérito, dar-lhe provimento, dando a seguinte redação ao subitem 8.1 dessa decisão:

‘8.1 com fulcro no art. 12, II, da Lei nº 8.443/92, determinar a citação solidária das empresas Incal Incorporações S.A. e Grupo OK Construções e Incorporações S.A., esta na pessoa de seu então Diretor Superintendente e representante legal, o Sr. Luiz Estevão de Oliveira neto, e dos Srs. Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin e Antônio Carlos Gama da Silva, pelo valor de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinqüenta e um reais e quinze centavos), relativo à diferença entre os valores pagos pelo TRT - 2ª Região à conta das obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo (R\$ 231.953.176,75) e o custo efetivo do empreendimento, nas condições em que se encontra (R\$ 62.461.225,60), todos em valores de abril de 1999, sendo desse débito total a parcela de R\$ 13.207.054,28 (treze milhões, duzentos e sete mil, cinqüenta e quatro reais e vinte e oito centavos) de responsabilidade solidária também do Sr. Gilberto Morand Paixão, que igualmente deve ser citado, fixando-se-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que apresentem alegações de defesa ou recolham aos cofres do Tesouro Nacional a referida importância, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos a contar de maio de 1999;’

c) determinar à SECEX/SP a fiscalização no processo de alienação do imóvel inacabado que seria destinado ao Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, no sentido de apurar o porquê da diferença existente entre o valor do lance mínimo do leilão acertado pela Secretaria do Patrimônio da União e a Caixa Econômica Federal (R\$ 17.000.000,00) e o custo efetivo do empreendimento, nas condições em que se encontrava em abril de 1999, segundo avaliação realizada pela Secretaria de Auditoria e Inspeções do TCU (R\$ 62.461.225,60); e

d) dar ciência ao Recorrente da decisão que vier a ser adotada”.

O titular da 10ª SECEX, AFCE Gérson Cardoso de Lima, firmou posição nos termos seguintes (vol. 13, fls. 95/98):

“Examina-se Recurso de Reconsideração interposto pelo MP/TCU, onde requer a insubsistência da determinação de nulidade do contrato para a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo e a citação solidária com os demais responsáveis

da referida obra, da Construtora OK, na pessoa de seu representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto.

2. Em relação à citação solidária do Sr. Luiz Estevão, acompanho, in totum, a instrução precedente. Quanto à nulidade do contrato, entendo pertinente fazer algumas considerações.

3. Para sustentar a petição de insubsistência da determinação de nulidade do contrato firmado entre o TRT – 2ª Região e a Incal Incorporações S.A., o Parquet especializado alega a superveniência de liminar concedida pelo STF, no mandado de segurança MS 23.560-8, pelo qual foram provisoriamente suspensos os efeitos do Acórdão nº 45/99 e da Decisão nº 469/99, ambos do Plenário.

4. No tocante à admissibilidade desse pedido, o fato novo comprovado, consistente na superveniência do mandamus, é razão suficiente para se ponderar a superação da intempetividade declarada, na forma do parágrafo único do art. 32 da Lei Orgânica do TCU, c/c art. 231 do RI/TCU, podendo o Tribunal conhecer do Recurso de Reconsideração.

5. No mérito, entendo que, em regra, um ato precário, como a liminar da segurança concedida, não implicaria em alteração do julgado pelo TCU, que somente ficaria suspenso pela decisão judicial. Todavia, não se pode deixar de considerar a oportunidade para, como argumenta o Senhor Procurador Geral, abrir um meio para desembaraçar a eficácia dos julgados desta Corte, ora pendentes. Assim, prospera a argumentação do MP/TCU.

6. Em seqüência, cabe analisar as naturezas e semelhanças de efeitos entre rescisão e nulidade. As naturezas jurídicas são distintas, conforme já analisado nos pareceres de fls. 34/83 desse Volume 13, resultando no entendimento de que, naquele momento, a nulidade era, a princípio, o remédio mais cabível.

7. Os motivos ensejadores da nulidade estão consubstanciados no Relatório de Inspeção da Secex/SP, em que se apontam vícios insanáveis no próprio procedimento licitatório, como deflui do Voto do Exmo Ministro-Relator, condutor da Decisão nº 231/96-Plenário, nos autos do TC nº 700.731/92-0 (Ata nº 17/96):

“87. Realmente o mal começou pela raiz e maculou todas as etapas do processo licitatório. Assim, a ausência de prévio projeto básico de engenharia (art. 6º, DL nº 2.300/86); a não inclusão do investimento no Plano Plurianual (art. 167, § 1º da C.F.); a inclusão de cláusulas contratuais que beneficiam apenas uma das partes em detrimento da Administração - financiadora da quase totalidade do serviço; a previsão de multa à contratante; a habilitação indevida da licitante, infringindo o disposto no art.25, § 2º, item 1, do DL 2.300/86 c/c o art. 6º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 5.194/66, e muitas outras falhas apontadas no processo decorreram, exclusivamente, da opção inicial tomada pelo TRT-SP.”

8. Tal foi a hipótese que abonei (fl. 83 v13), em argumentos da instrução e parecer de fls. 78/82 desse volume 13.

9. Embora a declaração de nulidade da relação jurídica contratual tenha efeito retrooperante ou ex tunc, ficam assegurados os gastos efetivos realizados

pela contratada, conforme ressalva o próprio legislador, no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, verbis:

“Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”.

10. Por outro lado, a rescisão unilateral do contrato firmado com Incal Incorporações S.A. tem por principal consectário extinguir a avença, pressupondo válidos todos os atos anteriormente praticados durante a vigência da mesma. Obviamente, os eventuais prejuízos causados por culpa da contratada, seja por execução parcial do objeto, seja por superfaturamento da obra, deverão ser ressarcidos ao Erário, como, de fato, determinou o Sr. Juiz-Presidente do TRT-2ª Região, ao deliberar a rescisão unilateral (vide Volume 12).

11. Por força da interpretação sistemática do disposto no art. 78, incisos I, II e V, c/c o art. 79, §§ 1º e 2º, todos da Lei nº 8.666/93, verifica-se que a empresa contratada não faz juz à devolução da garantia contratual, dos danos emergentes que provocou, dos lucros cessantes, muito menos dos custos de desmobilização da obra. Todavia, o justo pagamento das despesas em que esta tenha realmente incorrido não podem ser restituídos à contratante, pois configuraria enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.

12. Percebe-se, no caso vertente, que, apesar da nulidade e da rescisão unilateral terem natureza e efeitos jurídicos distintos, as conseqüências práticas, no presente caso, poderão ser semelhantes. Considerando o prisma dos resultados patrimoniais da rescisão em tela, entendo que assiste razão ao Ministério Público.

13. Por fim, trago à baila matéria veiculada no jornal Correio Braziliense do dia 22/06/2000 (fl. 86 do vol. 13), na qual é informado que o valor mínimo para leilão da obra inacabada, segundo avaliação feita pela Caixa Econômica Federal, é de apenas 17 milhões de reais, muito abaixo da cifra estipulada pelo TCU (avaliada em 62 milhões de reais).

14. Ainda, criticando a avaliação da CEF, declarou o Presidente do Cresci/SP, no noticiário ‘Jornal Nacional’ da Rede Globo de Televisão, de 28/06/2000, que apenas o terreno valia 10 milhões de reais, a preços de mercado. Assim, entendo ser de bom alvitre que o Tribunal avalie a conveniência de determinar à Secex/SP que realize inspeção, a fim de apurar a eventual discrepância de valores.

Conclusão

15. Em face do exposto, elevo os autos ao descortino superior, propondo que o Tribunal:

1) conheça do recurso de reconsideração interposto pelo Ministério Público junto ao TCU, para, no mérito dar-lhe provimento, ensejando as seguintes providências:

a) tornar insubsistente a alínea 'f' do Acórdão nº 45/99-TCU – Plenário (Ata nº 16/99), a qual determina ao TRT/SP que promova a anulação do contrato celebrado com a Incal Incorporações S.A. para a execução das obras do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo;

b) incluir no item 8.1 da Decisão nº 469/99-TCU-Plenário (Ata nº 32/99), como responsável solidário, o Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, a fim de que se promova a sua citação na forma e pelos fundamentos ali apresentados;

II) determinar à Secex/SP que promova a realização de inspeção na Caixa Econômica Federal, em processo próprio, para verificar a avaliação do preço mínimo do leilão de venda da obra inacabada do Fórum Trabalhista/SP, apurando as razões da divergência de valores.

Em parecer de 03/07/2000, o Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado assim examinou a matéria (vol. 13, fls. 99/101):

“Quanto aos primeiros três recursos, a 10ª SECEX, após consubstanciada análise (fls. 34/80), manifesta-se no sentido de que este Tribunal: (a) conheça dos recursos como pedido de reexame, na forma e pelos fundamentos que menciona, para, no mérito, negar-lhes provimento; (b) alterar a determinação contida na alínea f do Acórdão recorrido, para suprimir as referências feitas à continuidade da obra, tendo em vista que a responsabilidade por tal imóvel fora transferida para a Secretaria de Patrimônio da União (fls. 81/83).

De início, concordamos com a Unidade Técnica quanto ao conhecimento dos recursos em foco, não como pedidos de reexame conforme proposto, mas como recursos de reconsideração, uma vez que o presente processo foi transformado em tomada de contas especial pela alínea c do Acórdão recorrido e o recurso de reconsideração é a espécie recursal própria desse tipo de processo.

No mérito, concordamos com a 10ª SECEX no que concerne ao não-provimento dos recursos' interpostos pelos senhores DÉLVIO BUFFULIN e NICOLAU DOS SANTOS NETO, endossando a minuciosa análise provida pela instrução de fls. 34/75, mas acrescentando a essa análise pequena consideração quanto à alegação trazida pelo Sr. NICOLAU DOS SANTOS NETO, relativa à impossibilidade de imputação de responsabilidade e de condenação dos acusados decorrente da mera conversão do processo em tomada de contas especial, uma vez que tal espécie de processo visa a, justamente, identificar os responsáveis e quantificar o dano (fls. 56/57, item 22).

É certo que a finalidade da tomada de contas especial é, além de apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar os prejuízos causados ao erário. Contudo, no presente caso, as mencionadas identificação e quantificação, já haviam sido realizadas no âmbito do processo de fiscalização que antecedeu e originou esta tomada de contas especial, de maneira que a responsabilização dos acusados não decorreu da mera conversão do processo de fiscalização em tomada de contas especial, mas do próprio processo fiscalizatório, em que houve minuciosa apuração

dos fatos acontecidos no âmbito da obra entelada, processo esse que, à letra da lei, é, no mais das vezes, subsidiário ao julgamento de contas. Ademais, não há ainda condenação alguma, há apenas a responsabilização que dá margem a citação dos responsáveis, nos termos do art. 12, II, da Lei nº 8.443/92, facultando-lhes, desde já, o pagamento administrativo do débito, se vierem a reconhecê-lo.

III

No que atina ao recurso incoado pelo Sr. FLORIANO VAZ DA SILVA, concordamos com a Unidade Técnica no que se refere ao seu conhecimento, contudo opinamos pelo seu provimento parcial, para tornar insubsistente, in totum, a determinação contida na alínea f do Acórdão nº 45/99-TCU Plenário, uma vez que, na parte referente a continuidade da obra, o TRT/SP está impossibilitado de cumpri-la pois a responsabilidade do imóvel foi transferida para a Secretaria de Patrimônio da União, e, na parte referente à anulação do contrato, porque pode haver dúvidas quanto à propriedade do bem imóvel, como alega o recorrente, e porque poderia ser dispensável tal medida como alega o Ministério Público no seu recurso.

Ademais, mesmo que não venha a ser acolhido o recurso tanto desse recorrente quanto do Ministério Público, do qual se cuidará em seguida, para tornar insubsistente a alínea f do Acórdão recorrido na parte em determina a anulação do contrato celebrado entre o TRT/SP e a Incal, é necessário que seja dado provimento parcial ao recurso enfocado para alterar a redação da aludida alínea f, na forma proposta pela 10ª SECEX (fl. 81, letra b), para suprimir a referência à continuidade da obra, sob pena de está-se mudando de ofício tal determinação.

IV

No que concerne ao recurso interposto pelo Ministério Público, manifestamos nossa anuência ao parecer oferecido pelo Sr. Secretário da 10ª SECEX, no sentido de que este Tribunal conheça tanto o recurso contra o Acórdão nº 45/99TCU-Plenário quanto o recurso contra a Decisão nº 469/99-TCU Plenário, para, no mérito, dar-lhes provimento.

Quanto ao recurso contra a Decisão nº 469/99 não há divergência, uma vez que os documentos trazidos aos autos são bastantes para justificar a sua admissibilidade e o seu provimento.

A controvérsia se instala quanto à admissibilidade e o mérito do recurso interposto contra o Acórdão nº 45/99.

Quanto à admissibilidade, concordamos com o argumento oferecido pelo Sr. Secretário da 10ª SECEX, no sentido de que a própria superveniência do mandamus seria bastante para que se superasse a eventual intempestividade do recurso, de modo que opinamos pelo conhecimento do recurso. Não obstante isso, cumpre anotar que o recurso de reconsideração **tempestivamente** interposto pelo atual presidente do TRT/SP também se insurge contra essa mesma determinação para anulação do contrato, de maneira que, se o Tribunal vier a entender intempestivo o recurso do Ministério Público contra a alínea f do Acórdão nº 45/99, ainda assim esse item do Acórdão recorrido poderá ser fulminado conhecendo-se e dando-se provimento ao recurso oferecido pelo Sr. FLORIANO VAZ DA SILVA, que requer a mesma medida.

No tocante ao mérito, sustentamos nossa posição de que seria dispensável a anulação do contrato entelado, pelas razões já expostas no próprio recurso e tão bem compreendidas pelo Sr. Secretário da 10ª SECEX. Não olvidamos a distinção entre as conseqüências jurídicas da anulação e da revogação, no entanto as conseqüências práticas são semelhantes, porque, como já dissemos, “a eficácia retro-operante da anulação não desoneraria o TRT da obrigação de indenizar a INCAL pelos serviços já prestados, da mesma maneira que a rescisão unilateral também exige a realização de tais pagamentos, embora não como indenização”.

Não se pode também esquecer o argumento trazido pelo atual presidente do TRT/SP, no sentido de que a anulação do contrato poderia causar dúvidas sobre a propriedade da obra inacabada, dúvidas tais que poderiam dar azo a intermináveis demandas judiciais ou, até mesmo, obstruir o leilão do referido imóvel.

Além disso, a reconsideração desta Corte de Contas sobre essa questão específica poderá dar causa à perda de objeto do Mandado de Segurança nº 23.560-8, como já o dissemos no recurso em análise, reativando a eficácia do Acórdão nº 45/99 e da Decisão nº 469/99, atualmente suspensa por decisão nele proferida pelo Ministro MARCO AURELIO do e. Supremo Tribunal Federal.

V

Endossamos, por oportuno e muito conveniente, a proposta oferecida pela 10ª SECEX para que este Tribunal acompanhe o leilão da obra inacabada em tela.

VI

Isso posto, manifesta-se este representante do Ministério Público, no sentido de que o Tribunal conheça dos recursos interpostos pelos senhores DÉLVIO BUFFULIN, NICOLAU DOS SANTOS NETO e FLORIANO VAZ DA SILVA e pelo Ministério Público, como RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO, com fulcro nos arts. 32, caput e parágrafo único, e 33, da Lei nº 8.443/92, para, no mérito:

a) negar provimento aos recursos incoados pelos senhores DÉLVIO BUFFULIN e NICOLAU DOS SANTOS NETO;

b) dar provimento parcial ao recurso interposto pelo Sr. FLORIANO VAZ DA SILVA e provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público contra o Acórdão nº 45/99TCU-Plenário, para tornar insubsistente a alínea f desse Acórdão;

c) dar provimento interposto pelo Ministério Público contra a Decisão nº 469/1999-TCU Plenário (Ata nº 32/1999), com vistas a incluir no subitem 8.1 dessa decisão, como responsável solidário, o Grupo OK Construções e Incorporações S/A, na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, o Sr. LUIZ ESTEVÃO DE OLIVEIRA NETO, a fim de que se promova a sua citação, na forma e pelos fundamentos ali apresentados.

Por fim, manifestamos nossa anuência à proposta de determinação oferecida pelo Sr. Secretário da 10ª SECEX à fl. 48, item II”.

Na Sessão de 27/07/2000, submeti o feito à consideração deste Plenário, ocasião em que o Ministro-Substituto Benjamin Zymler, com fulcro no art. 50 do Regimento Interno deste Tribunal, requereu vista dos autos (vol. 13, fl. 107).

Uma vez devolvidos pelo Ministro-Substituto Benjamin Zymler, presentes os autos no meu Gabinete, este Colegiado, na Sessão de 02/08/2000, ao apreciar o TC-700.115/1996-0, proferiu a Decisão nº 591/2000-Plenário (Ata 30/2000), a qual, no seu subitem 8.2, determinou:

“com fulcro no art. 12, II, da Lei nº 8.443/92, a citação solidária da empresa Incal Incorporações S.A., do Grupo OK Construções e Incorporações S.A., na pessoa do seu Diretor Superintendente e representante legal, Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, e dos Srs. Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin e Antônio Carlos Gama da Silva, pelo valor de R\$ 169.491.951,15 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e noventa e um mil, novecentos e cinquenta e um reais e quinze centavos), relativo à diferença entre as quantias pagas pelo TRT – 2ª Região à conta das obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo (R\$ 231.953.176,75) e o valor efetivo do empreendimento nas condições em que se encontra (R\$ 62.461.225,60), todos em valores de abril de 1999, sendo que desse débito total a parcela de R\$ 13.207.054,28 (treze milhões, duzentos e sete mil, cinquenta e quatro reais e vinte e oito centavos) é de responsabilidade solidária também do Sr. Gilberto Morand Paixão, o qual deverá ser igualmente citado, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias para que apresentem alegações de defesa ou recolham aos cofres do Tesouro Nacional a referida importância, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos a contar de maio de 1999”.

Diante desse fato superveniente, determinei outra vez fossem os autos reencaminhados à 10ª SECEX e, em seguida, ao Ministério Público, para análise das implicações dessa deliberação sobre o conteúdo das propostas de encaminhamento formuladas com respeito aos recursos interpostos contra o Acórdão nº 045/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário (vol. 13, fl. 108).

Em 20/09/2000, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, acolhendo voto revisor do Ministro Nelson Jobim, com o voto divergente apenas do Relator, indeferiu o Mandado de Segurança nº 23.560-8, impetrado pela Incal Incorporações S.A. (DJ de 27/09/2000, Seção 1, p. 02 – acórdão ainda não publicado).

Em sua derradeira manifestação, datada de 16/10/2000, o AFCE Luís Carlos Barreto Fonseca, com a concordância do Diretor da 2ª Divisão Técnica da 10ª SECEX, assim opinou (vol. 13, fls. 134/136):

“6. Quanto à proposta de encaminhamento formulada na instrução dos recursos interpostos pelos Srs. Délvio Buffulin; Nicolau dos Santos Neto e Floriano Vaz da Silva (fls. 34 a 83, vol. 13), tecemos a seguinte análise.

6.1. De início, com a devida vênia, divergimos do entendimento proferido pelo MP/TCU no sentido de que, por ter sido o processo transformado em TCE, os recursos devem ser conhecidos como recursos de reconsideração, e não como pedidos de reexame (fl. 99, vol. 13).

Conforme estabelece o art. 48 da Lei nº 8.443/92, o pedido de reexame é o remédio administrativo adequado à impugnação de decisão proferida em processos de fiscalização de atos e contratos.

Outrossim, segundo entendimento do ilustre professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in Tomada de Contas Especial – Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública, 2ª ed., p. 412), in verbis:

“2.4 Do pedido de reexame

(...)

Em sede de TCE, também é possível sua aplicação, se, e somente se, estiver subjacente uma das matérias versadas nas seções III [Atos Sujeitos a Registro] e IV [Fiscalização de Atos e Contratos] do Capítulo II [Fiscalização a Cargo do Tribunal] do Título II [Julgamento e Fiscalização] da Lei Orgânica do TCU, em vigor, como se vê logo a seguir:

(...)” (grifou-se)

Assim sendo, ratificamos o entendimento de que os recursos devem ser conhecidos como **pedidos de reexame**, porquanto tanto o Acórdão nº 045/99-Plenário (Relatório de Auditoria – fls. 543, vol. principal) como a Decisão nº 469/99-Plenário (Relatório de Inspeção – fls. 654, vol. principal) constituem-se em deliberações proferidas em processo de fiscalização de atos e contratos, atendendo plenamente o disposto no art. 48 da Lei nº 8.443/92.

6.2 Quanto à análise de mérito, sustentamos a posição firmada na instrução de fls. 34 a 81 – vol. 13, no que concerne ao não-provimento dos recursos interpostos pelos Srs. Délvio Buffulin e Nicolau dos Santos Neto. Todavia, quanto ao recurso interposto pelo Sr. Floriano Vaz da Silva, retificando o posicionamento anteriormente firmado, opinamos no sentido de que este deva ser parcialmente provido, a fim de que possa ser alterada a alínea “f” do Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário nos termos propostos no item 33 letra “b” (fl. 81 – vol. 13). Isto é, a alegação constante no item 31 à fl. 78 – vol. 13 deve ser acatada, uma vez que o TRT/SP está impossibilitado de dar continuidade à obra, pois a responsabilidade do imóvel foi transferida para a Secretaria de Patrimônio da União (ver subitem 31.1 à fl. 78 – vol. 13).

7. No que se refere aos recursos interpostos pelo Ministério Público junto ao TCU, tecemos a seguinte análise.

7.1 Quanto ao recurso interposto contra o Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário – o qual pleiteava a insubsistência da alínea “f” do supracitado decisum, visando a perda de objeto e a conseqüente extinção do Mandado de Segurança nº 23.560-8, a fim de que não houvesse óbices ao prosseguimento do processo no TCU, com a citação de todos os responsáveis –, ante o indeferimento do supracitado Mandado de Segurança pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ver item 5 retro), este encontra-se prejudicado por manifesta perda de objeto, haja vista que o Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário e a Decisão nº 469/99-TCU-Plenário voltaram a produzir seus efeitos.

Nesse sentido, impende consignar que, consoante assentado na doutrina, a prejudicialidade obsta o exame do processo, tanto no concernente à sua admissibilidade como no tocante ao mérito.

Em sendo assim, e à guisa de ilustração, cabe trazer à baila a seguinte citação do consagrado professor Nelson Nery Júnior (in “Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor”, RTR, 3ª ed., 1997), *in verbis*:

“Recurso prejudicado é aquele que perdeu seu objeto. Ocorrendo a perda do objeto, há falta superveniente de interesse recursal, impondo-se o não conhecimento do recurso. Assim, ao relator cabe julgar inadmissível o recurso por falta de interesse, ou seja, julgá-lo prejudicado.”

7.2 Por fim, quanto ao recurso interposto contra a Decisão nº 469/99-TCU-Plenário – o qual requereu a inclusão do Grupo OK Construções e Incorporações S/A, na pessoa de seu Diretor Superintendente e representante legal, o Sr. Luiz Estevão de Oliveira Neto, como responsável solidário, no subitem 8.1 da citada Decisão –, ante a superveniência da Decisão nº 591/2000-TCU-Plenário, este também encontra-se prejudicado por manifesta perda de objeto, visto que esta última decisão já incluiu como responsável solidário o mencionado grupo.

Assim sendo, ressaltamos não haver necessidade de se promover qualquer alteração na determinação contida no subitem 8.1 da Decisão nº 469/99-TCU-Plenário, visto que esta encontra-se suprida pela determinação contida no subitem 8.2 da Decisão nº 591/2000-TCU-Plenário (ver item 3 supra).

CONCLUSÃO

8. Pelo exposto, propomos a este Egrégio Tribunal o seguinte:

a) conhecer dos recursos interpostos pelos Srs. **Délvio Buffulín**, ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT/SP, e **Nicolau dos Santos Neto**, ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT/SP e ex-Presidente da Comissão de Construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, como pedidos de reexame, com fundamento no art. 48 c/c o art. 33, ambos da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) conhecer do recurso interposto pelo Sr. **Florian Vaz da Silva**, ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT/SP, como pedido de reexame, com fundamento no art. 48 c/c o art. 33, ambos da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

c) excluir da letra “f” do Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário, a parte inicial da determinação feita ao TRT – 2ª Região, no sentido de que providenciasse a continuidade das obras do imóvel localizado na Rua do Bosque, Barra Funda, em São Paulo/SP, o qual seria destinado ao Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo;

d) considerar prejudicado o recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra o Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário e contra a Decisão nº 469/99-TCU-Plenário, por manifesta perda de objeto;

e) encaminhar os autos para a SECEX/SP, após o julgamento dos presentes pedidos de reexame, para que se proceda à análise das alegações de defesa constantes nestes autos; e

f) dar ciência aos Recorrentes da decisão que vier a ser adotada.

O Secretário de Controle Externo manifestou a sua concordância com essas propostas, acrescentando ainda sugestão no sentido de que os presentes autos fossem juntados às contas do TRT-2ª Região atinentes ao exercício de 1995 (TC-700.115/1996-0), considerando a similitude da matéria aqui examinada com aquela tratada

nas contas ordinárias do mencionado Tribunal referentes aos exercícios de 1992 a 1994 e 1996 a 1998, já juntadas ao TC-700.115/1996-0.

O Ministério Público, em parecer do seu Procurador-Geral datado de 06/11/2000, firmou posição conclusiva nos termos seguintes (vol. 13, fls. 141/143):

“Retornam os autos a esta procuradoria, ante o r. despacho de V. Exa., à fl. 108, para nova intervenção, com vistas a que sejam considerados os reflexos da Decisão nº 591/2000-Plenário (fl. 117), decorrente do prosseguimento, nas contas ordinárias do TRT-SP relativas aos exercícios de 1992 a 1998, à análise das irregularidades ocorridas na obra de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo.

Além dessa decisão, interfere também nos recursos objeto da presente análise o indeferimento, pelo E. Supremo Tribunal Federal, do mandado de segurança nº 23.560-8 (fl. 121), que, em liminar, suspendia a eficácia do Acórdão nº 45/99 e da Decisão nº 469/99, proferidos nesta tomada de contas especial.

Diante dessa nova situação, o Sr. Analista, em conjunto com o Sr. Diretor da 10.ª SECEX, apresenta proposta (fl. 136) no sentido de que: (a) sejam conhecidos os recursos dos senhores DÉLVIO BUFFULIN, NICOLAU DOS SANTOS NETO e FLORIANO VAZ DA SILVA, como pedidos de reexame, para negar provimento aos dois primeiros e dar provimento parcial ao terceiro, excluindo-se da alínea f do Acórdão nº 45/99-Plenário a determinação para que o TRT-SP providenciasse a continuidade das obras; e (b) sejam considerados prejudicados os recursos interpostos por este Ministério Público contra o Acórdão nº 45/99 e a Decisão nº 469/99, ambos do Plenário.

O Sr. Secretário da 10.ª SECEX, concordando com o posicionamento anterior, sugere, na linha da Decisão nº 591/2000, a juntada dos presentes autos às contas do TRT-SP relativas ao exercício de 1995 (fl. 137).

II

No que concerne aos recursos dos senhores DÉLVIO BUFFULIN, NICOLAU DOS SANTOS NETO e FLORIANO VAZ DA SILVA contra o Acórdão nº 45/99-Plenário, conforme já havíamos manifestado anteriormente (fl. 101), concordamos com a proposta mencionada da 10.ª SECEX (alíneas a, b e c, à fl. 136), salvo quanto à espécie recursal, que sustentamos ser recurso de reconsideração, e não pedido de reexame.

Entendemos que se trata de um caso fronteiroço – por isso a dificuldade –, vez que os recursos foram interpostos dentro de uma faixa de transição, em que a natureza do processo fora modificada de fiscalização para contas especiais. Isso porque os recursos atacam deliberações do mesmo Acórdão que converteu o presente processo em tomada de contas especiais (alínea c do Acórdão nº 45/99).

Optamos pelo conhecimento do recurso como RECONSIDERAÇÃO, porque consideramos que a referida alínea c do Acórdão nº 45/99-Plenário, em que o Tribunal converteu, com fulcro no art. 47 da Lei nº 8.443/92, o presente processo em tomada de contas especial, não foi atacada pelos recorrentes.

Assim, a eficácia dessa cláusula, desde a publicação do Acórdão, manteve-se intacta, significando isto que, desde aquela data, este processo, embora originário

de uma fiscalização, deixa de ter essa natureza para assumir o status de contas especiais, de modo que o recurso aplicável é o de reconsideração, e não o de reexame

III

Quanto aos recursos interpostos pelo Ministério Público, corroboramos o entendimento da 10.^a SECEX, no sentido de que estariam prejudicados.

O recurso contra o Acórdão nº 45/99-Plenário, que pretendia a supressão da determinação para que o TRT-SP anulasse o contrato celebrado com a INCAL, perde sentido com indeferimento do mandado de segurança nº 23.560-8 pelo STF, vez que com essa decisão resta fortalecido o acerto jurídico da Decisão proferida pelo TCU, do qual em momento algum duvidamos, bem como desaparece o obstáculo ao prosseguimento da análise e julgamento desta tomada de contas especial, que era o objetivo precípuo do recurso em foco.

Já o recurso contra a Decisão nº 469/99-Plenário, que pretendia a inclusão do Grupo OK entre os responsáveis solidários pelo ressarcimento ao erário, fica prejudicado em virtude da adoção dessa medida na Decisão nº 591/2000.

Diante desses fatos e não obstante o fato de estarem prejudicados, deixando de existir as razões que motivaram os mencionados recursos, este representante do Ministério Público junto ao TCU, solicita a DESISTÊNCIA dos recursos que interpôs contra o Acórdão nº 45/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário.

IV

No que concerne à proposta do Sr. Secretário da 10.^a SECEX., no sentido de juntada deste processo às contas do TRT-SP de 1995, pensamos que talvez não seja este o momento dessa decisão.

O presente momento processual diz respeito apenas ao julgamento dos recursos supramencionados e nisso deve-se concentrar essa decisão.

Superada essa fase, aí sim, o Tribunal haverá de decidir em que processo – se nesta tomada de contas especial ou nas contas ordinárias do TRT-SP de 1992 a 1998 – dará prosseguimento à análise dos fatos ocorridos na obra do Fórum Trabalhista de São Paulo.

Embora os dois processos sejam aptos e idôneos à condução do caso, é certo que não podem fazê-lo simultaneamente, sob pena de litispendência.

Dissemos os dois processos são aptos e idôneos para tratar a questão, pois a apuração de prejuízos ao erário, com vistas ao devido ressarcimento, tanto pode ser realizada em contas ordinárias ou em contas especiais. Importa que sejam contas. É a interpretação que damos ao inciso II do art. 71 da Constituição Federal e aos arts. 1º, I, e 8º da Lei nº 8.443/92.

Sendo os responsáveis pelo prejuízo também responsáveis em contas ordinárias, estas são, em regra, o instrumento próprio e adequado para alcançar o ressarcimento. Contudo, nada impede que o Tribunal, em face das circunstâncias do caso, decida apurar os fatos irregulares, isoladamente dos outros atos e fatos da gestão ordinária, em processo apartado de contas especiais, desde que: (a) a fim de evitar a litispendência, tais fatos irregulares passem a ser apreciados exclusivamente na tomada de contas especial; e (b) a fim de traduzir nas contas ordinárias a

completude da gestão, deverão ser considerados os reflexos do julgamento das contas especiais no julgamento das contas ordinárias, para tanto pode ser necessário o sobrestamento destas últimas.

No presente caso, após julgados os recursos, pensamos que a melhor alternativa seria a continuidade da apreciação da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo nesta tomada de contas especial, aproveitando-se os atos citatórios e as alegações de defesa decorrentes da Decisão nº 591/2000-Plenário, proferida nas contas ordinárias. Bastando para tanto a extração desses elementos das contas ordinárias e incorporação deles às contas especiais.

No entanto, deixamos esta sugestão para o momento oportuno.

V

*Isso posto, manifesta-se este representante do Ministério Público de acordo com a proposta oferecida pela Unidade Técnica nas alíneas de **a, b, c e f**, à fl. 136, salvo quanto à natureza dos recursos interpostos pelos senhores DÉLVIO BUFFULIN, NICOLAU DOS SANTOS NETO e FLORIANO VAZ DA SILVA, que entendemos ser de reconsideração, não de pedido de reexame.*

Quanto aos recursos interpostos pelo Ministério Público contra o Acórdão nº 45/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário, deixando de existir as razões que os motivaram, solicitamos a DESISTÊNCIA deles.

Quanto à proposta do Sr. Secretário da 10.^a SECEX, de juntada deste processo às contas ordinárias do TRT-SP relativas aos exercícios de 1992 a 1998, pensamos não ser este o momento oportuno para essa decisão, vez que se cuida aqui apenas do julgamento dos recursos retromencionados. Superada essa fase, poderá então o Tribunal deliberar acerca do processo – se nesta tomada de contas especial ou nas contas ordinárias do TRT-SP de 1992 a 1998 – em que dará prosseguimento à análise dos fatos ocorridos na obra do Fórum Trabalhista de São Paulo.

É o Relatório.

VOTO

Atuo no presente processo apenas como Relator dos recursos interpostos contra o Acórdão nº 045/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário, de sorte que somente após superada essa fase processual é que, sob a condução do Relator originário do feito, serão apreciadas as demais questões pendentes nos autos.

Desde logo, ressalto que restou prejudicado ou, quando menos, dificultado o exame dos presentes recursos em um prazo menor, especialmente em razão das posteriores medidas intentadas para viabilizar a continuidade da apreciação do feito, motivadas fundamentalmente pela liminar concedida no mandado de segurança impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal pela Incal Incorporações S.A. (MS 23.560-8), todas elas requerendo, a cada vez que efetivadas, novos pronunciamentos da 10^a SECEX e do Ministério Público.

A esse respeito, é oportuno registrar que, conquanto este Tribunal e o Ministério Público que aqui oficia hajam entendido que aquela liminar houvera

suspendido *in totum* o Acórdão nº 045/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário, o Relator daquele *writ*, quando da apreciação do seu mérito pelo Plenário do STF, esclareceu que havia deferido a medida acauteladora apenas para suspender “*a eficácia das decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União relativamente à declaração de insubsistência da escritura de compra e venda e determinação de que fosse devolvida a quantia nela consignada*” (vol. 29, fl. 81).

Com efeito, enfrentando precisamente o argumento articulado no parecer do Procurador-Geral da República no sentido de que a liminar fora concedida em extensão superior à requerida pelo impetrante, consignou aquele Relator (vol. 29, fls. 81/82):

“*A leitura atenta da liminar forneceria mais luzes quanto à extensão desta. Aliás, no item 3, deixei registrado que a deferia “na extensão pretendida”, suspendendo, assim, a eficácia das decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União relativamente à declaração de insubsistência da escritura de compra e venda e determinação de que fosse devolvida a quantia nela consignada. Faz-se indispensável este esclarecimento diante da assertiva peremptória, no parecer do Procurador-Geral da República, sobre o extravasamento do pedido formulado pela Impetrante. Ao que tudo indica, resultou tal conclusão de exame aligeirado, quem sabe em virtude da sobrecarga de processos e da escassez de tempo, sempre limitado, para liberá-los*”.

II

Passo ao exame dos recursos interpostos pelo Ministério Público.

Como consignado no exaustivo Relatório que venho de apresentar, na sua manifestação de 06 de novembro último, o Ministério Público, por considerar que não mais existem “*as razões que motivaram os mencionados recursos, (...) solicita a DESISTÊNCIA dos recursos que interpôs contra o Acórdão nº 45/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário*”.

À míngua de disciplina específica acerca dessa questão em nossa Lei Orgânica, Regimento Interno ou qualquer outro instrumento normativo, a Súmula -TCU nº 103 autoriza a aplicação analógica e subsidiária do Código de Processo Civil aos processos conduzidos no âmbito deste Tribunal. E, a esse respeito, estatui o seu art. 501 que “*o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso*”.

Segundo o ensino autorizado de Barbosa Moreira, a “*desistência não torna inadmissível o recurso: torna-o inexistente. Faz, com isso, transitar em julgado a decisão recorrida, caso o único obstáculo ao trânsito em julgado fosse o recurso do desistente*” (in “O Novo Processo Civil Brasileiro”, p. 126, 21ª ed., Forense, 2000 – destaque acrescentado).

Pelo exposto, impõe-se declarar extinto o procedimento recursal com respeito à iniciativa do Ministério Público.

III

Enfrento agora o recurso do Sr. Nicolau dos Santos Neto contra o Acórdão nº 045/99-Plenário.

Como mencionado no Relatório, a peça processual única oferecida pelo Sr. Nicolau dos Santos Neto reportou-se tanto ao Ofício SECEX/SP nº 278/99 (vol. principal, fl. 552), que o notificou da prolação do Acórdão nº 045/99-Plenário, quanto ao Ofício SECEX/SP nº 281/99 (vol. principal, fls. 556), em que se procedeu à sua citação. De conseguinte, nessa única peça o interessado articulou argumentação tanto de recurso em face do próprio Acórdão nº 045/99-Plenário quanto de alegações de defesa à citação determinada na sua alínea “c”, fazendo-o em arrazoado contínuo e sem qualquer precisão da matéria em cada ponto versada, o que dificultou sobremaneira a definição da sua natureza (vol. 14, fls. 05/39).

Nesta oportunidade, de modo a observar o procedimento mais favorável ao interessado, porquanto ampliando as suas oportunidades de defesa, serão examinados como recurso apenas os elementos assim processados pela 10ª SECEX e pelo Ministério Público. Em consequência, ficará para o momento apropriado, e consoante seja a orientação do Relator originário do feito, a definição do encaminhamento a ser dado às considerações apresentadas pelo Sr. Nicolau dos Santos Neto a título de alegações de defesa, quer na peça que se vem de mencionar quer naquela que apresentou em resposta ao Ofício SECEX/SP nº 489/99 (vol. principal, fls. 662/671), em decorrência da citação determinada no subitem 8.1 da Decisão nº 469/99-Plenário, e que constitui o vol. 22 destes autos.

Embora irrelevante para o subsequente exame do recurso, a meu ver, assiste razão à 10ª SECEX ao classificá-lo como um **pedido de reexame**. É que, a par da deliberação recorrida ter sido proferida em processo de fiscalização - um Relatório de Auditoria -, o que reclama a incidência do art. 48 da nossa Lei Orgânica, ainda não se verificou a circunstância que, segundo sustentou o Ministério Público, determinaria a qualificação da manifestação do recorrente como um **recurso de reconsideração**, é dizer, a conversão destes autos em tomada de contas especial.

Com efeito, o recorrente impugnou, como questão preliminar, precisamente a parte do acórdão que determinara essa conversão, deduzindo, ao final, pedido expresso no sentido de que *“a decisão que simultaneamente converteu os autos em tomada de contas especial e condenou o dependente solidariamente com outros a ressarcir os cofres da União e pagar multa seja anulada”*

De conseguinte, estando esse próprio comando emergente do provimento do Tribunal sob impugnação, e considerando o efeito suspensivo que lhe é conferido por disposição legal (Lei nº 8.443/92, arts. 33 e 48), os presentes autos, pelo menos até a apreciação dos recursos que obstam a eficácia do acórdão prolatado, dizem respeito a um processo de fiscalização.

Por essas razões e, ademais, por atendidos os outros requisitos cabíveis, conheço do recurso do Sr. Nicolau dos Santos Neto como um pedido de reexame.

Passo ao exame das razões do recurso, principiando pelas duas preliminares suscitadas pelo recorrente.

Quanto à primeira, é de todo destituído de sentido o argumento no sentido de que seria *“impossível a conversão determinada no acórdão simultaneamente com*

condenação a ressarcimento à União” e, “pela mesma razão, impossível a condenação na multa do artigo 47, como decidido no referido acórdão”.

De um lado, por inarredável imposição legal, “ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, **desde logo**, a conversão do processo em tomada de contas especial” (Lei nº 8.443/92, art. 47 - destaquei).

Trata-se, neste caso, de uma **conversão em tomada de contas especial**, ou seja, a constituição de uma tomada de contas especial a partir de autos nos quais já se efetivaram diversos procedimentos investigatórios, por isso que idôneos a permitir a constatação da “ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário”

Logo, não se cuidando de simples **instauração de tomada de contas especial** com vistas a, somente a partir daí, proceder-se à inicial adoção das medidas tendentes à “apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano” (Lei nº 8.443/92, art. 8º, *caput* e § 1º), seria uma irracionalidade desconsiderar-se todo o custoso e exaustivo procedimento apuratório anteriormente realizado e deixar de proceder-se, desde já, à citação daqueles que, tendo em vista as provas já coligidas nesse procedimento, se afiguram como responsáveis pelos prejuízos imputados ao patrimônio público, e isso com base no valor do dano por igual já previamente quantificado

Como bem argumentou o Ministério Público (vol. 13, fl. 99):

“É certo que a finalidade da tomada de contas especial é, além de apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar os prejuízos causados ao erário. Contudo, no presente caso, as mencionadas identificação e quantificação, já haviam sido realizadas no âmbito do processo de fiscalização que antecedeu e originou esta tomada de contas especial, de maneira que a responsabilização dos acusados não decorreu da mera conversão do processo de fiscalização em tomada de contas especial, mas do próprio processo fiscalizatório, em que houve minuciosa apuração dos fatos acontecidos no âmbito da obra entelada”.

De outro lado, impõe-se ressaltar que, ao contrário do que asseverou o recorrente, até agora o Tribunal neste feito não condenou ninguém a restituir qualquer valor a título de ressarcimento pelos danos que se evidenciam ter sido causados ao erário

Por óbvio, não é esse o significado jurídico da citação dirigida ao recorrente com base no art. 12, inciso II, da Lei nº 8.443/92. Como dispõe o referido preceito, havendo débito o Tribunal ou o Relator “ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, **apresentar defesa ou recolher a quantia devida**”.

Porque assim conformada pela lei, a citação constitui apenas o ato processual por força do qual, à vista dos elementos de prova já coligidos, em juízo preliminar e em cognição sumária - no exato sentido do erudito magistério de Kazuo Watanabe (cf. “Da Cognição no Processo Civil”, ps. 19 ss., Editora Revista dos Tribunais, 1987) -, aquele a quem se atribui a prática de atos lesivos ao erário é chamado a

defender-se. E é apenas como uma faculdade que se oferece na lei a possibilidade de o citado adotar a providência a que o recorrente, desarrazoadamente, atribuiu o valor de uma condenação ao ressarcimento dos danos causados: a de recolher *in limine* o valor indicado como devido, viabilizando, assim, a imediata recomposição do dano e, em contrapartida, criando condições para a produção dos efeitos jurídicos previstos no § 2º do mencionado art. 12 da Lei nº 8.443/92.

Assim, somente após efetivada a citação e considerada, ademais, a conduta adotada pelo responsável em face das possibilidades a ele franqueadas pela lei, é que se aperfeiçoará o instrumento jurídico-processual no âmbito do qual poderão ser realizadas as providências conducentes ao definitivo exame dos fatos, por meio de um procedimento de cognição plena e exauriente - também no sentido do magistério de Kazuo Watanabe -, com observância de contraditório e ampla defesa, ao cabo do qual, aí sim, será proferido um juízo de mérito definitivo no tocante à responsabilidade ou não daqueles anteriormente citados. Vale dizer, na sistemática da nossa lei, um juízo de mérito definitivo no tocante à regularidade ou não das contas daqueles anteriormente citados

Logo, será apenas nesse momento, uma vez confirmando-se o que de início se vislumbrara e, por essa razão, determinara a citação, que este Tribunal poderá vir a proferir um comando com o conteúdo do art. 19 da nossa Lei Orgânica, *verbis*:

“Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito [ou seja, confirmando-se em definitivo o dano que de início se evidenciara], o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos”

Em conclusão, laborou em fenomenal equívoco o recorrente - e, nesse ponto, na companhia de muita gente que não conhece a conformação específica conferida pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.443/92 ao processo desenvolvido no âmbito do Tribunal de Contas da União - ao inferir da singela citação a ele dirigida houvera este Plenário decidido pela sua *“condenação a ressarcimento à União”*.

Ainda como matéria articulada na primeira preliminar, sustentou o recorrente que *“pela mesma razão, impossível a condenação na multa do artigo 47, como decidido no referido acórdão”*.

A par de renovar as razões que venho de apresentar, é de refutar-se essa outra impugnação à conta de uma segunda incompreensão do recorrente com respeito à disciplina jurídica atinente às normas processuais observadas neste Tribunal.

É que a multa ao recorrente aplicada fundou-se - menciona-o expressamente o acórdão condenatório - no parágrafo único do art. 43 da Lei nº 8.443/93, nada tendo a ver com a multa aplicável em processo de contas, prevista no art. 19 desse diploma legal.

No primeiro caso, trata-se de sanção decorrente de prática de algum ato contrário ao Direito, aplicada em processo de fiscalização, cujo procedimento é regulado nos arts. 41 a 47 da Lei nº 8.443/92, constituindo a Seção IV do Capítulo II do seu Título II. No segundo, cuida-se de sanção eventualmente aplicável em face de irregularidade das contas, por isso que dizendo respeito a processo, obviamente, de contas, cujo procedimento é disciplinado por todo o Capítulo I do Título II da Lei nº 8.443/92

Essa conformação particular da Lei Orgânica deste Tribunal tem o seu fundamento na decisão consciente do Poder Constituinte que, no art. 71, inc. VIII, da Carta de 88, estremou com precisão as duas espécies de sanção, ao instituir multas “em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas”.

Por força dessa disciplina, ao verificar ilegalidades em um processo de fiscalização, para este Tribunal se oferecem três possibilidades de encaminhamento, diante das quais não se poderá jamais decidir “aprioristicamente”, abstratamente, sem consideração à especificidade de cada caso: i) poderá o Tribunal aplicar já no processo de fiscalização a sanção prevista na Constituição e na lei, juntando em seguida o processo de fiscalização às contas para o exame nela dos reflexos de tais ilegalidades decorrentes; ii) poderá o Tribunal apenas determinar a juntada do processo de fiscalização às contas a que se referem, para, valorados os fatos apurados no conjunto dos atos de gestão, decidir, no processo de contas, pela aplicação ou não da multa; e iii) se as ilegalidades contatadas resultarem, ademais, em dano ao erário, poderá o Tribunal converter o processo de fiscalização em tomada de contas especial, como exigido no art. 47 da Lei nº 8.443/92, adotando quanto a sanção, consoante seja a gravidade dos fatos apurados, qualquer dessas duas possibilidades anteriores.

Na hipótese em exame, ao apreciar o Relatório de Auditoria realizada junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região com vistas a verificar a compatibilidade dos cronogramas físico e financeiro das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, este Colegiado, diante do verdadeiro descabro que se configurou na aplicação dos recursos públicos, importando ainda em danos ao patrimônio da União que montam a centenas de milhões de reais, de maneira juridicamente incensurável, viu-se obrigado a adotar o encaminhamento descrito na terceira das alternativas, proferindo a deliberação com o conteúdo contra o qual se insurge o recorrente.

E, para se chegar à prolação desse *decisum*, foram rigorosamente observados todos os procedimentos para tanto exigidos em lei, particularmente, a oitiva do responsável para apresentar as suas razões de justificativa, como previsto no art. 43, inc. II, da Lei nº 8.443/92 (vol. principal, fls. 294/297). A essa audiência respondeu o responsável, apresentando as razões e elementos de prova que julgou convenientes (vols. V a VII), os quais, após regularmente analisados pela Unidade Técnica competente, foram considerados por este Plenário incapazes para afastar as graves impropriedades constatadas

Portanto, não se vislumbrando qualquer vício nos procedimentos adotados pelo Tribunal, impõe-se rejeitar essa primeira preliminar.

Passo a segunda preliminar suscitada pelo recorrente, a pugnar pela nulidade da decisão recorrida, “por violar o direito constitucional do respeito à coisa julgada”. Isso porquanto, no entender do recorrente, “a questão da licitação para a aquisição do imóvel destinado à instalação das Juntas de Conciliação e Julgamento de São Paulo, foi exaustivamente debatida por este Egrégio Tribunal de Contas **que adotou decisão definitiva sobre o assunto**”, pelo que “para que fosse possível haver nova decisão a primeira teria que ser forçosamente nos termos do § 1º, do artigo 10, da Lei 8.443/92, isto é que não tivesse havido pronunciamento quanto ao mérito e sobrestado o julgamento”

Nesse ponto, o recorrente nada apresentou de novo que pudesse trazer sequer alguma sombra de dúvida quanto à pertinência das razões sustentadas pelo eminente Relator do acórdão quando enfrentou essa mesma questão. Pelos seus jurídicos fundamentos, resgato-as aqui:

“3. Da leitura das peças que conduziram à Decisão nº 231/96 resta evidenciado que, já então, existia o reconhecimento, pela Corte, da ocorrência de diversas impropriedades. Não obstante, claro está, também, que o Tribunal, com o fito de não obstar a conclusão da obra, que então aparentava ser iminente, optou pela aceitação preliminar dos procedimentos, como forma de não trazer ônus adicional à Administração. Tais intenções estão explícitas no Voto do Relator, que conduziu a deliberação então acolhida por esta Casa:

‘(...) considerando as últimas informações a respeito do estágio em que se encontram as obras do edifício que irá sediar as Juntas Trabalhistas da cidade de São Paulo, em setembro próximo, não podemos deixar de enfrentar a realidade dos fatos. Qualquer determinação desta Corte de Contas terá que levar em conta esse aspecto, tendo em vista o tempo decorrido durante a tramitação do processo, indispensável à elucidação dos fatos em toda a extensão necessária, haja vista a complexidade das ocorrências aqui tratadas

É importante ressaltar que tal posicionamento deste Tribunal, ante as dificuldades, a esta altura, de se implementar medidas corretivas e punitivas, não deve servir de estímulo ou exemplo a nenhum outro órgão ou entidade públicos a praticarem atos dessa natureza

Assim, nesta assentada, o Tribunal deverá adotar uma das alternativas propostas pelas Unidades Técnicas que se manifestaram nos autos, buscando uma solução viável para o presente caso, que vise regularizar as situações inaceitáveis que ainda persistem neste processo, sem acarretar ônus à Administração.’

4. É oportuno que se deixe assente, desde logo, que não são verdadeiras as seguintes afirmações dos responsáveis:

- este Tribunal “teve oportunidade de apreciar e analisar o contrato de que cuidam os autos e concluiu pela sua legalidade, quer do procedimento licitatório, quer do contrato” (Firma Incal Incorporações S/A, por seus advogados - fls. 331/338);

- o valor da obra não foi contestado, tendo sido, “ao contrário, aprovado pelo TCU por ocasião da citada auditoria” (Srs. Délvio Buffulin, ex-Presidente do TRT-2ª Região, Nicolau dos Santos Neto, ex-Presidente da Comissão da Construção do Fórum, por ocasião de consulta encaminhada a este E. Tribunal - Vol. Anexo V, fls. 01/02)”.

5. Os argumentos então trazidos pelo Exmo. Sr. Ministro Paulo Affonso, Relator daqueles autos, deixaram indubitável que a intenção do Colegiado, naquele momento, era o de não impor novo ônus ao erário que poderia advir de uma prematura anulação do contrato. É comezinho que a correção dos rumos é sempre preferível às rupturas abruptas. Todavia, as medidas então exigidas por esta Corte demonstram claramente que o Tribunal não estava chancelando como “regular”

qualquer procedimento até então adotado pelo TRT-SP. Observe-se que pairavam sobre a obra, em síntese, duas imputações de irregularidades: a) a ausência de transferência da propriedade do terreno para o TRT-SP; e b) sua execução nos moldes dos contratos de direito privado, possibilitando a realização de pagamentos antecipados, nos moldes dos contratos de aquisição de coisas prontas e acabadas. A respeito de ambas foram exigidas providências corretivas, como se verifica do item 8.3 da Decisão Plenária nº 231/96:

‘determinar ao Presidente do TRT - 2ª Região a adoção de providências urgentes no sentido de transferir, imediatamente, as obras de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, incluindo o respectivo terreno, para o seu nome, bem como a efetivação de medidas com vistas ao prosseguimento da respectiva obra em obediência rigorosa às normas e preceitos contidos no atual Estatuto de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93).’ (grifamos)

6. A transferência foi efetivamente realizada. Ocorre, entretanto, que os Administradores do TRT-SP simplesmente ignoraram a segunda parte da determinação, prosseguindo com a realização de pagamentos não lastreados pela contraprestação de serviços. Observe-se que o cumprimento tempestivo das exigências deste Tribunal teria estancado o procedimento irregular e, por consequência, evitado a situação anômala agora verificada.

7. Claro está, portanto, que o Tribunal não apreciou definitivamente o mérito das questões tratadas nestes autos. Indiscutível, nesse sentido, que não se faz coisa julgada sobre aquilo que não se julgou em definitivo”.

Tomo a liberdade de fazer mais duas breves considerações acerca desse ponto.

Em primeiro lugar, compartilho do entendimento externado pelo Ministro Adhemar Ghisi no voto condutor do acórdão recorrido, quando assentou que, ainda que, por hipótese, se tratasse de caso em que tivesse realmente ocorrido um julgamento definitivo, “restariam sinceras dúvidas acerca da possibilidade de invocação do instituto da coisa julgada em processos de auditoria deste Tribunal”.

Com efeito, nos processos de fiscalização de atos e contratos apreciados por este Tribunal, aí compreendidas não apenas auditorias e inspeções, mas ainda as denúncias e representações, em que as medidas apuratórias empreendidas intentam comprovar a ocorrência ou não de alguma ilicitude, inequivocamente é de aplicar-se o mesmo princípio observado nas ações judiciais que perseguem objeto equivalente. É dizer, a chamada “coisa julgada *secundum eventum litis*”, por força da qual não se torna definitiva a decisão pela improcedência dos pedidos deduzidos nas ações, quando tal juízo se funda na ausência de elementos probatórios suficientes para comprovar a ocorrência de ilegalidades,.

Assim, por exemplo, sucede na apuração de ilegalidades na via da ação popular, a teor do estatuído no 18 da Lei nº 4.717/65, *verbis*:

“Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (destaquei).

E idêntico princípio foi acolhido na Lei da Ação Civil Pública, nos termos do seu art. 16, *verbis*:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada oponível erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de prova; neste caso, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (destaquei).

Aqui como em outros quadrantes jurídicos que o prestigiam, o acolhimento do princípio da coisa julgada *secundum eventum litis* tem uma razão de ser evidente: evitar-se que, apenas por conta de ter sido a ação mal proposta ou de não ter a instrução probatória levantado todos os elementos de fato relevantes, fique o órgão julgador obrigado a proferir uma decisão no sentido da inocorrência da prática de ato lesivo ao erário com força vinculante para todo o sempre

Em particular, evidencia-se a relevância desse princípio quando ele se volta a impedir que, sob a sacralidade da coisa julgada, fique o órgão julgador proibido de ser novamente acionado a considerar fatos e elementos anteriormente desconhecidos, os quais, se por ele conhecidos, levariam à procedência dos pedidos. Isso para não falar na abominável hipótese de colusão, em que, para nos valermos da observação de Mancuso, a ação é, “*de indústria, mal proposta e pior instruída, com o fito escuso de conduzir ao decreto de improcedência jogando-se destarte uma pá de cal sobre a controvérsia*” (in “Ação Civil Pública”, p. 231, Editora Revista dos Tribunais, 2000).

A segunda consideração que desejo agregar diz respeito à afirmação do recorrente na linha de que “*para que fosse possível haver nova decisão a primeira teria que ser forçosamente nos termos do § 1º, do artigo 10, da Lei 8.443/92, isto é que não tivesse havido pronunciamento quanto ao mérito e sobrestado o julgamento*”.

E aí, mais uma vez, manifesta o recorrente o seu desconhecimento no tocante à disciplina jurídica aplicável aos processos examinados neste Tribunal.

Ora, o que o recorrente qualifica de “primeira decisão”, a Decisão nº 231/96-Plenário (Ata 17/96), foi proferido quando da apreciação de Relatório de Auditoria realizado em 1992 no TRT-2ª Região - logo, também um processo de fiscalização-, pelo que beira o absurdo postular-se que este Tribunal deveria ter proferido uma decisão preliminar no sentido do § 1º do artigo 10 da Lei 8.443/92 - uma decisão de processo de contas - para que pudesse ser prolatada deliberação com o teor do acórdão recorrido.

Pelo exposto, também rejeito a segunda preliminar.

No mérito, o recorrente limitou-se praticamente a repetir os argumentos já enfrentados anteriormente no voto condutor do acórdão recorrido, fundamentalmente alicerçados nas manifestações dos diversos pareceristas contratados pela Incal Incorporações S. A., igualmente já consideradas pelo Tribunal

Aliás, essa prática, cada vez mais intensa na experiência brasileira, de contratação de juristas influentes para, a pedido dos responsáveis e particulares eventualmente envolvidos, emitirem as suas opiniões acerca de questões discutidas

em juízo, deve servir de estímulo a este Tribunal para dar a devida consideração à advertência formulada pelo insuspeito Hans Kelsen quanto ao valor jurídico de tais manifestações.

Com efeito, na 2ª edição da sua *Reine Rechtslehre*, no impactante capítulo sobre a interpretação jurídica, Kelsen enfatizou com vigor a distinção entre uma “*interpretação jurídico-científica*” e uma interpretação que “*um advogado, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal*”. Segundo Kelsen, na primeira, o intérprete “*não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica*”, deixando a decisão quanto à interpretação legítima “*ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito*”. Na segunda, ao contrário, o jurista, no interesse do seu cliente, “*propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso*”, de modo a “*exercer influência sobre a criação do Direito*”, com o que não estariam desempenhando “*uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica)*”. E, conclui Kelsen, embora “*isto não lhes [possa], evidentemente, ser proibido*”, os juristas “*não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como freqüentemente fazem*” (in “*Teoria Pura do Direito*”, ps. 395-396, 4ª ed. Martins Fontes, 1995).

Aqueles argumentos apresentados pelo recorrente foram devidamente valorados pela Unidade Técnica, não carecendo de ser invocadas muitas outras razões para aderirmos às conclusões por ela alcançadas.

Dessa forma, com respeito à alegação de que o contrato em questão seria de compra e venda, sujeito, então, às regras do direito civil, foi ela rechaçada por este Tribunal já na Decisão nº 231/96-Plenário, ao acolher as razões então aduzidas pelo Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, ao distinguir conceitualmente contrato privado da Administração e contrato administrativo:

“96. *Tal conceituação vem demonstrar que somente em casos especialíssimos a Administração pode abrir mão de sua supremacia e contratar como mero particular. O Administrador, na qualidade de guardião do interesse público, deve adotar sempre o instrumento contratual mais adequado e seguro quanto a esse aspecto. Ainda que à míngua de disposições expressas, é imprescindível invocar os princípios vetoriais da função Administrativa: supremacia do interesse público e a indisponibilidade deste interesse.*

97. *Quanto mais se busca conhecer as características entre as duas espécies de contratos mais se convence de que a opção correta, principalmente quando envolve obras de grande vulto, deve ser o contrato público da Administração.*

98. *Vale registrar ainda, conforme matéria publicada na Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, intitulada ‘Contratos Administrativos em espécie’, de autoria da Drª Lúcia Valle Figueiredo, Professora-Assistente de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Procuradora do mesmo Município, os seguintes ensinamentos:*

‘À Administração Pública impende perseguir fins públicos. Evidentemente, os erigidos constitucionais e legalmente como interesses públicos.

.....

Assim sendo, não teria cabida o despojamento das potestades públicas agindo, a Administração Pública, como mero particular, contratando como e se lhe apetecesse. Em conseqüência, a Administração Pública encontra-se manietada aos fins que lhe cumpre perseguir. Impõe-se, pois, como conclusão preliminar, agasalhando a magnífica lição de Agustín Gordillo, asseverar a inexistência de possibilidade jurídica de se subsumir a Administração apenas às normas de Direito Privado’.

99. Conclui-se, então, que os contratos privados são regulados pelo Código Civil e pelo Código Comercial; e os contratos da Administração Pública são regidos por leis específicas, respeitadas os princípios constitucionais em vigor.

100. No caso concreto sob exame, ante a presença do TRT-SP, o Decreto-lei nº 2.300/86 (então vigente), impunha às partes obediência aos preceitos nele inseridos, não cabendo buscar fundamento legal nos Códigos supracitados. Trata-se, então, de um procedimento administrativo totalmente desaconselhável e que não deve servir de estímulo ou exemplo a nenhum órgão da Administração Pública Federal. Como ressaltou o Assessor da SAUDI: ‘... prática que, se generalizadas seria a negação e a fuga a todas as normas legais pertinentes à contratação de obras públicas, (...)’

101. Os preceitos do DL. 2.300/86, bem como os da Lei nº 8.666/93 (atual Estatuto de Licitações e Contratos da Administração Pública), dispõem acerca da matéria de forma clara e objetiva, demonstrando a intenção dos legisladores quando definem ‘Obras e Serviços’ e ‘Compras’, não deixando qualquer dúvida a respeito das características de um e outro fato gerador de licitação. Tal observação vem ratificar colocação anterior no sentido de que a caracterização do objeto previsto na Concorrência nº 01/92 não corresponde à espécie ali indicada. Isto é, não se caracteriza como ‘Aquisição de imóvel’, nos termos da legislação específica citada, mas se encaixa perfeitamente nos elementos identificadores de ‘Obras e Serviços’ e, como tal, deveria ter sido tratada”.

Prossigo no exame das outras alegações apresentadas pelo recorrente.

No que diz respeito à tese de que o sobrepreço de cerca de 20% calculado no parecer técnico do engenheiro da Caixa Econômica Federal estaria incorreto - pela utilização, como parâmetro de comparação, de imóveis inadequados - ou, ainda que correto, em um nível aceitável, cai por terra diante dos novos elementos colhidos na última inspeção realizada pelo Tribunal nas obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo. Como exaustivamente demonstrado no voto condutor da Decisão nº 469/99-Plenário, ao contrário do que alega o recorrente, embora o TRT-2ª Região tenha pago à Incal Incorporações S. A. a quantia de R\$ 231.953.176,65, a obra por ela construída tem o valor de apenas R\$ 62.461.225,60, a preços de abril de 1999.

Da mesma forma, em face do seguro entendimento deste Tribunal, já ratificado neste Voto, de que se cuida aqui inquestionavelmente de hipótese em que deveriam ter sido adotados os procedimentos inerentes a um contrato administrativo de obras e serviços, torna-se insustentável a postulação do recorrente no sentido de que o

pagamento antecipado dos serviços não importou violação ao art. 38 Decreto nº 93.872/96, por se tratar de simples compra sujeita “às condições de pagamento semelhantes às do setor privado”

Ademais, diante do evidente descompasso entre a execução física e financeira do contrato -fato, aliás, reconhecido em Ata de reunião convocada pelo então Presidente do TRT-2ª Região, Sr Délvio Buffulin, a que compareceu e apresentou esclarecimentos o recorrente como “Juiz responsável pela Comissão de Construção” (vol. principal, fl. 196) -, não há como divergir da conclusão de que essa sistemática prática de antecipação de pagamentos foi feita sem “as indispensáveis cautelas ou garantias” requeridas no art. 38 Decreto nº 93.872/96, importando esse vultoso dano ao erário que agora, talvez tardiamente, se intenta ressarcir

No que diz respeito ao tema do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sustentou o recorrente que “não foi bem examinada pelo ilustre Relator (...) a alteração da incidência de tributos, onerando o contrato”.

Raia pelo *nonsense* a pretensão mesma do recorrente de querer justificar as impropriedades verificadas na execução financeira do contrato em questão com base na necessidade de proceder-se à sua adequação econômico-financeira

Ora, a legitimidade de uma tal modificação do contrato prende-se inegavelmente à idéia de restabelecer o equilíbrio entre encargos e benefícios que as partes inicialmente acordaram, eventualmente afetado pela superveniência de fatos imprevisíveis, quer quanto à sua própria ocorrência quer quanto às suas implicações, suscetíveis de levar à excessiva oneração de um dos contratantes em benefício do outro. É sob essa feição de uma “teoria da imprevisão” que a velha cláusula *rebus sic stantibus*, atenuadora do rigorismo do *pacta sunt servanda*, ressurgiu no Direito administrativo deste século.

Aplicada à relação jurídico-administrativa e à luz do Direito brasileiro, essa idéia traduziu-se no comando jurídico, então vigente à época dos fatos ora apreciados, segundo o qual os contratos administrativos poderiam ser justificadamente alterados por acordo entre os contratantes

”para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato” (Decreto-lei nº 2300/86, art. 55, II, “d”).

Por óbvio, não se poderia cogitar do restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato exclusivamente com consideração aos interesses do contratado de acréscimo na retribuição da Administração, em face de novos encargos alegadamente a ele impostos. Necessariamente - trata-se de “manutenção do inicial equilíbrio” - haveria que se ponderar se os encargos impostos à Administração na execução do contrato, a remuneração paga, tinham a sua contrapartida na retribuição a ela devida como encargo do contratado, a execução da obra.

E aí, como demonstrado à saciedade nestes autos, já de há muito os encargos imputados à Administração não tinham a sua correspondência nos encargos devidos pelo contratado, de sorte que esse recebera remuneração muito superior aos serviços que executara, importando, essa é a realidade, no seu ilícito enriquecimento em prejuízo do patrimônio público

De conseguinte, prestou-se apenas a agravar esse quadro pesadamente desequilibrado contra a Administração, a celebração, ironicamente à guisa de reequacionamento financeiro do contrato, em 17/06/1998, do seu 4º Termo Aditivo, elevando a remuneração da empresa contratada em mais R\$ 36.931.901,10, dos quais, lamentavelmente, cerca de R\$ 13.000.000,00 vieram a ser efetivamente pagos.

Não bastasse isso, os argumentos oferecidos pelo recorrente são incapazes de justificar as medidas efetivadas para o “reequilíbrio” financeiro do contrato, por conta de mudanças na incidência de tributos

De início, refute-se a inverídica afirmação do recorrente no sentido de que o Relator do acórdão impugnado teria alegado que “*não restou configurado que a instituição dos citados impostos e contribuições tenham criado dificuldades insuperáveis ou até impossibilitando a continuidade da vença, caracterizando-se, s.m.j., tão-somente percalços que também vêm sendo enfrentados por toda a sociedade*”, e, à conta dessa circunstância, concluído pela impertinência das alterações efetivadas nas condições financeiras do contrato.

Ao contrário, como expressamente se consignou no Voto condutor do Acórdão nº 045/99-Plenário, esta foi uma alegação da SECEX/SP, recolhida, aliás, em respeitável doutrina, que, não obstante, foi reputada pelo Relator como merecendo “*ser tratada com maiores minúcias*”. E, justiça seja feita, foi o que fez o eminente Relator, procedendo a um aprofundado exame doutrinário acerca da matéria, ao cabo do qual recolheu legitimamente requisitos para a invocação da teoria da imprevisão que não foram atendidos na espécie, especialmente aqueles concernentes à materialidade e a imprevisibilidade dos reclamados ônus verificados .

De fato, a criação de tributos relacionados à movimentação financeira teve impacto inexpressivo sobre o patrimônio da contratada, em face de que a atividade envolvida, execução de obras e prestação de serviços mediante remuneração direta, atenua o efeito cumulativo característico a esses tributos. Confirma esse fato o próprio pleito apresentado pela Incal Incorporações S. A para a readequação econômica do contrato, que atribuía ao IPMF e à CPMF uma participação de apenas R\$ 189.000,00.

Da mesma forma haverá de se concluir com respeito à retenção na Fonte do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro – CSSL, da Contribuição para Seguridade Social – Cofins e da contribuição para o PIS/PASEP, que, configurando-se como mera antecipação de encargos já existentes, jamais poderia ser qualificada como um fator “*gravemente convulsionador da economia do contrato*” (Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo”, p. 394, 7ª ed., Malheiros, 1995).

Enfrento a derradeira alegação do recorrente: a alteração da forma de correção monetária instituída pelo Plano Real, que justificaria a parcela de R\$ 9.080.958,43 do total de R\$ 34.088.871,11 da readequação econômico-financeira efetivada no valor do contrato.

Ora, o que o Plano Real modificou foi apenas a periodicidade dos reajustamentos para anual. Ademais, a forma como determinada a conversão dos valores para a nova moeda - pela média dos valores reais dos preços antigos - dificultou

dessa feita, quando não inviabilizou, conferir-se qualquer validade à alegação clássica apregoada nas outras experiências brasileiras com planos econômicos, ou seja, a de prejuízos em decorrência do expurgo da inflação passada.

Ainda, no que se refere às medidas introduzidas pelo Plano Real, o Supremo Tribunal Federal não acolheu a tese do recorrente quanto à ocorrência de violação da proibição constitucional de adoção de lei ofensiva ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), tendo sido normalmente aplicados aos diversos contratos celebrados em nosso país os novos critérios de reajustamento estabelecidos.

Finalmente, como vimos de expor com respeito às alegações concernentes às alterações de tributos, não tem o menor sentido invocar, como faz o recorrente, o preceito do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 55, II, “d”, do Decreto-lei nº 2300/86, para justificar a readequação econômico-financeira de contrato cuja execução era gravosamente desequilibrada contra a Administração, em face do inadimplemento do contratado aos seus encargos de execução das obras como contrapartida aos elevados pagamentos que percebia.

Voto, portanto, pelo improvimento do recurso do Sr. Nicolau dos Santos Neto.

IV

No que diz com o recurso do Sr. Délvio Buffulin, pelos mesmos fundamentos antes apresentados, dele conheço como um pedido de reexame.

Quanto à sua preliminar, a saber, a alegação de que a aplicação da multa importou violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, por se identificar com uma das questões suscitadas na primeira das preliminares articuladas pelo recorrente Nicolau dos Santos Neto, é aqui rejeitada pelas mesmas razões de direito antes expostas.

Quero apenas fazer um breve esclarecimento, em face da ponderação do recorrente na linha de que a multa não poderia ser aplicada em fiscalização por ser essa uma “*mera investigação [que] não tem como resultado a sanção*”.

Refuto-a firmado no que anteriormente consignei no tocante às diferenças entre processo de fiscalização e processo de contas, ao que acrescento apenas uma consideração, também aqui motivada pelo desconhecimento do recorrente quanto à disciplina jurídica aplicável no âmbito do controle externo.

É que, embora a terminologia possa ter confundido o recorrente, na Constituição Federal e na Lei nº 8.443/92, a categoria “fiscalização” não tem a ver com um mero procedimento preliminar de investigação, inquisitorial, com valor apenas instrutório para um subsequente procedimento onde se procede ao julgamento, análogo, como sustentado, ao inquérito policial.

Ao contrário, como já demonstrado, entre nós “fiscalização” diz respeito a um procedimento jurisdicional autônomo, a perseguir objeto distinto de um julgamento de contas, regulado por normas processuais específicas, e que, por expressa previsão constitucional (CF, art. 71, inc. VIII) e legal (Lei nº 8.443/92, art. 43, par. único), pode ser concluído com decisão de conteúdo sancionador em face de conduta antijurídica dos responsáveis

Passo ao exame do mérito.

No tocante ao argumento de que ele teria observado as orientações deste Tribunal, como bem observou a Unidade Técnica, absolutamente não se sustenta. Embora ciente da Decisão nº 231/96-Plenário, proferida em 08/05/1996, o recorrente não lhe deu cumprimento integral, ao ignorar a determinação para “*a efetivação de medidas com vistas ao prosseguimento da respectiva obra em obediência rigorosa às normas e preceitos contidos no atual Estatuto de Licitações e Contratos*”. Antes, permitiu o recorrente a continuidade do ajuste como se de coisa privada se tratasse, prosseguindo na prática de vultosos adiantamentos à construtora, sem qualquer preocupação com a correspondente contraprestação dos serviços de execução da obra

E não o impediu dessa prática, que importou na entrega à Incal Incorporações S. A., sem qualquer benefício para a Administração, do incrível montante de mais de R\$ 42.000.000,00 no período de 11/10/1996 a 16/03/1998, nem mesmo a convicção por ele externada na reunião que convocou e da qual participaram os representantes da Incal, o Juiz presidente da Comissão de Construção, Sr. Nicolau dos Santos Neto, e diversas outras autoridades judiciárias e administrativas do TRT-2ª Região, de que lhe parecia “*incompatível o estágio da obra com o desembolso financeiro já concretizado*” (vol. principal, fl. 196).

Logo, ao contrário do alegado, o que decorreu dos atos praticados pelo recorrente foi um gravíssimo prejuízo ao patrimônio público

Com respeito à tentativa do recorrente de evadir-se da sua responsabilidade como gestor dos recursos públicos, a pretexto de uma suposta conformação dos seus atos como de mera rotina, necessariamente vinculados a anteriores manifestações de outros agentes ou instâncias administrativas, acolho como razão de decidir a pertinente análise efetivada pela 10ª SECEX. Em especial, afigura-se absolutamente procedente a referência ao art. 39 do Decreto nº 93.872/86 - a rigor, ao art. 90 do Decreto-lei nº 200/67 - para refutar a idéia de que em tais casos a irresponsabilidade do gestor decorreria de cingir-se ele à “*assinatura de documentos para encaminhamento de processos administrativos*”, do que pôde a Unidade Técnica concluir:

“No caso de se tratar de contratos de grande complexidade, o ordenador de despesas deve cercar-se de agentes idôneos com aptidão técnica suficiente, para que estes o auxiliem corretamente na execução do contrato. Entretanto, os pareceres elaborados por tais agentes não têm força de legitimar a ação do ordenador de despesas que estará agindo, no mínimo, com culpa “in eligendo”. E, no caso em comento, competia ao Recorrente, na condição de Presidente, designar o representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato e os membros da Comissão da Construção do Fórum, como demonstra, respectivamente, o art. 67 da Lei nº 8.666/93 e o art. 122 do Regulamento Geral do TRT da 2ª Região”.

Acrescento aí apenas que a tese da irresponsabilidade administrativa dos gestores com respeito a atos administrativos para cujo aperfeiçoamento concorram outros agentes não tem acolhimento no direito positivo brasileiro, em razão da nossa Constituição impor que “*prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores público ou pelas quais a União responda, ou que, em nome desta, assum*

obrigações de natureza pecuniária” (CF, art. 70, par. único). E, como implicação desse princípio inerente ao regime republicano, o art. 71, II, da Constituição atribui a este Tribunal precisamente o dever de “*julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta*”.

Em suma, para dizê-lo com Goethe, “*quem não sabe prestar contas (...) permanece nas trevas ignorante e vive o dia que passa*”.

No tocante aos aditivos que modificaram às condições financeira do contrato, no essencial as alegações do recorrente se identificam com as apresentadas pelo Sr. Nicolau dos Santos Neto, pelo que reporto-me às considerações que a respeito delas antes desenvolvi ao examinar a questão.

Em particular, em face das restrições do art. 167, incs. I e VI, da Constituição Federal, não há como aceitar a tese do recorrente no sentido da possibilidade de utilização, na propalada “readequação econômica do contrato”, da dotação de R\$ 22.000.000,00, que fora destinada, segundo informado ao Ministério Público Federal pelo próprio recorrente, para aquisição de equipamentos, implantação de serviços de telefonia e eletricidade e obras no estacionamento do futuro prédio do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo. Fato esse que, aliás, como registrado na análise da 10ª SECEX, motivou a propositura de ação judicial por parte da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, tendo em vistas a sua conformação como ato de improbidade administrativa.

Diante do exposto, voto por negar-se provimento ao recurso do Sr. Délvio Buffulin.

V

Alfim, examino o recurso do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, representado nos autos pelo seu então Presidente, Sr. Floriano Vaz da Silva

Pelas mesmas razões já consignadas e porque atendidos os requisitos legais, conheço dele como um pedido de reexame. Não obstante, conheço dele apenas em parte, pelo que de imediato se expõe

É que questionou, de início, o recorrente a alusão feita no “*v. acórdão (...), no item 48, a eventual crédito da Incal Incorporações S.A. contra a União Federal, na quantia de R\$ 15.120.214,63 (quinze milhões cento e vinte mil duzentos e quatorze reais sessenta e três centavos), apurado no item 20, relativo às modificações do sistema de reajuste, equivalente a 15.476.166,4585 UFIRs*”, alegando-se que “*a forma de apuração desse crédito, data vênua, não considerou de forma correta os índices pactuados tampouco os expurgos determinados pela legislação*”

Com base nisso, concluiu o recorrente pleiteando fossem determinadas diligências para, também considerando planilhas por ele elaboradas, refazer os cálculos acima indicados.

Corrijo essa ponderação para notar que a passagem à que se referiu o recorrente não constou do acórdão prolatado por este Colegiado mas sim do voto ao acórdão conducente apresentado pelo Relator, Ministro Adhemar Ghissi. Essa circunstância, antevê-se logo, é decisiva para a viabilidade do pleito do recorrente.

O recurso, sabem todos, só se presta para corrigir a situação jurídica afetada pelo provimento jurisdicional, e esse efeito só pode ser produzido pelo comando

expressamente contido na parte decisória do provimento jurisdicional - no dispositivo, para usar a terminologia da nossa lei processual. Logo, não havendo comando judicial gravoso a alguém, não haverá sucumbência e, sem essa, interesse em recorrer. Como ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, “*não haverá interesse em recorrer, se o recorrente impugnar tão-somente o **fundamento** da decisão, pois o recurso deve atacar o dispositivo do ato judicial recorrido*” (in “Código de Processo Civil Comentado”, p. 963, 4ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1999).

De conseguinte, por não haver o Acórdão nº 045/99-Plenário assentado qualquer comando com o conteúdo mencionado pelo recorrente, não é de conhecer-se essa parte do seu recurso, uma vez que não atendido um dos seus requisitos intrínsecos: o interesse em recorrer.

Sem embargo, a fim de evitar mal-entendidos nessa questão, julgo pertinente um esclarecimento.

A referência a um suposto crédito no valor de R\$ 15.120.214,63 foi feita no voto condutor do Acórdão nº 045/99-Plenário no contexto da análise das alegações da empresa de que os planos econômicos implementados pelo Governo teriam acarretado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Como consignou o Relator naquele voto, com “*o fito de aferir a pertinência, ou não, de tais assertivas, elaborei, em meu Gabinete, uma planilha de cálculos (anexa) - que, desde já, solicito seja considerada como parte integrante deste Voto - que nada mais é que uma simulação da execução do contrato ceteris paribus, ou seja, uma simulação de como teria sido a execução financeira do contrato se nenhuma alteração houvesse ocorrido. Tem-se, portanto, o contrato tal como efetivamente assinado, sem aditivos; ignoram-se os planos econômicos introduzidos e as modificações nos critérios de reajustes. Foi mantido, pois, para essa nossa planilha, o critério pactuado (reajuste mensal pelo índice SINDUSCON-SP e reajuste diário pela UFIR). (...).O objetivo dessa planilha é confrontar o total efetivamente pago à Construtora (após o advento dos planos econômicos e a alteração das cláusulas contratuais de reajustamento) com aquilo que fora pactuado*” (vol. principal, fls. 528/529).

E, ainda, segundo o Relator, “*retornando aos dados obtidos a partir da Planilha que elaborei, resta patente que após o pagamento efetuado em 16.03.98 (o último deles, consoante dados constantes dos autos), restaria, ainda, à Contratada um saldo contratual favorável de R\$ 15.120.214,63. É, portanto, pertinente a afirmação da Contratada de que os planos econômicos introduzidos pelo Governo Federal acarretaram o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, implicando na redução da equação inicialmente pactuada*” (vol. principal, fl. 529).

Aqui está o ponto importante: a lógica financeira da planilha levaria legitimamente à conclusão dela extraída se, e apenas se, a entidade contratada também estivesse dando cumprimento aos encargos por ela assumidos no contrato de proceder à construção do prédio como contrapartida da remuneração que percebia. Logo, é apenas um exercício hipotético considerar qual teria sido **a execução financeira de todo o contrato** se não houvesse a implementação de tal ou qual plano econômico, se, ao mesmo tempo, não se considerar qual era **a execução física da obra**, que se impunha à contratada como encargo correspondente aos pagamentos efetivados pela

Administração. Como dissemos antes, é somente nessas bases que se pode falar apropriadamente em qualquer direito ao reestabelecimento do equilíbrio financeiro de um contrato administrativo.

E aí, como bem assinalou a 10ª SECEX, a inspeção realizada em cumprimento ao determinado na alínea “d” do Acórdão nº 045/99-Plenário comprovou “*que a empresa Incal recebeu muito mais do que realizou nas obras objeto do contrato administrativo*”, pelo que, por meio da Decisão nº 469/99-Plenário, “*a quantificação do débito (...) foi devidamente recalculada, apurando-se um valor de R\$ 169.491.951.15*”.

Portanto, havendo sido realizada inspeção específica para apurar a real condição em que se deu a execução física e financeira do contrato e, com base nela, concluído este Tribunal pela inexistência de qualquer crédito a favor da empresa contratada, mas, ao contrário, pela configuração de elevado dano ao patrimônio público para o qual a própria contratada contribuiu, resta prejudicado, nesse ponto, o pleito do recorrente.

Com respeito às demais alegações do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, aquiesço à proposta da 10ª SECEX, também perfilhada pelo Ministério Público, no sentido de se considerar prejudicada a parte da alínea “f” do Acórdão nº 045/99-Plenário que determinara a adoção de medidas com vistas à continuidade da obra, mediante a contratação, em certame licitatório, de nova empresa construtora. Uma vez efetivada a transferência da administração do imóvel, inacabado, para a Secretaria do Patrimônio da União, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, torna-se obviamente impossível o cumprimento daquela determinação

Portanto, nessa parte, é de se prover o recurso.

Enfrento, por fim, a questão da anulação do contrato.

Como vimos, este Tribunal determinou ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que promovesse “*a nulidade do contrato, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/93, em vista da diversidade de efeitos da declaração de nulidade e da rescisão unilateral do contrato, noticiando ao Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, acerca das providências adotadas*” (parte final da alínea “f” do Acórdão nº 045/99-Plenário).

O recorrente sustentou que solução mais adequada já havia sido adotada, consistente na rescisão do contrato. Argumenta, forte em parecer de jurista consultado, que “*ainda que juridicamente possa parecer mais adequada a anulação da licitação e da avença, não se pode olvidar que, do ponto de vista estritamente do interesse público e da economicidade, verifica-se ser mais apropriada a rescisão do contrato, afim (sic) de que tanto a obra iniciada como o bem adquirido permaneçam incorporados ao patrimônio público*”.

Como consignado no Relatório, na sua manifestação final, a Unidade Técnica, com a chancela do Ministério Público, opinam por manter-se inalterada essa determinação do Tribunal

Evidentemente, essa questão em nada afeta as deliberações já proferidas pelo Tribunal, aqui como no TC-700.115/1996-0, no sentido da citação dos responsáveis, para apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres públicos o débito decorrente do dano que se vislumbrou ter sido imputado ao erário. Isso porquanto a

razão de ser desse dano, o desvio de R\$ 169.491.951,15, em valores de abril de 1999, do total de R\$ 231.953.176,75 repassados ao TRT-2ª Região para a construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, não deixa de existir segundo se trate de hipótese de anulação ou de rescisão do contrato administrativo.

Não obstante, foi essa determinação que ensejou a impetração do mandado de segurança junto ao STF, em cujo âmbito se proferiu a liminar que, segundo entendeu-se, retirava a eficácia integral tanto do Acórdão nº 045/99-Plenário quanto da Decisão nº 469/99-Plenário

E - julgo oportuno trazer ao conhecimento deste Colegiado - não foi por se considerar que este Tribunal tinha competência para determinar a anulação do contrato, em detrimento da rescisão que dele efetivara o TRT-2ª Região, que o Supremo Tribunal Federal indeferiu aquele mandado de segurança.

Não, não foi esse o fundamento do voto revisor vencedor, mas sim o entendimento de que a deliberação deste Tribunal não tinha um efeito desconstitutivo do contrato - como sustentara o impetrante e acolhera o Relator do *writ* - mas meramente mandamental. É dizer, considerou-se que a determinação deste Plenário limitara-se a ordenar ao TRT-2ª Região a proceder à anulação do contrato. Somente essa providência da Administração é que poderia ter eficácia desconstitutiva do contrato.

É nesse ponto que exsurge um aspecto relevante que não pode ser desconsiderado ao ensejo do exame do presente recurso. Na argumentação condutora do indeferimento do mandado de segurança, mencionou-se que não seria aquele momento o apropriado para decidir se, ao dar cumprimento à determinação que recebeu deste Plenário, o TRT-2ª Região poderia simplesmente promover à decretação administrativa da nulidade do contrato ou, ao contrário, deveria propor ação específica para alcançar tal fim - como sustentado na impetração.

Portanto, penso que a decisão a ser tomada por este Tribunal deve atentar para essa faceta da questão.

E aí, com independência de qualquer consideração pragmática quanto ao que seja mais interessante para este Tribunal, parto de uma conclusão que reputo inapelável: a hipótese que enfrentamos nestes autos é de ordem a reclamar a nulidade do contrato.

O quadro teratológico com que aqui nos deparamos teve a sua gênese já no edital de licitação, a contemplar objeto supostamente alternativo; na realidade, e inviabilizar a participação dos 29 potenciais interessados que retiraram o edital e, não tivessem sido apenas 3 os que dentre eles apresentaram propostas – a Incal Indústria e Comércio de Alumínio Ltda, o Grupo OK de Construções e Incorporações S. A., em consórcio com a Construtora Augusto Veloso S.A. e a Empreendimentos Patrimoniais Santa Gisele Ltda –, das quais apenas as duas primeiras lograram ultrapassar a fase de qualificação, também a própria escolha da proposta mais vantajosa para Administração.

Afinal, que dons deveria ter uma Comissão de Licitação para poder comparar, e entre elas aferir como a proposta mais vantajosa, coisas tão diferentes e de preços tão desproporcionados como:

i) um “Imóvel construído, pronto, novo ou usado. Nessa hipótese deverá acompanhar a proposta técnica, projeto de adaptação com o respectivo prazo de execução e entrega, que atenda as necessidades das Juntas de Conciliação e Julgamento, que deverá, em caso de aprovação, ser implantado pelo concorrente sob sua total responsabilidade”;

ii) com um “Imóvel em construção, independentemente do estágio da obra (início, meio ou fim), deverá acompanhar a proposta técnica, projeto de adaptação com o respectivo prazo de execução e entrega, que atenda as necessidades das Juntas de Conciliação e Julgamento, que deverá, em caso de aprovação, ser implantado pelo concorrente sob sua total responsabilidade”;

iii) com um “Terreno com projeto aprovado que deverá acompanhar projeto de adaptação que atenda as necessidades das Juntas de Conciliação e Julgamento”;

iv) com um “Terreno com projeto elaborado especificamente para a instalação das Juntas de Conciliação e Julgamento”.

A isso se seguiu a execução do contrato, desde o seu primeiro dia, como se de índole privada fosse; afinal, assim caracterizado por quem a contratada consultou: uma simples aquisição de imóvel na modalidade compra e venda de coisa futura *emptio rei speratae*; talvez, uma aquisição de imóvel no sistema de preço fechado; quem sabe uma aquisição de imóvel pronto e acabado, “chaves na mão”; e por que não um contrato privado *sui generis*?

Execução essa que, na prática, apenas significou o contínuo, sistemático, deliberado, adiantamento de pagamentos à empresa privada contratada sem qualquer contraprestação em benefício da Administração, importando, sabemos todos agora, um desvio de recursos públicos de mais de R\$ 169.000.000,00.

Portanto, impõe-se a decretação de nulidade do contrato em questão, o que apenas pode ser feito segundo os procedimentos estabelecidos na Constituição e na lei. Nesse caso, como bem assentou a 10ª SECEX, a quantia de R\$ 62.461.225,60, equivalente ao valor que a contratada aplicou na construção, do total de R\$ 231.953.176,75 que o erário efetivamente despendeu, é o que poderá corresponder à indenização a que ela eventualmente faça jus

No ponto, dispõe a nossa Carta:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

(...)

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito”.

O comando constitucional deixa claro que o constituinte instituiu, no âmbito do exercício da função de controle externo, um procedimento específico para o acerto das situações jurídico-administrativas, quer digam respeito a atos quer a contratos, que se apresentam desconformes ao Direito. E, uma vez executado com observância de todos os preceitos constitucionais e legais atinentes, esse procedimento pode inequivocamente promover a desconstituição de contratos administrativos firmados e executados com violação ao Direito.

Esse procedimento de matriz constitucional foi concretizado, na nossa Lei Orgânica, no âmbito dos processos de fiscalização de atos e contratos, consoante o preceituado no seu art. 45, e com essa conformação é que foi observado no caso em discussão

Portanto, a determinação inserta na parte final da alínea “F” do Acórdão nº 045/99 desencadeou a medida constitucional, ínsita ao procedimento de fiscalização, reclamada para a regularização das impropriedades verificadas neste caso, com a adoção do que contemplado no inciso IX do art. 71 da Lei Maior: este Tribunal assinou “*prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”.

Impugnada pelo recurso de que ora se cuida, aquela determinação terá a sua eficácia revigorada com o não provimento desse apelo, já que, como demonstrado, a hipótese dos autos é efetivamente de nulificação do espúrio contrato

Daí decorrerá a necessidade de o TRT-2ª Região se posicionar em face da determinação deste Tribunal, o que suscita uma questão jurídica importante: como poderá o órgão público efetivar a medida que ele considera juridicamente imprópria e cujos pressupostos fáticos são distintos daqueles que reconheceu existentes para adotar a medida que julgou conforme ao Direito. Em suma, como poderá um órgão público vir a ser obrigado a dar à sua vontade um conteúdo contrário ao que julga conforme ao Direito?

E, mais ainda, estaria alcançada essa eventual providência do TRT-2ª Região pelo prazo decadencial de 5 anos impeditivo da anulação de atos administrativos fixado no art. 54 da Lei nº 9.784/99? Ou no caso em exame seria essa restrição superada pela cláusula de exceção decorrente da má-fé dos atingidos pela anulação?

Penso que essa situação encontra a sua solução naquela adotada ordinariamente em nosso Direito quando se cuida de questionar judicialmente um determinado ato ou contrato administrativo. É dizer, apenas um provimento jurisdicional externo à vontade do órgão - tipicamente na via judicial, mas também na via da função de controle externo firmada na Constituição Federal - é que poderia impor-lhe a realização da conduta que ele reputa não jurídica, mas assim não valorada por quem a julgou, ou, eventualmente, que a lei lhe impede.

De conseguinte, penso que, deixando o TRT-2ª Região de proceder à anulação do contrato, seja por continuar a considerar a sua rescisão a providência adequada à espécie, seja por se considerar juridicamente impedido de fazê-lo, deverá este Tribunal dar continuidade ao *iter* estabelecido na Constituição, uma vez expirado o prazo de 30 dias assinado ao órgão público.

No caso, tratando-se de contrato, caberá ao Tribunal desse fato dar ciência ao Congresso Nacional, para que, consoante determinado no § 1º do art. 71 da nossa Lei Maior, adote ele diretamente a providência que se impõe.

Portanto, rejeito essa alegação do recorrente.

Em conclusão, com respeito ao recurso do TRT-2ª Região, voto por que se lhe dê provimento apenas na parte em que antes mencionei.

VI

Por último, deixo de me manifestar quanto à proposta da 10ª SECEX de juntada destes autos às contas do TRT-2ª Região do exercício de 1995, pois que, como bem observou o Ministério Público, cuida-se aqui agora tão-somente da apreciação dos recursos interpostos contra as deliberações do Tribunal, cabendo o exame da conveniência ou não de uma tal providência apenas ao Relator originário do feito.

Pelo exposto, acolhendo a manifestação da Unidade Técnica e do Ministério Público, Voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à consideração deste Plenário

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator.

Retornam os autos a esta procuradoria, ante o r. despacho de V. Exa., à fl. 108, para nova intervenção, com vistas a que sejam considerados os reflexos da Decisão nº 591/2000-Plenário (fl. 117), decorrente do prosseguimento, nas contas ordinárias do TRT-SP relativas aos exercícios de 1992 a 1998, à análise das irregularidades ocorridas na obra de construção do Fórum Trabalhista de São Paulo.

Além dessa decisão, interfere também nos recursos objeto da presente análise o indeferimento, pelo E. Supremo Tribunal Federal, do mandado de segurança nº 23.560-8 (fl. 121), que, em liminar, suspendia a eficácia do Acórdão nº 45/99 e da Decisão nº 469/99, proferidos nesta tomada de contas especial.

Diante dessa nova situação, o Sr. Analista, em conjunto com o Sr. Diretor da 10.ª SECEX, apresenta proposta (fl. 136) no sentido de que: (a) sejam conhecidos os recursos dos senhores DÉLVIO BUFFULIN, NICOLAU DOS SANTOS NETO e FLORIANO VAZ DA SILVA, como pedidos de reexame, para negar provimento aos dois primeiros e dar provimento parcial ao terceiro, excluindo-se da alínea f do Acórdão nº 45/99-Plenário a determinação para que o TRT-SP providenciasse a continuidade das obras; e (b) sejam considerados prejudicados os recursos interpostos por este Ministério Público contra o Acórdão nº 45/99 e a Decisão nº 469/99, ambos do Plenário.

O Sr. Secretário da 10.ª SECEX, concordando com o posicionamento anterior, sugere, na linha da Decisão nº 591/2000, a juntada dos presentes autos às contas do TRT-SP relativas ao exercício de 1995 (fl. 137).

II

No que concerne aos recursos dos senhores DÉLVIO BUFFULIN, NICOLAU DOS SANTOS NETO e FLORIANO VAZ DA SILVA contra o Acórdão nº 45/99-222

R. TCU, Brasília, v. 31, n. 86, out/dez 2000

Plenário, conforme já havíamos manifestado anteriormente (fl. 101), concordamos com a proposta mencionada da 10.^a SECEX (alíneas **a**, **b** e **c**, à fl. 136), salvo quanto à espécie recursal, que sustentamos ser recurso de reconsideração, e não pedido de reexame.

Entendemos que se trata de um caso fronteiroço – por isso a dificuldade –, vez que os recursos foram interpostos dentro de uma faixa de transição, em que a natureza do processo fora modificada de *fiscalização para contas especiais*. Isso porque os recursos atacam deliberações do mesmo Acórdão que converteu o presente processo em tomada de contas especiais (alínea **c** do Acórdão nº 45/99).

Optamos pelo conhecimento do recurso como RECONSIDERAÇÃO, porque consideramos que a referida alínea **c** do Acórdão nº 45/99-Plenário, em que o Tribunal converteu, com fulcro no art. 47 da Lei nº 8.443/92, o presente processo em tomada de contas especial, não foi atacada pelos recorrentes.

Assim, a eficácia dessa cláusula, desde a publicação do Acórdão, manteve-se intacta, significando isto que, desde aquela data, este processo, embora originário de uma fiscalização, deixa de ter essa natureza para assumir o *status* de contas especiais, de modo que o recurso aplicável é o de reconsideração, e não o de reexame

III

Quanto aos recursos interpostos pelo Ministério Público, corroboramos o entendimento da 10.^a SECEX, no sentido de que estariam prejudicados.

O recurso contra o Acórdão nº 45/99-Plenário, que pretendia a supressão da determinação para que o TRT-SP anulasse o contrato celebrado com a INCAL, perde sentido com indeferimento do mandado de segurança nº 23.560-8 pelo STF, vez que com essa decisão resta fortalecido o acerto jurídico da Decisão proferida pelo TCU, do qual em momento algum duvidamos, bem como desaparece o obstáculo ao prosseguimento da análise e julgamento desta tomada de contas especial, que era o objetivo precípua do recurso em foco.

Já o recurso contra a Decisão nº 469/99-Plenário, que pretendia a inclusão do Grupo OK entre os responsáveis solidários pelo ressarcimento ao erário, fica prejudicado em virtude da adoção dessa medida na Decisão nº 591/2000.

Diante desses fatos e não obstante o fato de estarem prejudicados, deixando de existir as razões que motivaram os mencionados recursos, este representante do Ministério Público junto ao TCU, solicita a DESISTÊNCIA dos recursos que interpôs contra o Acórdão nº 45/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário.

IV

No que concerne à proposta do Sr. Secretário da 10.^a SECEX., no sentido de juntada deste processo às contas do TRT-SP de 1995, pensamos que talvez não seja este o momento dessa decisão.

O presente momento processual diz respeito apenas ao julgamento dos recursos supramencionados e nisso deve-se concentrar essa decisão.

Superada essa fase, aí sim, o Tribunal haverá de decidir em que processo – se nesta tomada de contas especial ou nas contas ordinárias do TRT-SP de 1992 a 1998

– dará prosseguimento à análise dos fatos ocorridos na obra do Fórum Trabalhista de São Paulo.

Embora os dois processos sejam aptos e idôneos à condução do caso, é certo que não podem fazê-lo simultaneamente, sob pena de litispendência.

Dissemos os dois processos são aptos e idôneos para tratar a questão, pois a apuração de prejuízos ao erário, com vistas ao devido ressarcimento, tanto pode ser realizada em contas ordinárias ou em contas especiais. Importa que sejam contas. É a interpretação que damos ao inciso II do art. 71 da Constituição Federal e aos arts. 1º, I, e 8º da Lei nº 8.443/92.

Sendo os responsáveis pelo prejuízo também responsáveis em contas ordinárias, estas são, em regra, o instrumento próprio e adequado para alcançar o ressarcimento. Contudo, nada impede que o Tribunal, em face das circunstâncias do caso, decida apurar os fatos irregulares, isoladamente dos outros atos e fatos da gestão ordinária, em processo apartado de contas especiais, desde que: (a) a fim de evitar a litispendência, tais fatos irregulares passem a ser apreciados exclusivamente na tomada de contas especial; e (b) a fim de traduzir nas contas ordinárias a completude da gestão, deverão ser considerados os reflexos do julgamento das contas especiais no julgamento das contas ordinárias, para tanto pode ser necessário o sobrestamento destas últimas.

No presente caso, após julgados os recursos, pensamos que a melhor alternativa seria a continuidade da apreciação da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo nesta tomada de contas especial, aproveitando-se os atos citatórios e as alegações de defesa decorrentes da Decisão nº 591/2000-Plenário, proferida nas contas ordinárias. Bastando para tanto a extração desses elementos das contas ordinárias e incorporação deles às contas especiais.

No entanto, deixamos esta sugestão para o momento oportuno.

V

Isso posto, manifesta-se este representante do Ministério Público de acordo com a proposta oferecida pela Unidade Técnica nas alíneas de **a**, **b**, **c** e **f**, à fl. 136, salvo quanto a natureza dos recursos interpostos pelos senhores DÉLVIO BUFFULIN, NICOLAU DOS SANTOS NETO e FLORIANO VAZ DA SILVA, que entendemos ser de reconsideração, não de pedido de reexame.

Quanto aos recursos interpostos pelo Ministério Público contra o Acórdão nº 45/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário, deixando de existir as razões que os motivaram, solicitamos a DESISTÊNCIA deles.

Quanto à proposta do Sr. Secretário da 10.ª SECEX, de juntada deste processo às contas ordinárias do TRT-SP relativas aos exercícios de 1992 a 1998, pensamos não ser este o momento oportuno para essa decisão, vez que se cuida aqui apenas do julgamento dos recursos retromencionados. Superada essa fase, poderá então o Tribunal deliberar acerca do processo – se nesta tomada de contas especial ou nas contas ordinárias do TRT-SP de 1992 a 1998 – em que dará prosseguimento à análise dos fatos ocorridos na obra do Fórum Trabalhista de São Paulo.

ACÓRDÃO Nº 298/2000-TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo nº TC 001.025/1998-8
2. Classe de Assunto: I – Pedidos de Reexame
3. Interessados: Nicolau dos Santos Neto, Délvio Buffulin, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e Ministério Público junto ao TCU
4. Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região
5. Relator: Ministro Adylson Motta
6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado
7. Unidade Técnica: 10ª SECEX
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria.

Considerando a interposição de recursos por parte do Sr. Nicolau dos Santos Neto, do Sr. Délvio Buffulin e do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região contra o Acórdão nº 045/99-Plenário (Ata 16/99) e, por parte do Ministério Público junto ao TCU, contra o Acórdão nº 045/99-Plenário e a Decisão nº 469/99-Plenário (Ata 32/99);

Considerando que, analisadas as circunstâncias fáticas à luz do disposto na Lei nº 8.443/92, esses recursos se qualificam como pedidos de reexame;

Considerando a desistência formulada pelo Ministério Público junto ao TCU no tocante aos recursos que interpôs;

Considerando que, embora atendendo os requisitos para a sua admissibilidade, os recursos interpostos pelos Srs. Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin, como demonstrado no precedente Voto, não apresentaram qualquer elemento de fato e de direito apto a justificar a invalidação ou a modificação das deliberações deste Tribunal;

e

Considerando que, ante os fundamentos do precedente Voto, o recurso interposto pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região não demonstrou aptidão para ser conhecido na parte em que atacava conteúdo não constante do dispositivo do provimento jurisdicional prolatado pelo Tribunal, e, na parte em que passível de admissão, revelou-se em condições de justificar a supressão da determinação, inserta na alínea “F” do Acórdão nº 045/99-Plenário, para que fossem adotadas medidas com vistas à continuidade, mediante a contratação, em certame licitatório, de nova empresa, das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, tendo em vista a transferência da administração do imóvel, inacabado, para a Secretaria do Patrimônio da União/MPOG;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 32 e 33 c/c art. 48 da Lei nº 8.443/92, em:

¹ Publicado no DOU de 15/12/2000 com republicação no DOU de 09/02/2001, do inteiro teor do Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam, por motivo de supressão de parte do texto do referido Voto.

a) conhecer dos pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Nicolau dos Santos Neto e Délvio Buffulin contra o Acórdão nº 045/99-Plenário, para, no mérito, negar-lhes provimento;

b) conhecer parcialmente do pedido de reexame interposto pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região contra o Acórdão nº 045/99-Plenário, para, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, suprimindo-se da alínea “F” do mencionado acórdão a determinação para que sejam adotadas medidas com vistas à continuidade, mediante a contratação, em certame licitatório, de nova empresa, das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo;

c) considerar extinto o procedimento recursal no tocante à iniciativa do Ministério Público junto ao TCU;

d) dar ciência aos recorrentes da presente deliberação;

e) enviar cópia do presente Acórdão, bem assim do Relatório e Voto que o fundamentam, à **Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, à Procuradora-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo e ao Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho; e**

f) devolver os autos ao Relator originário do feito, com vistas ao prosseguimento do exame das questões não atinentes à matéria de recurso.

9. Ata nº 47/2000 – Plenário

10. Data da Sessão: 29/11/2000 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Valmir Campelo, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

IRAM SARAIVA
Presidente

ADYLSON MOTTA
Ministro-Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral