

**REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

**REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Pede-se permuta * Piedese canje * Man bittet um austauch * We
ask for exchange * On demand l'echange * Si richiere lo scambio

Responsabilidade Editorial

Instituto Serzedello Corrêa
Serviço de Editoração e Publicações - Sedip
SEPN, Av. W3 Norte, Quadra 514, Bl. B, Lote 7
70760-527 Brasília-DF
Fone: (61) 340-3215 e 340-3217

Fundador

Ministro Iberê Gilson

Supervisor

Ministro Humberto Guimarães Souto

Conselho Editorial

José Antonio Barreto de Macedo, Lucas Rocha Furtado, Rosângela Paniago Curado Fleury, Eugenio Lisboa Vilar de Melo, Ricardo de Mello Araújo e José Nagel

Divisão de Pesquisa e Publicações

Lúcia Helena Serejo Galeotti

Serviço de Editoração e Publicações

Cilma Helena Villela Blumm Ferreira

Os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores

Revista do Tribunal de Contas da União -- v.1, n.1 (1970-). --
Brasília: TCU, 1970-

Trimestral

De 1970 a 1972, periodicidade anual; de 1973 a 1975,
quadrimestral; de 1976 a 1988, semestral.

ISSN 0103-1090

1. Direito - Periódicos - Brasil. I Tribunal de Contas da União.

CDU 340.142 (81) (05)

CDD 340.605



Tribunal de Contas da União

Ministros

Iram Saraiva, Presidente
Humberto Guimarães Souto, Vice-Presidente
Adhemar Paladini Ghisi
Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça
Bento José Bugarin
Valmir Campelo
Adylson Motta
Walton Alencar Rodrigues
Guilherme Palmeira

Ministros-Substitutos

José Antonio Barreto de Macedo
Lincoln Magalhães da Rocha
Benjamin Zymler

Ministério Público

Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral
Jatir Batista da Cunha, Subprocurador-Geral
Paulo Soares Bugarin, Subprocurador-Geral
Ubaldo Alves Caldas, Subprocurador-Geral
Maria Alzira Ferreira, Procuradora
Marinus Eduardo de Vries Marsico, Procurador
Cristina Machado da Costa e Silva, Procuradora

BIOGRAFIA DE RUI BARBOSA



No ano em que se comemora o sesquicentenário de nascimento de Rui Barbosa, o Tribunal de Contas da União vem homenagear esse ilustre brasileiro, criador, patrono e intérprete desta Corte de Contas, cujas lições de estadista e homem público servem como referência até os dias atuais.

Rui Barbosa nasceu em 5 de novembro de 1849, em Salvador, Bahia, filho de João José e Maria Adélia Barbosa de Oliveira. Cedo se destacou como orador, pronunciando, em 1865, no Ginásio Baiano, onde estudava, seu primeiro discurso público. No ano seguinte, com 16 anos, ingressou na Faculdade de Direito do Recife, transferindo-se, em 1868, para a Faculdade de Direito de São Paulo.

Defensor da libertação dos escravos, publicou seu primeiro artigo abolicionista em 1869, no jornal Radical Paulistano, por ele criado. Em 1870, apresentou à Loja América - sociedade maçônica à qual era filiado - projeto de educação popular e libertação de crianças do sexo feminino, nascidas de escravas pertencentes aos maçons. No mesmo ano se diplomou bacharel em direito e regressa à Bahia. Em 1872, iniciou carreira de advogado, passando a colaborar no jornal Diário da Bahia.

Em 1876, casou-se com Maria Augusta Viana Bandeira, de tradicional família baiana, elegendo-se dois anos depois deputado provincial na Bahia. No final do mesmo ano foi eleito deputado geral para a Câmara do Império como representante daquele estado, cargo para o qual foi reeleito em 1881. Em sua atuação na Câmara do Império, redigiu o projeto de reforma eleitoral conhecido como “Lei Saraiva”, que previa a substituição do sistema vigente de eleições indiretas pelo voto direto. Apresentou, também, parecer e projeto de reforma do ensino secundário e superior e posteriormente, do ensino primário.

No ano de 1884, recebeu de D. Pedro II o título de Conselheiro pelos serviços prestados à causa da instrução pública. Redigiu, então, o projeto de lei e parecer sobre a emancipação progressiva dos escravos, conhecido como “Projeto Dantas”. Este projeto foi rejeitado na Câmara por dar liberdade aos escravos, a partir dos 60 anos, sem indenizar os senhores.

Com a proclamação da República, em 1889, foi nomeado vice-chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, elaborando quase todos os atos iniciais do novo regime, inclusive redigindo o texto definitivo do projeto da Constituição Republicana. Foi a Carta Magna de 1891 que elevou à categoria de órgão constitucional o Tribunal de Contas da União, já instituído pelo Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, sob inspiração do próprio Rui Barbosa.

Em 1890, elegeu-se senador pela Bahia, demitindo-se, no ano seguinte, do Governo Provisório. Em 1892 impetrou, no Supremo Tribunal Federal, o primeiro *habeas-corpus* da República, em favor dos presos políticos perseguidos pelo Presidente Floriano Peixoto, além de reeleger-se senador pelo seu estado. No ano de 1893, após tornar-se sócio e diretor do Jornal do Brasil, foi obrigado a se exilar na Inglaterra por sua oposição aberta a Floriano Peixoto, que tinha mandado fechar aquele jornal por um ano. Ao regressar do exílio em 1895, retomou as atividades de advogado, jornalista e político.

Eleito relator da Comissão Especial do Senado, em 1902, apresentou parecer sobre o projeto de Código Civil, elaborado por Clóvis Beviláqua, em que questionou o estilo e a gramática do projeto, iniciando a polêmica que resultou em sua célebre “Réplica”. No ano seguinte foi nomeado para a representação brasileira na “Questão do Acre”, envolvendo limites territoriais entre Brasil e Bolívia, mas ficou pouco tempo nesta função por discordar da decisão tomada pelo Barão do Rio Branco a favor da indenização pelo território em litígio.

Em 1907, Rui Barbosa foi nomeado delegado e embaixador extraordinário e plenipotenciário do Brasil para a Conferência de Paz em Haia, Holanda. Nesta assembléia diplomática internacional recebeu, por sua atuação, o cognome “Águia de Haia”.

Um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras, que presidiu a partir de 1908, sucedendo Machado de Assis, Rui defendeu a educação como um dos pontos fundamentais da modernidade e da conscientização de direitos.

Depois de passar por cargos públicos como de deputado, vice-chefe de governo provisório que operou a transição entre a monarquia e a república, ministro da Fazenda e senador, em 1909, concorreu à presidência da República, iniciando a campanha civista. Mesmo tendo sido aclamado pelo eleitorado, perdeu a eleição para o candidato militar Hermes da Fonseca, resultado que contesta no Senado, por acreditar ter sido fraudado. Apresentou, também, à época, projeto de anistia para os marinheiros que participaram da “Revolta da Chibata”.

Nomeado embaixador extraordinário e plenipotenciário do Brasil nas comemorações do Centenário da Independência da Argentina, em 1916, proferiu na Faculdade de Direito de Buenos Aires a conferência conhecida como “O Dever dos Neutros”. Em 1917, participou de manifestações populares contra a agressão aos navios brasileiros pelos alemães. No mesmo ano, convocado pelo Presidente Venceslau Brás, participou da reunião em que se decidiu revogar a neutralidade do Brasil decretada no início da 1ª Guerra Mundial.

Em 1918, foi homenageado pelos 50 anos de atividades políticas e contribuições ao país, comemorados com o Jubileu Cívico.

Nas eleições de 1919, candidatou-se novamente à Presidência da República pela oposição, divulgando plataforma com avançado plano de reformas para o país, em que destacou a questão social. A eleição foi vencida por Epitácio Pessoa. Ainda nesse ano, participou da campanha sucessória na Bahia. No ano de 1920, escreveu, como paraninfo dos bacharelados da Faculdade de Direito do Largo do São Fran-

cisco, em São Paulo, o famoso discurso “Oração aos Moços”, em que se revelou sereno, sábio e amadurecido pela sua trajetória de vida.

No ano de 1921, foi eleito pela Liga das Nações juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional de Haia, com a maior votação dentre todos os candidatos.

Rui Barbosa faleceu em 1º de março de 1923, aos 73 anos de idade, e foi enterrado no Rio de Janeiro com honras de Chefe de Estado. Em 1949, no centenário de seu nascimento, seus restos mortais foram trasladados para o Tribunal de Justiça de Salvador, cujo Fórum hoje se chama Rui Barbosa.

DOCTRINA	15
O PROCESSO DE CONTAS NO TCU: O CASO DE GESTOR FALECIDO Augusto Sherman Cavalcanti	17
O MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS: HISTÓRIA, CONFLITOS E IMPORTÂNCIA NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO Gustavo Magalhães Lordello	28
CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira	50
ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TCU	57
CHESF - INSPEÇÃO. ATOS DE GESTÃO RELATIVOS A CONTAS ORDINÁRIAS JÁ JULGADAS. SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - Representação Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues	59
STJ - ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS POR SERVIDOR - Pedido de Reexame Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi	75
CÂMARA DOS DEPUTADOS - INTERPRETAÇÃO DO ART. 46 DA LEI Nº 8.112/90, ALTERADO PELA LEI Nº 9.527/97 - Consulta Ministro-Relator Adylson Motta Ministro-Revisor Lincoln Magalhães da Rocha	82
SUFRAMA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA REGRA DE LICITAÇÃO COM ENTIDADES CONVENIENTES - Prestações de Contas. Exercícios de 1986, 1987, 1988 e 1989 Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha	117
DNER - COBRANÇA INDEVIDA DE IMPOSTO SOBRE TARIFAS DE PEDÁGIOS - Embargos de Declaração Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues	135
TSE - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADICIONAIS E PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS DURANTE O PERÍODO ELEITORAL - Relatório de Auditoria Ministro-Relator Benjamin Zymler	141

BANCO DO BRASIL - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MODERNIZAÇÃO DE ELEVADORES SEM A REALIZAÇÃO DO COMPETENTE PROCESSO LICITATÓRIO - Representação Ministro-Relator Bento José Bugarin	161
MAER - ATRASO NO PAGAMENTO DE CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA: LEGALIDADE DA MULTA MORATÓRIA COBRADA POR CONCESSIONÁRIA - Consulta Ministro-Relator Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça	166
IBAMA - ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL - Relatório de Auditoria de Desempenho Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo	198
DELEGACIA DO MF/PE - ÓBITO DE EX-SERVIDOR APOSENTADO - Tomada de Contas Especial Ministro-Relator Valmir Campelo	224
INSTITUTOS DE EDUCAÇÃO - INSPEÇÕES REALIZADAS A PEDIDO DO CONGRESSO NACIONAL - CPMI DO ORÇAMENTO - Tomada de Contas Especial Ministro-Relator Guilherme Palmeira	230
FUNDEF - INFORMAÇÕES SOBRE ACOMPANHAMENTO - Solicitação de Informações Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto	256

ATOS NORMATIVOS

271

RESOLUÇÃO Nº 121/99 - TCU Dá nova redação ao § 1º do art. 12 e acrescenta-lhe o § 4º; acrescenta o § 1º ao art. 29 e renumera seu parágrafo único para § 2º; dá nova redação ao art. 49 e acrescenta os §§ 1º a 3º ao art. 67 do Regimento Interno	273
RESOLUÇÃO Nº 122/99 - TCU Dá nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 114, e ao art. 120, revoga o § 3º do art. 114 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União	275
RESOLUÇÃO Nº 123/99 - TCU Dá nova redação aos arts. 77 e 78 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15 de junho de 1993	276
RESOLUÇÃO Nº 124/99 - TCU Ratifica a adesão do Tribunal de Contas da União ao Memorandum de Entendimentos entre os Tribunais de Contas dos Países de Língua Portuguesa e ao Memorandum de Entendimentos entre as Entidades Fiscalizadoras Superiores dos Países do Mercosul, dispõe sobre a representação do Tribunal nas comissões criadas mediante Acordo de Cooperação ou Memorandum de	

Entendimentos firmado pelo Tribunal de Contas da União com Entidades
Fiscalizadoras Superiores de outros países e revoga a Resolução nº 257, de 12
de dezembro de 1991 278

DESTAQUE **281**

SAUDAÇÃO DO MINISTRO BENTO JOSÉ BUGARIN AO DR. GUILHERME
PALMEIRA, NA SESSÃO SOLENE DE POSSE NO CARGO DE MINISTRO
DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Ministro Bento José Bugarin 283

DISCURSO PROFERIDO NA CERIMÔNIA DE POSSE DO DR. GUILHERME
PALMEIRA NO CARGO DE MINISTRO DO TCU
Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado 288

DISCURSO DE POSSE
Ministro Guilherme Palmeira 292

ÍNDICE **297**

DOUTRINA

O PROCESSO DE CONTAS NO TCU: O CASO DE GESTOR FALECIDO¹

Augusto Sherman Cavalcanti²

1. Introdução

Na apreciação de contas de gestor falecido, algumas tormentosas questões se apresentam, por exemplo: por que razão o processo não se extingue com a morte do gestor? Quem é o titular das contas? Continua sendo o gestor falecido? Ou a titularidade das contas é transferida aos sucessores? A quem se dirige a citação ou a audiência prévia? Que é quitação? Após o julgamento das contas, a quem se deve dar quitação? É possível dar quitação a pessoa falecida, tendo em vista que a morte extingue a personalidade?

Não temos a pretensão, neste texto singelo, de esgotar o tema, em razão de sua complexidade. Queremos apenas lançar uma primeira proposta de sistematização e equacionamento do problema e submetê-la ao debate daqueles que se interessarem pelo assunto.

2. As três dimensões do processo de contas

Antes de enfrentar essas questões, convém, preliminarmente, esquadrihar a natureza jurídica do processo de contas, buscando luz ao nosso pensamento.

O processo de contas, no Tribunal de Contas da União, contempla, a nosso ver, três dimensões relevantes, três vertentes necessárias ao cumprimento integral de seus fins. A primeira diz respeito ao julgamento da gestão do administrador responsável; a segunda, à punibilidade do gestor faltoso; e a terceira, à reparação do dano eventualmente causado ao erário.

3. A primeira dimensão: o Julgamento da Gestão

A primeira dimensão – atinente ao julgamento da gestão do administrador responsável - parece-nos a mais importante entre as três, tendo em vista que realiza o princípio republicano de informar o povo – elemento pessoal do Estado – de como estão sendo utilizados - se bem ou mal - os recursos financeiros que, em sua maioria, foram-lhe subtraídos compulsoriamente mediante tributação.

¹ Agradeço a todos os colegas que, com incentivo, opiniões e boas críticas, muito contribuíram na elaboração do presente trabalho.

² Chefe de Gabinete do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU.

Essa dimensão é de natureza política, pois tende a limitar o poder do Estado-Administração na gestão dos bens e valores públicos, evitando ou procurando evitar os atos arbitrários. Tanto é assim que o julgamento pela irregularidade das contas, em decisão irrecorrível, pode vir a acarretar, no âmbito da Justiça Eleitoral, a declaração de inelegibilidade do gestor faltoso, por período de cinco anos.

Os valores arrecadados pelo Estado, com base em seu poder de império, por axioma republicano, a ele não pertencem, mas sim à coletividade. O Estado, por meio de seus agentes, é mero administrador, e não dono (proprietário) desses recursos. E, não sendo dono, não tem o poder de dispor deles ao seu talante. Deve, ao contrário, usá-los de acordo com a vontade do verdadeiro dono – a coletividade – e, além disso, prestar-lhe contas do bom uso.

Assim, ao Estado, além do dever de dispor dos recursos arrecadados de acordo com a vontade da coletividade, inculpada nas leis, isto é, de acordo com o interesse público, cumpre prestar-lhe contas desse uso.

Por conseguinte, o julgamento de contas, antes de ser interesse exclusivo do gestor responsável, concerne a toda a sociedade, pois que a ela está constitucionalmente assegurado o direito de conhecer como foram utilizados os recursos que lhe pertencem. E mais, é o Tribunal de Contas da União, no cumprimento de sua missão institucional, que concretiza esse direito da sociedade, no que atina aos recursos públicos federais.

Desse raciocínio resulta que o principal destinatário do processo de contas é antes a coletividade do que o gestor. O gestor é destinatário secundário, tão apenas.

4. A segunda dimensão: a Punibilidade do gestor faltoso

A segunda dimensão do processo de contas, que é desdobramento da primeira, concerne à punibilidade do gestor faltoso, de maneira que tem natureza sancionatória.

Note-se que a dimensão política do processo, já explanada, é autônoma e determinante das outras. Para que ela se realize, basta que o processo tenha constituição e desenvolvimento válido.

A segunda dimensão, entretanto, é dependente e determinada pela primeira. É dependente porque, sem a apreciação dos atos de gestão, não poderá haver aplicação da pena ao administrador faltoso. É determinada porque a punição do administrador decorre do reconhecimento, no julgamento das contas, da ocorrência de irregularidade na gestão.

Na dimensão sancionatória, diferentemente da política, o processo dirige-se direta e imediatamente ao gestor. Somente o administrador deve sofrer as conseqüências punitivas, em face da reconhecida má gestão. Isso, porque a aplicação da pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, conforme dispõe o art. 5.º, inciso XLV, da Constituição Federal.

Por conseguinte, a morte do gestor – embora não seja óbice à continuidade do processo e ao julgamento das contas em razão da necessária concretização da primeira dimensão do processo – é causa de extinção da segunda dimensão do processo, em

virtude da extinção da punibilidade, aproximando-se, nesse aspecto, ao processo penal.

Em outras palavras, na hipótese de má gestão, o processo subsiste à morte do administrador, e as suas contas podem vir a ser julgadas, mas não se poderá aplicar sanção ao falecido ou, se tiver sido aplicada e ainda não cumprida, será ela extinta.

5. A terceira dimensão: a Reparação do Dano causado ao erário

A terceira dimensão diz respeito à reparação do prejuízo causado ao erário.

Tem ela natureza indenizatória, sendo também dependente e determinada pela dimensão política – a apreciação da gestão. Exsurge do reconhecimento, no julgamento das contas, da ocorrência de dano ao erário e do nexo de causalidade entre o dano e os atos praticados pelo gestor.

Nessa vertente e só nessa, o processo alcança os sucessores do administrador falecido. É que a estes, segundo o texto constitucional, estende-se a responsabilidade pela reparação do prejuízo causado, na medida do patrimônio transferido na sucessão (art. 5.º, inciso XLV, da Constituição Federal, *in fine*).

Em verdade, antes da partilha da herança, não são os sucessores que respondem processualmente pelo dano, mas o espólio, na pessoa do inventariante ou ao administrador provisório. No entanto, embora lembrando dessa ressalva, para facilitar a escrita, continuaremos a análise nos referindo apenas aos sucessores.

Os sucessores não sofrem conseqüências jurídicas decorrentes da concretização das duas primeiras dimensões do processo de contas. Não respondem diretamente pela má gestão dos valores públicos, não podem, como veremos, titularizar as contas, não se tornam ineligiáveis por contas julgadas irregulares nem podem ser constrangidos a cumprir as sanções eventualmente aplicadas ao gestor em vida. A eles se estende, única e exclusivamente, a responsabilidade pela reparação do dano.

Retornemos agora às questões inicialmente colocadas.

6. Por que o processo não se extingue com a morte do gestor?

Na análise da primeira dimensão do processo, vimos que o principal destinatário do processo de contas é a **coletividade**. O gestor é apenas o destinatário secundário.

Conseqüência direta dessa afirmação é que a morte do gestor não é, por si só, obstáculo ao julgamento das contas nem causa de extinção do processo, pois, sempre que possível, deve subsistir a finalidade precípua do processo, de natureza política, que é a de dar ciência à coletividade acerca da utilização, boa ou má, dos seus recursos. Assim, salvo situações excepcionais, faz-se necessário que, mesmo após o falecimento do gestor, sejam as contas julgadas para que se dê satisfação à coletividade de como foram aplicados os seus recursos.

Outrossim, ao analisarmos a dimensão indenizatória do processo, vimos que, por força de edito constitucional, a responsabilidade patrimonial de reparar eventual dano causado ao erário transfere-se do gestor falecido aos sucessores, na medida do

patrimônio recebido. Dessa maneira, é de mister que, mesmo após a morte do gestor, o processo prossiga seu curso a fim de que também essa dimensão se concretize.

Com efeito, a dimensão sancionatória do processo é a única que se extingue com a morte do gestor, uma vez que o cumprimento da sanção é personalíssimo, pois não ultrapassará a pessoa do condenado. As outras duas dimensões, contudo, podem e devem ser realizadas.

Convém lembrar que podem ocorrer situações em que o julgamento das contas fica prejudicado em face do falecimento do titular. Por exemplo, no caso de serem verificadas, pelo Tribunal, supostas irregularidades sem ocorrência de débito, morrendo o gestor antes da realização da audiência prévia. Nesse caso, a falta da audiência prévia, que é instrumento processual concretizador dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, impede o desenvolvimento válido e regular do processo, causando a sua extinção.

7. Quem é o Titular das Contas?

Quem recebe a incumbência de gerir bens ou valores públicos está adstrito ao dever constitucional e legal de prestar contas. Há, portanto, na relação jurídica que se estabelece, dois deveres: o de bem gerir a coisa pública e o de prestar contas da gestão.

Em nossa opinião, é titular das contas quem se incumbe desses dois deveres. Assim, titular das contas é quem assume os deveres de bem gerir e de prestar as contas da gestão dos bens ou valores públicos recebidos. É titular das contas, portanto, quem efetivamente administra os bens ou valores públicos colocados à sua disposição e assume a responsabilidade de deles prestar contas.

Titular das contas é o agente cuja gestão se aprecia, de modo que cabe, apenas, aos sujeitos alcançados pela primeira dimensão do processo, já explicitada.

Com a nova redação do parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal, dada pela Emenda n.º 19, de 1998, além das pessoas físicas, podem vir a prestar contas também as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, de maneira que, atualmente, todas essas espécies de pessoas podem vir a titularizar contas.

Em algumas situações excepcionais, pode ocorrer a cisão dos mencionados deveres. Por exemplo, quando a gestão dos recursos ocorre em período de tempo que abrange o mandato de mais de um gestor, sendo que o último, além da prestação das contas, poderá ainda estar incumbido de parte da gestão. Nesses casos, entendemos que todos são titulares das contas, no entanto respondem na medida dos deveres que receberam.

Resta agora saber se a morte do gestor implica a transferência da titularidade das contas a outrem.

A nosso ver, a resposta deve ser não.

Referimo-nos, aqui, a contas no sentido material, para distingui-lo do processual. Contas, em sentido material, é o conjunto probatório – em regra, documental – que reflete os atos de gestão de determinados bens e valores públicos, praticados por

determinado gestor, em determinado período de tempo. Difere, portanto, do sentido processual, em que “contas” identifica determinada espécie de processo.

Julgar contas, em sentido material, é julgar gestão. É apreciar, por meio dos documentos apresentados ou de outra forma obtidos, os atos de gestão praticados pelo responsável sobre aqueles bens ou valores públicos, segundo os critérios da legalidade, legitimidade e economicidade.

Dessa maneira, não vemos obstáculos a que o gestor, mesmo após a morte, continue a ser o titular das contas, simplesmente porque o que se pretende apreciar ou julgar são antes os atos de gestão que ele praticou em vida do que a sua própria pessoa, extinta com a sua morte.

Segundo o entendimento que expressamos, os sucessores não podem ser titulares de contas, em substituição ao gestor falecido, porque aos sucessores não se transferem os deveres de bem gerir a coisa pública e de prestar contas. Por conseguinte, não se transfere a eles a responsabilidade pelos atos de má gestão nem a eles se estende a perda do direito de serem elegíveis, em razão de contas julgadas irregulares, por decisão irrecorrível. Não sofrem eles, também, as conseqüências jurídicas de natureza sancionatória, pois estas dirigem-se unicamente ao gestor faltoso.

Aos sucessores se estende, única e exclusivamente, a responsabilidade pela reparação do dano eventualmente causado ao erário, na medida do patrimônio recebido, conforme se verifica nos arts. 5.º, XLV, da Constituição Federal, e 5.º, VIII, da Lei n.º 8.443/92. Os sucessores são alcançados, por extensão, tão-somente pela responsabilidade patrimonial de reparar o dano, desde que comprovada a efetiva lesão ao erário e o nexo de causalidade entre esta e a conduta do gestor.

O texto constitucional fala por si mesmo:

“XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a **obrigação de reparar o dano** e a decretação do perdimento de bens **ser**, nos termos da lei, **estendidas** aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (grifou-se).

Assim, os sucessores ou o espólio, em nossa opinião, vêm integrar o pólo passivo do processo, não como titulares das contas, mas como sujeitos processuais de outra natureza, respondendo pelos danos eventualmente causados pelo gestor falecido, no desdobramento da terceira dimensão do processo de contas.

8. A quem se dirige a citação ou a audiência prévia?

A audiência prévia é ato processual que visa a chamar o responsável ao processo, para apresentar defesa, em razão de irregularidades verificadas pelo Tribunal, das quais não resulta a ocorrência de dano. Realiza, portanto, os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, com vistas a aplicação, se for o caso, de sanção ao gestor faltoso.

Tendo em vista que a pena não pode ultrapassar a pessoa do gestor faltoso, somente a ele pode ser dirigida a audiência prévia e, se esse gestor vier a falecer antes de ser promovida a oitiva, não poderá ela ser estendida aos sucessores.

A citação é também ato processual que, realizando os mencionados princípios constitucionais, visa a chamar o responsável ao processo, distinguindo-se da audiência prévia porque (a) é restrita ao processo de contas; (b) é própria para irregularidades de que resulta a ocorrência de dano; e (c) chama o responsável ao processo para recolher o débito apurado, como alternativa à apresentação de defesa.

A citação deve ser dirigida, em regra, ao gestor que praticou a irregularidade e, solidariamente, àqueles que, de algum modo, contribuíram para a ocorrência do dano.

Se o gestor faltoso vier a falecer e tendo em vista que o erário pode satisfazer-se no patrimônio transferido ou a ser transferido aos sucessores, a definição do destinatário da citação dependerá do momento em que estiver sendo ela expedida.

Quatro situações distintas podem acontecer.

Primeira: o momento de expedição da citação é anterior à nomeação do inventariante. Nesse caso, a citação deve ter como destinatário o espólio, representado pela pessoa do administrador provisório da herança (arts. 985 e 986 do Código de Processo Civil), que é “aquele que dá continuidade prática à posse do autor da herança, enquanto não ocorre a investidura do inventariante”.³ O administrador provisório será o cônjuge sobrevivente nos casos de casamento sob regime de comunhão de bens. Se não houver cônjuge supérstite ou se o regime matrimonial não for o de comunhão de bens, o administrador será o herdeiro que se encontre na posse do acervo a inventariar.⁴

Segunda: o momento de expedição da citação é posterior à nomeação do inventariante mas anterior à partilha. Nesse caso, a citação deve ser dirigida ao espólio, representado pela pessoa do inventariante (arts. 985 e 990 do Código de Processo Civil), que é a “pessoa nomeada pelo juiz para administrar o acervo hereditário e promover o inventário e a partilha”⁵, segundo a ordem legal prevista no artigo 990 do Código de Processo Civil.

Terceira: o momento de expedição da citação é posterior à partilha. Nesse caso, a citação deve ser dirigida diretamente aos sucessores.

Quarta: quando não há sucessores conhecidos e a herança é jacente. Nesse caso, a citação deve ser dirigida ao curador da herança, pois ele a representa em juízo, conforme o art. 1.144, inciso I, do Código de Processo Civil. Na hipótese de não se ter realizado o procedimento de arrecadação da herança jacente nem ter sido nomeado o curador da herança, o Tribunal, mediante diligência, poderá provocar o juiz estadual da comarca em que era domiciliado o falecido, a fim de que ele, no exercício de sua competência privativa (art. 1.142 do Código de Processo Civil), promova a instauração do aludido procedimento e a nomeação do referido curador.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 9.^a ed., Rio, Forense, 1994, vol. III, p. 265.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 266.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 266.

Ao se ter notícia do falecimento do gestor, muitas vezes não se sabe se o morto deixou patrimônio, se há ou não sucessores, se existe o processo de inventário nem se já foi realizada a partilha. Dessa maneira, a fim de que se possa bem decidir sobre a realização da citação ou para quem ela será dirigida, convém, até como medida de economia processual, a promoção, em preliminar, de diligência junto ao juízo competente da comarca do último domicílio do gestor falecido, com vistas a obter essas informações.

É oportuno ainda anotar que, em regra, o cônjuge sobrevivente não é sucessor. O cônjuge, muitas vezes, em face de ter adotado, no casamento, o regime de comunhão de bens, parcial ou universal, é meeiro, isto é, é proprietário da metade do patrimônio comum do casal. Essa metade, chamada meação, não compõe a herança.

Outrossim, estão excluídas da comunhão de bens, de modo que não compõem a meação do cônjuge do gestor falecido, as obrigações provenientes de atos ilícitos, incluindo-se aí os atos ilícitos administrativos, conforme prescrevem os arts. 263, inciso VI e 270, inciso II, do Código Civil.

Há, no entanto, situações em que o cônjuge supérstite é sucessor. Por exemplo, nos casos em que faltarem descendentes e ascendentes, nessa ordem, na sucessão legítima, se ao tempo da morte não estava dissolvida a sociedade conjugal (arts. 1.603 e 1.611 do Código Civil). Assim também, nos casos de sucessão testamentária, em que o testador é livre para dispor, pelo menos, da metade da herança (arts. 1.576 e 1.721 do Código Civil), qualquer pessoa, salvo as declaradas incapazes pelo próprio Código, desde que existente ao tempo da morte, pode adquirir por testamento, até mesmo o cônjuge sobrevivente (arts. 1.717 e 1.718 do Código Civil).

Por força do art. 5.º, inciso VIII, da Lei n.º 8.443/92, o cônjuge sobrevivente somente estará sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União, estando apto a receber citação e a responder pelo dano causado ao erário, nos casos em que for sucessor legal ou testamentário.

9. Que é Quitação?

Resta enfrentar as questões pertinentes à natureza e ao beneficiário da quitação.

Cumpra agora perscrutar a natureza jurídica da quitação, no âmbito do processo administrativo da Corte federal de Contas, que nos parece peculiar.

A nosso ver, a aludida quitação é um ato administrativo unilateral, vinculado, de competência privativa do Tribunal de Contas da União, em que este declara desonerado o responsável perante a coletividade, em face do adimplemento do dever de comprovar a boa gestão dos bens ou valores públicos colocados à sua disposição, ou, na hipótese de má gestão, de ressarcir o prejuízo causado ao erário e/ou de cumprir a sanção que lhe tenha sido aplicada.

A quitação é, portanto, ato administrativo unilateral de natureza declaratória, expedido em face do adimplemento do dever, seja de comprovar a boa gestão dos bens ou valores públicos, seja de ressarcir o prejuízo causado e/ou de cumprir a san-

ção aplicada. Convém salientar que a expedição da quitação não implica necessariamente a boa gestão dos bens ou valores públicos.

A quitação é a declaração de que resta adimplido um dever.

O dever, na hipótese de boa gestão, abrange tão-somente a apresentação das contas, enquanto, na hipótese contrária, alberga ainda a reparação do dano e/ou o cumprimento da sanção aplicada.

10. A Quem se deve dar Quitação?

É de salientar, primeiramente, que a expressão legal “dar quitação”, de uso corrente no Tribunal, não é apropriada à natureza jurídica meramente declaratória da quitação.

A inadequação consiste em que a utilização do verbo “dar” pressupõe a existência do sujeito que a “recebe”, embora o aperfeiçoamento da quitação não dependa da manifestação da vontade ou da existência do destinatário, simplesmente porque é ato unilateral de natureza declaratória.

Mais consentâneo com essa natureza seria o uso da expressão “declarar a quitação”, em vez de “dar a quitação”. No entanto, não se pode olvidar que o uso da segunda expressão, além de estar em consonância com a lei, está consagrado na jurisprudência da Corte de Contas, de maneira que seria difícil modificá-la e, por isso, continuamos a utilizá-la.

Retornando à questão: a quem se deve dar quitação? ou melhor, de quem se deve declarar a quitação?

A nosso ver, cabe quitação, em regra, ao titular das contas, depois de adimplido o dever de comprovar a boa gestão ou de ressarcir o dano e/ou de cumprir a sanção aplicada – esse é o critério básico que identifica o destinatário da quitação.

Em algumas situações, cabe também quitação aos co-responsáveis não-gestores (por exemplo, o terceiro contratado que, de alguma forma, contribuiu para o cometimento do dano) e aos sucessores do falecido. Note-se que é devida a quitação aos sucessores, tão apenas pela efetiva reparação do dano, e aos co-responsáveis não-gestores pela reparação do dano e/ou cumprimento da sanção aplicada.

Não vemos impedimento a que se dê quitação a gestor falecido, mesmo se se considerar o argumento de que já não existe a pessoa destinatária da quitação. Primeiro, porque ele, mesmo morto, permanece como titular das contas e a quitação, como vimos, cabe a esse titular. Segundo, porque a quitação é ato administrativo unilateral de natureza declaratória, de maneira que o seu aperfeiçoamento independe da manifestação da vontade do destinatário ou da existência dele no momento em que for expedida.

11. Como proceder nos casos concretos?

Neste ponto, deixamos o terreno aprazível e fértil da teoria e das idéias, para adentrar, por necessário, as terras áridas e pedreguntas dos casos concretos.

Três hipóteses distintas se apresentam, nas quais se deve perscrutar o beneficiário da quitação. A primeira, quando se verifica a boa gestão dos bens ou valores públicos. A segunda, quando se verifica a má gestão, sem a ocorrência de dano ao erário. A terceira, quando há a má gestão e dela decorre prejuízo ao erário.

12. No caso de boa gestão

Na hipótese de boa gestão dos bens ou valores públicos, não se realizam as dimensões sancionatória e indenizatória do processo, mas tão-somente a dimensão política. O processo cumpre os fins de informar a coletividade da boa gestão da coisa pública e de declarar a quitação do gestor.

Aplicando-se os critérios previamente estabelecidos, o gestor, mesmo morto, será o titular das contas e, por conseguinte, o beneficiário da quitação. Será o titular das contas porque lhe foram confiados os deveres de bem gerir os recursos públicos e de prestar as contas. Tendo ele cumprido, em vida, esses deveres, terá contas julgadas regulares e ser-lhe-á devida a quitação.

O Tribunal, então, julgará as contas do gestor falecido regulares ou regulares com ressalvas, expedindo-lhe a quitação.

13. No caso de má gestão sem a ocorrência de dano

Nessa hipótese, podem ocorrer duas situações.

A primeira: as contas não são julgadas e o processo é arquivado, em razão de o falecimento do gestor ter ocorrido antes da realização da audiência prévia.

Nesse caso, por impossibilidade de realização do necessário contraditório, o processo não prossegue, a gestão não é apreciada, e, por isso, não há falar em quitação. Como o processo não chega ao fim, nenhuma dimensão dele é concretizada. A não-realização do contraditório decorre da morte do gestor e da impossibilidade de trazer os sucessores ao processo, em virtude da ausência de dano.

A segunda: o falecimento do gestor ocorre após a realização da audiência prévia, e as contas são julgadas com aplicação, ou não, de sanção.

Se a morte é posterior ao julgamento, ou, se o Tribunal toma ciência da morte somente após o julgamento, há a extinção da punibilidade, e, conseqüentemente, do dever de cumprir a sanção. Nesse caso, entendemos que é devida a quitação ao gestor falecido, porque ele é o titular das contas e não lhe resta nenhum dever a cumprir.

Se a morte é posterior à promoção da audiência prévia mas anterior ao julgamento, o Tribunal, tendo ciência do falecimento antes do julgamento, não deve aplicar a sanção, em virtude da extinção da punibilidade. Não sendo aplicada a sanção, não há o dever cumpri-la, de maneira que, no julgamento, deve-se expedir, desde logo, a quitação ao gestor falecido, pelos mesmos motivos já mencionados.

O julgamento das contas, nessas circunstâncias, concretiza apenas a dimensão política do processo, já mencionada, restando prejudicada a dimensão sancionatória, em face da extinção da punibilidade.

14. No caso de má gestão com a ocorrência de dano

De pronto, esclareça-se que, nessa hipótese, a defesa e o contraditório, em tese, não ficam prejudicados e o processo pode prosseguir sem obstáculos, uma vez que os sucessores podem ser chamados a integrar o pólo passivo da relação processual, tendo em vista que a eles se estende a responsabilidade de reparar o dano, na medida do patrimônio recebido.

Ressalve-se que, em situações específicas, pode ficar demonstrada a impossibilidade fática de os sucessores se defenderem, inviabilizando o contraditório. O Tribunal, nesses casos excepcionais, poderá arquivar o processo, sem julgamento, por falta de pressuposto de desenvolvimento válido.

Retomando o tema deste parágrafo, duas situações podem acontecer, dependendo da existência ou não de patrimônio do *de cujus*.

Note-se que, mesmo que não haja sucessores, havendo patrimônio, este comporá a herança jacente e, por fim, passará ao domínio do Município, do Distrito Federal ou da União, conforme os arts. 1.594 e 1.603, inciso V, do Código Civil.

Comprovada a inexistência de patrimônio a ser transferido pela sucessão, não ocorrerá a extensão da responsabilidade de reparar o dano aos sucessores, uma vez que a mencionada transferência patrimonial é condição necessária à efetivação da responsabilidade dos sucessores, conforme os arts. 5.º, XLV, da Constituição Federal e 5.º, VIII, da Lei n.º 8.443/92.

A inexistência de patrimônio do *de cujus*, cumpre assinalar, não extingue o débito e, por conseguinte, não extingue o dever de reparação ao erário, apenas impede a extensão desse dever aos sucessores. Assim, se as contas vierem a ser apreciadas, entendemos que se deva julgar em débito o gestor falecido, não lhe sendo devida a quitação, uma vez que não se extinguiu o débito nem o dever de reparar o dano. Permanecendo tal dever, não há que se declarar o seu adimplemento, não há falar em quitação.

Se, posteriormente, vierem a ser encontrados bens pertencentes ao falecido, não haverá empecilho a que se possa, em processo de execução, buscar-se o ressarcimento ao erário. Tal situação poderá, oportunamente, resultar em expedição de quitação a quem recolher o débito e ao gestor falecido.

É bom de ver que o débito não se constitui com o julgamento das contas, quando o gestor já está morto, mas muito antes, quando este, em vida, praticou os atos irregulares que resultaram em prejuízo ao erário. O julgamento em débito tem também natureza declaratória, tornando a dívida líquida e certa.

Tanto isso é verdade, que por meio da citação, o responsável é chamado ao processo para apresentar defesa ou recolher o débito. Evidentemente, já no momento da citação, que de muito antecede o julgamento, o débito está devidamente constituído, caso contrário, não se poderia chamar o responsável para recolhê-lo.

Por outro lado, existindo o patrimônio e tendo havido a sua transferência aos sucessores, as contas serão julgadas e, se o débito vier a ser recolhido pelos sucessores, deve-se dar quitação ao gestor falecido, porque ele é o titular das contas, e aos

sucessores, porque cumpriram o dever de reparar o dano causado ao erário. Assim, concretizam-se a primeira e a terceira dimensão do processo. Nesse caso, poder-se-ão julgar irregulares as contas do gestor falecido e em débito os sucessores, por força dos arts. 5.º, XLV, da Constituição Federal, e 5.º, VIII, da Lei n.º 8.443/92. A eventual cumulação de sanção e débito em nada muda esse raciocínio, em virtude da extinção da punibilidade do falecido.

Note-se ainda que não há solidariedade entre os sucessores, pois cada um responde na medida do patrimônio que efetivamente recebeu.

É de salientar que quando os sucessores, por meio de defesa, descaracterizam o dano, afastam, *ipso facto*, a responsabilidade que lhes é imputada.

Além de ilidir a responsabilidade, a descaracterização do dano implica a exclusão deles do processo, vez que, sem a existência de débito, a dimensão indenizatória do processo de contas, a terceira já mencionada, não se realiza, tornando-se dispensável a existência dos sujeitos que a suportem.

Se resta eliminada a responsabilidade dos sucessores, não lhes é exigível o cumprimento do dever de indenizar o erário; logo, não lhes cabe receber quitação, pois a quitação é expedida em face do adimplemento de um dever.

15. Conclusão

Convém, por fim, salientar que as idéias-força que nortearam o desenvolvimento desse trabalho acerca dos gestores falecidos – tais como a tridimensionalidade do processo de contas, a determinação dos destinatários principal e secundário de tal processo, a identificação do titular das contas e do beneficiário da quitação, assim como a natureza jurídica da quitação – integram, vamos assim dizer, uma teoria geral do processo de contas, que está ainda por ser construída, e, por isso, são aplicáveis às multifárias situações-problema, enfrentadas no labor cotidiano exercido no Tribunal de Contas da União, de maneira que esperamos que tais idéias sejam úteis a todos aqueles que têm por missão resolvê-las.

O MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS: HISTÓRIA, CONFLITOS E IMPORTÂNCIA NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO¹

Gustavo Magalhães Lordello²

1. Introdução. 2. História. 3. A Constituição de 1988 e o MP-TC: Divergência Doutrinária e Jursiprudencial. 4. O MP-TC e o Ministério Público “Comum”: Necessidade da Harmonia no Interesse Público. 5. Conclusão. 6. Bibliografia. 7. Notas.

INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro completará, em 22 de abril do ano 2000, os quinhentos anos de seu descobrimento. Um país novo na história da humanidade e experiente na vivência de conflitos. Enfrentou inicialmente a opressão e a submissão colonial dos Estados Nacionais Europeus; após sua independência — em 1822 —, foi regido pelo imperialismo de um governante atado às origens e tradições portuguesas e, em 1889, foi consolidada a República no país. No século seguinte, viveu uma intensa censura dos governos militares, os regimes ditatoriais do Estado Novo, os governos populares e inflacionários, o golpe militar de 64, o processo de redemocratização até chegar a Constituição de 1988.

Depois de muitas tristezas, incertezas, esperanças e – acima de tudo – luta, o país obteve sua Carta Magna, elaborada pelos representantes do povo que, eleitos pelo voto, compuseram a Assembléia Nacional Constituinte. A lei máxima do Estado traduziu as necessidades da nação, isto é, a de consolidar o estado democrático de direito e fortalecer os princípios, fundamentos e objetivos da República Brasileira, além de regular as relações sociais básicas.

Para defender o Estado, muitos órgãos e institutos foram definidos pela Constituição: alguns, expressamente; outros não. Em virtude da complexidade de assuntos analisados pela Lei Suprema, muitas normas deixaram dúvidas, ou precisaram ser regulamentadas por leis e estatutos infraconstitucionais, e um desses exemplos é o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.

O trabalho desenvolvido busca analisar essa questão, destacando as diversas interpretações e integrações doutrinárias e jurisprudenciais, no sentido de refle-

¹ Monografia premiada em primeira colocação no I Concurso Nacional de Monografias, promovido pela Associação Nacional do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, realizado em 1998.

² Bacharel em Direito e Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

tir a real intenção do legislador na elaboração do teor constitucional da matéria envolvendo o Ministério Público “especial”.

A discussão desse órgão com o Ministério Público “comum”, a sua relação com o Tribunal de Contas, a existência institucional do MP-TC, a garantia de seus membros, a sua importância para a nação, a necessidade de harmonia entre os órgãos do Estado para a fiel concretização do fim a que se destina — a preservação do interesse social — estão entre os tópicos desenvolvidos neste trabalho, visando dar um panorama geral desse tema — o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas — tão rico e interessante para as formações acadêmicas e profissionais deste país.

I. HISTÓRIA

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é um órgão existente de longa data, o que demonstra a sua evolução e consolidação como instituição de grande prestígio público na fiscalização das atividades do Tribunal de Contas, ligadas ao erário. No entanto, à proporção que apresenta seus poderes consolidados e ampliados pela Carta Magna de 88, o Ministério Público dito “especial”ⁱ tem gerado polêmicas capazes de aquecer verdadeiras “batalhas” junto aos Tribunais. Toda essa discussão será vista no decorrer deste trabalho.

A discussão é tanta que se diverge desde a sua criação. Muitos autores simpatizam com a idéia de sua concepção paralela ao do próprio Tribunal de Contas. É que este — o TCU — foi criado, em 7 de novembro de 1890, pelo grande Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda; definido na Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891; definitivamente instalado em 17 de janeiro de 1893. Apresentava, em seu Corpo Deliberativo, a composição de cinco membros, dos quais um era representante do Ministério Público.

No entanto, outros entendem a criação histórica do MP “especial” com a ligeira menção desse órgão na Constituição de 1967, *verbis*: “*O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do **Ministério Público** ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá: a) ... b) ... (etc)*”ⁱⁱ (grifo nosso).

Discussões acerca da verdadeira época de criação do MP-TC à parte, o fato é que, na reforma constitucional de 69, houve simplesmente a manutenção daquilo já determinado pela Carta Magna de 67. Diante de uma situação de consolidação desse órgão, com o decreto-lei federal 199/67, que previu a participação do MP junto aos Tribunais de Contas, muitos estados agiram no sentido de fazer aplicar tal instituição no âmbito estadual, como São Paulo que, por meio da EC 33/82, inseriu o artigo 47-A na sua Constituição Estadual, instituindo o “Ministério Público junto aos Tribunais de Contas do Estado”.

Embora definitivamente prevista na Carta Magna da época, muitos doutrinários passaram a discutir a sua existência, enquanto instituição, observado que não se sabia ao certo se se tratava de um órgão distinto ou não do Ministério Público

“comum”. Divergências novamente houve. Para algunsⁱⁱⁱ, o Ministério Público, a que se referia o artigo 72, § 5º da Constituição, deveria ser inserido dentro do Ministério Público “comum”, devido ao poder daquele – o MP-TC – de tomar providências até mesmo contra a Fazenda Pública, fazendo-se imperar a sua autonomia e independência frente ao próprio Tribunal de Contas. Para outros estudiosos do assunto^{iv}, o MP “especial” deveria ser uma representação da Fazenda Pública perante o TC, em razão da própria natureza intrínseca das atividades da Procuradoria da Fazenda e do MP “especial”, isto é, a de fiscalizar o desempenho da Administração. Finalmente, para outros professores^v, o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas seria um órgão “*sui generis*”, diferente dos demais, até mesmo do “*parquet*” “comum”.

Não bastasse a divergência doutrinária, a própria jurisprudência debatia-se nos tribunais acerca da disposição constitucional do Ministério Público “especial”. Diante da dificuldade de estabelecer a sua devida natureza institucional, o STF assim asseverou em questões referentes a concursos públicos para a investidura como membro do MP-TC: “*EMENTA: Representação de Inconstitucionalidade. (...) - A dispensa de concurso para a primeira investidura em cargos públicos efetivos e permanentes, sem que tenham - como sucede com os cargos do Ministério Público junto a Tribunal de Contas - natureza especial que a justifique viola o artigo 97, parágrafo L., combinado com o artigo 13, V, ambos da Constituição Federal. (...)*”.^{vi}

Também envolvendo essa discussão da sua natureza institucional de acordo com a Constituição de 67 e a reforma de 69 — decidida pelo Tribunal de Justiça Local anterior à Constituição de 1988 — e posterior ratificação do STF à decisão do colegiado de Rondônia — em julgamento já na vigência da Carta Magna atual — no RE 120.970-RO, Rel. Min. Moreira Alves apresentou o seguinte trecho ementado: “*Mandado de Segurança. Invalidez de portaria que designou procurador de justiça para exercer a chefia do Min. Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (...)*”, em que o Procurador-Geral de Justiça do Estado, por intermédio de uma portaria, designou um Procurador de Justiça para exercer a chefia do MP-TC, no lugar de uma pessoa já pertencente aos quadros dessa instituição. No entanto, amparado pelo artigo 88 da Constituição Estadual de Rondônia, que reconhecia a existência do ramo especializado junto ao Tribunal de Contas, além da evidente violação do direito líquido e certo do impetrante do Mandado de Segurança, o Tribunal de Justiça de Rondônia deferiu a este a concessão do MS, tornando nula tal portaria, tendo a mesma definição legal o E. Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, nova ordem passou a imperar: a garantia do estado democrático de direito, em consonância aos fundamentos, princípios e objetivos fundamentais da nação brasileira. No entanto, a complexidade da Carta Magna seguiu deixando lacunas e — como não poderia deixar de ser — discussões.

Antes de entrar na estrutura institucional do Ministério Público “especial”, uma rápida consideração geral sobre a matéria deve ser observada: a Constituição de 1988, consolidando o regime democrático — como já dito — procurou distribuir

melhor suas atividades, visando a um maior controle das atividades do Estado. Logo, a ampliação do exercício do MP “comum” foi enorme, o mesmo acontecendo com o Tribunal de Contas, cada um na sua devida área de atuação. E o MP-TC teve, por consequência lógica, uma ampliação das suas atividades. Esse fato proporcionou ainda mais o acirramento nas discussões acerca da estrutura do MP “especial”, uma vez que não houve expressamente recepção de sua composição na Carta Magna Brasileira. Tecida essa consideração, melhor será analisar sua formação estrutural, objeto do capítulo a seguir.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O MP-TC: DIVERGÊNCIA DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

2.1 Estrutura Institucional

Observa-se que a Carta Magna de 1988, seguindo determinações previstas nas Constituições anteriores, não previu estruturalmente a composição do MP “especial”. Tal questão foi resolvida com leis infraconstitucionais, entre as quais a Lei n. 8.443/92 (artigos 80 a 84), e o Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15 de junho de 1993. Destarte, o MP-TC possui a seguinte estrutura: o Procurador-Geral, três Sub-Procuradores-Gerais e quatro Procuradores, todos nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em Direito.

A estrutura do MP-TC não foi recepcionada pela Constituição de 1988. No entanto, o artigo 72, § 2º, I, da CF regulou a existência de um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, a saber se esse MP previsto na norma seria uma estrutura independente, “sui generis”, ou vinculado ao parquet “comum” — similar discussão anterior à presente Constituição. Some-se isso à definição do artigo 130 da Carta Magna, que diz: “Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”, inserido dentro do Capítulo “Das Funções Essenciais à Justiça” para se chegar à conclusão da infelicidade do legislador ao abordar esse tema, bem relatado nas palavras do mestre Edelberto da Silva, in verbis: “O processo de elaboração constitucional não primou pela técnica e nem seria possível atingir a perfeição da forma no atropelo dos últimos dias em que a questão era concluir logo os trabalhos. Pode-se enumerar às dezenas tantos senões de técnica e não seria esse o único a justificar qualquer interpretação a partir de um aspecto puramente formal do texto. A idéia é que vale e a idéia está ali muito clara. Não fora isso, seria preciso passar um atestado de insanidade mental a todos os Constituintes que fizeram mencionar, na Constituição, membros de um Ministério Público que não existe”^{vii}.

De muitos argumentos utilizaram-se **os defensores da ligação do MP-TC ao Ministério Público comum**. Em primeiro lugar, indagam a questão da **unidade ministerial**, princípio fundamental do Ministério Público, previsto no artigo 127, § 1º, da Carta Magna. Argumentava-se que a sua não-previsão dentre os casos dos artigos

128 da referida lei consolidava ainda mais a sua inclusão nos quadros do Ministério Público Federal — no caso do MP-TCU — e no caso do Ministério Público dos Estados — em caso de MP-TC estadual. Reforçava a defesa da unidade ministerial, defendendo a atuação do Ministério Público nas várias esferas de poder, como nas palavras da insígne Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, Sub-Procuradora-Geral da República, apreciando o RE 120.970, em que asseverou: “Não é porque o Ministério Público, sob a vigência dos últimos textos constitucionais, sempre teve funções dentro e fora dos processos, atuando ora junto ao Poder Judiciário (nas ações que propõe ou naquelas em que intervém), ora junto a autoridade administrativa (quando, p. ex., requisita inquéritos policiais, fiscaliza presídios etc.), não é simplesmente por isso que se poderia sustentar que haveria um Ministério Público Judiciário e um Ministério Público Executivo...”^{viii}. E, desse modo, Mazzilli ratifica ao afirmar que o artigo 127 da CF/88: “... diz menos do que deveria (o Ministério Público tem inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, como na fiscalização de fundações e prisões, nas habilitações de casamento, na homologação de acordos extrajudiciais, no atendimento ao público), como, paradoxalmente, diz mais do que deveria (pois o Ministério Público não oficializa em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional, e sim, normalmente, naqueles em que haja algum interesse indisponível, difuso ou coletivo, ligado à qualidade de uma das partes ou à natureza da própria lide, cf. art. 82 do CPC)”^{ix}. Destarte, independentemente da esfera de poder em que atue o MP, ele é uno, observado que o interesse social e a relevância da atividade pública legitimam a atuação deste além do controle externo junto ao Poder Judiciário, atuando também nos demais poderes, a fim de resguardar a ordem do estado democrático de direito. **E, se ele não for uno, conseqüentemente, a sua indivisibilidade ficará prejudicada.**

O segundo argumento articulado por alguns estudiosos da questão está na **inexistência da autonomia no MP-TC**, outro princípio basilar assegurado à instituição do parquet. A autonomia do MP-TC, argumentam estes, não pode imperar em um órgão que, em primeiro lugar, não tem legislação própria e, além disso, chega a deixar algumas prerrogativas funcionais de seus membros reguladas por outra instituição — o Tribunal de Contas. Os exemplos desses desequilíbrios estão previstos em alguns artigos da Lei 8443/92 (Lei Orgânica do TCU): “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: (...) XII: conceder licença, férias e outros afastamentos de **membros do Ministério Público junto ao Tribunal**, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses (...) Art. 1º, XIII: propor ao Congresso Nacional a fixação de vencimentos dos ministros, auditores e **membros do Ministério Público junto ao Tribunal** (...) Art. 70: Compete ao Presidente, dentre outras atribuições estabelecidas no Regimento Interno: (...) II: dar posse aos ministros, auditores, **membros do Ministério Público junto ao Tribunal** e dirigentes das unidades da Secretaria, na forma estabelecida no Regimento Interno”^x (destacamos). Logo, não há que se falar de autonomia em uma instituição que apresenta algumas de suas atividades atribuídas a outro órgão. De acordo com os defensores dessa posição, tais afirmações comprovam a necessidade

de estabelecer um MP único, que observasse os princípios fundamentais previstos no artigo 127 da CF.

E não pára por aí. A crítica também versa sobre o argumento da **necessidade de um “parquet” especializado nas atividades fiscais, contábeis, orçamentárias do patrimônio público**. Lembram que a complexidade das relações sociais, jurídicas ou não, tornaram inevitáveis a divisão do trabalho em organismos singularizados, com tarefas mais restritas, capazes de tornar as atividades desempenhadas mais profundas e perscrutadas. Citem-se, por exemplo, as especializações das atividades desempenhadas pelas Promotorias do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a saber: a Promotoria da Infância e Juventude, dos Delitos de Trânsito, da Defesa e Consumidor — PRODECON, do Meio Ambiente — PRODEMA, Procuradoria dos Direitos do Cidadão, entre outras, e até alguns setores não ligados necessariamente à atividade processual, como o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial. Imprescindível, portanto, a especialização das atividades, seja em qualquer esfera de poder.

Portanto, razões existem — e plausíveis — para o entendimento de um MP-TC vinculado ao Ministério Público, visando à satisfação dos princípios refletidos na Carta Magna Nacional. Diante do embate constitucional acerca da matéria, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula da jurisdição brasileira, resolveu de vez o conflito em Ação Direta de Inconstitucionalidade — ADIN, promovido pela Procuradoria-Geral da República, em face do Presidente da República e do Congresso Nacional, criadores, estes últimos, do texto constitucional de 1988. E assim ficou definido o litúgio: “EMENTA: ADIN - LEIN. 8.443/92 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO - VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA A CORTE DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE A ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, CAPUT, IN FINE) - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - ENUMERAÇÃO EXAUSTIVA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE REGRAMENTO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR - INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 130 DA CONSTITUIÇÃO - AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE. - O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, par. 2., I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. - O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) - da estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos

cargos respectivos. - Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar é reclamada, no que concerne ao parquet, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, par. 5). - A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum^{xi}.

Definido o mérito do embate pela Corte Suprema Nacional, em tese, juridicamente torna pacificada a questão. Como nos dizeres de H. L. A. Hart — e posteriormente expressão utilizada pelo Min. Moreira Alves —, “A lei ou a Constituição é o que a Corte diz que ela é”^{xii}. Desse modo, fica, então, determinada a inexistência do vínculo do MP-TC ao Ministério Público “ordinário”.

Mas não se pode apenas ater-se aos fundamentos da ADIN 789 do Supremo Tribunal Federal para consolidar a questão. Embora os aplausos ao E. órgão julgador devem ser enfáticos, diante da razoabilidade e o bom senso ao analisar a matéria, várias razões existem para sustentar a defesa da “independência” do MP-TC para o Ministério Público “comum”. Necessário se torna relatar os argumentos expressados pelos defensores dessa tese.

Em primeiro lugar, deve-se **refutar**, de imediato, a idéia da **vinculação do MP “especial” ao parquet “comum”**. Uma prova inequívoca dessa questão foi dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIN 1545-1, em sede de liminar, tendo como Relator o Exmo. Ministro Octávio Gallotti. Tal ação, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face da Assembléia Legislativa do Estado do Sergipe e do Governador do mesmo Estado, questionava os artigos 26 e 83 da Lei Complementar Estadual nº 4, de 12 de novembro de 1990, do Estado do Sergipe, que assim afirmava: “Art. 26. Funcionará junto ao Tribunal de Contas o Ministério Público, cujas atribuições e competência serão estabelecidas em lei e em normas elaboradas pela Procuradoria-Geral de Justiça. Art. 83. Os cargos de Procurador da Fazenda Pública junto ao Tribunal de Contas, em número de cinco, passam a denominar-se Procurador de Justiça e são transpostos, com os atuais ocupantes, para o Quadro do Ministério Público Estadual, aplicando-se-lhes, no tocante às suas atribuições e enquanto não editada a lei a que se refere o art. 26, as disposições do decreto-lei nº 272/70”.

Ora, tais disciplinas violavam flagrantemente a matéria decidida na ADIN 789. Como pode dar à legislação sergipana atribuições estranhas ao próprio entendimento

constitucional definido na ADIN 789? Tal disposição estadual manifesta claramente o desejo de vinculação do MP-TC ao parquet “comum”. No entanto, demonstrada a lucidez e coerência da E. Corte Suprema, assim ficou decidida a liminar na ADIN 1545-1: “Por votação unânime, o Tribunal deferiu o pedido de medida liminar, para suspender, com eficácia “ex nunc”, até final julgamento desta ação direta, a execução e aplicabilidade dos arts. 26 e 83 da Lei Complementar nº 4, de 12.11.90, do Estado de Sergipe. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente (RISTF, art. 37, I)”. Como se percebe, a idéia da vinculação mostra-se mais uma vez descartada.

Essa questão deve ser refutada, além da jurisprudência, também pela interpretação contextual e doutrinária acerca da matéria. Afinal, enquanto o Ministério Público “comum” está regularmente instituído na Constituição no capítulo referente às “Funções Essenciais à Justiça”, o MP-TC tem suas causas extensivas apenas ao Poder Legislativo. Ainda que as atribuições daquele não estejam restritas ao sistema processual, necessariamente estão ligadas à prestação jurisdicional. Por isso, é chamado de “magistratura de pé”. Ora, o MP-TC em nada tem sua ligação ao Judiciário, tampouco a atividades de prestação jurisdicional. É certo que o aspecto de verificação legal da fiscalização e execução das atividades do Erário é sua tarefa, mas sem haver uma atividade voltada ao Judiciário. Ratificam essa questão os dizeres de Eliana Maria Lapenda de Moraes Guerra: “O Ministério Público que junto às Cortes de Contas funciona (artigo 130 C.F) é uma instituição distinta, dado o seu próprio campo de atuação, daquela configurada no artigo 128 C.F., o Ministério Público Comum. Enquanto este atua perante juízes e Tribunais do Poder Judiciário, aquele age dentro do Tribunal de Contas, compondo-lhe a intimidade estrutural, mas com absoluta independência e ausência de subordinação”^{xiii}.

Com tais esclarecimentos, não só a questão da **vinculação** fica **prejudicada**, mas o argumento defendido pela corrente contrária de que a **difusão de tarefas** executada pelo Ministério Público “ordinário” poderia incluir as atividades desenvolvidas pelo MP-TC torna-se **despiciendo**. É certo que a especialização é uma tendência imprescindível para tornar mais célere o fiel desempenho de atividades profissionais, **mas desde que o órgão tenha atribuições para desempenhá-la**. Ora, não é certo afirmar que o parquet desempenha rotinas apenas de índole processual, mas necessariamente essas atividades estão ligadas ao Poder Judiciário. O exercício de atribuições além de seus domínios poderá até ferir a harmonia de poderes, constitucionalmente previsto pela Carta Federal (art. 2º). E, como foi visto, o MP-TC desempenha funções atinentes ao Poder Legislativo, portanto fora da “abrangência” de atribuições que Ministério Público “ordinário” desempenha.

A **não-existência institucional do MP-TC** na Constituição Brasileira — conforme reconhecimento previsto na ADIN 789 — merece um comentário especial. A Constituição tem uma finalidade básica a cumprir: a de regular e definir as normas gerais de convivência e harmonia social, conforme os princípios e fundamentos do estado democrático de direito, e os objetivos traçados pela República Federativa do

Brasil. No entanto, com a complexidade das relações sociais e a dificuldade de se prever todas as situações imaginárias daí decorrentes, gerando lacunas, omissões, obscuridades ou dúvidas, é que se deve voltar a atenção sempre aos princípios fundamentais, objetivos e fundamentos que nortearam a elaboração da Constituição Federal, no sentido de integrar e/ou interpretar a vontade real do legislador e, conseqüentemente, da sociedade. É a chamada “Teoria dos Poderes Implícitos”, desenvolvida por Marshal a partir do caso *MacCulloch vs. Maryland*. Desse modo, **“a interpretação dos textos constitucionais é dominada pelo princípio de que quando a Constituição quer alcançar um fim (no caso, o controle financeiro e o orçamentário), propicia, ainda que implicitamente, os meios necessários a ele”**^{xiv}. E, uma vez regulada a estrutura constitucional do Tribunal de Contas, os autores asseveram didaticamente: **“... é a partir do perfil institucional; da similitude de funções, deveres, direitos e garantias como as instituições afins (em especial o Ministério Público Ordinário); e da dignidade constitucional outorgada pela Carta Constitucional, que se extrai toda a principiologia informadora do elenco de direitos, prerrogativas, garantias e deveres do Ministério Público Especial e de seus membros”**^{xv}. Além do que, como pode uma Constituição que versa — segundo pesquisas a respeito do tema — sobre cerca de 270 matérias diferentes, abordar com precisão todos os temas? Certamente que não há condições, em qualquer país estruturado, de apresentar uma legislação constitucional dispendo sobre tantos assuntos. Ou então sairá imperfeita, eivada de temas polêmicos e discutíveis, como os enfrentados nesta monografia. Não cabe aqui uma análise profunda do teor que deve cercar um trabalho constitucional nessa discussão — e nem me atreveria a dissertar sobre um tema tão precioso — mas a crítica que fica de uma construção tão complexa como a que foi executada pelo Congresso Nacional é a de que, buscando a perfeição em tantos itens, muitos ficaram deveras prejudicados por lhe faltarem fiéis atribuições previstas na Carta Magna e certamente a instituição do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas foi um deles. Desse modo, a **instituição**, de fato, não foi criada explicitamente no texto constitucional, mas **implicitamente** deve-se ressaltar a **necessidade de sua existência** em face do clamor social que a legitima.

A **ausência de subordinação e dependência no Poder Legislativo** são argumentos para reforçar a independência do MP-TC em relação ao Tribunal de Contas. Não há que se falar — argumentam os defensores desta idéia — em submissão de um órgão ao outro no Poder Legislativo, afinal, não há uma escala hierárquica — como ocorre, por exemplo, no Poder Legislativo — até mesmo por motivos de preservação do processo democrático e o interesse social, observado que, para se fazer leis neste país, não há limitação, desde que se respeite a supremacia pública na feitura de tais ações. Já se imaginou se houvesse uma submissão, por exemplo, do Tribunal de Contas ao Senado, ou do Senado à Câmara dos Deputados? O processo democrático estaria sendo cumprido? Certamente que os interesses dos poderosos sobrelevariam qualquer anseio da massa popular. Sobre essa questão, Lincoln Pinto da Luz enfatiza: “Isto porque – em contraste com o que se passa no círculo do Executivo, onde os órgãos se estruturam em cadeias de subordinação, ao longo das

rígidas linhas hierárquicas – na dimensão do Legislativo, como de resto na do Judiciário, prepondera uma organização composta por coordenação: não há pensar em instituições superiores ou inferiores, em órgãos principais ou auxiliares”^{xvi}.

No que tange à **ausência de subordinação** do MP “especial” ao Tribunal de Contas, deve ser observado o **lado prático da questão**, isto é, na **jurisprudência** do Tribunal de Contas da União, onde existem inúmeros julgados que dão a prerrogativa do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas de levar ao conhecimento da Corte contas já verificadas, arquivadas e aprovadas pelo TC, mesmo se houver fatos supervenientes que demonstrem indícios da existência de fraude. É o que se apresenta nos processos n.ºs. TC 225.066.88.2, TC 225.099.89.6 e TC 225.145.90.1, cuja ementa ficou assim: “Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público. Contas do Governo do Estado do Acre (1987, 1988 e 1989) já julgadas regulares. Recursos recebidos da PETROBRÁS. Superveniência de fatos novos colhidos em Inspeção Especial realizada em decorrência de denúncia que questiona a veracidade dos documentos relativos as Prestações de Contas. Acolhimento do recurso objetivando o reexame das contas em conjunto com processo de denúncia”^{xvii}. Já no TC 011.485.90.6, publicado no DOU de 30.09.92, pág. 13.770, ficou assim definido: “Revisão de Contas. Diretório Nacional do PT 1989. Contas julgadas regulares. Pedido de reexame pelo Ministério Público. Inspetoria verifica divergência nos valores espelhados no exercício de 1990. Diligência para pronunciamento do responsável”. Portanto, se há alguma dúvida de subordinação e dependência do MP “especial” ao Tribunal de Contas, a doutrina e a jurisprudência parecem refutar totalmente esses questionamentos.

A **tradição secular** da presença ministerial junto ao Tribunal de Contas é outro aspecto que deve sempre contar para a sua **consolidação independente, una e insubordinável no cenário nacional**. Ora, um órgão institucionalizado à longa data, responsável pela fiscalização das atividades relacionadas à receita pública, por onde já passaram grandes personalidades jurídicas nacionais, como Dídimo Agapito da Veiga Júnior, Ivan Luz, Augusto Olympio Viveiros de Castro, Leopoldo Tavares Cunha de Mello, Christiano Martins da Silva, Francisco de Salles Mourão Branco e, atualmente, o Exmo. representante do MP-TCU junto ao Supremo Tribunal Federal, Min. Luiz Octávio Pires e Albuquerque Gallotti, deverá sempre ser destacado e respeitado pela sua grande contribuição na evolução das discussões, visando ao combate dos problemas nacionais.

Quanto à **autonomia do MP-TC**, aqui merece um comentário especial sobre o tema. A ADIN 789-1 definiu a impossibilidade da autonomia do MP-TC em face da sua disposição existente na legislação do Tribunal de Contas, razão pela qual “... encontra-se consolidado na ‘intimidade estrutural’ dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política...”. A autonomia significa a capacidade de se autogerir, por legislação própria. Definitivamente, este não é o caso do MP-TC. Além do que, como já afirmado, prerrogativas como a concessão de férias, licenças e outros afastamentos, a fixação de vencimentos e o ato solene de dar posse aos membros do Ministério Público

“especial” são atribuições do Tribunal de Contas da União, previstos nos artigos 1º, XII e XIII, e 70, II da Lei 8.443/92. Portanto, fica difícil imaginar um órgão autônomo diante de tantas limitações. No entanto, **d. v.**, entendo que essa questão deve ser visualizada também sob um outro prisma: como é possível falar em independência e insubordinação do MP “especial” ao Tribunal de Contas sem subentender autonomia? Ora, um órgão que não está adstrito a qualquer ordem da Corte de Contas, exercendo livremente sua opinião, muitas vezes contrária à própria decisão do Tribunal de Contas, certo será reconhecer nele uma **autonomia relativa** no uso de suas atribuições. Deve-se ressaltar que autonomia, segundo o dicionário Aurélio, também significa independência moral ou intelectual, e isso, o MP-TC certamente tem. Autonomia suficiente para emitir conclusões próprias, sem qualquer influência, a estabelecer conflitos no ideal de satisfazer o Erário. A limitação dessa autonomia encontra-se presente nas disposições referentes ao MP “especial”, que a legislação atribui ao Tribunal de Contas.

Portanto, em que pesem as afirmações daqueles defensores de um Ministério Público único, com a submissão do “especial” ao “ordinário”, há um inegável conjunto de argumentos irrefutáveis, suficientes para legitimar **a existência, independência e até uma autonomia relativa do Ministério Público “especial”**. A decisão do Colendo STF rechaça muitas opiniões em contrário.

2.2. Garantias fundamentais dos membros do MP-TC

Uma outra discussão, igualmente polêmica, refere-se aos direitos constitucionais previstos pelos membros do MP-TC, no artigo 130 da Carta Magna Nacional. Ele enfatiza: *“Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e formas de investidura”*. A sua inclusão na seção referente ao Ministério Público “ordinário” não passa de outro equívoco do legislador, ao não atentar para a diferença existente entre esses dois órgãos. Essa imperfeição técnica gerou diversas questões a serem analisadas. Em primeiro lugar, o reconhecimento de tais direitos e deveres, semelhantes aos dos membros do Ministério Público junto à Justiça Comum, foi vista pelos integrantes deste quadro como um absurdo, observado que, injustificadamente, os membros do *parquet* queriam exercer exclusivamente tais atribuições. Em segundo lugar, foi o momento propício para muitos enxergarem no MP-TC uma extensão institucional do próprio Ministério Público “ordinário” e, conseqüentemente, sua submissão ao *parquet*. Alegavam que, se há uma igualdade entre direitos e deveres dos membros, era um sinal claro da intenção de firmar o órgão do Ministério Público como uma instituição única.

No entanto, a própria ADIN 789 assentou tal discussão ao afirmar: *“... A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo*

estatuto jurídico que rege, no que concerte a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público Comum^{xviii}.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se novamente do bom senso e da razoabilidade para definir tais questões, merecendo o aplauso de todos. Ora, a Constituição não é um lugar para “fogueira de vaidades”, em que atribuições exclusivas pleiteadas por uma ou outra classe devem prevalecer. Deve-se, acima de tudo, ser sensato, retomando-se a “Teoria dos Poderes Implícitos”, além da necessidade social. Como poderiam exercer suas atividades os membros do MP-TC, na correta fiscalização jurídica das questões relativas às contas públicas, se não houvesse direitos e deveres constitucionais amplos? É inegável a relevância pública de tais tarefas, de modo que é preciso dar-lhes amplos poderes para defender o patrimônio público, até mesmo de possíveis equívocos do próprio Tribunal de Contas. Portanto, não há que se falar em direitos, garantias, vedações e formas de investidura distintas dos membros do *parquet*; afinal, ambos perfilham a missão de defender a ordem jurídica e o regime democrático, prestando relevante serviço de interesse público, cada um na sua devida esfera de atribuições.

Quanto à diferença entre a extensão institucional do MP-TC e a garantia de seus membros, previstos constitucionalmente, vale reafirmar, conforme o trecho da ADIN 789: uma coisa é a existência da Instituição MP-TC; outra coisa são os membros que ali exercem suas atribuições. A intenção do legislador, naquele momento, foi a de instituir direitos e deveres referentes aos seus membros, sem sequer revestir-se de caráter orgânico-institucional. Embora tenha sido prevista a sua existência no artigo 73, § 2º, I, da CF/88, não houve recepção estrutural na Carta Magna Brasileira. Daí a necessidade de sua assentada em lei infraconstitucional, como foi determinada na Lei nº 8.443/92. Desse modo, nos dizeres de Jatir Batista da Cunha: “Uma coisa é a instituição - o MP/TCU - a qual se extrai da Lei nº 8443/92; outra, a situação de seus membros, protegida pela Lei Maior, com predicamentos que permitem atuação independente nos seus encargos”^{xix}.

Definida, portanto, a atribuição dos deveres e direitos concernentes aos membros do MP-TC, vem mantendo o E. STF sua coerência e inegável senso crítico nos julgamentos que vem proferindo, quando há o envolvimento das garantias, direitos e deveres dos integrantes das duas instituições - o MP-TC e o *parquet*. Prova disso estão nos recentes julgados trazidos oportunamente à baila.

Um desses casos envolve a questão referente à atividade político-partidária, previsto no artigo 128, II, “e”, da Constituição Federal. O artigo revela a vedação constitucional do membro do Ministério Público em exercer a atividade político-partidária, “salvo nos casos previstos em lei”. Além disso, “abre” a própria Constituição uma fragilidade tão grande ao membro do *parquet* no que tange ao exercício da atividade política que o artigo 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias permite aos membros do *parquet* a possibilidade de, enquanto não forem aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público, poderão os seus membros “optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da

Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica desta data”^{xx}. A questão ventilada no acórdão, entre outras discussões, levantava a indagação: o membro do MP “especial” teria as mesmas vantagens político-eleitorais atinentes ao membro do parquet? Destarte, o C. STF estendeu as situações previstas constitucionalmente (arts. 128, § 5º, II, “e” e 130, além do artigo 29, § 3º, do ADCT) ao membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que pleiteava sua candidatura a Prefeito de uma cidade naquele Estado^{xxi}. As demais questões — de natureza eleitoral — envolvidas no Recurso Extraordinário não dizem respeito ao presente trabalho.

Em outra decisão proferida pela Corte Suprema, decidindo sobre litígio existente em Rondônia, o parquet “local” pleiteava a utilização de seus membros para integrar as cadeiras vagas existentes no Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. No entanto, assim decidiram, utilizando de sua fiel razoabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal: “EMENTA - Ministério Público junto aos Tribunais de Contas: parquet sui generis, instituído pela lei ordinária, sem ofensa à Lei Máxima, ao qual a Carta de 1988 veio a conferir fundamento constitucional (artigos 73, § 2º, I, e 130). Art. 130 da CF/88: norma restrita da integral aplicação das disposições constitucionais pertinentes ao Ministério Público em geral, cuja inserção na Carta Magna se fez tecnicamente adequada e de forma inteligível, porque necessária ao resguardo das peculiaridades que constituíram a própria razão de ser da instituição de um Ministério Público especial. Recurso Extraordinário insuscetível de conhecimento”^{xxii}.

Nova discussão doutrinária surgida das questões envolvendo os membros dos Ministérios Públicos “ordinário” e “especial” diz respeito à competência para julgá-los, uma vez que isso não está previsto constitucionalmente no artigo 105, I, “a”, da Constituição Federal, artigo este que define a competência de apreciação e julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Seguindo “ipsis litteris” a manifestação da Carta Magna, assim asseverou o STJ: “EMENTA: RHC — CONSTITUCIONAL — PROCESSUAL PENAL — MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO — JUÍZO NATURAL — NULIDADE — A Constituição da República estatui ser da competência do STJ processar e julgar os membros do Ministério Público que oficiem perante Tribunais (art. 105, I, a). Aos membros do Ministério Público, junto aos Tribunais de Contas, aplicam-se as disposições da referida seção (art. 130). Em consequência, o Procurador que atua no Tribunal de Contas do Estado tem, como juízo natural, o Tribunal de Justiça do Estado”^{xxiii}. Vale ressaltar aqui a restritividade da lei constitucional ao delinear expressamente a extensão do foro privilegiado, perante o STJ, apenas daqueles adstritos aos Tribunais de Justiça dos Estados (o Procurador-Geral e o Vice-Procurador-Geral de Justiça, além dos Procuradores de Justiça); aos Tribunais Regionais Federais (os Procuradores Regionais da República); aos Tribunais Regionais do Trabalho (os Procuradores Regionais do Trabalho); aos Tribunais Militares (os Procuradores da Justiça Militar); e, finalmente, aos Tribunais Superiores (o Vice-Procurador-Geral da República, os Sub-Procuradores-Gerais da República, o Procurador-Geral e o Vice-Procurador-Geral do Trabalho, além dos Subprocuradores-

Gerais do Trabalho, o Procurador-Geral e o Vice-Procurador-Geral Militar, além dos Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar). Já aqueles membros do Ministério Público “ordinário” que atuam na justiça de primeira instância possuem igualmente o foro privilegiado, mas de competência dos Tribunais de Justiça locais (Promotores de Justiça) e dos Tribunais Regionais Federais (Procuradores da República). Tal disposição encontra-se previsto na Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

E aí novamente se questiona: e os membros do MP-TC, dispõem também de foro privilegiado? A existência ou não de tal prerrogativa remonta novamente à idéia da “fogueira das vaidades” em relação ao *parquet*. Entendem alguns que não há que se falar em foro privilegiado diante de sua não-previsão legal. No entanto, novamente essa questão deve-se remeter aos juízos de razoabilidade e bom senso, além da previsão constitucional do artigo 130. Por um raciocínio lógico, se há foro privilegiado aos membros do *parquet*, e as garantias existentes a estes são iguais aos dos membros do MP-TC, claro que o foro privilegiado estende-se a estes também. Adite-se isso à relevante prestação pública realizada pelos membros do MP-TC, ante a verdadeira moção de confiança depositada pelo interesse social na fiel fiscalização e execução dos cofres públicos, entende-se justa a aplicação do foro privilegiado a uma classe de tamanha expressão. E, finalmente, a instituição dessas garantias nas próprias Constituições Estaduais, que vem reconhecendo em seus textos a prerrogativa de foro ao órgão ministerial “especial”, mostra-se irrefutável a existência desse benefício. Ratificando os argumentos apresentados na defesa da prerrogativa de foro ao MP-TC, necessário se faz ressaltar a fundamentação existente no corpo do trabalho desenvolvido no Recurso de *Habeas Corpus* citado, nas palavras do Min. Pedro Aciole: “*Se, por um lado, a falta de fundamentação do ato constritivo era plenamente evidenciada, por outro lado, e agora, com maior razão, a sua condição de Procurador do Tribunal de Contas, nos termos do art. 130 da Constituição Federal, e art. 14 da Lei Estadual nº 3.627/70, c/c o art. 73, § 6º, da Constituição Estadual, assegura-lhe o foro privilegiado, racione personae, devendo, na hipótese, ser processado e julgado nos exatos termos do art. 104, XIII, letra b, da Carta Estadual, portanto, perante o E. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba*”.

Certo é que não há qualquer justificativa legal para a sua inclusão — ainda que analógica — no artigo 105, I, “a”, da Constituição Federal de 1988, definindo a prerrogativa de foro dos membros do MP-TC junto ao Superior Tribunal de Justiça; querer, no entanto, tirá-los do privilégio de serem julgados perante os Tribunais de Justiça locais seria ferir tanto o já assentado entendimento constitucional, quanto as legislações infraconstitucionais, a razoabilidade e o bom senso.

Antes de finalizar o capítulo referente às divergências jurisprudenciais envolvendo o MP-TC, uma última abordagem aqui merece ser colocada em questão. Os membros desse órgão sentiram a necessidade de se criar uma instituição privada, sem fins lucrativos, capaz de defender os direitos e aspirações do MP-TC, bem como de seus membros, visando resguardar os interesses da classe. Destarte, a Associação Nacional do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas foi criada com essa finalidade. Diante de sua extensão a todo território brasileiro, composição (pessoas

de notório saber jurídico), finalidade e estrutura, estaria tal Associação legitimada para propor ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103, IX, da Constituição Federal? A Carta Magna assim dispõe: “Art. 103. Podem propor ação inconstitucionalidade: (...) IX – confederações sindical ou **entidade de classe de âmbito nacional**” (ênfase nossa). Diante dessa situação prevista no texto constitucional, muitas entidades de classe e confederações buscaram a sua legitimidade em tais prerrogativas: a AMAGIS (Associação dos Magistrados Brasileiros) e a ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia) tiveram seus direitos obtidos. A Associação Nacional do MP-TC, certa de revestir-se dessa natureza (entidade de classe), ajuizou a ADIN 832, em sede cautelar, contra a Assembléia Legislativa do Estado do Pará, argüindo a ilegitimidade desta ao definir as regras atinentes ao preenchimento das vagas para Conselheiro de Contas, na forma prevista no artigo 307 da Constituição do Estado do Pará, entendendo dificultar seriamente o acesso dos membros do MP-TC a tais vagas, violando, com isso, os artigos 73, § 2º, I e 75 da Constituição Federal. A questão analisada na liminar, no entanto, versou sobre a legitimidade ativa da requerente para propor ou não ADIN’s. E assim a E. Suprema Corte decidiu: “*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ilegitimidade Ativa. Associação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, quer sejam considerados como membros do Ministério Público, quer como servidores do quadro próprio desses órgãos auxiliares do Poder Legislativo, não constituem, por isso mesmo, categoria funcional autônoma, mas apenas fração dela, o que torna a Associação que os congrega parte ilegítima, segundo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade. Ação direta de que não se conhece, por ilegitimidade ativa da autora*”^{xxiv}. Razões existem para decidir dessa maneira. Alegou o Min. Ilmar Galvão, acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que a entidade nacional deve conter uma representatividade de âmbito nacional, e a mera juntada da Ata da Assembléia Geral de sua instalação e a aprovação de seu Estatuto, não eram provas suficientes para assim o considerar. Além disso, a reduzida composição de membros da Ata de sua constituição afastava a idéia de representação nacional. E encerrou afirmando que tal associação representa apenas uma fração de todo o grupo que esta deveria representar, seja seus membros considerados integrantes do *parquet* comum — hipótese essa afastada na ADIN 789 — ou integrantes do Tribunal de Contas. A ADIN 846, também em sede de liminar, proposto pela Associação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em face da Assembléia Estadual do Estado do Mato Grosso do Sul, teve o mesmo entendimento da ADIN 832, não conhecendo da ADIN, por ilegitimidade ativa da autora na propositura de tal ação. Logo, se não houver a mudança do entendimento manifestado pelo E. STF no julgamento das duas ADIN’s em sede de liminar, a tendência é reconhecer a ilegitimidade dessa entidade de classe na propositura de ações de inconstitucionalidade.

Situação semelhante viveu o *parquet* comum, no julgamento, também de natureza cautelar, da ADIN 1402, em que a CONAMP (Confederação Nacional do

Ministério Público) teve sua ilegitimidade para a propositura de ADIN's decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Por maioria, vencido o Min. Carlos Velloso (Relator), entenderam os demais eméritos Ministros presentes que não se trata de CONAMP de confederação, devido ao seu não-registro no Ministério do Trabalho, uma vez que deveria reger-se pela CLT; tampouco poderia ser chamada de entidade de classe, pois estas não podem ser constituídas por sociedades e associações diversas, como é o presente caso, observado que a CONAMP, nos dizeres do insigne Min. Maurício Corrêa, “*é uma associação de associações, nos sentido lato da palavra*”^{xxv}.

3. O MP-TC E O MINISTÉRIO PÚBLICO “COMUM”: NECESSIDADE DA HARMONIA NO INTERESSE PÚBLICO

Muito se discutiu até agora sobre a repercussão da existência ou não do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. De fato, foi preciso concluir as questões existentes a essa divergência para, de uma vez por todas, chegar a um consenso sobre as reais atribuições de cada órgão na estrutura do Estado. A ADIN 789 em muito contribuiu para pôr fim a um litígio que durava muitas décadas.

No entanto, por mínimo que possa parecer, uma “ferida” de rivalidade foi aberta envolvendo tais órgãos, o que pode distanciar a relação entre os dois. E aí vem a pergunta: Será que isso é interessante para a finalidade pública? Será que os princípios constitucionais da boa administração e moralidade administrativa estão sendo respeitados? A necessidade do alcance harmônico dessas duas instituições, no interesse da sociedade será o objeto de análise a seguir.

A Carta Magna foi elaborada pelo Congresso Nacional, pelos representantes eleitos do povo, mediante o sufrágio universal, que se exterioriza no país pelo voto. Exercem, com isso, o que Max Weber chama de “dominação legítima”, com a incumbência de legislar as necessidades da população e traduzir em resultados a confiança popular depositada no parlamentar eleito.

As necessidades básicas para regular o bom andamento do estado democrático de direito estão definidas na presente Constituição. Para manter a boa conduta das esferas de poder, órgãos diversos foram criados, ou mantidos conforme as Constituições anteriores. Entre esses organismos estão o MP-TC e o Ministério Público “ordinário”. Sua presença é igualmente importante no cenário nacional. Ambos têm tradições que demonstram a confiança depositada pela população no desempenho de suas atribuições. E, acima de tudo, ambas as instituições perfilham a missão de defender a ordem jurídica e o regime democrático. Portanto, razão não há para discórdias infundáveis em filigranas, se levarmos em conta a finalidade **básica e comum** das duas instituições. A finalidade parece tão próxima a ponto de a Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, Subprocuradora-Geral da República, no RE 120.970-RO, referir-se ao Ministério Público “especial” como “*órgão restrito ao desempenho das funções institucionais de custos legis junto ao Tribunal de Contas da União*”^{xxvi}, tarefa essa — fiscal da lei — também exercida pelo Ministério Público “comum” junto ao Poder

Judiciário. Ora, se ambas possuem suas atribuições pertinentes, para que atizar rancores entre eles? Quem sai perdendo em toda essa discussão é o próprio interesse público. Reitero aqui a consideração de que **a harmonia entre os órgãos que compõem a estrutura dos poderes do Estado é fundamental para a consolidação do próprio poder estatal e o fortalecimento — tanto interno quanto externo — do Brasil.**

À medida que as discussões se acirram entre os órgãos que compõem a estrutura fundamental do Estado, a tendência à fragilidade do sistema torna-se perigoso até mesmo para o equilíbrio dos poderes do Estado. O resultado desses conflitos é catastrófico para qualquer nação. As ditaduras, guerras civis e regimes fascistas são exemplos desse desequilíbrio estatal, que ganham força e passam a dominar a partir de desentendimentos entre os próprios organismos que compõem a célula-mãe do Estado. Cite-se, por exemplo, o golpe de estado, em 1937, realizado pelo então Presidente Getúlio Vargas que, enfatizando a necessidade de uma sobreposição do Poder Executivo frente aos demais poderes, ante a suposta ameaça do Plano Cohen — plano elaborado pelos comunistas para tomar o poder no país — obteve tal ampliação de governo e, diante da soberania obtida, dissolveu o Congresso Nacional, com o apoio das Forças Armadas, prendeu políticos rivais, fortaleceu a censura, outorgou uma Constituição — a de 1937 — inspirada nos moldes poloneses e nos regimes ditatoriais fascistas da Europa, e “reinou” absoluto por mais de oito anos, até todo um processo de redemocratização fazer restabelecer o Estado democrático.

Pode até parecer exagerado o exemplo ditatorial acima relatado à discussão deste trabalho, mas o objetivo aqui é enfatizar a problemática do conflito de órgãos e poderes do Estado, fragilizando a estrutura do país como um todo.

Além disso, está enganado quem imagina que as atribuições completamente distintas exercidas por órgãos de diferentes esferas de poder — como é o caso do Ministério Público “especial” e do “comum” — podem transformar-se em trabalhos mais completos e aprofundados, se exercidos em harmonia. Em primeiro lugar, esta deve (e deverá sempre) ser uma regra geral, estabelecida pela própria Constituição Federal, em seu artigo 2º: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. É certo que o Ministério Público “comum” não se insere nesses poderes, mas deve sempre ser visualizado como um órgão de controle externo essencial ao bom desempenho da Justiça e, conseqüentemente, do Estado, devendo, portanto, figurar sua harmonia com os poderes existentes.

Em segundo lugar — e principalmente este — pelo inúmeros exemplos práticos que revelam o valioso corolário da harmonia entre os órgãos para o bom desempenho das funções públicas. Walton Alencar Rodrigues^{xxvii}, com muita propriedade, enumera duas ilustrações perfeitas para revelar a imprescindível atuação harmônica do Tribunal de Contas — e, logicamente, o Ministério Público junto à Corte — e o MP “comum”. Nas suas palavras: “*O primeiro exemplo diz respeito à Hidrelétrica de ITÁ, no rio Uruguai, na divisa dos Estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. Tratava-se de concessão de obra pública de valor superior a um bilhão de dólares, cuja*

produção de energia elétrica seria apropriada por grupos privados, beneficiados por cláusulas de evidente ilicitude.

O MPF propôs Ação Civil Pública perante a Justiça Federal, na qual questionava a legalidade e a legitimidade da concorrência, alegando, fundamentadamente, violação de princípios constitucionais, desvio de finalidade e a ilegalidade da apropriação da totalidade da energia produzida por concessionários não remunerados por tarifa.

Não obstante a relevância dos fundamentos jurídicos da impetração e a qualidade do trabalho realizado por Procuradores, a Justiça Federal em nenhum momento concedeu medida liminar, paralisando a contratação.

Com fundamento nos mesmos dados, o TCU procedeu à suspensão da formalização do contrato, provocando profunda repercussão e o reestudo de toda a temática ligada à questão do traspasse do produto da concessão a entidades privadas.

Nesse caso, houve louvável troca de informações e peças processuais entre os Analistas do TCU, encarregados do acompanhamento da concessão, e os Procuradores da República, autores da Ação Civil Pública. Ganhou o interesse público^{xxxviii} (ênfase nossa). Deve-se observar que, junto aos Analistas do TCU, estão sempre presentes na verificação da legalidade restrita da questão a presença dos membros do MP-TCU.

A segunda ilustração prática ocorreu no âmbito eleitoral. Como o autor assevera: “A Lei Orgânica do TCU determina que este deverá enviar ao MPE o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à eleição. O Ministério Público Eleitoral, por sua vez, deverá impugnar as candidaturas de todos aqueles condenados pelo TCU. Obviamente, há veemente necessidade de troca de informações entre o TCU e o MPE”^{xxxix}. Aqui novamente há participação do MP-TC na apreciação jurídica da matéria fiscal/eleitoral, nos termos da lei.

Aplausos efusivos a tais iniciativas. Esses são apenas dois exemplos que deveriam se tornar regras no cenário nacional. Afinal, é essa harmonia no desempenho de suas atividades que o poder público necessita de dois órgãos de fiscalização e controle, como é o caso do MP-TC e do Ministério Público “ordinário”. O mesmo autor dos exemplos encerra seu discurso com uma colocação brilhante: “... posso acrescentar que a identidade de propósitos de controle da administração pública, na contenção de ilegalidades, aproxima as duas instituições e impõe que seus integrantes atuem de forma cada vez mais conjunta num propósito comum, a salvaguarda do interesse público”^{xxxx}.

Essa harmônica relação entre o MP-TC e o Ministério Público “comum” tem logrado também êxitos na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. No TC 300.001.93.2, publicado no DOU de 05.09.94, pág. 13.365, enfatiza a importância dos dois órgãos no exercício de suas devidas atribuições, em espírito de equipe e coordenação. O Ministério Público Federal, por seu procurador, Onofre de Faria Martins, denunciou a Escola Agrotécnica Federal de Colatina (ES) por irregularidades

nas suas contas financeiras. Instado a manifestar-se, o MP-TCU requisitou, de imediato, a revisão das contas em relação aos três exercícios anteriores da Escola, ainda que já tivessem sido aprovadas anteriormente. E a ementa do julgado pelo TCU refletiu o ótimo trabalho executado na defesa do interesse público: *“Denúncia formulada por Procurador da República contra a Escola Agrotécnica Federal de Colatina ES. Possíveis irregularidades com reflexos sobre contas já julgadas pelo TCU. Pedido de revisão interposto pelo Ministério Público. Provimento. Reabertura das contas”*.

Finalizando, observou-se que a verdadeira função dos órgãos previstos na Constituição Federal de 1988, destinados a proteger o estado democrático de direito, seus princípios, fundamentos e objetivos: a de trabalharem em cooperação, agindo sempre de acordo com a lei, conforme as necessidades de sua clientela, isto é, a população brasileira. É preciso deixar vaidades e problemas do passado para trás. Sabe-se que muita evolução houve no sentido de reduzir os atritos relatados nesse trabalho — e a doutrina e jurisprudência colaboraram muito nesse sentido — mas o principal é estar à frente das discussões. Hoje, cabe aos doutrinadores do MP-TC, por exemplo, discutir a melhor forma de se alcançar uma precisa fiscalização das contas públicas, ainda tão burladas neste país. Certamente que a tarefa não é fácil.

Apesar dos grandes esforços que comunidade e agentes políticos nacionais têm feito no sentido de amenizar a grave situação da desigualdade brasileira, a fiscalização das contas públicas, seja na sua captação ou distribuição financeira, apresenta inúmeras deficiências (recursos humanos insuficientes, legislações ambíguas) que tem de ser corrigidas urgentemente, sob o risco de agravar ainda mais a situação tributária nacional. Cabe à sociedade — além dos órgãos de fiscalização, da lei ou não, como estes exaustivamente estudados nesta monografia (MP-TC, Tribunal de Contas e Ministério Público “comum”) — encontrar saídas para retificar os graves problemas atuais. Essa discussão tem incomodado e incomodará muito mais os estudiosos de polêmicas desse gênero, refletindo a evolução clara de sua mentalidade em debater novos temas desse assunto, temas esses mais saudáveis ao interesse nacional.

4. CONCLUSÃO

Observou-se, ao longo deste trabalho, discutir os assuntos mais polêmicos envolvendo o MP-TC. A sua existência desvinculada do MP “comum” parece, pela doutrina e jurisprudência atual, pacificada diante das decisões sobre o assunto. Além disso, o reconhecimento de sua instituição dentro do contexto institucional, bem como a garantia e deveres de seus membros denotam o reconhecimento e a confiança que a sociedade brasileira deposita no desempenho de suas atribuições.

Uma vez obtidos tais sucessos, cabe ao MP-TC lutar para dignificar ainda mais o seu trabalho, atuando em harmonia com os demais órgãos de fiscalização, a fim de fazer valer o Estado eficiente, equilibrado e igual. Infelizmente, os casos de fraude à previdência, o rombo orçamentário por deputados e senadores revelaram a

ineficiência dos aparelhos de fiscalização nacional. É preciso estudar meios de ação mais fortes, seguros e ágeis, capazes de conter manobras que só tendem a desequilibrar o sistema e atrasar o país frente aos demais Estados Nacionais.

Argumentos, como a larga extensão territorial e a quantidade populacional para justificar a incrível lesão aos cofres públicos, são desprezíveis, quando se têm em um país como o Brasil homens públicos de notória sapiência no assunto, magistrados e membros dos órgãos de fiscalização nacionais, capazes de encontrar meios mais eficientes de vencer a impunidade e a fraude. Basta vontade política, iniciativa e determinação para vencer os obstáculos existentes no caminho e, certamente, lograr-se-á êxito nessa batalha. Uma coisa é certa: harmonia, cooperação entre os órgãos e perseverança são requisitos imprescindíveis para que isso ocorra.

5. BIBLIOGRAFIA

Legislação

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993.

Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.

Lei 9.165, de 19 de dezembro de 1995.

Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15 de junho de 1993.

Livros

CANTELE, Bruna R. História Dinâmica do Brasil. Analisando o Passado, Refletindo o Presente. São Paulo: Ed. IBEP, 1996.

CARVALHO, Vinícius de. Legislação Aplicada ao MPU. Brasília: Ed. VEST-CON, 1996.

LÚCIO, Vicente Carlos. Constituição Federal Comentada: Artigo por Artigo. São Paulo: EDIPRO, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

Periódicos

ATALIBA, Geraldo; FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FRANCO, Antônio de Sousa e BEREJO, Álvaro Rodrigues. “*Ministério Público Partícipe do Tribunal de Contas Substancial ou de Mérito*”, Revista de Direito Público, nº 99, p. 167-187, 1991.

BRANCO, Francisco de Salles Mourão. “*O TCU e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União*”, Revista do Tribunal de Contas da União, vol. 25, nº 62, p. 132 a 134, 1994.

BRITTO, Carlos Ayres. “*O Ministério Público da União e do Tribunal de Contas – Órgãos Distintos*”, Revista de Direito Público, nº 69, p. 32-44, 1984.

- CASTELO BRANCO, Élvia Lordello. “Um Ministério Público Constitucionalizado e Independente como Fator de Fortalecimento dos Tribunais de Contas”. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, nº 11, p. 13 a 32, 1981.
- CUNHA, Jatir Batista da. “*O Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União*”, Informativo do Tribunal de Contas da União, Brasília, n. 120, p. 13-14, julho/1995.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “*Ministério Público Junto aos Tribunais de Contas*”, Revista de Informação Legislativa, nº 119, p. 233-244, jul/set. de 1993.
- GOMES, Maurício Augusto. “*Ministério Público nos Tribunais de Contas*”, RT 679, p. 277-278. “*Ministério Público e Tribunais de Contas na Constituição*”, RT 685, pág. 264-267.
- GOULART, Celestino e GUIMARÃES, Fernando Augusto Mello. “*O Ministério Público Especial e Seus Princípios Fundamentais*”, RTCE, Porto Alegre, p. 137-152, 1995.
- GUERRA, Eliana Lapenda de Moraes. “*Imprescindibilidade de um Ministério Público Especializado como Fator de Fortalecimento do Próprio Tribunal de Contas*”, Revista do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Recife, n. 5, p. 211-212, jan./dez. de 1994.
- GUIMARÃES, João Lopes. “*O Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas*”, *Justitia*, São Paulo, 1980, p. 123-137.
- HELAYEL, Maurício. “*Aspectos do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas*”, Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, vol. 14, nº 24, p. 49 a 61, 1993.
- MOURA, João Erismá de. “*O Ministério Público Junto ao TCU*”, Informativo do Tribunal de Contas da União, Brasília, n. 45, p. 9-10, março/1996.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “*O Ministério Público no Tribunal de Contas*”, RT 650, p. 40-52.
- RODRIGUES, Walton Alencar. “*Atuação do Ministério Público Perante o Tribunal de Contas da União*”, Informativo do Tribunal de Contas da União, Brasília, n. 88, p. 20-22, maio de 1995.
- SILVA, Edelberto Luiz da. “*O Ministério Público Junto aos Tribunais de Contas*”, Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina, Florianópolis, n. 4, p. 8-10, out./dez. 1988.

6. NOTAS

- i. A dificuldade de se estabelecer uma definição mais precisa entre os dois órgãos levou a doutrina a adotar tais expressões, i. e., Ministério Público “ordinário” para aquele previsto na CF/88 em seus artigos 127 e seguintes e o Ministério Público “especial” para o órgão atuante junto aos Tribunais de Contas. Entre os simpatizantes dessa idéia estão Celestino Goulart, Fernando Augusto Mello Guimarães, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, entre outros.
- ii. Art. 73, § 5º, da Constituição de 1967 *in* Mazzilli, Hugo Nigro. “*O Ministério Público no Tribunal de Contas*”, p. 47.
- iii. Como João Lopes Guimarães, Procurador de Justiça e Professor de Direito.
- iv. v. Carlos Schmidt de Barros Jr., então Procurador-Geral da Fazenda do Estado de São Paulo perante o Tribunal de Contas.

- v. Múcio Dantas, Procurador Geral junto ao TC-RN.
- vi. RP 1.107/SE, Relator Min. Moreira Alves, DJ 13.09.85, p. 15453.
- vii. SILVA, Edelberto Luiz da. “*O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*”, p. 8.
- viii. RE 120.970-RO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16.10.90, RTJ 134, p.
- ix. MAZZILLI, Hugo Nigro. “*O Ministério Público no Tribunal de Contas*”, p. 42.
- x. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, alterada pela Lei 9.165, de 19 de dezembro de 1995.
- xi. ADIN 789, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26.05.94, DJ 19.12.94, p. 35.180.
- xii. “The Concept of Law”, ed. Clarendon, 1961, p. 136 in “*O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União*”, Jatir Batista Cunha, p. 13.
- xiii. GUERRA, Eliana Maria Lapenda de Moraes, “*Imprescindibilidade de um Ministério Público Especializado como Fator de Fortalecimento do próprio Tribunal de Contas*”, p. 212.
- xiv. STF, RP 1.174/PE, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 125, p. 477 in “*O Ministério Público Especial e seus Princípios Fundamentais*”, Celestino Goulart e Fernando Augusto Mello Guimarães, p. 141.
- xv. “*O Ministério Público Especial e seus Princípios Fundamentais*”, Celestino Goulart e Fernando Augusto Mello Guimarães, p. 141.
- xvi. LUZ, Lincoln Pinto da, ADIN 789 (Medida Cautelar), j. 22/10/92, RT 145, p. 148.
- xvii. TC 225.066.88.2, TC 225.099.89.6 e TC 225.145.90.1, publicado no DOU de 13.10.93, p. 15265. No mesmo sentido: TC 400.176.90.4 (TC 400.134.90.0 – apenso), publicado no DOU de 08.12.92, p. 16929; TC 575.619.90.2, publicado no DOU de 20.09.93, p. 14033; TC 008.151.94.6, publicado no DOU 25.09.95, p. 14893 e TC 500.209.90.1, publicado no DOU de 13.12.93, p. 19117.
- xviii. ADIN 789, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26.05.94, DJ 19.12.94, p. 35.180.
- xix. “*O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas*”, Jatir Batista da Cunha, p. 14-15.
- xx. Constituição Federal de 1988, artigo 29, § 3º do ADCT e Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, artigo 83.
- xxi. Recurso Extraordinário nº 127.246-DF, Rel. Min. Moreira Alves.
- xxii. Recurso Extraordinário nº 120.970-4 - RO, 1ª Turma, DJ 08.03.91.
- xxiii. RHC 2.226-0 - PB, Rel. Designado: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 02.02.93, RSTJ 46:401-487.
- xxiv. ADIMC 832/PA; Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08.09.93, DJ 12.11.93, p. 24022.
- xxv. ADIMC 1402/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29.02.96, DJ 19.04.96.
- xxvi. RE 120.970/RO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16.10.90.
- xxvii. Procurador-Geral em exercício, do MPTCU. Palestra proferida em 25.5.95, na Câmara do Patrimônio Público do Ministério Público Federal.
- xxviii. RODRIGUES, Walton Alencar, “*Atuação do Ministério Público perante o Tribunal de Contas da União*”, p. 21.
- xxix. *Idem*, p. 22.
- xxx. *Idem, ibidem*.

CRIMES DE GESTÃO FRAUDULENTA E GESTÃO TEMERÁRIA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira¹

Introdução. Precedente Legislativo. Da importância da intenção do Agente no momento da prática da Conduta Típica. Gestão fraudulenta: aspectos conceituais e distintivos. Gestão temerária: aspectos conceituais e distintivos. Conclusão. Bibliografia

INTRODUÇÃO

Busca este trabalho situar uma dúvida jurídica que tem atormentado estudiosos do Direito Econômico, qual seja, a diferenciação entre os crimes de gestão fraudulenta (art. 4º, *caput* da Lei nº 7.492/86) e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492/86) em Instituição Financeira, sendo certo que a *quaestio*, lamentavelmente, decorre do excesso de simplicidade – que acabou por transmudar-se em incompletude – do art. 4º da Lei nº 7.492/86, também conhecida como Lei dos Crimes do Colarinho Branco, *in verbis*:

“Art. 4º. Gerir fraudulentamente Instituição Financeira:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único – Se a gestão é temerária:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.”

A Lei, como se observa, foi omissa na caracterização de cada conduta, apesar de significativa a diferença entre as penas abstratamente cominadas.

PRECEDENTE LEGISLATIVO

Os termos “gestão fraudulenta” e “gestão temerária” foram primeiramente utilizados pelo legislador pátrio no art. 3º, inciso IX da Lei nº 1.521/51 (Crimes contra a Economia Popular), *in verbis*:

“Art. 3º São também crimes desta natureza:

IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios, ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou

¹ Advogado e Professor em Brasília/DF; Ex-Procurador da Área Administrativa e Criminal do Banco Central do Brasil.

empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falências ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;” (grifo nosso)

Naquela oportunidade, note-se, foram definidas as situações em que se caracterizaria a conduta típica, quais sejam, sempre que não se cumprisse cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados, ou sempre que a gestão anormal implicasse na falência ou insolvência da sociedade. O crime, pois, era tipicamente de dano concreto, não bastando para caracterizá-lo a mera conduta, se não geradora de efetivo prejuízo ou de efeitos palpáveis no mundo material.

Mas já então não houvera preocupação em distinguir conceitualmente as condutas: fosse a gestão fraudulenta ou temerária, a pena cominada era idêntica. E é essa a origem remota da atual *vexata quaestio*, na medida em que o legislador de 1986, malgrado intencionando a separação das hipóteses típicas – tanto que fixara penas diferidas -, preferiu não entrar na seara específica dos dois tipos de gestão virulenta, deixando para a doutrina um trabalho árduo e quase impossível, podendo-se contar nos dedos da mão o número de obras específicas existentes. Tal opção legislativa, provavelmente, surgiu da anormal pressa com que se elaborou e se editou aquela Lei, o que foi duramente criticado por Manoel Pedro PIMENTEL (1987, p. 11).

DA IMPORTÂNCIA DA INTENÇÃO DO AGENTE NO MOMENTO DA PRÁTICA DA CONDUTA TÍPICA

Sabido que, dentre as maiores conquistas do direito penal brasileiro, está o princípio da subjetividade da conduta, do qual decorrem duas assertivas: a) ninguém pode ser condenado sem o prévio cometimento consciente de ato comissivo ou omissivo penalmente reprovável; e b) a responsabilidade deve ser individualizada e depurada para fins de comparação com o tipo penal.

Muito se discute acerca da natureza da responsabilidade penal adotada na Lei dos Crimes do Colarinho Branco - se subjetiva ou objetiva, ou seja, se dependente da apuração de dolo ou culpa, ou se satisfeita com a apuração do simples nexo de causalidade.

Entretanto, é opinião comum que o legislador penal pátrio, no tocante à apreciação da prática criminosa, acata e louva, por tradição, a teoria finalista sobre a conduta. Assevera Júlio Fabrini MIRABETE:

“...como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim. A conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim.” (1998, pp. 98/99)

Ora, relativamente aos crimes previstos no art. 4º da Lei do Colarinho Branco, não poderia ser diferente: também naqueles casos far-se-á mister, para a imputação de responsabilidade e mesmo para a caracterização do tipo, que a intenção do acusado

seja devidamente verificada, dentro dos estreitos limites componentes do dolo direto ou do dolo eventual, sendo ainda certo que, intrinsecamente no Direito Penal Brasileiro, vige o princípio geral de que a modalidade culposa só é punível em havendo expressa previsão legal.

Saliente-se que, quando o art. 25 da Lei nº 7.492/86 aponta responsabilidade penal sobre os administradores, controladores e gerentes da Instituição Financeira, naturalmente o faz sob mera intenção indicativa, sem o condão de afastar a necessária perquirição dos poderes estatutários do acusado para o conhecimento e a perpetração do ato criminoso - e ainda assim, frise-se, será condição imprescindível para o decreto condenatório a comprovação da efetiva autoria do crime financeiro.

Aliás, no tocante à responsabilidade penal objetiva, emitiu interessante opinião o respeitado doutrinador Damásio E. de JESUS, *in verbis*:

“Hoje, com a introdução do princípio do estado de inocência em nossa Const. Federal, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), essas disposições, na parte em que admitiam a responsabilidade penal objetiva, podem ser consideradas derogadas, uma vez que ele é incompatível com a presunção de dolo ou culpa.” (1995, p. 399)

GESTÃO FRAUDULENTA: ASPECTOS CONCEITUAIS E DISTINTIVOS

A gestão fraudulenta em Instituição Financeira pode ser tida como o recurso a qualquer tipo de ardil, sutileza ou astúcia hábil a dissimular o real objetivo de um ato ou negócio, com o que se busca ludibriar as autoridades monetárias ou mesmo aqueles que mantêm relação jurídica com o agente criminoso (correntistas, poupadores, investidores, etc.). Paschoal MANTECCA, comentando o já referido antecedente legislativo do art. 4º da Lei nº 7.492/86, qual seja, o inciso IX do art. 3º da Lei nº 1.521/51, afirma que a gestão fraudulenta “caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes.” (1985, p. 41).

Observe-se, assim, que a gestão fraudulenta traz mais que um excesso de risco. O tipo exige um dolo específico, ou seja, uma vontade consciente do agente em praticar ato que dará aparência de legalidade a negócio ou situação jurídica que, em sua natureza, é ilegal. Aqui o conceito de fraude, pois, é mais abrangente que o do Código Civil Brasileiro, uma vez que ocorre na própria dissimulação de objetivos, no tangenciamento de normas e na deliberada ludibriação de outrem.

Por isso que a gestão fraudulenta é sempre um crime que serve para ocultar outro crime, ou um ilícito administrativo. Ressalte-se que não se trata de crime-meio, não integra e nem é absorvido pelo crime final, como o seria, por exemplo, a lesão corporal causada à vítima de homicídio.

De fato, em várias ocasiões o crime de gestão fraudulenta serve à ocultação de um empréstimo vedado (art. 17 da Lei nº 7.492/86). Exemplo disso ocorre quando a Instituição Financeira, mediante operações triangulares, e utilizando-se de interpostas

pessoas físicas ou jurídicas (“laranjas”), culmina em transferir dinheiro para um administrador ou para uma outra empresa integrante do mesmo grupo econômico. Nesse caso, incide, quanto ao empréstimo ilegal em si, o referido art. 17, mas, quanto ao conjunto dos atos dissimulatórios - ou seja, as operações triangulares e os artifícios contábeis de orquestração nos empréstimos aos “laranjas” - incide o *caput* do art. 4º da Lei nº 7.492/86 – crime de gestão fraudulenta.

Vale ressaltar que, nos moldes atuais, o crime de gestão fraudulenta é de mera conduta, onde “a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente.” (MIRABETE, 1998, p. 130).

Efetivamente, ao contrário do que dispunha o art. 3º, IX, da Lei nº 1.521/51, exige-se aqui apenas a prática consciente da gestão ilícita, para o pronto enquadramento. O objetivo escuso que ensejaria os atos fraudulentos, repita-se, pode ou não vir a ser alcançado, sendo bastante o recurso ao manto de atos aparentemente normais, mas que na verdade encobrem, arditamente, a busca de um fim legalmente impedido.

GESTÃO TEMERÁRIA: ASPECTOS CONCEITUAIS E DISTINTIVOS

A gestão temerária, segundo Rodolfo Tigre MAIA, parte de um conceito “normativo-cultural”, presente em outras disposições penais, como, por exemplo, o art. 219 do Código Penal (“Raptar mulher honesta...”) (1996, pp. 59/60). Encerra-se no tipo, pois, o que se pode chamar conceito subjetivo, que muito aproveita dos costumes e do senso comum da sociedade. Apesar da certa dose de subjetividade, o tipo previsto no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 7.492/86 não fere o princípio da legalidade, conforme já decidiu a 2ª Turma do Eg. TRF 5ª Região, quando do julgamento do HC nº 500.038-CE (Rel. Juiz José Delgado, DOE 03/02/90).

Comentando o dispositivo análogo contido na Lei dos Crimes contra a Economia Popular (art. 3º, inc. IX), assenta Paschoal MANTECCA que “a gestão temerária traduz-se pela impetuosidade com que são conduzidos os negócios, o que aumenta o risco de que as atividades empresariais terminem por causar prejuízos a terceiros, ou por malversar o dinheiro empregado na sociedade infratora.” (1985, p. 41).

A princípio, consigne-se que o risco é algo absolutamente normal, e até necessário dentro de uma gestão ativa de Instituição Financeira. O jogo de mercado e a natureza dos produtos exige desenvoltura e perspicácia, como numa aposta em que se pode, legitimamente, ganhar ou perder. O que deve ser observado, todavia, é que as Instituições Financeiras, em sua maioria, não trabalham com dinheiro próprio, mas com o dinheiro dos correntistas e investidores, entregues em fidúcia.

Dá a pertinência e a justificação do tipo penal em tela. A Instituição Financeira, uma intermediária, necessita estar submetida a certos limites de atuação na gestão do patrimônio alheio. O risco, assim, é válido e plenamente aceitável enquanto subscrito à normalidade de um investimento ou de um produto mercadológico, devendo-se

considerar a exigência do nível de cautela não sob a ótica do homem comum (*homo medium*), mas sim sob a ótica do próprio mercado financeiro.

Essa a razão das Resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e das Circulares do Banco Central do Brasil que estabelecem princípios e limites ao empenho de pecúnia, como a seletividade de investimentos, a diversificação dos riscos, a multiplicidade de clientes e a obrigatoriedade de respeito a garantias e requisitos básicos nas operações de abertura de crédito pré-aprovado e nos financiamentos. Referidos postulados zelam por um fator de cautela imposto após estudos abstratos acerca do nível mínimo de segurança, necessário, em tese, à perenidade e à credibilidade das Instituições Financeiras nacionais, e conseqüentemente de todo o Sistema Financeiro Nacional.

Isso significa que não se pode punir por gestão temerária, por exemplo, os administradores de um banco que sofrera perdas irreversíveis por causa de um investimento de alto risco, desde que a intenção fosse apenas angariar lucros na operação, e não tripudiar com o dinheiro alheio. A situação se inverte, todavia, caso fique comprovada a inobservância aos requisitos básicos supra-referidos, hipótese na qual se aceitara, implícita e temerariamente, que o fracasso da empreitada levasse à *dangerosa* situação de insolvência.

Finalmente, o crime de gestão temerária, nos moldes atuais, também é de mera conduta, podendo ou não vir a se concretizar o efetivo prejuízo, bastando, para o enquadramento penal, a efetiva manutenção da Instituição Financeira em “corda circense”, o que sobremaneira repugna à relevantíssima solidez sistêmica. Importante destacar que, na gestão temerária, o agente não tenciona ocultar ou alcançar tangencialmente um negócio ilícito – apenas atua com notável exagero e inaceitável impetuosidade em situações que seriam inicialmente corriqueiras (aplicações, abatimento de dívidas, resgate de investimentos, etc.).

Como exemplos práticos comuns de gestão temerária, tem-se a realização de empréstimos sem as garantias de praxe do mercado, o perdão extremoso e inusitado de encargos de empréstimos, o financiamento de campanha política com recursos da Instituição Financeira, e até mesmo o trato contumaz com empresas sem qualquer confiança no mercado, o que reafirma a diferenciação básica entre a gestão fraudulenta e a gestão temerária: naquela se pratica atos arditos e bem orquestrados para a efetivação oculta de negócio naturalmente ilegal, enquanto que nesta se submete a riscos excessivos e irresponsáveis o patrimônio dos correntistas, poupadores e investidores, que outrora confiaram nos freios de ousadia da Instituição Financeira.

CONCLUSÃO

Os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em Instituição Financeira encerram conceitos efetivamente distintos, fulcrados principalmente no *animus* do agente – a busca de encobrir ou alcançar negócio ilícito, para o primeiro tipo penal, e a situação de aventura com o dinheiro dos correntistas, poupadores e investidores, para o segundo.

Latu sensu, a questão da reprovabilidade da gestão virulenta em Instituições Financeiras é sustentada na contrariedade direta às proibições ou limitações fixadas em Leis, Resoluções do Conselho Monetário Nacional e Circulares do Banco Central do Brasil, especialmente em face da credibilidade de que o mercado financeiro necessita para cumprir o seu papel no incremento e no aprimoramento da sociedade de produção e consumo, o que, em última análise, é essencial para a concretização do sonho de desenvolvimento industrial e tecnológico de um País.

BIBLIOGRAFIA

- JESUS, Damásio E. de, Direito Penal - Parte Geral, 19^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MAIA, Rodolfo Tigre, Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, São Paulo: Malheiros, 1996.
- MANTECCA, Paschoal, Crimes Contra a Economia Popular e Sua Repressão, São Paulo: Saraiva, 1985.
- MIRABETE, Júlio Fabrini, Manual de Direito Penal – Parte Geral, 13^a ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- PIMENTEL, Manoel Pedro, Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TCU

CHESF - INSPEÇÃO. ATOS DE GESTÃO RELATIVOS A CONTAS ORDINÁRIAS JÁ JULGADAS. SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Representação

Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues

Grupo II - Classe VII – Plenário

TC-013.201/95-6 (c/ 8 volumes)

Natureza: Representação

Entidade: Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF

Interessado: Júlio Sérgio de Maya Pedrosa Moreira, Diretor-Presidente

Ementa: Representação. CHESF. Inspeção. Diligência. Audiência. Atos de gestão relativos a contas ordinárias já julgadas. Prescrito o prazo quinquenal para interposição de recurso de revisão. Supremacia do princípio da segurança jurídica. Determinação. Arquivamento.

RELATÓRIO

Adoto como relatório o parecer do Ministério Público, da lavra do Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha, por expor adequadamente a tramitação deste processo, **in verbis**:

“Trata-se de Comunicação encaminhada pelo Sr. Diretor-Presidente da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, dando conta de medidas adotadas com o objetivo de promover a defesa junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco - TJPE, com vistas a reformar as decisões proferidas pelo referido Tribunal e pelo Juiz da 4ª Vara Cível do Recife, em processos movidos contra a estatal pela Construtora Mendes Júnior S.A. – CMJ (atualmente Mendes Júnior Engenharia S.A.), litígios estes decorrentes de contratos firmados entre a entidade e a CMJ, vencedora de concorrência pública, destinada à execução das obras de terraplanagem e estruturas de concreto do ‘Aproveitamento Hidroelétrico de Itaparica’, no Rio São Francisco.

Em 17.03.88, a Construtora Mendes Júnior S.A. propôs Ação Declaratória junto à 4ª Vara Cível da Capital – Recife/PE, pleiteando a declaração do direito da construtora ao ressarcimento completo e atualizado, pela CHESF, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em que teria incorrido a Mendes Júnior, em razão de ter sido obrigada a captar recursos no mercado financeiro para dar seqüência às obras de construção da Hidrelétrica de Itaparica, em conseqüência de atrasos da estatal no pagamento das faturas (fls. 04 e 57 do volume I).

No dia 17.03.89, o Juiz proferiu sentença, tendo por improcedente a Ação Declaratória.

Interposta apelação pela Mendes Júnior junto ao TJPE, este, em 03.04.90, por unanimidade, reformou a sentença de primeiro grau, declarando a existência de uma relação de crédito da construtora contra a CHESF, assegurando completo ressarcimento, com atualização dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, em decorrência do financiamento da construção da Usina Hidroelétrica de Itaparica (fls. 238/239 do volume I).

A CHESF interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, a despeito da manifestação do Ministério Público Federal, opinando pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial, não foi conhecido pela Segunda Turma do STJ, em acórdão unânime, prolatado na Sessão de 27.11.91.

Tendo sido negado, pela via administrativa, o reembolso das parcelas de encargos incidentes sobre o financiamento, a Construtora Mendes Júnior S.A. aforou, em 16.11.93, junto à 4ª Vara Cível do Recife, Ação Ordinária de Cobrança, requerendo a condenação da CHESF ao pagamento da importância concernente aos juros de mercado, a ser aferida em perícia (fls. 01/04 do volume II). Em 19.10.94, o perito do juízo exarou o laudo atribuindo ao valor a pagar a soma de R\$ 1.556.492.549,42, data-base, 31.08.94 (fls. 54/68 do volume II).

Em 09.05.95, foi proferida a sentença condenatória, com valor de ressarcimento igual ao fixado no laudo oficial e ônus de sucumbência de 20% do valor da condenação, ou seja, a CHESF foi condenada a pagar à Mendes Júnior a importância de R\$ 1.867.791.059,30 (um bilhão, oitocentos e sessenta e sete milhões, setecentos e noventa e um mil, cinqüenta e nove reais e trinta centavos), na data-base de 31.08.94, quantia que, atualizada monetariamente e acrescida de juros moratórios de 0,5% ao mês, corresponde atualmente (em 15.07.98) a R\$ 3.646.965.742,15 (três bilhões, seiscentos e quarenta e seis milhões, novecentos e sessenta e cinco mil, setecentos e quarenta e dois reais e quinze centavos), consoante demonstrativo acostado à contracapa dos autos.

Em face da comunicação do Diretor-Presidente da CHESF noticiando a adoção de providências com vistas à defesa dos interesses daquela Entidade na disputa judicial mantida com a Construtora Mendes Júnior S.A., tendo por objetivo a pretensão da empreiteira de ressarcimento por alegados prejuízos decorrentes de obras da UHE-Itaparica, o eminente Ministro-Relator CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA determinou à SECEX/PE a instrução do feito, a verificação *in loco* dos procedimentos da entidade que resultaram na mencionada condenação judicial e o acompanhamento do andamento das medidas anunciadas pela Direção da CHESF (fls. 01).

Realizada inspeção na CHESF e efetuadas diligências e audiência dos responsáveis, requer o eminente Ministro-Relator, por honrosa deferência, o pronunciamento do Ministério Público sobre a proposta oferecida pela SECEX/PE (fls. 463).

Primeiramente, procederemos ao exame das alegações oferecidas pelos agentes questionados, em resposta à audiência determinada pelo Ministro-Relator, no V. Despacho de fls. 83, a saber:

1) Srs. Paulo Roberto Leal Caldas, Ênio Lima de Araújo Góes, João Bosco Costa e Carlos Roberto Braconi Astuto, pela omissão, no relatório apresentado à Diretoria da CHESF, das irregularidades presentes na gestão pelos órgãos técnicos e nas decisões gerenciais acerca dos pleitos da Construtora Mendes Júnior S.A., sob títulos “pendências financeiras” e “andamento anormal da obra”.

2) Sr. Agenor Alves Feitosa acerca da não-impugnação, na Ação Declaratória, de fatos-base do pedido da Construtora; determinação da CHESF, de continuidade de obras, financiamento do empreendimento, mediante captação de recursos a juros de mercado e encargos financeiros (CPC, arts 302 e 334); e interposição de Recurso Especial desinformado quanto à construção jurisprudencial no âmbito do STJ, ensejando o seu não-conhecimento.

3) Sr. Abner Waldivino de Araújo, sobre a não-impugnação da contestação da Ação Declaratória da CMJ.

4) Sr. Luiz Carlos A. de Andrade, sobre a interposição de Recurso Especial desinformado quanto à jurisprudência do STJ.

5) Sr. Ervin de Matos Roth, Consultor-Jurídico Geral, em face das omissões, em seu relatório de acompanhamento, dos procedimentos dos advogados da CHESF nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança.

6) Sr. Carlos Antônio Neto Canuto sobre o nível de desinformação no qual foram mantidos os órgãos CHESF acerca da gravidade da situação processual da entidade nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança.

No tocante ao item 1, os membros da Comissão constituída pela Portaria PR 44-93 (CHESF), para executar o levantamento dos pleitos da Construtora Mendes Júnior S.A., inerentes aos contratos CT-I 228.280 e CT-I 228.281, apresentaram razões de justificativas, em conjunto, às fls. 444/446, acompanhadas de anexos que formaram o volume VIII. Alegam os responsáveis que atenderam plenamente aos objetivos da citada Portaria, promovendo o levantamento dos pleitos da Construtora, identificação das providências adotadas relativamente à restauração do equilíbrio-financeiro dos contratos, verificação dos dados históricos correspondentes a juros de mercado e encargos financeiros e a identificação das medidas administrativas aplicáveis ao pleito. Argumentam, ainda, que a Comissão forneceu as devidas informações sobre os títulos ‘pendências financeiras’ e ‘andamento anormal da obra’, não se omitindo, conseqüentemente, a respeito. Em sua análise, a SECEX/PE entendeu que possam ser acolhidas as justificativas apresentadas (fls. 453, subitem II.1.2.3).

As justificativas oferecidas pelo Sr. Agenor Alves Feitosa sobre os fatos de que trata o item 2 são suficientes, segundo a instrução, para proceder ao exame das questões também postas aos Srs. Abner Waldivino de Araújo (item 3) e Luiz Carlos A. de Andrade (item 4), uma vez que esses dois responsáveis não acudiram ao chamamento do Tribunal.

Quanto à primeira assertiva, o responsável desenvolveu persuasiva argumentação (fls. 435/439), aceita pela instrução, em análise contida nos subitens 11.2.2, 11.2.2.1, 11.2.2.2, 11.2.2.3 e 11.2.2.4, às fls. 455.

Com referência à interposição de Recurso Especial pelo corpo jurídico da CHESF, desinformado quanto à construção jurisprudencial dominante no âmbito do STJ, ensejando o seu não conhecimento, a defesa, embora reconhecendo que 'houve falha quanto ao prequestionamento, e que o Recurso Extraordinário seria o cabível' ressalva que o Recurso Especial, apesar de não conhecido, foi analisado pelo STJ, denotando-se, no julgamento daquele Tribunal, o entendimento de que a fundamentação do Acórdão recorrido (manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato) é tema já assentado na doutrina e consagrado no STF e STJ. Alegam que, se impetrado Recurso Extraordinário, o posicionamento no STF tenderia a ser o mesmo, não concorrendo a falha cometida para o insucesso inicial da CHESF.

O Sr. Ervin de Matos Roth, Consultor-Jurídico Geral da Eletrobrás, nega sua participação na tramitação da Ação Declaratória, no Poder Judiciário, correndo o patrocínio dos interesses da CHESF no processo, sob inteira responsabilidade do corpo jurídico desta última empresa e dos consultores por ela contratados. Coube-lhe, apenas, elaborar relatório de acompanhamento de Ação Ordinária de Cobrança, para ciência dos dirigentes da Eletrobrás. Enfatiza, por fim, que, em nenhum momento, foi-lhe atribuída, quer pela Presidência, quer pela Diretoria-Executiva, a incumbência de realizar sindicância para apurar a qualidade do desempenho ou a responsabilidade profissional dos advogados da CHESF. Forçoso reconhecer as dificuldades de se refutar a defesa promovida pelo Sr. Ervin, ante a evidência dos argumentos de que se serviu.

O Sr. Carlos Antônio Neto Canuto, a quem foi imputada a responsabilidade pelo nível de desinformação no qual foram mantidos os órgãos da CHESF, acerca da gravidade da situação processual da entidade, nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança, alega descaber justificativa sobre fato que não ocorreu, pois foram cientificados sobre o feito o Conselho de Administração, a Diretoria Plena, a Diretoria de Engenharia e Construção, a Diretoria Econômico-Financeira, a Auditoria Interna, a Auditoria Externa e o próprio Tribunal. Documenta sua defesa com a anexação de cópias de expedientes de sua iniciativa, visando à proteção dos interesses da CHESF (fls.413/439).

Outro ponto a ser considerado é que as providências adotadas pela CHESF, pela ELETROBRÁS, e ainda, pela Advocacia Geral da União começaram a apresentar resultados proveitosos, visto que a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em acórdão prolatado na Sessão de 06.08.96, resolveu dar provimento à Apelação interposta pela CHESF, na Ação Ordinária de Cobrança, anulando o processo a partir da perícia. No dia 15.08.96, a Corte Especial do mesmo Tribunal negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela Mendes Júnior. Do acórdão, foi interposto Recurso Especial ao STJ, encontrando-se pendente de julgamento.

Ressalte-se que a anulação decorreu do fato de a perícia ter sido efetuada por perito legalmente incompetente, devendo ser refeita, porém, ficando a construtora com o ônus de provar haver feito a captação dos recursos, a juro de mercado, e, ainda, ter aplicado tais recursos na obra do aproveitamento hidroelétrico de Itaparica.

Cumpra registrar que não há, em tese, qualquer garantia de que o valor calculado pela nova perícia seja inferior ao determinado pelo perito anterior.

*Contudo, se mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial, a decisão **a quo**, ou seja, a necessidade de que a Mendes Júnior prove, em nova instrução, que captou os recursos a juro de mercado e que os aplicou efetivamente na obra de Itaparica, estarão criados, indubitavelmente, grandes embaraços à construtora, em decorrência da inegável dificuldade que lhe advirão para constituir tais meios probatórios.*

Diante do exposto, manifestamo-nos de acordo com as conclusões da instrução, no item 13, às fls. 462, no sentido de que possam ser aceitas as justificativas dos responsáveis ouvidos, no que concerne aos tópicos abordados na audiência.

Contudo, no que concerne aos pagamentos efetuados à Construtora Mendes Júnior S.A. pela CHESF, a título de ‘custos adicionais por andamento anormal da obra’ e de ‘pendências financeiras’, deixamos de concordar com a assertiva da Unidade Técnica, contida no subitem 12.7, às fls. 462, de que as causas apontadas como passíveis de transformação dos autos em Tomada de Contas Especial não teriam sido irregulares e que inexistiriam os pressupostos básicos para constituição da TCE.

Relevante recordar que, relativamente aos ‘custos adicionais por andamento anormal da obra’, podemos extrair do Relatório de Auditoria, elaborado pela SECEX/PE, por pertinentes, os seguintes trechos:

‘Ocorre, porém, que, em 30/04/87 o relatório, elencando em síntese seus sólidos fundamentos, concluiu pela improcedência de ‘custos adicionais por andamento anormal de obra’, juridicamente insuportável, tenha dado desautorizado e sintomático albergue a despropositado adiantamento concedido preteritamente à CMJ’ (fls. 20, item 67).

.....
‘Os ‘custos adicionais’ ali presentes, com base em novembro/87, sobre terem sido quantificados mediante metodologia desassistida da necessária base fática, são juridicamente imprestáveis para viabilizar o assédio aos cofres da CHESF. Ali, inclusive, há ‘divergências conceituais’, não sanadas, até porque impossível, com os ‘esclarecimentos (...), os desautorizados artifícios e subjetivismos geradores de dano patrimonial estão sintetizados, em sua produção, às fls. 144 – ANEXO III’ (fls. 26, item 99).

.....
‘Nebulosa, à luz da documentação disponibilizada na verificação, também é a operação de pagamento posto que os ‘custos adicionais’ de NCz\$ 187.006.115,78, ou US\$ 23,9 milhões, não encontra na documentação contábil-financeira acessada

durante a verificação **in loco**, direta e específica correspondência, salvante às fls. 172/173 – ANEXO III’ (fls. 31, item 135).

.....
As indisfarçadas contrariedades presentes nas manifestações de fls. 197v e 202v – ANEXO III; o afastamento de quem ‘efetivamente’ participou das ‘negociações’ (fls. 199v – ANEXO III); a ausência de qualquer análise técnico-jurídica, com aplicação das normas repressoras das ‘negociações’; a solidária elaboração de uma ‘saída’ para a construção de um ‘aditivo’ a todo título incabível (fls. 161 e 203/207 – ANEXO III); o esforço para obter a assinatura da empreiteira (fls. 208v, 214, 216, 217v – ANEXO III); a não eficácia do despacho de fls. 218v – ANEXO III, suscitando, abertamente, a via do ‘Contencioso Geral’, e os desorientadores, protelatórios ou ‘retificantes’ encaminhamentos dados ao assunto (fls. 216v, 217v, 218v, 219/224 – ANEXO III) foram condutas reciprocamente alimentadas até porque as partes ou servidores responsáveis ou contribuintes das ‘negociações’ não se encontravam em condições de, por sua iniciativa, provocarem a sobrevinda de um reexame externo e anátomo-patológico das ‘negociações’. (fls. 37, item 148).

Quanto às ‘pendências financeiras’, podemos destacar do referido Relatório de Auditoria, os seguintes excertos:

‘É desarrazoado o fato do Sr. MÁRLIO UCHÔA CAVALCANTI haver se impressionado com a afirmativa do Sr. J. SAULO RAMOS, dado que, tendo aquela autoridade adotado a nota de fls. 118/131 – ANEXO III, que não reconheceu procedência jurídica no ‘atendimento ao pleito de ressarcimento dos chamados juros de mercado’, não influenciou, tal afirmativa, até porque desprovida de caráter subsidiário para o desate jurídico da matéria. Sem embargo da carência absoluta de elementos probatórios, quanto ao levantamento, pela CMJ, de recursos junto ao mercado financeiro, para enfrentamento dos atrasos de pagamento das faturas, a custos superiores aos contratualmente previstos na hipótese de inadimplência da Administração (e, ainda que ocorrido, não viabilizaria o pleito) – fls. 51, item 240.

.....
‘Alimentadas por uma adremente preparada combinação, sistêmica e cronológica, das renovações oportunistas de pleitos, acrescidas de inovações ilegítimamente prestigiadas por truncamento da matéria de fato e de direito, posto a serviço de parecer/informação juridicamente desautorizado, as malsinadas pendências financeiras são coroadas com o relatório subscrito pelo próprio Sr. MÁRLIO DE CARRILHO UCHÔA CAVALCANTI, Advogado e Assistente Técnico da DF, e Srs. PAULO ROBERTO LEAL CALDAS, Chefe do Departamento de Contabilidade, JORGE WILLIAM LINDO, Assessor do mesmo órgão, e JOSÉ AIRTON MARTINS, Chefe da Coordenadoria Técnica da Diretoria de Construção, onde é explicitada a metodologia adotada na abertura dos cofres da empresa’ (fls. 51, item 243).

Pode-se observar, assim, que não há nos autos elementos que permitam inferir que os pagamentos efetuados pela CHESF à Construtora Mendes Júnior S.A., a título de ‘custos adicionais por andamento anormal da obra’ e de ‘pendências financeiras’,

se amoldam às hipóteses aceitas pelo Plenário desta Corte de Contas, nas Decisões n.ºs 246/92, 384/92 e 448/92, mencionadas pela instrução no subitem 12.5, às fls. 461.

No V. Despacho de fls. 83, o eminente Ministro-Relator determinou à SECEX/PE proceder 'à identificação de todos os responsáveis, inclusive dos membros, em exercício à época, da Diretoria Plena, dos Conselhos de Administração e Fiscal da CHESF e da ELETROBRÁS, respectivamente, tendo em vista a necessidade de, após a transformação do processo em Tomada de Contas Especial, definir-se, para a citação a ser promovida, a responsabilidade (individual ou solidária) pelos débitos, nos termos do art. 12, inciso I, da Lei n.º 8.443/92'.

Cumpre registrar que, quanto ao mérito das impugnações que originaram o referido Despacho, não foram juntados aos autos novos elementos suficientes para elidi-las.

Acrescente-se que, às fls. 287/291, foram anexados os róis de responsáveis a que alude o Ministro-Relator.

Por fim, cumpre-nos mencionar que os valores envolvidos nesses pagamentos alcançam, em 13.07.98, as expressivas quantias de R\$ 52.674.774,88 ('andamento anormal da obra') e R\$ 165.882.494,22 ('pendências financeiras'), segundo demonstrativos acostados à contracapa, valores cuja monta justificam a conversão, desde logo, do processo em Tomada de Contas Especial, a fim de ser promovida a citação dos responsáveis.

Sendo assim, **data venia** da Unidade Técnica, manifestamo-nos no sentido de que, nos termos do artigo 47 da Lei n.º 8.443/92, sejam transformados os presentes autos em Tomada de Contas Especial, com vistas à citação, individual ou solidária, dos responsáveis, indicados às fls. 69/71 e 287/291, ou de seus sucessores (artigo 5º, inciso VIII, da Lei n.º 8.443/92), para, nos termos do artigo 12, incisos I e II, da referida lei, apresentarem defesa ou recolherem aos cofres da CHESF as importâncias discriminadas às fls. 70/72, acrescidas dos consectários legais incidentes a partir das datas ali especificadas, em razão de pagamentos lesivos à estatal, efetuados à Construtora Mendes Júnior S.A., sob os títulos de 'andamento anormal da obra' (fls. 68/70, a.1) e 'pendências financeiras' (fls. 70/72, a.2)."

É o relatório.

VOTO

Conheço, como representação, da comunicação encaminhada pelo Diretor-Presidente da Companhia Hidrelétrica do São Francisco - Chesf, em conformidade com o art. 37-A, III, da Resolução TCU n.º 77, de 4.12.96, com a redação dada pela Resolução TCU n.º 110, de 6.5.98.

Ante as informações prestadas, foram determinadas, sucessivamente, inspeção para apurar os fatos, diligência e audiência dos responsáveis.

A unidade técnica propõe o acolhimento das razões de justificativa apresentadas, nos termos do art. 43, I, da Lei n.º 8.443/92, c/c o art. 194, I e § 1º, do Regimento Interno.

O Ministério Público acompanha essa proposição na parte relativa à ação ordinária movida contra a Chesf pela empresa Mendes Júnior Engenharia S.A. Destaca que *“as providências adotadas pela Chesf Eletrobrás e, ainda, pela Advocacia Geral da União começaram a apresentar resultados proveitosos, visto que a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em acórdão prolatado na Sessão de 06.08.96, resolveu dar provimento à Apelação interposta pela Chesf, na Ação Ordinária de Cobrança, anulando o processo a partir da perícia. No dia 18.08.96, a Corte Especial do mesmo Tribunal negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela Mendes Júnior. Do acórdão, foi interposto Recurso Especial ao STJ, encontrando-se pendente de julgamento.”*

Discorda, no entanto, da regularidade dos pagamentos efetuados à Mendes Júnior Engenharia S.A. a título de “custos adicionais por andamento anormal da obra” e de “pendências financeiras”. Entende que esses pagamentos não se amoldam às hipóteses aceitas pelo Plenário desta corte de Contas, nas Decisões n.ºs. 246/92, 384/92 e 448/92, mencionadas pela instrução no subitem 12.5 (fl. 461), sendo os elementos apresentados insuficientes para comprovar sua regularidade. Essa convicção, aliada às expressivas quantias envolvidas, que, em 13.7.98, em valores atualizados, eram de R\$ 52.674.774,88 (andamento anormal da obra) e R\$ 165.882.494,22 (pendências financeiras), justificaria a conversão do processo em Tomada de Contas Especial, a fim de que fosse promovida a citação dos responsáveis.

São graves as irregularidades apontadas. Ocorre que os pagamentos tidos como irregulares foram efetuados durante os anos de 1987 e 1989 (fls. 70/2). Integram, portanto, os atos de gestão daqueles exercícios. As prestações de contas da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - Chesf relativas a 1987 e 1989 foram julgadas há mais de cinco anos, ambas regulares com ressalvas (TC-010.127/88-7, Decisão n.º 304/92 - TCU - Plenário, sessão de 10.6.92, Ata n.º 28/92; e TC- 499.025/90-3, sessão de 12.9.91, 2ª Câmara, Relação n.º 24/91, Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, Ata n.º 29/91, respectivamente).

Sobre essa questão - transformação de processo que trata de atos de gestão, já apreciados pelo Tribunal, em Tomada de Contas Especial - o Plenário, na sessão de 8.9.93, ao julgar o TC-010.592/89-0 (Decisão n.º 402/93, Ata n.º 43/93), acolheu o Voto do eminente Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, cujo teor reproduzo, *in verbis*:

“e) o entendimento que preconiza a possibilidade de ser examinado, em processo especial, ato de gestão do responsável principal independentemente de repercussão no processo de contas ordinárias, com as vênias de estilo ao ilustre defendente, traria, se empregado sistematicamente por esta Corte, sérios transtornos à harmonização dos julgados, uma vez que seria possível supor a hipótese de um dado agente ter as contas julgadas irregulares e ser condenado a ressarcir determinado valor ao erário em processo de TCE, enquanto no exame das suas correspondentes contas ordinárias ter havido a aceitação, plena ou parcial, dessas pelo Tribunal;

f) gestão, segundo penso, é o conjunto de atos de natureza financeira, orçamentária e patrimonial levados a efeito por agentes administrativos durante certo

exercício financeiro; 'his positis' não há que se falar em exame de ato específico dissociado do todo, pois o exame da gestão, avaliado quando do julgamento das contas anuais, abrange, necessariamente, o universo constitutivo do somatório dos atos específicos praticados pelas autoridades jurisdicionadas”.

Na hipótese, não incidisse a preclusão temporal quanto à possibilidade da interposição de recurso, gestões seriam feitas para que o Ministério Público avaliasse a conveniência e oportunidade da medida.

Do exposto, ficam prejudicadas quaisquer providências deste Tribunal, em relação às irregularidades praticadas pela administração da Chesf, nos exercícios de 1987 e 1989, por haver já transcorrido o prazo de cinco anos para a interposição do recurso de revisão. A prestação de contas de 1987 foi julgada em 10.6.92. A de 1989, em 12.9.91. Nos termos do art. 139, § 5º, do Decreto nº 93.872, de 23.12.86, o prazo estabelecido para a guarda de documentos oficiais é de cinco anos, a partir do julgamento das contas dos responsáveis pelo TCU.

Assim, com esses esclarecimentos, VOTO por que o Tribunal de Contas da União adote a DECISÃO que ora submeto à apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 1999.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha

Trata-se de Comunicação encaminhada pelo Sr. Diretor-Presidente da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, dando conta de medidas adotadas com o objetivo de promover a defesa junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco - TJPE, com vistas a reformar as decisões proferidas pelo referido Tribunal e pelo Juiz da 4ª Vara Cível do Recife, em processos movidos contra a estatal pela Construtora Mendes Júnior S.A. – CMJ (atualmente Mendes Júnior Engenharia S.A.), litígios estes decorrentes de contratos firmados entre a entidade e a CMJ, vencedora de concorrência pública, destinada à execução das obras de terraplanagem e estruturas de concreto do “Aproveitamento Hidroelétrico de Itaparica”, no Rio São Francisco.

Em 17.03.88, a Construtora Mendes Júnior S.A. propôs Ação Declaratória junto à 4ª Vara Cível da Capital – Recife/PE, pleiteando a declaração do direito da construtora ao ressarcimento completo e atualizado, pela CHESF, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em que teria incorrido a Mendes Júnior, em razão de ter sido obrigada a captar recursos no mercado financeiro para dar seqüência às obras de construção da Hidrelétrica de Itaparica, em consequência de atrasos da estatal no pagamento das faturas (fls. 04 e 57 do volume I).

No dia 17.03.89, o Juiz proferiu sentença, tendo por improcedente a Ação Declaratória.

Interposta apelação pela Mendes Júnior junto ao TJPE, este, em 03.04.90, por unanimidade, reformou a sentença de primeiro grau, declarando a existência de uma

relação de crédito da construtora contra a CHESF, assegurando completo ressarcimento, com atualização dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros, em decorrência do financiamento da construção da Usina Hidroelétrica de Itaparica (fls. 238/239 do volume I).

A CHESF interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, a despeito da manifestação do Ministério Público Federal, opinando pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial, não foi conhecido pela Segunda Turma do STJ, em acórdão unânime, prolatado na Sessão de 27.11.91.

Tendo sido negado, pela via administrativa, o reembolso das parcelas de encargos incidentes sobre o financiamento, a Construtora Mendes Júnior S.A. aforou, em 16.11.93, junto à 4ª Vara Cível do Recife, Ação Ordinária de Cobrança, requerendo a condenação da CHESF ao pagamento da importância concernente aos juros de mercado, a ser aferida em perícia (fls. 01/04 do volume II). Em 19.10.94, o perito do juízo exarou o laudo atribuindo ao valor a pagar a soma de R\$ 1.556.492.549,42, data-base, 31.08.94 (fls. 54/68 do volume II).

Em 09.05.95, foi proferida a sentença condenatória, com valor de ressarcimento igual ao fixado no laudo oficial e ônus de sucumbência de 20% do valor da condenação, ou seja, a CHESF foi condenada a pagar à Mendes Júnior a importância de R\$ 1.867.791.059,30 (um bilhão, oitocentos e sessenta e sete milhões, setecentos e noventa e um mil, cinqüenta e nove reais e trinta centavos), na data-base de 31.08.94, quantia que, atualizada monetariamente e acrescida de juros moratórios de 0,5% ao mês, corresponde atualmente (em 15.07.98) a R\$ 3.646.965.742,15 (três bilhões, seiscentos e quarenta e seis milhões, novecentos e sessenta e cinco mil, setecentos e quarenta e dois reais e quinze centavos), consoante demonstrativo acostado à contracapa dos autos.

Em face da comunicação do Diretor-Presidente da CHESF noticiando a adoção de providências com vistas à defesa dos interesses daquela Entidade na disputa judicial mantida com a Construtora Mendes Júnior S.A., tendo por objetivo a pretensão da empreiteira de ressarcimento por alegados prejuízos decorrentes de obras da UHE-Itaparica, o eminente Ministro-Relator CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA determinou à SECEX/PE a instrução do feito, a verificação *in loco* dos procedimentos da entidade que resultaram na mencionada condenação judicial e o acompanhamento do andamento das medidas anunciadas pela Direção da CHESF (fls. 01).

Realizada inspeção na CHESF e efetuadas diligências e audiência dos responsáveis, requer o eminente Ministro-Relator, por honrosa deferência, o pronunciamento do Ministério Público sobre a proposta oferecida pela SECEX/PE (fls. 463).

Primeiramente, procederemos ao exame das alegações oferecidas pelos agentes questionados, em resposta à audiência determinada pelo Ministro-Relator, no V. Despacho de fls. 83, a saber:

1) Srs. Paulo Roberto Leal Caldas, Ênio Lima de Araújo Góes, João Bosco Costa e Carlos Roberto Braconi Astuto, pela omissão, no relatório apresentado à Diretoria da CHESF, das irregularidades presentes na gestão pelos órgãos técnicos e

nas decisões gerenciais acerca dos pleitos da Construtora Mendes Júnior S.A., sob títulos “pendências financeiras” e “andamento anormal da obra”.

2) Sr. Agenor Alves Feitosa acerca da não-impugnação, na Ação Declaratória, de fatos-base do pedido da Construtora; determinação da CHESF, de continuidade de obras, financiamento do empreendimento, mediante captação de recursos a juros de mercado e encargos financeiros (CPC, arts 302 e 334); e interposição de Recurso Especial desinformado quanto à construção jurisprudencial no âmbito do STJ, ensejando o seu não-conhecimento.

3) Sr. Abner Waldivino de Araújo, sobre a não-impugnação da contestação da Ação Declaratória da CMJ.

4) Sr. Luiz Carlos A. de Andrade, sobre a interposição de Recurso Especial desinformado quanto à jurisprudência do STJ.

5) Sr. Ervin de Matos Roth, Consultor-Jurídico Geral, em face das omissões, em seu relatório de acompanhamento, dos procedimentos dos advogados da CHESF nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança.

6) Sr. Carlos Antônio Neto Canuto sobre o nível de desinformação no qual foram mantidos os órgãos CHESF acerca da gravidade da situação processual da entidade nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança.

No tocante ao item 1, os membros da Comissão constituída pela Portaria PR 44-93 (CHESF), para executar o levantamento dos pleitos da Construtora Mendes Júnior S.A., inerentes aos contratos CT-I 228.280 e CT-I 228.281, apresentaram razões de justificativas, em conjunto, às fls. 444/446, acompanhadas de anexos que formaram o volume VIII. Alegam os responsáveis que atenderam plenamente aos objetivos da citada Portaria, promovendo o levantamento dos pleitos da Construtora, identificação das providências adotadas relativamente à restauração do equilíbrio-financeiro dos contratos, verificação dos dados históricos correspondentes a juros de mercado e encargos financeiros e a identificação das medidas administrativas aplicáveis ao pleito. Argumentam, ainda, que a Comissão forneceu as devidas informações sobre os títulos “pendências financeiras” e “andamento anormal da obra”, não se omitindo, conseqüentemente, a respeito. Em sua análise, a SECEX/PE entendeu que possam ser acolhidas as justificativas apresentadas (fls. 453, subitem 11.1.2.3).

As justificativas oferecidas pelo Sr. Agenor Alves Feitosa sobre os fatos de que trata o item 2 são suficientes, segundo a instrução, para proceder ao exame das questões também postas aos Srs. Abner Waldivino de Araújo (item 3) e Luiz Carlos A. de Andrade (item 4), uma vez que esses dois responsáveis não acudiram ao chamamento do Tribunal.

Quanto à primeira assertiva, o responsável desenvolveu persuasiva argumentação (fls. 435/439), aceita pela instrução, em análise contida nos subitens 11.2.2, 11.2.2.1, 11.2.2.2, 11.2.2.3 e 11.2.2.4, às fls. 455.

Com referência à interposição de Recurso Especial pelo corpo jurídico da CHESF, desinformado quanto à construção jurisprudencial dominante no âmbito do STJ, ensejando o seu não conhecimento, a defesa, embora reconhecendo que “houve falha quanto ao questionamento, e que o Recurso Extraordinário seria o cabível”

ressalva que o Recurso Especial, apesar de não conhecido, foi analisado pelo STJ, denotando-se, no julgamento daquele Tribunal, o entendimento de que a fundamentação do Acórdão recorrido (manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato) é tema já assentado na doutrina e consagrado no STF e STJ. Alegam que, se impetrado Recurso Extraordinário, o posicionamento no STF tenderia a ser o mesmo, não concorrendo a falha cometida para o insucesso inicial da CHESF.

O Sr. Ervin de Matos Roth, Consultor-Jurídico Geral da Eletrobrás, nega sua participação na tramitação da Ação Declaratória, no Poder Judiciário, correndo o patrocínio dos interesses da CHESF no processo, sob inteira responsabilidade do corpo jurídico desta última empresa e dos consultores por ela contratados. Coube-lhe, apenas, elaborar relatório de acompanhamento de Ação Ordinária de Cobrança, para ciência dos dirigentes da Eletrobrás. Enfatiza, por fim, que, em nenhum momento, foi-lhe atribuída, quer pela Presidência, quer pela Diretoria-Executiva, a incumbência de realizar sindicância para apurar a qualidade do desempenho ou a responsabilidade profissional dos advogados da CHESF. Forçoso reconhecer as dificuldades de se refutar a defesa promovida pelo Sr. Ervin, ante a evidência dos argumentos de que se serviu.

O Sr. Carlos Antônio Neto Canuto, a quem foi imputada a responsabilidade pelo nível de desinformação no qual foram mantidos os órgãos da CHESF, acerca da gravidade da situação processual da entidade, nas Ações Declaratória e Ordinária de Cobrança, alega descaber justificativa sobre fato que não ocorreu, pois foram cientificados sobre o feito o Conselho de Administração, a Diretoria Plena, a Diretoria de Engenharia e Construção, a Diretoria Econômico-Financeira, a Auditoria Interna, a Auditoria Externa e o próprio Tribunal. Documenta sua defesa com a anexação de cópias de expedientes de sua iniciativa, visando à proteção dos interesses da CHESF (fls.413/439).

Outro ponto a ser considerado é que as providências adotadas pela CHESF, pela ELETROBRÁS, e ainda, pela Advocacia Geral da União começaram a apresentar resultados proveitosos, visto que a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em acórdão prolatado na Sessão de 06.08.96, resolveu dar provimento à Apelação interposta pela CHESF, na Ação Ordinária de Cobrança, anulando o processo a partir da perícia. No dia 15.08.96, a Corte Especial do mesmo Tribunal negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela Mendes Júnior. Do acórdão, foi interposto Recurso Especial ao STJ, encontrando-se pendente de julgamento.

Ressalte-se que a anulação decorreu do fato de a perícia ter sido efetuada por perito legalmente incompetente, devendo ser refeita, porém, ficando a construtora com o ônus de provar haver feito a captação dos recursos, a juros de mercado, e, ainda, ter aplicado tais recursos na obra do aproveitamento hidroelétrico de Itaparica.

Cumpra registrar que não há, em tese, qualquer garantia de que o valor calculado pela nova perícia seja inferior ao determinado pelo perito anterior.

Contudo, se mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial, a decisão **a quo**, ou seja, a necessidade de que a Mendes Júnior prove, em

nova instrução, que captou os recursos a juros de mercado e que os aplicou efetivamente na obra de Itaparica, estarão criados, indubitavelmente, grandes embaraços à construtora, em decorrência da inegável dificuldade que lhe advirão para constituir tais meios probatórios.

Diante do exposto, manifestamo-nos de acordo com as conclusões da instrução, no item 13, às fls. 462, no sentido de que possam ser aceitas as justificativas dos responsáveis ouvidos, no que concerne aos tópicos abordados na audiência.

Contudo, no que concerne aos pagamentos efetuados à Construtora Mendes Júnior S.A. pela CHESF, a título de “custos adicionais por andamento anormal da obra” e de “pendências financeiras”, deixamos de concordar com a assertiva da Unidade Técnica, contida no subitem 12.7, às fls. 462, de que as causas apontadas como passíveis de transformação dos autos em Tomada de Contas Especial não teriam sido irregulares e que inexistiriam os pressupostos básicos para constituição da TCE.

Relevante recordar que, relativamente aos “custos adicionais por andamento anormal da obra”, podemos extrair do Relatório de Auditoria, elaborado pela SECEX/PE, por pertinentes, os seguintes trechos:

“Ocorre, porém, que, em 30/04/87 o relatório, elencando em síntese seus sólidos fundamentos, concluiu pela improcedência de ‘custos adicionais por andamento anormal de obra’, juridicamente insuportável, tenha dado desautorizado e sintomático albergue a despropositado adiantamento concedido preteritamente à CMJ” (fls. 20, item 67).

.....
“Os ‘custos adicionais’ ali presentes, com base em novembro/87, sobre terem sido quantificados mediante metodologia desassistida da necessária base fática, são juridicamente imprestáveis para viabilizar o assédio aos cofres da CHESF. Ali, inclusive, há ‘divergências conceituais’, não sanadas, até porque impossível, com os ‘esclarecimentos (...), os desautorizados artifícios e subjetivismos geradores de dano patrimonial estão sintetizados, em sua produção, às fls. 144 – ANEXO III” (fls. 26, item 99).

.....
*“Nebulosa, à luz da documentação disponibilizada na verificação, também é a operação de pagamento posto que os ‘custos adicionais’ de NCz\$ 187.006.115,78, ou US\$ 23,9 milhões, não encontra na documentação contábil-financeira acessada durante a verificação **in loco**, direta e específica correspondência, salvante às fls. 172/173 – ANEXOIII”* (fls. 31, item 135).

.....
“As indisfarçadas contrariedades presentes nas manifestações de fls. 197v e 202v – ANEXO III; o afastamento de quem ‘efetivamente’ participou das ‘negociações’ (fls. 199v – ANEXO III); a ausência de qualquer análise técnico-jurídica, com aplicação das normas repressoras das ‘negociações’; a solidária elaboração de uma ‘saída’ para a construção de um ‘aditivo’ a todo título incabível (fls. 161 e 203/207 – ANEXO III); o esforço para obter a assinatura da empreiteira (fls. 208v, 214, 216, 217v – ANEXO III); a não eficácia do despacho de fls. 218v – ANEXO III, suscitando, abertamente, a via do ‘Contencioso Geral’, e os desorientadores, protelatórios

ou 'retificantes' encaminhamentos dados ao assunto (fls. 216v, 217v, 218v, 219/224 – ANEXO III) foram condutas reciprocamente alimentadas até porque as partes ou servidores responsáveis ou contribuintes das 'negociações' não se encontravam em condições de, por sua iniciativa, provocarem a sobrevinda de um reexame externo e anátomo-patológico das 'negociações". (fls. 37, item 148).

Quanto às "pendências financeiras", podemos destacar do referido Relatório de Auditoria, os seguintes excertos:

“É desarrazoado o fato do Sr. MÁRLIO UCHÔA CAVALCANTI haver se impressionado com a afirmativa do Sr. J. SAULO RAMOS, dado que, tendo aquela autoridade adotado a nota de fls. 118/131 – ANEXO III, que não reconheceu procedência jurídica no 'atendimento ao pleito de ressarcimento dos chamados juros de mercado', não influenciou, tal afirmativa, até porque desprovida de caráter subsidiário para o desate jurídico da matéria. Sem embargo da carência absoluta de elementos probatórios, quanto ao levantamento, pela CMJ, de recursos junto ao mercado financeiro, para enfrentamento dos atrasos de pagamento das faturas, a custos superiores aos contratualmente previstos na hipótese de inadimplência da Administração (e, ainda que ocorrido, não viabilizaria o pleito) – fls. 51, item 240.

.....
“Alimentadas por uma adremente preparada combinação, sistêmica e cronológica, das renovações oportunistas de pleitos, acrescidas de inovações ilegítimamente prestigiadas por truncamento da matéria de fato e de direito, posto a serviço de parecer/informação juridicamente desautorizado, as malsinadas pendências financeiras são coroadas com o relatório subscrito pelo próprio Sr. MÁRLIO DE CARRILHO UCHÔA CAVALCANTI, Advogado e Assistente Técnico da DF, e Srs. PAULO ROBERTO LEAL CALDAS, Chefe do Departamento de Contabilidade, JORGE WILLIAM LINDO, Assessor do mesmo órgão, e JOSÉ AIRTON MARTINS, Chefe da Coordenadoria Técnica da Diretoria de Construção, onde é explicitada a metodologia adotada na abertura dos cofres da empresa” (fls. 51, item 243).

Pode-se observar, assim, que não há nos autos elementos que permitam inferir que os pagamentos efetuados pela CHESF à Construtora Mendes Júnior S.A., a título de “custos adicionais por andamento anormal da obra” e de “pendências financeiras”, se amoldam às hipóteses aceitas pelo Plenário desta Corte de Contas, nas Decisões n.ºs 246/92, 384/92 e 448/92, mencionadas pela instrução no subitem 12.5, às fls. 461.

No V. Despacho de fls. 83, o eminente Ministro-Relator determinou à SECEX/PE proceder “à identificação de todos os responsáveis, inclusive dos membros, em exercício à época, da Diretoria Plena, dos Conselhos de Administração e Fiscal da CHESF e da ELETROBRÁS, respectivamente, tendo em vista a necessidade de, após a transformação do processo em Tomada de Contas Especial, definir-se, para a citação a ser promovida, a responsabilidade (individual ou solidária) pelos débitos, nos termos do art. 12, inciso I, da Lei n.º 8.443/92”.

Cumpra registrar que, quanto ao mérito das impugnações que originaram o referido Despacho, não foram juntados aos autos novos elementos suficientes para elidi-las.

Acrescente-se que, às fls. 287/291, foram anexados os róis de responsáveis a que alude o Ministro-Relator.

Por fim, cumpre-nos mencionar que os valores envolvidos nesses pagamentos alcançam, em 13.07.98, as expressivas quantias de R\$ 52.674.774,88 (“andamento anormal da obra”) e R\$ 165.882.494,22 (“pendências financeiras”), segundo demonstrativos acostados à contracapa, valores cuja monta justificam a conversão, desde logo, do processo em Tomada de Contas Especial, a fim de ser promovida a citação dos responsáveis.

Sendo assim, **data venia** da Unidade Técnica, manifestamo-nos no sentido de que, nos termos do artigo 47 da Lei n.º 8.443/92, sejam transformados os presentes autos em Tomada de Contas Especial, com vistas à citação, individual ou solidária, dos responsáveis, indicados às fls. 69/71 e 287/291, ou de seus sucessores (artigo 5º, inciso VIII, da Lei n.º 8.443/92), para, nos termos do artigo 12, incisos I e II, da referida lei, apresentarem defesa ou recolherem aos cofres da CHESF as importâncias discriminadas às fls. 70/72, acrescidas dos consectários legais incidentes a partir das datas ali especificadas, em razão de pagamentos lesivos à estatal, efetuados à Construtora Mendes Júnior S.A., sob os títulos de “andamento anormal da obra” (fls. 68/70, a.1) e “pendências financeiras” (fls. 70/72, a.2).

DECISÃO Nº 420 /99-TCU – PLENÁRIO¹

1. Processo TC-013.201/95-6
2. Classe de Assunto: VII - Representação.
3. Interessado: Júlio Sérgio de Maya Pedrosa Moreira.
4. Entidade: Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - Chesf.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha, Subprocurador-Geral.
7. Unidade Técnica: Secex/PE.
8. Decisão: o Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. determinar à Secex/PE o acompanhamento da Ação Declaratória movida pela Mendes Júnior Engenharia S.A., pleiteando a declaração do direito da construtora ao ressarcimento completo e atualizado, pela Chesf, dos valores relativos a juros de mercado e encargos financeiros em que teria incorrido a Mendes Júnior, em razão de ter sido obrigada a captar recursos no mercado financeiro para dar seqüência às obras de construção da Hidrelétrica de Itaparica, em consequência de atrasos da estatal no pagamento das faturas;

8.2. conhecer da presente Representação para determinar o arquivamento do processo, em razão de os atos irregulares nele verificados dizerem respeito a exercícios cujas contas foram julgadas pelo TCU há mais de cinco anos, com incidência, portanto, da preclusão quinquenal estabelecida no artigo 35 da Lei 8.443/92; e

¹ Publicada no DOU de 19/07/1999.

8.3. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao interessado e ao Ministério Público Federal, para as providências que entender cabíveis.

9. Ata nº 29/99 – Plenário

10. Data da Sessão: 07/07/1999 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Adhemar Paladini Ghisi (na Presidência), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta e Walton Alencar Rodrigues (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

ADHEMAR PALADINI GHISI
na Presidência

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

STJ - ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS POR SERVIDOR

Pedido de Reexame

Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi

Grupo I - Classe I - Segunda Câmara

TC-002.820/96-0

Natureza: Pedido de Reexame

Interessado: Deroci da Silva e Silva

Órgão: Superior Tribunal de Justiça

Ementa: Pedido de Reexame interposto contra Decisão que considerou ilegal a admissão do interessado no Superior Tribunal de Justiça e determinou o ressarcimento das importâncias indevidamente recebidas. Conhecimento. Provimento parcial. Acumulação ilegal de cargos. Cômputo do tempo de serviço em questão para fins de aposentadoria e adicional por tempo de serviço.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reexame interposto contra a Decisão nº 071/98 – TCU – 2ª Câmara, proferida ao ser apreciada a legalidade da admissão, no Superior Tribunal de Justiça, de Deroci da Silva e Silva, nos seguintes termos:

“8.1. considerar ilegal a presente admissão, recusando o registro do ato correspondente;

8.2. determinar à Câmara dos Deputados que adote providências visando ao ressarcimento das importâncias recebidas indevidamente pelo interessado, encaminhando ao STJ e à Câmara dos Deputados cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam.”

2. As razões apresentadas pelo recorrente, com o objetivo de ver alterado o mérito da mencionada deliberação, podem ser resumidas nos tópicos a seguir:

- a data de admissão não é 20.02.95, mas 15.03.95, data oficial de posse e entrada em efetivo exercício;

- solicitou vacância de seu cargo na Câmara dos Deputados, após ter tomado posse no STJ. Contudo, como não foi publicada, solicitou à CD, no que foi atendido, que o período de 15.03.95 a 25.04.95 – período de acumulação ilegal - fosse considerado como gozo de licença para trato de interesses particulares;

- como não percebeu nenhum vencimento pecuniário pela Câmara dos Deputados no período de 15.03.95 a 25.04.95, tendo recebido pelo STJ, conforme cópia de contracheque anexada, solicita a este Tribunal que seja dispensado o mesmo tratamento conferido ao TC 006.854/96-6, haja vista a similaridade dos

casos, pois o interessado também retornou à CD em 26.04.95, após pedido de exoneração no STJ.

3.A 10ª SECEX, analisando o feito, após tecer profundas e extensas considerações acerca do princípio da incompatibilidade de cargos públicos, cuidou de examinar as implicações legais decorrentes do tempo de serviço prestado pelo interessado no STJ. Por fim, antes de oferecer proposta de mérito para o Recurso em foco, registrou que *“devido à divergência doutrinária que envolve a vexata quaestio objeto deste processo, opina-se no sentido de que esta Corte de Contas elabore um enunciado sumular que informe à Administração Pública a interpretação oficial do direito neste Tribunal.”* Salientou, ainda, que *“existem Decisões uniformes nesta Corte de Contas no sentido de, salvo as hipóteses expressamente previstas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do inciso XVI do art. 37 da Constituição, não ser permitida a titularidade simultânea de dois cargos públicos de provimento efetivo, mesmo quando licenciado o servidor de um deles, sem perceber vencimentos (cf., e.g., Plenário, sessão de 10.08.94, Decisão 521/94, TC 012.170/94-1, in BTCU nº 41, pág. 1311; Segunda Câmara, sessão de 09.11.95, Decisão 308/95, TC 006.681/94-8, Ata 37/95, in D.O.U. de 21.11.95; e Segunda Câmara, sessão de 19.06.97, Decisão 130/97, TC 006.681/94-8, Ata 18/97, in D.O.U. de 01.07.97).”*

4.A proposta de mérito da instrução foi vazada nos seguintes termos:

“34.1. conheça do presente pedido de reexame, nos termos do art. 48 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

34.2. mantenha em seus termos a Decisão recorrida, no sentido de considerar ilegal a admissão em exame, negando o registro ao ato correspondente;

34.3. considere legal, para fins de aposentadoria e adicional por tempo de serviço, o aproveitamento do tempo de serviço prestado no cargo de Técnico Judiciário, dispensando a reposição ao Erário das quantias pagas pelo S.T.J. correspondente ao exercício do referido cargo no período de 15/03/95 a 25/04/95;

34.4. determine o envio de cópia dos pareceres presentes neste processo à Comissão de Jurisprudência desta Corte de Contas, a fim de que se elabore projeto concernente a enunciado de Súmula.”

5.O Secretário da 10ª SECEX, em acréscimo, registrou *“que não apenas em razão da relevância da matéria deve ser superada a intempestividade do pedido de reexame, mas sobretudo em razão de os elementos ora trazidos pelo recorrente constituírem fato novo, na forma do art. 32, parágrafo único da Lei nº 8.443/92.”*

6.O Ministério Público ao manifestar-se nos autos, por meio de parecer do Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas, acolheu a proposta de mérito da Unidade Técnica, cabendo destacar os excertos a seguir:

“Inicialmente, o precedente a que se refere o Recorrente não se ajusta ao seu caso, considerando que no mencionado precedente (Decisão nº 72/98, da 2ª Câmara de 16/04/98), não se tratou da devolução da importância percebida durante a comprovada acumulação de cargos.

Essa Decisão está de acordo com a legislação aplicável à espécie, a Lei nº 9.527/97, que ao disciplinar a questão de acumulação, inovou a ordem anterior.

Referida norma dispõe, em seu art. 133 (Redação dada pela Lei nº 9.527/97), que verificada a acumulação indevida ‘a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, (...)’.

O parágrafo quinto desse mesmo artigo dispõe que ‘a opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo’.

Na redação original da referida norma, havia expressa determinação da reposição da importância percebida indevidamente, no caso de comprovada acumulação de cargos públicos e de apuração de má-fé do interessado.

No caso em exame, este Tribunal considerou ilegal o ato de admissão do interessado no STJ, tendo em vista a acumulação ilegal de cargos, e determinou ao órgão de origem que adotasse providências visando ao ressarcimento das quantias recebidas indevidamente (Decisão nº 71/98 da 2ª Câmara).

Consta dos autos que o interessado manifestou opção pelo cargo anterior e, conseqüentemente, foi sanado o vício existente.

Assim, considerando o princípio da legalidade que rege a atuação do administrador público, que somente pode fazer o que a lei permite, este representante do Ministério Público opina pelo conhecimento do pedido de reexame para, mantendo a ilegalidade da admissão, seja dispensada a reposição das importâncias recebidas indevidamente pelo interessado, nos termos do art. 133, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, e, ainda, pela contagem do tempo de serviço para os efeitos legais.

Ressalte que esta Corte de Contas, ao examinar pedido de reexame de que trata o processo a que se refere o interessado deste processo, admitiu a possibilidade de ser computado o tempo de serviço em que a servidora acumulou a titularidade de cargos na condição de licenciada para trato de interesses particulares, para todos os efeitos previstos na legislação (Decisão nº 39, de 25/03/99, da 2ª Câmara, Ata nº 10, TC-006.854/96-6).”

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, cabe salientar que o presente Pedido de Reexame foi interposto fora do prazo estabelecido no art. 33 da Lei nº 8.443/92. Contudo, como salientado pelo Secretário da 10ª SECEX, o interessado trouxe fatos novos ao conhecimento do Tribunal, aplicando-se, portanto, ao caso, o parágrafo único do

art. 32 da mencionada Lei, merecendo, portanto, ser conhecido o Recurso em exame.

2.No tocante ao mérito do pedido, registro que este Colegiado, ao apreciar Pedido de Reexame interposto no processo mencionado pelo interessado (TC 006.854/96-6), teve a oportunidade de examinar questões que mantêm estreita relação com as que estão colocadas nestes autos, ainda que, conforme ressaltado pelo Ministério Público, naquele caso não se tenha tratado de devolução de importâncias indevidamente recebidas em razão de acumulação ilegal de cargos (Decisão nº 039/99 - TCU - 2ª Câmara).

3.O então Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, atuando naqueles autos, abordou com muita propriedade o tema relativo aos efeitos legais decorrentes do tempo de serviço prestado em situação de acumulação ilegal de cargos, lembrando, ainda, a orientação predominante nesta Corte com relação à proibição de acumular cargos quando de licença para trato de interesses particulares.

4.No que se refere à citada proibição, relacionada, portanto, à acumulação não remunerada de cargos, mencionou que o Tribunal, ao proferir a Decisão nº 521/94 – TCU – Plenário (TC 012.170/94-1, Sessão de 10.08.94, *in* BTCU nº 41/94), manifestou entendimento no sentido de que a acumulação em comento se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias. Na mesma linha, foram exarados o Parecer H-559, de 06.09.67, da Consultoria Geral da República, o Ofício Circular nº 07, de 28.06.90, e os Pareceres nºs 165/90 e 246/90, todos do DRH/SAF, que, aliás, serviram de base para a referida deliberação do Tribunal. Entendem da mesma forma o Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

5.E, no que concerne à questão relacionada ao cômputo do tempo de serviço prestado em decorrência de acumulação ilegal de cargos, discorreu o ilustre representante do Ministério Público sobre os vários aspectos envolvidos, alterando, inclusive, seu posicionamento anterior. Permito-me, por oportuno, transcrever trecho de sua manifestação naqueles autos:

“Se a admissão é **ilegal**, é, portanto, **nula**, dela não podendo advir o direito de a interessada computar o tempo de exercício no STJ para todos os fins de direito, pois de atos ilegais não decorrem conseqüências legais. Nesse sentido foi inclusive a nossa manifestação anterior de fls. 27.

Nesse sentido cabe citar Decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada nos autos do Recurso Extraordinário nº 32.480:

‘- Sendo nula a nomeação, pode o Estado reparar o erro em que incorreu, anulando-a..

- **Não há como pretender tirar conseqüências legais de atos ilegais.**’ (grifei)

.....
A tese defendida pelo mestre Hely Lopes Meireles, no entanto, não pode mais ser tida como pacífica. Diversos doutrinadores, dentre os quais citamos Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Seabra

Fagundes admitem no âmbito do direito público a mesma gradação que é feita no direito privado em que os atos inválidos podem ser classificados em atos nulos ou anuláveis. Dessa distinção resulta a conclusão que alguns efeitos decorrentes de determinado ato, ainda que praticado em violação ao ordenamento jurídico, possam ser aproveitados.

No caso concreto deparamo-nos com situação que merece cuidado especial. Não deve restar dúvida de que o ato de admissão do novo cargo em si deve ser tido como inválido, haja vista ter a servidora regressado ao antigo cargo. Resta saber, no entanto, se o tempo de serviço que a servidora prestou no outro órgão, no caso o STJ, poderia ser computado para algum fim legal.

Em primeiro lugar cumpre observar que a legislação pertinente, Lei 8.112/90, tratou de acumulação de cargos e definiu processo administrativo sumário com vistas a punir o servidor que venha a incorrer na vedação constitucional (arts. 118 a 120 e 133 da Lei 8.112/90). Nos termos da legislação, verificada a acumulação indevida, o art. 133 determina que ‘a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário, para a sua apuração e regularização imediata (...)’. Ademais, no parágrafo quinto desse mesmo artigo, a legislação determina que ‘a opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo’.

Ora, tivesse sido a servidora submetida a processo disciplinar ser-lhe-ia dada a oportunidade de fazer a opção e, conseqüentemente, de sanar o vício ou a irregularidade existente. Seria uma total falta de lógica querer punir a servidora de forma mais drástica declarando a ilegalidade do seu ato de admissão e impedindo-a de aproveitar o tempo de serviço prestado para qualquer fim, do que punindo-a por meio da instauração de processo disciplinar.

Ademais, a lei permite, de forma expressa, que em casos de acumulação ilegal possa o servidor optar por qualquer dos cargos. Isso impediria, inclusive, a instauração ou o desenvolvimento do processo disciplinar. Portanto, se a lei permite que possa ser feita opção, inclusive pelo novo cargo, como poderia o tribunal negar efeitos ao seu exercício? Caso tivesse a servidora, nos termos da lei, feito a opção pelo novo cargo, poderia esta egrégia Corte de Contas considerar ilegal o seu tempo de serviço, ou mesmo o seu ato de admissão?

Ao fim, propõe este representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, com escusas por alterar entendimento anterior, que seja conhecido o presente pedido de reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, sendo mantido o julgamento pela ilegalidade do ato de admissão, negando-se em conseqüência seu registro, mas alterando a decisão recorrida para considerar legal o tempo de serviço prestado ao STJ, para fins de aposentadoria e de adicional de tempo de serviço.”

6.Registrando que adoto integralmente o entendimento então defendido pelo Ministério Público, acolhido por este Colegiado na Sessão de 25.03.99, e também aqui sustentado pela Unidade Técnica e pelo representante do Parquet especializado, registro que o tempo de serviço prestado ao STJ, pelo Sr. Deroci da Silva e Silva, ainda que em situação de acumulação ilegal de cargos, deve ser computado para fins de aposentadoria e de adicional por tempo de serviço.

7.No tocante à solicitação constante do Pedido de Reexame para que seja o interessado dispensado da reposição dos valores percebidos durante o período de acumulação ilegal, entendo, na mesma linha defendida pelo Ministério Público, que deva ser acolhida. Como ele manifestou opção pelo cargo anterior, sanou o vício então existente, nos termos do art. 133 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97.

8.Por fim, saliento que considero pertinente a proposta oferecida pela Unidade Técnica, no sentido de encaminhar cópia dos pareceres inseridos nos autos à Comissão de Jurisprudência do Tribunal, para que verifique da oportunidade de elaborar projeto de súmula relacionado à acumulação de cargos na Administração Pública.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

DECISÃO Nº 161/99-TCU - 2ª CÂMARA¹

1. Processo TC-002.820/96-0
2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame
3. Interessado: Deroci da Silva e Silva
- 4.Órgão: Superior Tribunal de Justiça
5. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas

7. Unidade Técnica: 10ª SECEX

8. Decisão: A Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. com fundamento no art. 48 c/c os arts. 32, parágrafo único, e 33 da Lei nº 8.443/92, conhecer do Pedido de Reexame interposto pelo Sr. Deroci da Silva e Silva para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, mantendo inalterada a Decisão recorrida no tocante à ilegalidade da admissão e à recusa de seu registro;

8.2. considerar legal o cômputo do tempo de serviço prestado ao Superior Tribunal de Justiça para fins de aposentadoria e de adicional por tempo de serviço, dispensando-se a devolução das importâncias recebidas pelo interessado;

8.3. encaminhar cópia dos pareceres contidos nos autos à Comissão de Jurisprudência do Tribunal para que verifique da oportunidade de elaborar projeto de

¹ Publicada no DOU de 19/07/1999.

súmula relacionado à acumulação de cargos na Administração Pública, *ex-vi* do art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal.

9. Ata nº 24/99 – 2ª Câmara

10. Data da Sessão: 08/07/1999 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Bento José Bugarin (na Presidência), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Valmir Campelo e Adylson Motta.

BENTO JOSÉ BUGARIN
na Presidência

ADHEMAR PALADINI GHISI
Ministro-Relator

**CÂMARA DOS DEPUTADOS - INTERPRETAÇÃO DO ART. 46 DA
LEI Nº 8.112/90, ALTERADO PELA LEI Nº 9.527/97**
Consulta

Ministro-Relator Adylson Motta
Ministro-Revisor Lincoln Magalhães da Rocha

Grupo I - Classe III - Plenário

TC-001.609/1999-8

Natureza: Consulta

Interessada: Presidência da Câmara dos Deputados

Órgão: Câmara dos Deputados

Ementa:– Consulta. Interpretação do art. 46 da Lei nº 8.112/90, alterado pela Lei nº 9.527/97. Conhecimento. Necessária atualização monetária dos valores de reposições e indenizações ao Erário, desde a ocorrência do fato que as ensejaram, independentemente da data e da caracterização de boa-fé. Ressalva aos casos abrangidos pelo Enunciado de Súmula nº 106 da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Contas da União. Recomendação. Ciência do inteiro teor da Decisão. Arquivamento.

RELATÓRIO

Adoto como parte do presente Relatório, a percuciente instrução, da lavra da AFCE Adriana de Pennafort Caldas, onde estão consignados os seguintes termos, **verbo ad verbum** (fls. 06/19):

“Mediante o ofício GP-O/325/99, de 09.02.99, o presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, formula a este Tribunal, com fulcro no art. 216, inciso I, do Regimento Interno – TCU, “consulta quanto ao entendimento que deve ser dado ao art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990, que com a redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997, passou a ter o seguinte teor, **verbis**:

‘Art. 46. As reposições e indenizações ao erário serão previamente comunicadas ao servidor e descontadas em parcelas mensais em valores atualizados até 30 de junho de 1994.

§ 1º A indenização será feita em parcelas cujo valor não exceda dez por cento da remuneração ou provento.

§ 2º A reposição será feita em parcelas cujo valor não exceda 25% da remuneração ou provento.

§ 3º *A reposição será feita em uma única parcela quando constatado pagamento indevido no mês anterior ao do processamento da folha.*”

2. A dúvida suscitada se materializa na indagação dos seguintes quesitos:

“1º) *Todos os débitos dos servidores para com o erário, inclusive aqueles fruto de dolo ou má-fé, apurados em inquérito administrativo, não poderão mais ser corrigidos a partir de 30/06/94?*

2º) *Se a resposta for positiva ao primeiro quesito, o Poder Público estará obrigado a devolver aos servidores os valores cobrados a título de correção monetária e juros de mora, a partir de 30/06/94?*

3º) *Se a resposta for negativa quanto ao primeiro quesito, pode-se entender que somente os débitos contraídos antes de 30/06/94 é que não poderão mais ser atualizados, aplicando-se a correção monetária e juros de mora às dívidas apuradas após aquela data?”*

Da Admissibilidade

3. Consoante o art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92, compete ao Tribunal de Contas da União “*decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno*”. Nesse contexto, passemos a analisar o atendimento dos requisitos de admissibilidade.

4. Em primeiro lugar, nos termos do art. 216, inciso I, do Regimento, o presidente da Câmara dos Deputados é autoridade legítima para formular consultas ao Tribunal.

5. Em segundo lugar, a consulta em tela contém a indicação precisa de seu objeto, foi formulada articuladamente, porém não foi instruída com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente, o que não obsta o conhecimento do expediente tendo em vista que o disposto no § 2º do mesmo artigo do Regimento Interno, ao utilizar a expressão “*sempre que possível*” não obriga que a consulta seja instruída com dito parecer, mas tão-somente sugere a inclusão deste.

6. Por último, resta saber se o objeto da consulta insere-se em matéria de competência do Tribunal. Corrigir valores de débitos de servidores para com o Erário é ato de que resulta receita e pressupõe a ocorrência de outro ato do qual tenha resultado despesa pública. Ambos foram praticados por autoridade sob a jurisdição do Tribunal, estando sua legalidade, legitimidade e economicidade sujeita, portanto, à fiscalização desta Corte, conforme preceitua a Lei nº 8.443/92, arts. 1º, § 1º, e 41.

7. Nos termos em que foi formulada, como visto, a consulta preenche os requisitos de admissibilidade elencados nos arts. 216 e 217 do Regimento Interno. Portanto, não há óbice para que seja conhecida por este Tribunal.

Análise da Consulta

8. Vencidas as preliminares, passemos a analisar o mérito. Essencialmente, a dúvida suscitada refere-se à atualização dos valores devidos ao Erário por servidores públicos, a partir de 30.06.94, e à possibilidade de se dispensar tratamento diferenciado às situações em que o débito apurado seja fruto de dolo ou má-fé. O enfrentamento da questão jurídica, contudo, imporá uma análise sob duplo aspecto. Ao primeiro, a aplicação dos referidos dispositivos legais no âmbito da administração pública federal e da admissão da *práxis* por esta Corte de Contas. Ao segundo, o exame, em tese, da norma ventilada, a partir da teoria geral da norma jurídica, das regras de interpretação da legislação infraconstitucional e de toda a questão à luz dos princípios constitucionais expressos e implícitos a ela concernentes.

Da Aplicação Corrente do Dispositivo em Análise

9. Atendo-se à letra da Lei, ou seja, à interpretação literal, a alteração do art. 46 trazida pela Lei nº 9.527/97 é categórica quando determina a data até a qual os débitos para com o Erário deverão ser atualizados: 30 de junho de 1994. A partir do dia 1º de julho de 1994, as reposições e as indenizações, quando for o caso, passam a ser descontadas dos servidores levando-se em conta apenas o valor nominal do débito, e a correção dos valores passa a não existir para a Administração.

10. Trata-se de previsão que causa estranheza. A *mens legis*, sob qualquer ângulo que se olhe, parece ter sido a presunção de que, a partir daquela data, não se faria mais a correção do devido não visando pura e simplesmente à eliminação da correção e à geração – inadmissível – de enriquecimento ilícito do particular devedor face à administração credora, mas, sim e antes, impondo o reconhecimento da inexistência do que corrigir e do porquê corrigir, a partir da presunção legal de inexistência de depreciação inflacionária.

11. Mediante contatos estabelecidos com a Coordenação-Geral de Estudos e Elaboração de Normas da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio – SEAP (extinto MARE), nos dias 5 e 9 de março de 1999, fomos informados de que não há documentos que revelem a realização de estudos por parte dos Ministérios envolvidos na elaboração da Medida Provisória que alterou a Lei nº 8.112/90 capazes de justificar a inclusão do limite temporal definido no art. 46. Quanto à aplicação do dispositivo, no âmbito do Poder Executivo, a SEAP adota a interpretação gramatical e, como consequência, não atualiza os valores que o Erário tem a receber após a data fixada. No mesmo sentido têm agido a Coordenadoria de Pagamento de Pessoal do Supremo Tribunal Federal e a Divisão de Pagamento de Pessoal do Tribunal de Contas da União.

12. A prática administrativa tem revelado, portanto, a preferência pela aplicação literal do art. 46 da Lei nº 8.112/90. Se for havida essa como a ideal juridicamente, as respostas aos quesitos formulados pelo Ex^{mo} Sr. Presidente Michel Temer serão as seguintes:

1º) Todos os débitos dos servidores para com o erário, inclusive aqueles fruto de dolo ou má-fé, apurados em inquérito administrativo, não poderão mais ser corrigidos a partir de 30/06/94?

Resposta:

A Lei, nesse caso, não faz distinção entre valores recebidos de boa ou de má-fé. Qualquer débito existente, não importa o meio pelo qual tenha sido apurado, só será corrigido até 30.06.94. A partir dessa data, nem o saldo remanescente nem as parcelas a serem descontadas nem o débito apurado após o limite temporal estabelecido pela Lei sofrerão qualquer tipo de atualização. A regra seria: para os fins do art. 46, a atualização de valores só existe até 30.06.94.

2º) Se a resposta for positiva ao primeiro quesito, o Poder Público estará obrigado a devolver aos servidores os valores cobrados a título de correção monetária e juros de mora, a partir de 30/06/94?

Resposta:

Em só existindo atualização de valores para o poder público até 30.06.94, cabe a este devolver a importância recebida a título de correção monetária e juros de mora a partir dessa data, pois a administração não pode apropriar-se de valores privados sem amparo legal.

13. Temos para nós, contudo, a evidente impossibilidade de ser acomodada essa interpretação, quanto ao tema, à luz da Constituição Federal e da melhor doutrina. Mais do que isso, parece-nos, e assim apontaremos ao final deste trabalho, **inconstitucional** ou o conteúdo da lei, o que importaria a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ou a sua aplicação, que deverá conduzir a uma releitura, com abstração do momento temporal fixado. Caso contrário, o agente público estará agindo inevitavelmente contra os interesses da Administração Pública, sacrificando-os em benefício de interesses de particulares dela devedores, numa inaceitável inversão da construção constitucional sobre a predominância de interesses.

Análise Técnico-Jurídica da Matéria

14. Por essa razão, entendemos pertinente uma avaliação técnica e doutrinária da matéria atinente ao caso. Princípios pela teoria geral da norma, quanto ao que ora nos interessa.

15. Sabe-se que a designação “lei” nem sempre contém tecnicamente uma lei. A doutrina aponta a existência de lei formal e de lei material, e das diferenças que se colhem da distinção. São características da primeira, como o próprio nome expressa, a forma – o nome de lei – e o processo ao qual é submetida para ser aprovada – votação bicameral e sanção presidencial. Lei material é aquela que tem conteúdo genérico e abstrato, ou seja, é dirigida à coletividade, e regulamenta determinado

tema de forma genérica e abstrata, necessariamente, e não a pessoas ou grupos, identificados ou identificáveis – como é o caso em tela – com determinadas características.

16. Todo e qualquer dispositivo normativo (leis e atos administrativos) pode ser classificado quanto à forma e quanto à matéria. Uma lei com conteúdo de lei é lei formal e material. Se, no entanto, tratar de matéria específica, será lei formal e materialmente ato administrativo. Um ato administrativo pode ter conteúdo genérico, isto é, de lei, ou específico, próprio dos atos administrativos.

17. Existem as normas legais e as infralegais. Estas são expedidas monocraticamente enquanto aquelas obedecem a todo um processo legislativo, com votação bicameral e sanção presidencial. Lei *latu sensu* abrange, além da própria lei em sentido estrito, todos os dispositivos normativos (decretos, resoluções, instruções normativas, portarias e outros). Lei *strictu sensu* se refere apenas à lei. Num primeiro momento será tratada a lei em sentido amplo.

18. Dessa forma, e tomada literalmente, a prescrição do novo art. 46 do Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União é lei apenas formalmente, já que encerra uma prescrição objetiva, concreta, determinada, o que não configura matéria típica ou conteúdo de lei.

19. Já se escreveu que legislar é verter situações concretas para enunciados genéricos e abstratos, e que interpretar é aplicar uma norma genérica a uma situação concreta. Os métodos de extração da vontade da lei são diversos.

20. Os métodos clássicos de interpretação jurídica distinguem-se em gramatical, histórica, sistemática e teleológica. Apesar dessa generalidade de modelos, há consenso entre os autores de que a interpretação é una. “*Nenhum método deve ser absolutizado: os diferentes meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente*” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 118).

21.A interpretação gramatical, também chamada textual, semântica, literal, verbal, procura interpretar a lei a partir de cada termo normativo. Para Karl Larenz, “*consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação*”. *Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo*” (Luís Roberto Barroso, ob. cit., p. 120).

22.A interpretação histórica funda-se na busca do sentido da lei baseado nos antecedentes históricos da norma, nos precedentes legislativos, na exposição de motivos e em estudos e discussões acerca da matéria. Enfim, pauta-se na gama dos trabalhos preparatórios à edição da norma. Procura-se, realizando-se uma pesquisa pregressa, identificar a vontade do legislador na época. Para Luís Roberto Barroso (ob. cit., p. 130), “*a interpretação histórica cuida da **occasio legis**, isto é, da circunstância histórica que gerou o nascimento da lei e que constitui sua finalidade imediata. É certo, todavia, que a modificação de tais circunstâncias ou mesmo a sua cessação não exercem qualquer influência sobre o valor jurídico da norma. Daí a ne-*

*cessidade de se trabalhar com um outro conceito, o de **ratio legis**, que constitui o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A **ratio legis** é uma “força vivente móvel” que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento. A **finalidade de uma norma, portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto.**” (grifamos)*

23. A interpretação sistemática, juntamente com a teleológica, se constitui na metodologia mais importante no processo interpretativo. Para que um texto legal seja compreendido integralmente, necessário se torna o entendimento de suas partes. O intérprete situa a parte, ou seja, o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral, sempre estabelecendo as conexões internas. Uma norma não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados que convivem harmoniosamente.

24. Segundo a metodologia teleológica, a norma deve ser aplicada atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e finalidade. Significa dizer que deve ser interpretada no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. Quando, como no caso em tela, tem-se uma lei criada para reger as relações entre os agentes do Estado e este próprio, quando o direito público é dominado pela predominância do interesse público sobre o privado e quando se sabe que essa relação servidor-Estado é regida pelo Direito Público, tem-se, necessariamente, que entender a lei – mormente um de seus artigos isoladamente tomado – em função do sistema e de sua teleologia, e não extraí-lo de seu contexto, arreatá-lo de seu sistema jurídico e dedicar-lhe uma leitura superficial, literal que o conceba como um universo em si.

25. A análise histórica fornece elementos para a leitura teleológica e sistemática do dispositivo e do sistema. Após vários anos marcados por inflação recorrente e acelerada, ao ponto de a moeda nacional chegar a perder valor diariamente, a implantação do Plano Real foi um marco na história brasileira. A partir daí, 1º de julho de 1994, a estabilização econômica finalmente começa a ser atingida. A inflação queda praticamente a zero e o poder aquisitivo da população consegue se manter estável.

26. Nesse contexto, foi editada a MP nº 1.522, de 11.10.96, convertida na Lei nº 9.527/97, a qual altera o art. 46 da Lei nº 8.112/90. Na nova redação do artigo, a Administração Pública abre mão de receber a correção monetária sobre as reposições e as indenizações devidas por servidores públicos com data retroativa à implantação do Plano Real. Ao que tudo indica, como já se mencionou, o objetivo parece ter sido, à impossibilidade de se conceber inflação real, de prever legalmente a sua inoccorrência. Mas a presunção legal não foi acompanhada pela evolução natural e real do quadro econômico.

27. A Lei nº 8112/90, que hospeda o artigo sob exame, instituiu o regime jurídico dos servidores públicos (a Emenda Constitucional nº 18 impôs o abandono da expressão “Servidor Público Civil” e a 19, desde junho de 1998, suprimiu a expressão “Regime Jurídico Único”) com a forma de contrato de adesão, a partir dos princípios da preponderância do interesse público (eis porque as condições de admissão do servidor não podem ser livremente pactuadas) e da indisponibilidade dos bens públicos, tudo somado desaguando numa posição superior da entidade estatal sobre o par-

ricular. A Lei nasceu com o propósito de disciplinar regras sobre a relação de trabalho constituída entre o servidor e o Estado. Suas posteriores alterações, primeiramente por intermédio de Medida Provisória e mais tarde pela Lei nº 9.527/97, trouxeram ao texto legal modificações em benefício da Administração Pública Federal. Tiraram do servidor o direito a: licença prêmio; percepção de valores quando em substituição a servidor investido em função de direção ou chefia; anuênio pago na proporção de 1% por ano de serviço público, sem limite; conversão de 1/3 das férias em abono pecuniário; incorporação de quintos e, entre outros mais, acumulação de proventos da inatividade com cargos públicos. A finalidade imediata dessas alterações, fica clara, seria diminuir os gastos públicos com os servidores, buscando a preservação do patrimônio público em face de garantias e direitos pretéritos do servidor de fundo financeiro.

28. Partindo-se do modelo sistemático de interpretação, no qual deve-se situar o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral, estabelecendo conexões internas, não se pode retirar uma das alterações, no caso o art. 46, e analisar isoladamente do corpo da lei que veio modificar a 8.112/90. A finalidade de conter gastos públicos se mostrou latente na textura da Lei nº 9.527/97 e um único artigo não pode ser interpretado como elemento destoante do espírito dessa norma.

29. Nessa linha de raciocínio, nota-se uma incongruência entre as interpretações histórica, teleológica e sistemática, as mais defendidas pelos autores, e a interpretação gramatical. Para obedecer ao verdadeiro espírito da lei, é cabível ao intérprete operar uma retificação do sentido verbal, porém estritamente na conformidade e na medida da finalidade própria.

30. A imperfeição lingüística pode manifestar-se de duas formas: ou o legislador disse mais do que queria dizer ou disse menos, quando queria dizer mais. No primeiro caso, que é o que aqui interessa, impõe-se uma interpretação restritiva, a qual consiste na limitação da expressão literal da norma para exprimir seu verdadeiro sentido.

31. A inserção do art. 46 com sua expressão gramatical no contexto teleológico e sistemático da Lei nº 8.112/90 demonstra uma clara quebra do sistema de preservação e indisponibilidade do bem público, exigindo do hermeneuta uma atitude de reconstrução da harmonia e da inteireza do sistema jurídico que na lei se contém. Esse objetivo só será atingido com a superação do limite literal da norma, no ponto.

32. São vetores da atividade interpretativa os princípios. Eles iluminam a norma, fornecem uma espécie de argamassa que garante a unidade, a harmonia e a inteireza do sistema e se tornam, por isso, de vital importância para a extração do sentido da norma. Para o caso em estudo, diversos princípios, de raiz constitucional, são especialmente importantes.

33. O primeiro deles é o fundamental princípio da isonomia. Estriba-se ele no tratamento igualitário que a administração deve dispensar a todos os administrados, mas sempre de forma a proteger o patrimônio e o interesse públicos. De enunciado aristotélico, quer significar, numa primeira análise, um tratamento igualitário para os que estejam em situação igual, e desigualado para os que estejam em situações desi-

guais, obedecendo, quanto ao critério de desigualação, a uma proporcionalidade entre os desiguais e a real desigualdade. Celso Bastos, em excelente monografia a respeito (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, Malheiros, 1997, p. 30/1), ensina que, “*em regra, a fixação de critério temporal, puro e simples, é ofensiva da isonomia*”. José Joaquim Gomes Canotilho, anota que “*se a norma se dirige a um grupo determinado ou determinável, também é ofensiva a tal princípio*” (Direito Constitucional, Ed. Almedina, Coimbra, 1995, p. 565). A Administração Pública é natural e constitucionalmente inspirada e guiada pela força desse princípio, não podendo dele se distanciar sob pena de quebrar a própria impessoalidade de sua ação, erigida como impositiva pelo caput do art. 37 da Constituição Federal.

34.No caso presente tem-se, sem dúvida, ofensa a ambos os princípios, tanto o da isonomia quanto ao que lhe é correlato na esfera da administração pública, o da impessoalidade. Com efeito, é determinável o benefício: todo e qualquer agente público que tenha, por qualquer razão, dolo ou culpa, débito para com o Erário após a data fatal de 1994, será ampla e paternalmente compensado pela reposição ou indenização do valor nominal, não corrigido, enquanto que outros agentes, nas mesmas condições, mas que tiveram a má sorte de se tornarem devedores antes da data aprazada, farão tais devoluções e indenizações com correção, sabendo que houve e há, antes e depois da data fixada na nova redação do art. 46 sob exame, parcelas de inflação a considerar e, portanto, de correção a se fazer.

35.O princípio da impessoalidade, já citado, preceitua que a Administração deve voltar-se para o interesse público, e não para o privado, vedando-se o favorecimento de alguns indivíduos em detrimento de outros. Resta, como se viu, frontalmente sacrificado pela literalidade do dispositivo legal.

36. O princípio da eficiência, inovação da Emenda Constitucional 19/98, impõe ao Poder Público a persecução do bem comum por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se os desperdícios e a garantir maior rentabilidade social. Não se pode pensar em eficiência se a Administração Pública paga, incorretamente, uma determinada quantia a um agente público e a recupera em valores nominais, definitivamente depreciada de toda a corrosão inflacionária havida no período, especialmente quando se percebe que a recuperação está legalmente limitada a um teto percentual da renda do agente devedor, o que poderá protelar a recuperação do valor por longo período, e aprofundar sensivelmente os efeitos da depreciação inflacionária.

37.**O princípio da finalidade** impõe que o Poder Público atue com rigorosa obediência não só à finalidade própria das leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei que esteja executando. “*Assim, há desvio de poder e em consequência nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública, quanto naqueles em que o bem perseguido ... não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato*” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrati-

vo, 1994, p. 53). Ora, “violação de finalidade legal” é, definitivamente, permitir o enriquecimento ilícito e sem causa de agente público pelo reconhecimento, em relação a ele, do direito de apropriar-se dos valores de correção de seu débito. Essa tese é tão mais afrontosa quanto mais se reconhece a existência da hipótese de dolo na conduta do agente público, o que poderá, a persistir a aplicação literal da norma, transformar o Poder Público no mais atraente e cobiçado financiador de finanças privadas do mundo!

38. O próximo princípio a que queremos nos ater é o da **razoabilidade**. “*Razoabilidade é qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa*” (José dos Santos Carvalho Filho, Manual Administrativo, Lumen Juris, p. 18). De qualquer forma, ato administrativo desarrazoado não pode estar conforme a finalidade da lei. Significa dizer que será ilegítimo pois a finalidade integra a própria lei. É difícil, senão impossível, encontrar-se uma razão minimamente razoável no ato de se abrir mão, pró-devedor, da cobrança corrigida de débitos.

39. Fundamentalmente importante é, também, o **princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. As ações administrativas são exercidas pelo Estado para beneficiar a coletividade, não podendo, os direitos de um indivíduo, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. As prerrogativas que exprimem a supremacia do interesse público sobre o privado não são manejáveis. O poder público não dispõe de poderes para desempenhar sua função, como ocorre na esfera privada. Nesta a disposição faculta o ato de exercitá-los. No campo administrativo, os poderes são outorgados aos agentes do Poder Público para lhes permitir uma atuação voltada para os interesses da coletividade. São irrenunciáveis, portanto, e devem ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares. Desse modo, as prerrogativas públicas impõem-lhes o seu exercício e lhes vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge a coletividade a qual é a real destinatária de tais prerrogativas. A propósito, o antigo Tribunal Federal de Recursos, no RDA/187, decidiu que “o vocábulo *poder* significa *dever* quando se trata de atribuições de autoridades administrativas”.

40. Essas leituras doutrinárias encontram nos tribunais marcada aceitação. As decisões, mesmo as mais recentes, apontam seguramente na linha do pleno ressarcimento do Erário.

41. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, julgando a Apelação Cível nº 0100011442-4, decidiu que “nas ações de repetição de indébito devem ser aplicados os **índices reais de inflação**, sob pena de **propiciar o enriquecimento ilícito do devedor**” (Juiz Mário César Ribeiro, 4ª Turma, em 13.05.1998 – grifamos).

42. Também na linha da correção integral, a mesma Corte, em 09.09.97, julgando a Apelação Cível nº 9127038, por unanimidade, firmou entendimento de que “a **correção monetária representa apenas a recomposição do poder aquisitivo original da moeda. É mero fator de atualização da moeda aviltada pela inflação**. Na devolução dos valores recolhidos indevidamente devem ser aplicados os **índices**

reais de inflação, sob pena de **propiciar o enriquecimento ilícito do devedor.**” (grifamos)

43. Em 14.04.98, a Primeira Câmara deste Tribunal julgou o TC nº 500.390/95-9 (Relatório de Auditoria) e fez determinar, à Escola Técnica de Pernambuco, mediante a Decisão 113/98, “o **imediato ressarcimento dos valores percebidos indevidamente** pela servidora Ana Maria Carvalho Lacerda, matrícula SIAPE nº 027 4945, pelo pagamento, efetuado por engano, de 5/5 de FG-4 e 1/5 de FG-3 **na forma do art. 46 da Lei nº 8.112/90, alterada pela Lei nº 9.527/97.**” (grifamos)

44. Trata-se de decisão de órgão fracionário, datada de 14.04.98, omissa quanto à incidência ou não de correção monetária.

45. A omissão seria superada em 07.10.98, quando o Plenário deste Tribunal, órgão de deliberação superior (art. 19, alínea “v” e inciso III do Regimento Interno), ao apreciar o Pedido de Reexame da decisão proferida no TC 007.299/94-0, assim deixou julgado: “providenciar o **ressarcimento das quantias indevidamente recebidas ...**, conforme Súmula nº 235 deste Tribunal, **na forma do artigo 46 da Lei nº 8.112/90, corrigidas monetariamente...**” (Decisão nº 684/98 - Plenário - Ata 41/98 - grifamos)

46. Perceba-se que a determinação de incidência de correção monetária do devido decorre da literalidade do julgado, no que esta Corte acompanha a melhor jurisprudência dos órgãos judiciários citados.

47. Além disso, a Súmula 235 citada na decisão supra, plenamente em vigor neste Tribunal, assinala que “os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, **por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados**, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula nº 106 da Jurisprudência deste Tribunal.” (grifamos)

Conclusão

48. A partir dos breves apontamentos técnico-jurídicos pelos quais passamos, e considerando que:

48.1 o art. 46 da Lei nº 8.112/90, alterado pela Lei nº 9.527/97, não configura lei em sentido material, mas apenas constitui lei formalmente, à vista da falta dos requisitos de generalidade e abstração da disciplina normativa, dado que fixa o momento temporal preciso;

48.2 das vias de interpretação da norma jurídica, a menos adequada é a gramatical pela escassez de espaço para o uso de elementos técnico-jurídicos. Como o art. 46 se insere no contexto de uma lei maior e esta é voltada – e nem poderia deixar de sê-lo – à preservação da garantia dos superiores interesses públicos em face dos particulares, o que impõe que se supere a redação do art. 46 para entendê-lo teleológica e sistematicamente como parte, que é, de um contexto maior;

48.3 o dispositivo em questão contraria diretamente os princípios constitucionais da:

48.3.1 **isonomia**: o tratamento, quanto à devolução de verbas ao Erário, dado ao devedor pré-30.06.94 e pós-30.06.94 é diferente pois que se corrige a dívida daquele e não se corrige a dívida deste, erigindo um elemento discriminador sem sustentação fática;

48.3.2 **preponderância do interesse público**: abrir mão de correção do devido, com benefício ao particular devedor implica o sacrifício dos interesses da administração pública em face daquele outro, em inaceitável inversão do princípio;

48.3.3 **indisponibilidade do bem público**: a autoridade pública não pode abrir mão do total ressarcimento ao Erário, porque se o fizer, de ressarcimento não se trata, e estar-se-á diante de uma conduta que permite o depauperamento do Estado por opção administrativa;

48.3.4 **razoabilidade**: não se encontra nenhuma justificativa plausível para, em face da existência de inflação, mesmo que de pequena expressão, não se corrigir os valores devidos;

48.3.5 **eficiência**: não pode ser considerada eficiente uma administração que não recupera o valor integral que a ela é devido;

48.3.6 **finalidade**: a atuação da poder público deve ser voltada sempre para uma finalidade pública, não podendo desaguar em benefício pessoal em detrimento da Administração Pública;

48.4a opção pela interpretação literal do art. 46 em estudo conduz, nitidamente, ao enriquecimento ilícito do particular em face da Administração Pública;

48.5 está assentado jurisprudencialmente o princípio da total reparação ao Erário e da aplicação de correção à base dos índices reais de inflação, conforme acórdãos colacionados;

48.6 aplicar o art. 46, em sua redação nova, significa depauperar o Erário em benefício do agente público dele devedor, sacrifício do interesse público em favor do privado, disponibilidade do patrimônio público para fins privados, personalização da atuação da Administração Pública e quebra do princípio da isonomia, conduzindo, definitivamente, tal atuação aos porões da **inconstitucionalidade**;

Concluimos:

a) pela interpretação com redução de texto, com o resultado de eliminar o marco temporal do art. 46;

b) pela aplicação de correção integral ao quanto devido por servidor público a título de indenização ou reposição;

c) pela impossibilidade de agravar, no ponto, administrativamente as situações de dolo.

Observações Finais

49.A dificuldade gerada pela redação positivada do art. 46 é, como se viu, superável pela aplicação dos princípios constitucionais relativos ao tema. Melhor solução seria, contudo, a alteração da letra do dispositivo, por lei, de forma a fazer constar uma redação constitucional e tecnicamente aceitável.

50.É matéria sumulada no Supremo Tribunal Federal (Súmula 347), e aceita doutrinariamente, a competência do Tribunal de Contas da União, quando no exercício de suas atribuições constitucionais, para apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Se assentada a inconstitucionalidade, o TCU pode negar-lhes aplicação, funcionando, esta Corte, à semelhança do poder judiciário, na via incidental de controle de constitucionalidade. Por essa linha de raciocínio, o TCU poderá negar a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade de contas fiscalizadas em que haja recebimento pelo Poder Público de créditos expressos em valores não corrigidos, sob a alegação de aplicação literal do art. 46 da Lei nº 8.112/90. Tal orientação nesta Corte deverá levar à condenação do órgão credor à recuperação dos valores referentes à correção.

51.Conforme o disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.443/92, a resposta a esta consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso em concreto. Por sua vez, o art. 19, inciso I, alínea e, do Regimento Interno preceitua que compete privativamente ao Plenário “*deliberar originariamente sobre conflito de lei ou de ato normativo do Poder Público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal*”. Em vista disso e por ter sido constatado que a interpretação do dispositivo em análise tem-se processado apenas de forma gramatical no âmbito da Administração Pública, contrariando o entendimento à luz da Constituição Federal, tornar-se-á necessário dar ciência da Decisão que vier a ser proferida por este Tribunal aos órgãos integrantes dos Sistemas de Controle Interno dos Três Poderes da União para que informem às Unidades Supervisionadas o posicionamento disciplinador e uniformizador firmado sobre o tema.

52.Diante do exposto, submetemos os presentes autos à consideração superior, propondo:

I - conhecer da consulta expedida pelo Exmº Sr. Deputado Michel Temer, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 216 e 217 do Regimento Interno, para responder ao consulente que:

a) os débitos de servidores para com o Erário, independentemente de serem fruto de boa-fé ou de má-fé, deverão sofrer correção integral;

b) todos os débitos contraídos, antes ou após 30.06.94, deverão ser integralmente atualizados para efeito de ressarcimento ao Erário;

II - recomendar à Secretária de Estado da Administração e do Patrimônio que elabore proposta a ser encaminhada ao Chefe do Poder Executivo com vistas à alteração redacional do art. 46, *caput*, da Lei nº 8.112/90, eliminando o marco temporal introduzido pela Lei nº 9.527/97;

III - encaminhar cópia do Relatório e Voto que embasem a Decisão que vier a ser proferida:

a) ao ilustre consulente;

b) à Secretária de Estado da Administração e do Patrimônio;

c) ao Chefe do Poder Executivo;

d) aos órgãos integrantes dos Sistemas de Controle Interno dos Três Poderes da União, com vistas ao exercício de suas atribuições, inclusive para que informem às

Unidades Supervisionadas o posicionamento disciplinador e uniformizador ora firmado sobre o tema;

IV - arquivar o presente processo”

O douto representante do Ministério Público junto ao Tribunal, em parecer de fls. 22, manifesta-se “de acordo com as considerações e conclusões da 5ª SECEX, contidas no parecer instrutório e despachos de fls. 06 a 21”.

É o Relatório.

V O T O

Preliminarmente, sou por que se conheça da presente Consulta, uma vez atendidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts 216 e 217 do Regimento Interno desta Corte.

No tocante ao mérito, perfilhando o bem lançado parecer da Unidade Técnica, entendo que o sentido que se pode extrair da letra do dispositivo **sub examine**, ao arrepio de princípios constitucionais e normas do ordenamento jurídico, é mesmo o de estabelecer o termo final de qualquer atualização monetária em 30 de julho de 1994, o que significaria isentar desse encargo qualquer reposição ou indenização ao erário ensejada por fatos danosos ocorridos naquela data ou após. O legislador, ao meu ver, partiu do pressuposto de que não haveria variações significativas no poder aquisitivo da moeda, o que efetivamente não ocorreu, haja vista o índice de 63,85 pontos percentuais de inflação, medidos pelo IGP-DI, desde a data referida.

Como é fácil depreender, a aplicação literal do preceptivo dá ensejo a situações odiosas de enriquecimento ilícito e de tratamento desigual, que reclamam soluções consentâneas com o texto constitucional e o próprio ordenamento jurídico. A tarefa de perquiri-las, cabe registrar, foi judiciosamente cumprida pela Unidade Técnica.

O dispositivo, por não possibilitar ao intérprete mais de um sentido e, conseqüentemente, também impedir a escolha pelo sentido mais consentâneo com o texto constitucional, faz com que o princípio da “exclusão da interpretação conforme a constituição, mas *contra legem*”, tenha que ser aplicado, segundo preleção do mestre português José Joaquim Gomes Canotilho¹. Resta, portanto, como bem procedeu a Unidade Técnica, uma interpretação conformadora com os princípios constitucionais, mormente com o princípio da isonomia. Esse procedimento, como ficou consignado, necessariamente leva à conclusão pela inconstitucionalidade parcial do *caput* do art. 46 da Lei nº 8.112/90, no que se refere apenas à fixação do termo final de 30 de junho de 1994.

Corroborando o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio acolhe a cobrança de correção monetária no ressarcimento de danos ao erário, há julgado do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, na hipótese de sentença condenatória em Ação Popular, “a determinação, em execução, da incidência da correção monetária desde a data do fato – e não apenas a partir da vigência da Lei nº 6.899/91 –

¹ “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1099/1100.

*não caracteriza desrespeito à decisão exequiênda, seja porque esta não dispôs em sentido contrário e assim requerera o autor expressamente na petição inicial, seja pela própria natureza da actio popularis que, por definição, **pressupõe a reparação integral do patrimônio público***²

A solução proposta pela Unidade Técnica, portanto, se impõe até mesmo para que o referido artigo se adeqüe às demais normas do sistema jurídico pátrio, pois, caso se concluísse plenamente válida a modificação trazida pela Lei nº 9.527/97, ter-se-ia, por exemplo, um tratamento absurdamente desigual entre situações previstas pela Lei nº 8.249/92, que comina penas de ressarcimento integral do dano causado por atos de improbidade administrativa, e as reguladas pelo atual Estatuto dos Servidores Públicos, consoante a nova redação dada. As hipóteses de ressarcimento previstas pelos dois diplomas guardam entre si grande similitude, à vista da necessidade comum de recomposição do patrimônio público, não obstante existir entre elas marcante diferença de níveis de reprovabilidade.

Diante de todo o exposto, acolhendo o posicionamento uniforme da Unidade Técnica e do Parquet especializado, Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

VOTO REVISOR

Ministro-Revisor Lincoln Magalhães da Rocha

Empolguei-me com o altíssimo nível da instrução elaborada pela analista Adriana de Pennafort Caldas, bem como do voto do eminente Ministro Relator.

De outro lado, a breve e precisa intervenção do Ministro-Substituto Benjamin Zymler despertou a minha atenção para o processo.

Daí o meu pedido de vista.

À medida que passei a estudar o notável parecer fui me convencendo da profundidade, criatividade e erudição demonstradas pela parecerista.

Não há como contestá-lo como peça que é de crítica jurídica e, portanto, “**de lege ferenda**”.

Por essa razão coloco-me em consonância com a maior parte de sua brilhante e erudita argumentação.

Entretanto dois fatos principais chamaram minha atenção e me impelem à discussão.

O primeiro refere-se a um problema de lógica jurídica: a antinomia entre a proposta dos itens 8.1.a e b com o item 8.2.

O segundo questionamento refere-se ao oblívio a que se relegou o princípio maior do sistema jurídico que é o **princípio da legalidade** em obséquio a princípios

² Nery Júnior, Nelson et alii. “Código de Processo Civil Comentado”. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1997, p.1196).

menores como o da isonomia, preponderância do interesse público, razoabilidade, eficiência e finalidade.

Sem nos alongarmos em nenhum deles, em homenagem ao **esto brevis et placebis do vate de venosa**, iniciemos pela antinomia da decisão proposta.

A ANTINOMIA EXISTENTE ENTRE A PROPOSTA DO ITEM 8.1 COM A PROPOSTA DO ITEM 8.2.

O trabalho acadêmico desenvolvido pela competente e erudita analista, em 14 laudas de excelente doutrina, caminha segura até as folhas 04, item 13, quando, após fazer a exegese da norma solicitada pela ilustre consultante, derrota dos caminhos ortodoxos da exegese **de lege lata** para se embrenhar no periculoso subjetivismo da via **de lege ferenda**.

Esse atraente roteiro constitucional atraiu o eminente Relator que optou por negar a constitucionalidade da Lei 9.527/97 votada pelo Congresso Nacional, com base apenas em princípios e contra a literal disposição do nosso art. 46 da Lei do Regime Jurídico Único.

Ora, esse tipo de exegese não encontra sustentação no moderno estado de Direito democrático onde o dogma da divisão dos poderes atribui a missão de legislar ao Poder Legislativo o qual legislou através da Lei 9.527 de 1997 – portanto uma norma recentíssima, que deu nova redação ao art. 46 da Lei 8.112 exatamente para estabelecer a data de 30 de junho de 1994 como termo **ad quem** para a fixação da correção monetária.

O que a técnica jurídica moderna, especialmente do sistema jurídico vinculado ao **civil law**, aprendeu com o **sistema common law** é exatamente o contrário, i.e., as novas redações das leis funcionam como **corrigenenda** às decisões judiciais.

O respeitado jurista Stone, apresenta interessante estudo sobre a interação entre o **Common law** e a Legislação. Tal estudo se encontra no manual de introdução ao **Common law Materials for Legal Method** de Dowling, Patterson e Powell.

Demonstra este autor que a legislação tem sido, durante muitos anos, encarada como um comando a ser seguido de acordo com sua literalidade, mas não como ponto de partida para o raciocínio jurídico.

Disse ele textualmente:

“Happily the abrasive effect of the never-ending judicial labor of making a workable system of our law, so largely composed of statutes, is bringing about a more liberal attitude on the part of the courts. Fortunately, too, law schools have begun to study and investigate the problem involved in na adequate union of judge-made with statute law. They are developing the underlying principles for its solution, which rest basically on a more adequate recognition that a statute is not an alien intruder in the house of the common law, but a guest to be welcomed and made at home there as a new and powerful aid in law to social needs. But there still remains much to be done. The better organization of judge-made and statute law into a

coordinated system is one of the major problems of the common law in the United States.”

Por que essa regra?

Porque ao Legislativo incumbe fazer as leis e às Cortes interpretá-las. Quando porém a escolha de uma determinada data, por exemplo, torna-se a forma como se manifestou a **vontade política** do poder legiferante, não cabe ao poder judicial **interpretar em contrário**.

O juízo de oportunidade e conveniência de uma data para o estabelecimento de limites para o exercício dos direitos é matéria tipicamente de legislação.

E a consciência dessa competência é **a antítese do item 8.1 com o item 8.2**, pois, o Tribunal está reconhecendo que a lei deve ser modificada!

Ora, modificação de Lei é matéria **de lege ferenda** e não **de lege lata** como é o caso da exegese e da interpretação!!!

A decisão ora proposta traz em seu bojo esta contradição lógica que não vejo como possa ser superada.

O item 8.2 revela a consciência do intérprete que sabe que a sua interpretação está **revogando** a lei e, portanto, usurpando a **vis legisferendi** ínsita ao Poder Legislativo.

Esse juiz da Corte que ora dissente do Voto do eminente Relator não ignora que todas as normas jurídicas são passíveis de interpretação. Assim o provérbio **in claris cessat interpretatio** não constitui vexilo deste voto divergente pois o seu autor continua a negar o seu aval teórico a esse dogma da Escola Exegética.

No entanto, entre admitir que a interpretação literal seja a mais primitiva das formas de interpretação e aceitar a posição extrema de que se deve negar aplicação a um texto da lei que veio **emmendandi causa**, vai um abismo.

E não pode haver maior confissão de reconhecimento desse fato do que o comando que se propõe no item 8.2 da decisão:

*“8.2. recomendar à Secretária de Estado da Administração e do Patrimônio que elabore proposta a ser encaminhada ao Chefe do Poder Executivo com vistas à alteração do texto do art. 46, **caput**, da Lei n.º 8.112/90, de forma a eliminar o marco temporal introduzido pela Lei n.º 9.527/97.”*

Decidindo a espécie por esse prisma, o voto do relator ateu-se à política legislativa e relegou a plano secundário o nosso direito positivo, que parece ter tido um tratamento com certa dose de desdém, na excelente instrução.

Ora o **jus positum**, o nome direito positivo nada tem a ver com o positivismo jurídico que a doutrina, a mais das vezes, trata com certa dose de crítica porque baseado em elementos culturais já ultrapassados pela moderna gnosiologia jurídica.

Nosso direito positivo representa a conquista de um sistema legislativo até sofisticado, apenas tisonado e desvirtuado através do abusivo uso das medidas provisórias pelo Poder Executivo.

Assim sendo, não entendo seja conveniente afrontar a tomada de decisão do Legislativo que teve os seus motivos técnicos e políticos para fixar a data de 30 de junho de 1994 como o **terminus ad quem** para o cômputo da correção monetária.

Outra fragilidade que aponto na proposta da decisão é a falta de fundamentação em dispositivo concreto da Constituição Federal.

As referências que se fazem no decurso do Voto e do parecer que o embasou são fluidas e imprecisas exatamente porque baseadas em princípios e não em normas constitucionais específicas.

Para que um Tribunal que não o Supremo possa valer-se da faculdade reconhecida pelo enunciado 347 do Direito Sumular do Supremo Tribunal Federal, é necessário que a inconstitucionalidade da lei deflua clara e cristalinamente do texto constitucional expresso.

À Suprema Corte sim, caberia, na sua condição de intérprete da Constituição, elaborar construções jurídicas ousadas através das quais ela **declararia** a inconstitucionalidade da lei infraconstitucional.

Aos outros tribunais, como meros partícipes da competência para reconhecer **incidenter tantum** e de maneira difusa a inconstitucionalidade das normas, restaria o papel de apenas negar aplicação a essa lei mas não de recomendar ou determinar a outras instâncias administrativas que deixem de observar o texto expresso de uma lei publicada de acordo com a Constituição e o devido processo legislativo.

Áí sim, a Corte de Contas colocaria em perigo seu prestígio e autoridade diante de um entendimento provavelmente contrário ao seu.

E a razão dessa conduta é simples: a Lei 9.527 de 1997 é fruto da M.P. 1.522 gerada no laboratório do MARE...

O fato de essa modificação da lei do R.J.U. ter-se operado através de uma Medida Provisória, com origem no Poder Executivo e ter-se convertido, com a colaboração do Poder Legislativo, em lei, contribui também como argumento para sua integral validade, como manifestação autêntica da **vontade política** de dois ramos do Poder Público: o **Executivo e o Legislativo**.

Por que o Tribunal agora nega sua validade material?

Não estará a Corte de Contas usurpando a competência de legislar do poder competente?

A DECISÃO PROPOSTA AFRONTA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, FUNDAMENTO DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

A segunda fragilidade da decisão proposta está fundada no desrespeito explícito ao princípio da **LEGALIDADE**, princípio fundacional do sistema jurídico do **civil law**.

Propõe-se dar uma resposta à consulta exatamente negando a literalidade do **caput** do art. 46 da Lei 8.112 alterada pela Lei 9.527 que diz:

“Art. 46. As reposições e indenizações ao erário serão previamente comunicadas ao servidor e descontadas em parcelas mensais em valores atualizados até 30 de junho de 1994.”

Propõe-se a seguinte resposta:

“8.1.

(...)

b) a atualização monetária desses valores é sempre devida, independentemente da data de ocorrência do fato que porventura tenha originado a necessidade da reposição ou indenização por parte do servidor ou pensionista;”

Isso significa negar literalmente o que o atual art. 46 do citado diploma determina com graves prejuízos ao prestígio do princípio da legalidade.

Esta Corte, por centenas de vezes, já tomou emprestado a Hely Lopes Meirelles suas lapidares palavras:

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei outorga. A Lei, para o particular, significa que pode fazer assim, para o Administrador Público significa deve fazer assim.”

O princípio da legalidade constitui o fundamento do próprio estado de direito pois proporciona à Civitas a certeza e a segurança nas declarações jurídicas públicas e privadas.

A lei representa para a democracia a vitória sobre o arbítrio e a força. Seu prestígio significa, de um lado, a auto limitação dos poderes do Estado e, de outro, a afirmação do poder do cidadão para exigir o adimplemento de seus direitos subjetivos.

Os principais sistemas jurídicos do mundo consagram a sua existência como fundamental para a estrutura do Estado. Assim no sistema do **Common Law** chama-se **rule of law** e se apresenta como: **a legal principle, of general application, sanctioned by the recognition of authorities and usually expressed in the form of a maxim or logical proposition. Called a “rule” because in doubtful or unforeseen cases it is a guide or norm for their decision (Black’s Law Dictionary, West Publishing Co., 4th Edition, 1951).**

No Sistema jurídico continental do grupo **Civil Law** é conhecido como princípio da legalidade e obedece a uma hierarquia em cujo cimo está a norma constitucional.

Segundo a Constituição Federal, ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei. Essa é a sua formulação sob o prisma constitucional. Mas foi no Direito Penal que o princípio alcançou maior sofisticação.

Assim a sua formulação iniciada com o **nullum crimen, nulla poena sine lege** de Feuerbach ganhou novos contornos através de outras características como a

anterioridade (sine poevia lege), a forma escrita (sine scripta lege), a tipicidade (sine stricta lege) e a certeza (sine certa lege).

Sob o enfoque relação soberano-súdito ou estado-cidadão, assim o definiu Celso Antônio Bandeira de Mello:

‘O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder, desde o absolutista, contra o qual irrompem, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem raiz na idéia de soberania popular e de exaltação da cidadania. Nesta última, se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso)’.

O tema, por sua importância, comportaria outros enfoques que **brevitatis causa** não serão agora analisados.

Vamos às conclusões.

A decisão proposta pelo eminente Relator causa dupla ofensa ao princípio maior do Direito Administrativo: a 1ª, pela negativa de vigência de uma lei federal devidamente aprovada pelo Parlamento; a 2ª, por impor sanção de correção monetária sem que lei prévia a estabelecesse.

Sobre esse tema a jurisprudência do S.T.F. é incisiva: há a necessidade de prévio estabelecimento por via do processo legislativo apropriado: a lei.

Do texto da decisão do RE 172394-7 de S.P extraem-se os seguintes **dicta**:

Ministro Maurício Correa:

“Pela mesma razão não vejo como prosperar a alegação de que a correção foi instituída por ‘decreto’, bastando ler o teor dos arts. 97 e 109 da Lei n.º 6.374/89 para ver, com clareza, que a correção monetária dos débitos fiscais tem assento em lei, estando, pois, atendida a exigência do princípio da legalidade (art. 5º, II).”

Ministro Celso de Mello:

*“Na realidade, o preceito legal em questão deslocou para instância juridicamente inadequada o poder de regulação sobre categoria temática – a definição normativa de mecanismo de correção monetária de débitos fiscais – que se acha submetida, **em razão de sua própria matéria**, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal.”*

E ainda:

“Cumpre ter presente que a idéia de lei – enquanto ‘instrumento de garantia contra o poder executivo e como regra primária indispensável ao desenvolvimento da atividade administrativa’ (J. J. GOMES CANOTILHO, ‘Direito Constitucional’, p. 799, 5ª ed., 1991, Almedina, Coimbra) – conduz ao reconhecimento de que o postulado da reserva legal comporta análise sob dupla perspectiva: uma, de caráter negativo, e outra, de natureza positiva.

A dimensão negativa da reserva constitucional de lei – adverte o magistério da doutrina (J. J. GOMES CANOTILHO, op. loc. cit.) – traduz a noção de que ‘nas matérias reservadas à lei está proibida a intervenção de outra fonte de direito dife-

rente da lei (a não ser que se trate de normas meramente executivas da administração)’. De outro lado, o princípio constitucional em questão, ao projetar-se em sua dimensão positiva, reafirma a idéia de que, ‘nas matérias reservadas à lei, esta deve estabelecer, ela mesma, o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes” (J. J. GOMES CANOTILHO, *op. loc. cit.*).”

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é superlativa. Traço parte dela à colação.

“RE-172394/SP.

EMENTA: CORREÇÃO MONETÁRIA. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA VEDAÇÃO DE PODERES LEGISLATIVOS E DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Prevista, no dispositivo legal sob enfoque, a atualização monetária dos débitos de ICMS, não há como se falar, no caso, em ofensa ao princípio da legalidade.

De outra parte, não se compreendendo no campo reservado a lei, pelo Texto Fundamental, a definição do vencimento e do modo pelo qual se procedera a atualização monetária das obrigações tributárias, também não se pode ter por configurada delegação de poderes no cometimento de tais encargos, pelo legislador ordinário, ao Poder regulamentar.

Legislação

LEG-FED CFD-***** ANO-1988

- ART-00146 - INC-00003 - LET-A - LET-B - ART-00150

- INC-00001 - ART-00155 - PAR-00002 - INC-00001

***** CF-88 – CONSTITUICAO - FEDERAL

LEG-FED - LEI-003071 - ANO-1916

- ART-01010

***** CC-16 - CODIGO - CIVIL

LEG-FED - LEI-005172 - ANO-1966

- ART-00113 - PAR-00001 - ART-00150

***** CTN-66 - CODIGO TRIBUTARIO NACIONAL

LEG-EST - LEI-006374 - ANO-1989

- ART-00035 PAR-UNICO ART-00047 PAR-UNICO ART-00048

- PAR-ÚNICO- ART-00049- PAR-00002- PAR-00003 -ART-00050

- PAR-00004 - PAR-00005 - ART-00059 - ART-00060 - ART-00097

- PAR-00001 - INC-00001 - ART-00109

- (SP).

LEG-EST - DEC-030356 - ANO-1989

- ART-00003

- (SP).

LEG-EST DEC-030524 ANO-1989

(SP).

LEG-EST DEC-033118 ANO-1991
(SP).

Acórdãos no mesmo sentido

PROC-RE NUM-0144784 ANO-95 UF-SP TURMA-01 MIN-158 N.PP-018

- DJ DATA-22-09-95 PP-30602 EMENT - VOL-01801-05 PP-00932

PROC-AGRRE - - NUM-0174520 - ANO-95 - UF-SP TURMA-02 - MIN-156
N.PP-005

- DJ - DATA-24-11-95 - PP-40409 EMENT - VOL-01810-07 PP-01360

PROC-RE - NUM-0147449 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128
N.PP-007

- DJ - DATA-22-03-96 PP-08211 EMENT - VOL-01821-03 PP-00447

PROC-RE - NUM-0148437 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128
N.PP-007

- DJ - DATA-22-03-96 - PP-08211 - EMENT - VOL-01821-03 PP-00454

PROC-RE - - NUM-0155770 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 MIN-128
N.PP-006

- DJ - DATA-22-03-96- PP-08211 - EMENT - VOL-01821-03 PP-00489

PROC-RE - NUM-0155985 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 MIN-128
N.PP-007

- DJ - DATA-22-03-96 - PP-08212 - EMENT - VOL-01821-03 PP-00501

PROC-RE - NUM-0158438 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 MIN-128
N.PP-006

- DJ - DATA-22-03-96 - PP-08213 - EMENT - VOL-01821-03 PP-00518

PROC-AGRAG NUM-0157483 ANO-96 UF-SP - TURMA-02 - MIN-156
N.PP-006

- DJ - - DATA-29-03-96 PP-09350 EMENT - VOL-01822-03 PP-00536

PROC-RE - - NUM-0159205 -ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 MIN-128
N.PP-006

- DJ - DATA-29-03-96 - PP-09351 - EMENT - VOL-01822-03 PP-00571

PROC-RE - NUM-0157924 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 MIN-128
N.PP-006

- DJ - DATA-12-04-96 - PP-11078 - EMENT - VOL-01823-03 - PP-00573

PROC-RE - NUM-0158874 - ANO-96 - UF-SP TURMA-01 MIN-128
N.PP-008

- DJ - DATA-26-04-96 - PP-13120 - EMENT - VOL-01825-03 PP-00611

PROC-AGRAG - NUM-0174155 - ANO-96 - UF-SP TURMA-02 MIN-157
N.PP-005

- DJ - DATA-26-04-96 - PP-13126 - EMENT - VOL-01825-05 - PP-00955

PROC-AGRRE - NUM-0191355 - ANO-96 - UF-SP TURMA-02 MIN-157
N.PP-006

- DJ - DATA-26-04-96- PP-13138 - EMENT- VOL-01825-08 PP-01593

*PROC-REED - NUM-0172394 - ANO-96 - UF-SP TURMA-TP MIN-158
N.PP-08*

*- DJ - DATA-17-05-96 - PP-16340 - EMENT - VOL-01828-07 - PP-01411
PROC-RE - NUM-0148455 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-157 -*

N.PP-05

*- DJ - DATA-07-06-96 - PP-19829- EMENT- VOL-01831-02 - PP-00244
PROC-RE - NUM-0153757 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-156 -*

N.PP-17

*- DJ - DATA-07-06-96 - PP-19829 - EMENT - VOL-01831-02 - PP-00263
PROC-RE - NUM-0154102 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-157 -*

N.PP-05

*- DJ - DATA-07-06-96 - PP-19829 - EMENT - VOL-01831-02 - PP-00286
PROC-RE - NUM-0154273 - ANO-95 - UF-SP - TURMA-TP MIN-157*

*N.PP-050 - DJ - DATA-14-06-96 - PP-21077 EMENT - VOL-01832-02 - PP-00335
- RAC-158*

*PROC-AGRRE NUM-0167848 ANO-96 UF-SP TURMA-02 MIN-159 N.PP-
007*

- DJ DATA-21-06-96 PP-22296 EMENT VOL-01833-02 PP-00384

*PROC-RE - NUM-0195017 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 -
N.PP-005*

- DJ - DATA-21-06-96 PP-22303 EMENT - VOL-01833-04 PP-00805

*PROC-RE - NUM-0199555 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-159 -
N.PP-008*

- DJ - DATA-21-06-96 PP-22309 EMENT - VOL-01833-05 PP-01135

*PROC-RE - NUM-0153709 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-156 -
N.PP-017*

- DJ - DATA-01-07-96 PP-23866 EMENT - VOL-01834-02 PP-00405

*PROC-RE - NUM-0148455 - ANO-96 UF-SP - TURMA-02 MIN-157 - N.PP-
005*

- DJ - DATA-07-06-96 PP-19829 EMENT - VOL-01831-02 PP-00244

*PROC-RE - NUM-0153757 - ANO-96 UF-SP - TURMA-02 MIN-156 - N.PP-
017*

- DJ - DATA-07-06-96 PP-19829 EMENT - VOL-01831-02 PP-00263

*PROC-RE - NUM-0154102 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-157 -
N.PP-005*

- DJ - DATA-07-06-96 PP-19829 EMENT - VOL-01831-02 PP-00286

*PROC-REED - NUM-0172394 - ANO-96 - UF-SP TURMA-TP - MIN-158 -
N.PP-008*

- DJ - DATA-17-05-96 PP-16340 EMENT - VOL-01828-07 PP-01411

*PROC-RE - - NUM-0149951 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-156 -
N.PP-017*

- DJ - DATA-30-08-96 PP-30613 EMENT - VOL-01839-02 PP-00329

*PROC-RE - NUM-0160334 ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 -
N.PP-006*

- DJ - DATA-27-09-96 PP-36181 EMENT - VOL-01843-03 PP-00542

*PROC-RE - NUM-0167788 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 -
N.PP-006
- DJ - DATA-27-09-96 PP-36181 EMENT - VOL-01843-04 PP-00645
PROC-RE - NUM-0168761 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 -
N.PP-006
- DJ - DATA-27-09-96 PP-36180 EMENT - VOL-01843-04 PP-00684
PROC-RE - NUM-0170304 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 -
N.PP-006
- DJ - DATA-27-09-96 PP-36181 EMENT - VOL-01843-04 PP-00699
PROC-RE - NUM-0171220 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 -
N.PP-006
- DJ - DATA-27-09-96 PP-36181 EMENT - VOL-01843-04 PP-00762
PROC-RE - NUM-0153839 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 -
N.PP-006
- DJ - DATA-27-09-96 PP-36180 EMENT - VOL-01843-03 PP-00467
PROC-RE - NUM-0158373 - ANO-96 UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 -
N.PP-006
- DJ - DATA-27-09-96 PP-36180 EMENT - VOL-01843-03 PP-00508
PROC-AGRRE - NUM-0171434 - ANO-96 - UF-SP TURMA-02 - MIN-157
- N.PP-006
- DJ - DATA-04-10-96 PP-37106 EMENT - VOL-01844-02 PP-00377
PROC-AGRRE - NUM-0178926 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-157
- N.PP-007
- DJ DATA-04-10-96 PP-37106 EMENT VOL-01844-03 PP-00470
PROC-RE NUM-0154276 ANO-96 UF-SP TURMA-01 MIN-140 N.PP-
005
- DJ DATA-11-10-96 PP-38507 EMENT VOL-01845-02 PP-00285
PROC-RE NUM-0171068 ANO-96 UF-SP TURMA-01 MIN-128 N.PP-
009
- DJ DATA-18-10-96 PP-39861 EMENT VOL-01846-04 PP-00828
PROC-RE NUM-0146120 ANO-96 UF-SP TURMA-01 MIN-128 N.PP-
006
- DJ DATA-22-11-96 PP-45729 EMENT VOL-01851-04 PP-00803
PROC-RE NUM-0154091 ANO-96 UF-SP TURMA-01 MIN-128 N.PP-
006
- DJ DATA-22-11-96 PP-45729 EMENT VOL-01851-04 PP-00897
PROC-RE NUM-0160338 ANO-96 UF-SP TURMA-01 MIN-128 N.PP-
006
- DJ DATA-22-11-96 PP-45729 EMENT VOL-01851-05 PP-00955
PROC-RE NUM-0193678 ANO-96 UF-SP TURMA-01 MIN-128 N.PP-
006
- DJ DATA-22-11-96 PP-45708 EMENT VOL-01851-08 PP-01685*

PROC-RE NUM-0189141 ANO-96 UF-SP TURMA-01 MIN-140 N.PP-005
- DJ DATA-22-11-96 PP-45707 EMENT VOL-01851-08 PP-01609
PROC-RE NUM-0147419 ANO-96 UF-SP TURMA-01 MIN-128 N.PP-006
- DJ DATA-29-11-96 PP-47177 EMENT - VOL-01852-03 PP-00591
PROC-AGRRE - NUM-0171443 - ANO-96 - UF-SP TURMA-01 - MIN-140 - N.PP-018
- DJ DATA-29-11-96 PP-47169 EMENT - VOL-01852-06 PP-01066
PROC-AGRRE - NUM-0173230 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-140 - N.PP-019
- DJ DATA-29-11-96 PP-47169 EMENT - VOL-01852-06 PP-01112
PROC-AGRRE - NUM-0173566 - ANO-96 - UF-SP TURMA-01 - MIN-140 - N.PP-016
- DJ DATA-29-11-96 PP-47170 EMENT - VOL-01852-06 PP-01131
PROC-RE - NUM-0148514 ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 - N.PP-006
- DJ DATA-13-12-96 PP-50180 EMENT - VOL-01854-06 PP-01145
PROC-RE - NUM-0190843 - ANO-96 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 - N.PP-006
- DJ DATA-13-12-96 PP-50186 EMENT - VOL-01854-10 PP-01979
PROC-REED - NUM-0199555 - ANO-96 - UF-SP TURMA-02 - MIN-159 - N.PP-006
- DJ DATA-19-12-96 PP-51787 EMENT - VOL-01855-10 PP-02055
PROC-RE - - NUM-0184566 - ANO-97 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-128 - N.PP-006
- DJ DATA-07-02-97 PP-01358 EMENT - VOL-01856-05 PP-01015
PROC-RE - NUM-0159142 - ANO-97 - UF-SP - TURMA-01 - MIN-141 - N.PP-005
- DJ DATA-16-05-97 PP-19965 EMENT - VOL-01869-03 PP-00458
PROC-RE - NUM-0176655 - ANO-97 - UF-SP - TURMA-02 - MIN-135 - N.PP-004
- DJ DATA-15-08-97 PP-37046 EMENT - VOL-01878-03 PP-00520
PROC-AGRAG - NUM-0223663 - ANO-98 - UF-SP TURMA-01 - MIN-158 - N.PP-004
- DJ DATA-18-12-98 PP-00059 EMENT VOL-01936-08 PP-01495
PROC-AGRAG - NUM-0230557 - ANO-99 - UF-SP TURMA-02 - MIN-156 - N.PP-005
- DJ DATA-21-05-99 PP-00011 EMENT VOL-01951-09 PP-01819

AGRRE-158891/SP

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS/SÃO PAULO. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 6.374, DE 1989, ART. 109, parág. único, do Estado de São Paulo. Decreto nº 30.356, de 1989, do Estado de São Paulo.

I. - Legitimidade da correção monetária do ICMS paulista a partir do décimo dia seguinte à apuração do débito fiscal. Delegação regulamentar legítima: regulamento delegado “intra legem”, sem quebra do padrão jurídico posto na lei.

(...)

IV. - Discussão em torno da legalidade de índices de indexação diz respeito ao contencioso infraconstitucional, incabível em sede de recurso extraordinário.

Legislação

LEG-FED CFD-***** ANO-1988

ART-00155 PAR-00002 INC-00001

***** CF-88 CONSTITUICAO FEDERAL

LEG-EST LEI-006374 ANO-1989

ART-00109 PAR-ÚNICO

(SP).

LEG-EST DEC-030356 ANO-1989

(SP).

Acórdãos no mesmo sentido

PROC-AGRRE NUM-0173233 ANO-95 UF-SP TURMA-02 MIN-156
N.PP-005

- DJ DATA-01-12-95 PP-41701 EMENT VOL-01811-05 PP-00991

PROC-AGRRE NUM-0173251 ANO-95 UF-SP TURMA-02 MIN-156
N.PP-005

- DJ DATA-01-12-95 PP-41702 EMENT VOL-01811-05 PP-00996

PROC-AGRRE NUM-0176636 ANO-95 UF-SP TURMA-02 MIN-156
N.PP-004

- DJ DATA-01-12-95 PP-41709 EMENT VOL-01811-07 PP-01266

PROC-AGRRE NUM-0182104 ANO-95 UF-SP TURMA-02 MIN-156
N.PP-005

- DJ DATA-01-12-95 PP-41711 EMENT VOL-01811-07 PP-01327

PROC-AGRRE NUM-0184288 ANO-95 UF-SP TURMA-02 MIN-156
N.PP-004

- DJ DATA-01-12-95 PP-41711 EMENT VOL-01811-07 PP-01345

PROC-AGRRE NUM-0186313 ANO-95 UF-SP TURMA-02 MIN-156
N.PP-005

- DJ DATA-01-12-95 PP-41711 EMENT VOL-01811-07 PP-01359

PROC-AGRAG NUM-0201437 ANO-97 UF-SP TURMA-02 MIN-156
N.PP-004

- DJ DATA-05-12-97 PP-63911 EMENT VOL-01894-04 PP-00805

004 PROC-AGRAG NUM-0202932 ANO-97 UF-SP TURMA-01 MIN-158 N.PP-
- DJ DATA-19-12-97 PP-00050 EMENT VOL-01896-08 PP-01628
PROC-RE NUM-0161694 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-156 N.PP-016
- DJ DATA-06-02-98 PP-00032 EMENT VOL-01897-05 PP-00874
PROC-RE NUM-0192716 ANO-98 UF-SP TURMA-01 MIN-154 N.PP-005
- DJ DATA-06-02-98 PP-00036 EMENT VOL-01897-09 PP-01824
PROC-AGRRE NUM-0183179 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-157 N.PP-
005
- DJ DATA-06-02-98 PP-00020 EMENT VOL-01897-07 PP-01470
PROC-AGRRE NUM-0195825 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-156 N.PP-
005
- DJ DATA-20-03-98 PP-00013 EMENT VOL-01903-08 PP-01532
PROC-AGRRE NUM-0214838 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-156 N.PP-
005
- DJ DATA-20-03-98 PP-00013 EMENT VOL-01903-08 PP-01532
PROC-AGRRE NUM-0168129 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-160 N.PP-
004
- DJ DATA-30-04-98 PP-00015 EMENT VOL-01908-03 PP-00432
PROC-AGRRE NUM-0173837 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-160 N.PP-
004
- DJ DATA-30-04-98 PP-00015 EMENT VOL-01908-03 PP-00455
PROC-AGRRE NUM-0201836 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-160 N.PP-
004
- DJ DATA-30-04-98 PP-00016 EMENT VOL-01908-03 PP-00602
PROC-RE NUM-0153339 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-159 N.PP-010
- DJ DATA-30-04-98 PP-00017 EMENT VOL-01908-02 PP-00409
PROC-REAED NUM-0214838 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-156 N.PP-
005
- DJ DATA-29-05-98 PP-00011 EMENT VOL-01912-05 PP-00980
PROC-AGAED NUM-0202932 ANO-98 UF-SP TURMA-01 MIN-158 N.PP-
005
- DJ DATA-09-10-98 PP-00010 EMENT VOL-01926-03 PP-00495
PROC-REAED NUM-0201836 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-160 N.PP-
004
- DJ DATA-26-03-99 PP-00014 EMENT VOL-01944-04 PP-00795

AGRRE-193531 / SP

EMENTA: CONSTITUCIONAL. (2) TRIBUTÁRIO. (3) ICMS. CORREÇÃO MONETÁRIA. (4) NÃO SE COMPREENDE NO CAMPO RESERVADO À LEI, PELO TEXTO CONSTITUCIONAL, A DEFINIÇÃO DO VENCIMENTO E DO MODO PELO

QUAL SE PROCEDERÁ À ATUALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. PRECEDENTE: RE 172.394 (PLENO). (5) AGRAVO NÃO PROVIDO.

Legislação

*LEG-FED CFD-***** ANO-1988*

ART-00022 INC-00006

****** CF-88 CONSTITUICAO FEDERAL*

Acórdãos no mesmo sentido

PROC-AGRRE NUM-0165313 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-160 N.PP-004

- DJ DATA-15-05-98 PP-00051 EMENT VOL-01910-02 PP-00386

PROC-RE NUM-0185592 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-156 N.PP-027

- DJ DATA-05-06-98 PP-00014 EMENT VOL-01913-02 PP-00395

PROC-REED NUM-0185592 ANO-98 UF-SP TURMA-02 MIN-156 N.PP-006

- DJ DATA-13-11-98 PP-00013 EMENT VOL-01931-03 PP-00560”

No que concerne à defesa do patrimônio público, entendemos que o T.C.U tem sua competência delimitada àquela que estiver prevista **em lei**. A essa Corte de Contas cumpre velar pela observância da legalidade e não colocar-se como crítico da **lex lata**.

Não lhe cabe o papel de algoz dos servidores públicos e sucessor do D.A.S.P., cabe-lhe apenas velar pela legalidade.

Resta uma ligeira referência à Lei 8.429/92 que trata da improbidade administrativa.

Ela exige a reparação integral do dano causado pelos servidores e especialmente pelos agentes públicos. Tem rito próprio perante o poder judiciário e tem como pressuposto o dolo.

Evidentemente que a sua incidência nada tem a ver com o art. 46 da L.R.J.U. ora sob análise.

O art. 46 refere-se exclusivamente a **reposições e indenizações** e não a quaisquer débitos.

Ora, no conceito de valores sujeitos a reposição podemos incluir os recebidos pelo servidor em virtude de liminares ou outros pagamentos indébitos.

Já o conceito de débito é estabelecido no art. 47 ao referir-se a lei ao servidor exonerado, demitido ou com sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, o qual terá 60 dias para **quitar o débito**.

A lei estabeleceu o conceito de indenização em relação ao servidor: são elas a ajuda de custo, as diárias e o transporte.

Seriam essas as indenizações de que fala o citado art. 46?

O posicionamento alvitrado neste voto revisor é mais condizente com a natureza alimentar dos vencimentos e vantagens dos servidores públicos que também não têm tido a seu favor a atualização monetária de seus ganhos.

Desse modo, a proposta de resposta à consulta é a seguinte:

1) Os valores relativos às reposições e indenizações ao erário por parte de servidores ativos ou inativos, ou pensionistas somente poderão ser atualizados até 30 de junho de 1994, não podendo ser corrigidos após essa data, consoante o disposto no artigo 46 da Lei nº 8.112/90, ressalvados apenas os casos abrangidos pelo Enunciado de Súmula nº 106 da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Contas da União. Vale ressaltar que os atos dolosos praticados contra o erário não se subsumem à tipicidade das chamadas reposições e indenizações, cabendo o integral ressarcimento do dano, em observância aos termos da Lei nº 8.429/92.

2) As reposições e indenizações que tiverem sido efetuadas com cobrança de correção monetária após a data de 30 de junho de 1994, poderão ser objeto de devolução de indébitos, no que concerne à correção monetária e juros de mora, somente mediante requisição dos interessados. No caso de ter sido em virtude de decisão do Tribunal de Contas da União, somente mediante Recurso de Revisão, no prazo de 5 anos, por força do Enunciado Sumular nº 6 do S.T.F.

3) As indenizações e reposições sob esse regime compreendem, inclusive, aqueles fatos não dolosos ocorridos após a data de 30 de junho de 1994 até a data de nova eventual lei que venha restabelecer a correção monetária para tais débitos. Os fatos dolosos podem ser encarados como imputadores de débitos, sujeitando-se os autores às disposições do art. 47 da Lei nº 8.112/90.

VOTO COMPLEMENTAR

Ministro-Relator Adilson Motta

Em face dos argumentos aduzidos com grande erudição pelo ilustre Revisor, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, vejo-me premido pela necessidade de melhor explanar, nos parágrafos seguintes, as razões que me levaram a acolher na íntegra a proposta de encaminhamento feita conjuntamente pela Unidade Técnica e pelo douto representante do Ministério Público junto a esse Tribunal.

Inicialmente, entendo que a modificação trazida pela Lei nº 9.527/97 claramente não é fruto de atividade legislativa recente e até seria estranho que o fosse, diante da atual política de supressão de direitos e vantagens de servidores públicos. Como disse em meu Voto, o legislador ordinário partiu do pressuposto de que não haveria variações significativas no valor de troca do Real, o que efetivamente não ocorreu, como todos sabemos. O referido diploma, na verdade, é a lei de conversão de uma

série de medidas provisórias iniciada em circunstâncias econômicas e sócio-políticas que reclamavam o desmonte da memória inflacionária.

Não vejo nenhuma perda de validade do resultado da tarefa de interpretação levada a efeito pela Unidade Técnica, por se fulcrar, basicamente, em princípios e voltar-se contra literal disposição do art. 46 da Lei nº 8.112/90. Primeiramente, não há falta de fundamentação em dispositivo concreto da Constituição Federal. Apesar de não mencionados, fundamentos não faltam para arrimar o resultado, a começar do caput do art. 5º, seguidos de praticamente todos os princípios implícitos e os mencionados no caput do art. 37. Além disso, entendo que contrariar princípios é muito mais grave do que ir contra literal disposição de lei, pois os primeiros, além de servirem de fundamento das leis, desempenham um papel fundamental no ordenamento jurídico como estruturadores do sistema jurídico e como fonte hierarquicamente superior.³

Com as vênias devidas, dirijo da opinião de que não cabe ao poder judicial interpretar contrariamente à vontade política do legislador. Ao se entender assim, estar-se-á pondo abaixo todo o sistema de controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis, por completa inutilidade. O resultado alcançado no esforço interpretativo da Unidade Técnica está em perfeita consonância com o que existe de mais atual em matéria de hermenêutica jurídica, mesmo em se tratando de sistemas jurídicos afiliados ao civil law. Como fiz consignar em meu Voto, um intérprete, diante de um dispositivo que não lhe possibilita extrair mais de um sentido e, conseqüentemente, também vedar-lhe a escolha pelo sentido mais consentâneo com o texto constitucional, fica autorizado a proceder a uma interpretação conformadora com regras e princípios constitucionais, e esse procedimento, como ficou consignado, necessariamente leva à conclusão pela inconstitucionalidade parcial do *caput* do art. 46 da Lei nº 8.112/90, no que se refere apenas à fixação do termo final de 30 de junho de 1994.⁴

Isso não significa uma revogação do dispositivo e muito menos uma usurpação do poder de legislar. Uma interpretação que tenha como resultado a inaplicabilidade parcial de um dispositivo não tem, em absoluto, o poder de revogá-lo e muito menos de inovar o mundo jurídico regulando hipóteses não previstas no ordenamento. A julgar pela procedência desta argumentação teríamos como principais legisladores os juízes e outros agentes públicos, cujos pareceres porventura tenham força normativa e vinculem toda a Administração.

A técnica jurídica empregada no exame do preceptivo, portanto, é adequada ao nosso sistema jurídico. É notório que a distinção entre os sistemas jurídicos do **common law** e do **civil law** a cada dia perde seu sentido, pois há uma clara tendência no sentido da convergência dos dois tipos no que diz respeito à importância dada à norma positiva e à interpretação judicial do direito, de modo que no futuro essa distinção perderá

³ Canotilho, José Joaquim Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, pp. 1034/1035.

⁴ idem, ibidem, pp.1175/1176.

sua razão de ser. Uma prova de verdade dessa assertiva, se verifica na própria transcrição do ensinamento de Stone no Voto Revisor: acadêmicos que estudam e investigam o problema envolvido na união adequada entre o direito criado pelos tribunais e o direito escrito, no sistema do common law, estão desenvolvendo “princípios subjacentes para sua solução, que se fundam basicamente num reconhecimento mais adequado do fato de que o direito escrito não é um intruso alienígena na casa do common law, mas um convidado a ser bem-vindo e lá deixado à vontade como uma nova e poderosa ajuda do Direito para as necessidades sociais”.

Diante dos argumentos acima expendidos, não vejo qualquer contradição em se dar, com base na lei (art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92) e no entendimento da mais alta Corte do país (Súmula nº 347), um entendimento mais adequado ao texto constitucional e recomendar ao órgão sob jurisdição desta Corte que proponha ao poder competente a alteração de um dispositivo parcialmente maculado pela inconstitucionalidade.

Permissa venia, discordo igualmente do posicionamento de que o princípio da legalidade é o princípio maior do Direito Administrativo, e que foi esquecido em favor de princípios, “menores” como os da isonomia, preponderância do interesse público, razoabilidade, eficiência e finalidade.

Reservando-me também a honra de citar o grande administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, verifico que sua opinião é de que todo o sistema de Direito Administrativo “*se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração*”⁵, e foram esses os vetores principais que apontaram para a solução proposta.

No que concerne especificamente à idéia de legalidade, compartilho da opinião de outra eminente administrativista, Lúcia Valle Figueiredo, no sentido de que o seu cânone não pode ser compreendido de maneira tão pobre ao ponto de restringir-lhe o raio de ação à mera sujeição do administrador à lei, pois deve-se entender por legalidade “*a conformidade com a lei e a estrita compatibilidade com os princípios constitucionais da função administrativa e com os vetores tópicos constitucionais*”⁶.

Desde o início da estruturação histórico-política do cânone da legalidade verifica-se um traço inegável de instrumentalidade em relação aos outros princípios e valores que, por meio dele, são assegurados, como se verifica no seguinte excerto doutrinário:

“*O princípio da primazia da lei servia para a submissão ao direito do poder político “sob um duplo ponto de vista: (1) os cidadãos têm garantia de que a lei só poderá ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral (cfr. Déclaration de 1789, artigo 6º); (2) em virtude da sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui a fonte de direito hierarquicamente*

⁵ Mello, Celso Antônio Bandeira. “Curso de Direito Administrativo”.

⁶ Figueiredo, Lúcia Valle. “Curso de Direito Administrativo”. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, pp. 39/40 e 102.

superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (princípio da legalidade da administração). Mas não só isso: como produto da vontade geral, as leis eram necessariamente gerais (generalidade das leis) garantindo, deste modo, a observância do princípio da igualdade perante a lei e consequentemente repúdio das velhas leges privatae (privilégios) características do Ancien Régime”⁷.

É justamente os privilégios que a interpretação sugerida pela Unidade Técnica trata de corrigir, pois “a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei”⁸, e a análise do conteúdo do caput do art. 46 da Lei nº 8.112/90 nos indica que a isonomia, no tratamento dado pelo dispositivo, efetivamente não foi alcançada.

Consideremos três situações hipotéticas: I - um servidor público que, não obstante saber que não havia mais o motivo que o afastaria a serviço da sede do órgão por um certo período de tempo, omite-se, por um ano, em seu dever de restituir os valores referentes às diárias pagas antecipadamente; II - um servidor público que percebeu de boa-fé valores indevidos desde 30 de março de 1990; e III - um ex-Prefeito que, de evidente boa-fé, comprova ao órgão repassador que não aplicou no objeto pactuado os recursos transferidos pela União por meio de convênio, deixando-os na respectiva conta corrente a se desvalorizar por dois anos.

A aplicação literal do art. 46 nos levaria à seguinte solução: o primeiro servidor restituiria os valores sem qualquer atualização monetária em parcelas que não excedessem 25% de sua remuneração; o segundo servidor teria que repor os valores pagos indevidamente com atualização monetária relativa ao período de 30 de março de 1990 a 30 de julho de 1994 em parcelas que não excedessem 25% de sua remuneração; por força do art. 12, § 2º, da Lei nº 8.443/92, o ex-Prefeito, para que tivesse suas contas sanadas, teria que liquidar, dentro do prazo fixado pelo Tribunal, o valor total do débito atualizado monetariamente. À exceção da possibilidade de parcelamento e da fixação do limite máximo das parcelas em relação à remuneração, o tratamento discriminatório dado à incidência de correção monetária absolutamente não se justifica pelo caráter alimentar dos valores envolvidos nos dois primeiros casos.

Utilizando-se dos passos de argumentação proposto por Friedrich Müller, no seu “Discours de la Méthode Juridique”⁹, para a solução de problemas relativos à observância do princípio da igualdade, poderemos asseverar com tranquilidade que: a) estamos diante de uma igualdade de situações fáticas, cuja desigualdade de tratamento por parte do legislador ordinário nos remete ao exame de matéria constitucio-

⁷ Canotilho, *idem*, p.389.

⁸ Canotilho, *idem*, p.389.

⁹ Müller, Friedrich. “Discours de la Méthode Juridique”. 1ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 362.

nal; b) não existe nenhuma razão objetiva para a desigualdade de tratamento por parte da lei examinada e, portanto, estamos diante de uma violação do princípio da igualdade¹⁰.

Nos termos adotados no pequeno grande livro do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, o art. 46 atribui tratamento jurídico levando em conta fatores de discrimen (o fator temporal e a condição de servidor público) que não apresentam pertinência lógica com a disparidade dos regimes outorgados e ainda “*adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não reside nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial*”¹¹.

Discordo, portanto, da opinião de que o meu Voto ateve-se à política legislativa e relegou ao plano secundário o direito positivo. Não há reverência maior ao ordenamento jurídico positivo do que zelar pela observância de regras e princípios constitucionais na aplicação de leis por parte de administradores sob a jurisdição dessa Corte. Prática de política legislativa, a meu ver, consistiria em fechar os olhos diante de afrontas à equidade e de flagrantes inconstitucionalidades, esquecendo a boa técnica hermenêutica sob o argumento, emocionalmente compreensível, de que se poderia estar cumprindo o papel de algoz de uma categoria de trabalhadores injustamente sacrificada em seus legítimos direitos e que não tem salários reajustados há tempo demasiado. No entanto, tais circunstâncias não podem afetar a serenidade do intérprete que tem o **munus** de bem orientar toda a Administração Pública Federal.

Dirirjo igualmente da assertiva de que a solução proposta impõe “sanção” de correção monetária sem que lei prévia a estabelecesse. Correção monetária não pode ser encarada como sanção, mas como a justa recomposição do poder aquisitivo dos valores envolvidos na reposição, indenização ou débito, de forma a possibilitar o ressarcimento integral do dano sofrido, por meio da reconstituição do **statu quo ante**.

Também não há ausência de preceptivo legal que a estabeleça, pois o próprio artigo em exame, tomado no sentido juridicamente mais adequado, serve de fundamentação à incidência de correção monetária, pois a proposição de resposta à autori-

¹⁰ “b) Les trois moments de l’examen du principe d’égalité. L’examen de la conformité au principe général d’égalité d’une réglementation étatique ou de quelconques activités publiques s’effectue selon le modèle suivant: Cas de figure 1: 1 – Est-on en présence d’une égalité des situations de fait constitutionnellement pertinente? S’il est répondu oui à cette question, vient ensuite la question: 2 - Ces situations de fait égales sont-elles inégalement traitées d’une manière qui soit constitutionnellement pertinente? S’il est répondu oui à cette question, vient ensuite la question: 3 – Existe-t-il pour cette inégalité de traitement de situations égales une “raison objective” (au sens de la jurisprudence dominante) ? Si et seulement si la question (3) appelle une réponse négative, il y a réglementation arbitraire au sens de la jurisprudence constante et, partant, une violation du principe d’égalité”

¹¹ Melo, Celso Antonio Bandeira de. “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, pp. 59/60.

dade consulente obviamente não revoga o artigo interpretado, uma vez que destina-se a orientá-la no que concerne à sua aplicação e não há sentido lógico em se aplicar dispositivo implicitamente revogado.

Ademais, mesmo que assim não se entendesse, à vista dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, pode-se concluir que a razão maior da indenização e da reposição é a completa reparação do dano ao Erário e não um pagamento meramente simbólico, o que autoriza a incidência de correção monetária independentemente de lei que expressamente a autorize. Como consignei em meu Voto, idêntico entendimento adotou o Supremo Tribunal Federal ao verificar que, na hipótese de sentença condenatória em Ação Popular, *“a determinação, em execução, da incidência da correção monetária desde a data do fato – e não apenas a partir da vigência da Lei nº 6.899/91 – não caracteriza desrespeito à decisão exequenda, seja porque esta não dispôs em sentido contrário e assim requerera o autor expressamente na petição inicial, seja pela própria natureza da actio popularis que, por definição, pressupõe a reparação integral do patrimônio público”*.

Os precedentes trazidos à colação pelo eminente Revisor, além de versarem sobre assunto não pacificado (vide AGRRE – 193531/SP), tratam da aplicação do princípio da reserva legal em matéria tributária, o que, ao meu ver, refoge completamente do tema em exame, à vista de sua especificidade e tratamento peculiar dado pelo texto constitucional, até mesmo no que diz respeito à localização do dispositivo a que se refere (art.150, inciso I).

Face a todo o exposto, com as vênias devidas ao ilustre Revisor, mantenho **in totum** a proposta de encaminhamento sugerido conjuntamente pela Unidade Técnica e pelo Parquet especializado.

DECISÃO NÃO ACOLHIDA

D E C I S Ã O N º /99-TCU - PLENÁRIO

1. Processo TC-001.609/99-8
2. Classe de Assunto: III - Consulta
3. Interessada: Presidência da Câmara dos Deputados
4. Órgão: Câmara dos Deputados
5. Relator: Ministro Adylson Motta
6. Representante do Ministério Público: Dr. Marinus Eduardo De Vries Marsico
7. Unidade Técnica: 5ª SECEX
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fulcro no art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92 e no art. 216, inciso I, do Regimento Interno, DECIDE:
 - 8.1. conhecer da presente consulta por atender os requisitos previstos nos arts. 216 e 217, do Regimento Interno, para responder à autoridade consulente que:

a) os valores correspondentes às reposições e indenizações ao Erário por parte de servidores ativos ou inativos, ou pensionistas, independentemente de caracterização de má-fé, deverão ser atualizados monetariamente desde a data da ocorrência do fato que as ensejaram, ressalvados apenas os casos abrangidos pelo Enunciado de Súmula nº 106 da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Contas da União;

b) a atualização monetária desses valores é sempre devida, independentemente da data de ocorrência do fato que porventura tenha originado a necessidade de reposição ou indenização por parte do servidor ou pensionista;

8.2. recomendar à Secretária de Estado da Administração e do Patrimônio que elabore proposta a ser encaminhada ao Chefe do Poder Executivo com vistas à alteração do texto do art. 46, *caput*, da Lei nº 8.112/90, de forma a eliminar o marco temporal introduzido pela Lei nº 9.527/97;

8.3. dar ciência do inteiro teor desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à autoridade consulente, à Presidência da República, à Secretária de Estado da Administração e do Patrimônio e aos órgãos integrantes dos Sistemas de Controle Interno dos Três Poderes da União;

8.4. determinar o arquivamento dos presentes autos.

9. Ata nº /99 – Plenário

10. Data da Sessão: 23/06/1999 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes:

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 429/99 – TCU – PLENÁRIO¹²

1. Processo TC-001.609/99-8.

2. Classe de Assunto: III – Consulta.

3. Interessada: Presidência da Câmara dos Deputados.

4. Órgão: Câmara dos Deputados.

5. Relator: Ministro Adylson Motta.

Revisor: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha

6. Representante do Ministério Público: Dr. Marinus Eduardo De Vries Marsico.

7. Unidade Técnica: 5ª SECEX.

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fulcro no art. 11, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92 e no art. 216, inciso I, do Regimento Interno, DECIDE:

8.1. conhecer da presente consulta por atender os requisitos previstos nos arts. 216 e 217, do Regimento Interno, para responder à autoridade consulente que:

¹² Publicada no DOU de 22/07/1999.

8.1.1 - os valores relativos às reposições e indenizações ao erário por parte de servidores ativos ou inativos, ou pensionistas somente poderão ser atualizados até 30 de junho de 1994, não podendo ser corrigidos após essa data, consoante o disposto no artigo 46 da Lei nº 8.112/90, ressalvados apenas os casos abrangidos pelo Enunciado de Súmula nº 106 da Jurisprudência Predominante do Tribunal de Contas da União. Vale ressaltar que os atos dolosos praticados contra o erário não se subsumem à tipicidade das chamadas reposições e indenizações, cabendo o integral ressarcimento do dano, em observância aos termos da Lei nº 8.429/92;

8.1.2 – as reposições e indenizações que tiverem sido efetuadas com cobrança de correção monetária após a data de 30 de junho de 1994, poderão ser objeto de devolução de indébitos, no que concerne à correção monetária e juros de mora, somente mediante requerimento dos interessados. No caso de ter sido em virtude de decisão do Tribunal de Contas da União, somente mediante Recurso de Revisão, no prazo de 5 anos, por força do Enunciado Sumular nº 6 do S.T.F.;

8.1.3 - as indenizações e reposições sob esse regime compreendem, inclusive, aqueles fatos não dolosos ocorridos após a data de 30 de junho de 1994 até a data de nova eventual lei que venha restabelecer a correção monetária para tais débitos. Os fatos dolosos podem ser encarados como imputadores de débitos, sujeitando-se os autores às disposições do art. 47 da Lei nº 8.112/90;

8.2. dar ciência do inteiro teor desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à autoridade consulente; e

8.3. determinar o arquivamento dos presentes autos.

9. Ata nº 30/99 – Plenário

10. Data da Sessão: 14/07/1999 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta (Relator) e Walton Alencar Rodrigues e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha (Revisor).

11.2. Ministros com voto vencido: Valmir Campelo e Adylson Motta (Relator).

IRAM SARAIVA
Presidente

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Ministro-Revisor

SUFRAMA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA REGRA DE LICITAÇÃO COM ENTIDADES CONVENIENTES

Prestações de Contas. Exercícios de 1986, 1987, 1988 e 1989

Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha

Grupo II - Classe IV - Plenário

- TC-004.663/1987-0

- TC-007.239/1988-2 (com 01 anexo e 02 apensos)

- TC-007.085/1989-3 (com 01 anexo e 03 apensos)

- TC-249.014/90-4

-Natureza: Prestações de Contas. Exercícios de 1986, 1987, 1988 e 1989.

-Unidade Jurisdicionada: Superintendência do Desenvolvimento da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA.

-Responsáveis: Roberto Cohen (Superintendente no período 01.01.86 a 03.04.86) e outros agentes identificados nos respectivos processos.

Ementa: Prestações de Contas. SUFRAMA. Exame consolidado. Celebração de convênios. Relações jurídicas entre a SUFRAMA e as Fundações FUCADA e FUCAPI. Necessidade de observância da regra de licitação. Primariedade e reincidência. Falhas consideradas formais. Serviços efetivamente realizados impedem condenação do agente responsável, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Regularidade com ressalvas. Determinação.

RELATÓRIO

Em exame os processos relativos às Prestações de Contas da Superintendência do Desenvolvimento da Zona Franca de Manaus, exercícios de 1986, 1987, 1988 e 1989, examinados de forma consolidada, a exemplo do julgamento anterior processado na Sessão Ordinária de Plenário de 18/08/83 (Decisão nº 376/93, Ata nº 37/93).

2.O Controle Interno Ministerial, em relação às contas mencionadas, diante dos elementos constantes dos respectivos Relatórios de Auditoria, conferiu Certificado de Regularidade com Ressalvas para as demonstrações correspondentes aos exercícios de 1986 (TC-004.663/87-0), 1987 (TC-007.239/88-2) e 1989 (TC-249.014/90-4), e de Irregularidade para o demonstrativo alusivo ao ano de 1988 (TC-007.085/89-3). A autoridade ministerial competente, em cada caso, recepcionou o posicionamento da Unidade de Controle Interno.

3.As referidas contas, conforme mencionado, foram analisadas pelo Tribunal Pleno em oportunidade progressa (Decisão nº 376/93), ocasião em que,

entre outras medidas, foram determinadas as seguintes providências à Unidade Técnica: a) promover a audiência prévia de todos os membros do Conselho de Administração da SUFRAMA, nos correspondentes períodos de gestão, acerca das impropriedades apontadas nas prestações de contas da Autarquia; e b) discriminar os valores que pudessem ser considerados por esta Corte como passíveis de devolução à SUFRAMA, pelas fundações FUCAPI e FUCADA, em razão da aplicação fora dos objetivos pactuados, de recursos repassados pela Autarquia.

4.No tocante à eventual responsabilização dos membros do Conselho de Administração daquela Superintendência, os pronunciamentos do Órgão Técnico, exarados às fls. 248/296, 297/299 e 300/303 do TC - 004.663/87-0, firmaram compreensão no sentido de não existirem elementos de convicção para tal propositura, uma vez que os atos que deram causa às irregularidades *sub judice* não envolveram deliberação específica por parte do referido Colegiado.

5.Quanto aos valores sujeitos à possível devolução à SUFRAMA, após devidamente quantificados e processada a identificação do responsável, deram ensejo à citação do Sr. Delile Guerra de Macedo, ex-Superintendente, conforme fl. 307 do TC - 004.663/87-0.

6.Os desdobramentos processuais observados desde então são abordados de forma sintética na bem elaborada peça de instrução de fls. 517/519, da lavra da Sra. Diretora da 3ª Divisão/SECEX-AM, AFCE Fada Monteconrado Lacorte Raposo da Câmara, cujos termos foram devidamente recepcionados pela ilustre Secretária de Controle Externo e consignam, *in verbis*:

“As contas da SUFRAMA, referentes aos exercícios de 1986 a 1989, e o Relatório de Inspeção Extraordinária (TC-225.129/88-4), após várias instruções, foram encaminhados ao Ministério. Público, com propostas de irregularidade, cominação de multa e citação dos responsáveis para apresentarem defesa, ou efetuarem recolhimento, tendo retornado a esta Secretaria para adoção das providências determinadas em Sessão de 18.08.93, que se resumiram, principalmente, na solicitação de pronunciamento dos membros do Conselho de Administração da SUFRAMA – CAS, a respeito das irregularidades apresentadas nos exercícios em tela, em que pese esse colegiado tratar somente de assuntos deliberativos, não lhe cabendo o gerenciamento dos atos administrativos, mas apenas dos atos específicos que lhe são submetidos para aprovação.

Determinou-se ainda a audiência prévia dos administradores da autarquia, muito embora tal exigência já tivesse sido observada pela SECEX/AM.

Cumprida a determinação do Tribunal, foram as contas encaminhadas com proposta de citação, após operosa instrução consolidada dos exercícios de 86 a 91, que expôs de forma minuciosa, as inúmeras e graves irregularidades observadas nos autos, retornando novamente, para que se procedessem às citações propostas.

Instruído novamente, com zelo e parcimônia, com proposta no mérito, retornaram agora os autos, mediante despacho de 27.02.98, do Ministro-Relator

*Iram Saraiva, desta feita para exame consolidado das contas de 86 a 89, exame distinto das contas referentes aos exercícios de 90,91 e 92, análise de 'novos' arrazoados apresentados pelos responsáveis Delile Guerra de Macedo, Jadyr Carvalho Magalhães e Alfredo Pereira do Nascimento , e orientação para realização de diligência **in loco** para elucidação dos pontos questionados.*

Os argumentos apresentados, em relação aos exercícios de 86 a 89, resumem-se a esclarecer que o incêndio ocorrido nas dependências da SUFRAMA, em 1994, impossibilitou a ampla defesa da parte interessada.

Não obstante, registrou o analista, em relação às contas de 86, que o Sr. Delile Guerra de Macedo compareceu aos autos em 8 oportunidades (fls. 499/500, item 16.1). Logo, assegurou-se-lhe amplamente o direito de defesa precognizado pelo Tribunal .

Alega ainda o Sr. Delile que, por desconhecimento da matéria, agiu de acordo com determinação do setor jurídico. Óbvio a intenção de transferir a outrem sua responsabilidade.

Como analisa a instrução, os Pareceres da Procuradoria citados pelo responsável , nº 44/88 e nº 34/89, tratam especificamente da contratação direta da FUCAPI e FUCADA, por dispensa de licitação, nos exercícios de 88 e 89. Descabe portanto apresentá-lo como argumento que possa ensejar alteração na proposta de mérito das contas do exercício de 86.

Quanto às contas de 87, igualmente propôs-se irregularidade, com imputação de multa aos responsáveis Delile Guerra de Macedo e Jadyr Carvalho Magalhães, manifestando-se o Ministério Público, em parte, de acordo com as propostas, ressaltando que a imposição de multa individual para cada ajuste, não seria cabível, uma vez que o Decreto-lei 199/67 não contemplava a forma de punição agregada.

A proposta de irregularidade das contas do exercício de 87 deveu-se à ingerência no Convênio n.º 34/84 e no de nº 30/86, cujas despesas foram minuciosamente relatadas, argumentadas e comprovadas no Relatório de Inspeção Extraordinária (TC 225.129/88-4), anexado às contas, e exaustivamente analisado na instrução consolidada, retromencionada.

Referidas despesas, incontestavelmente, contrapuseram-se aos objetivos dos convênios, posto que fizeram frente a pagamento de hospedagem, aquisição de passagens aéreas, condomínio, conta de luz e telefone do imóvel de empregado, fotografias, serviços de garçons e cozinheiros, restaurantes, promoção publicitária, etc.

Cabe frisar, o convênio tinha como objetivo a execução de um programa de cooperação técnica, nas áreas de tecnologia, análise de projetos, informática, sistemas e métodos organizacionais.

A contratação da FUCAPI e FUCADA através de convênios, quando a forma correta seria de contratos, a não utilização de recursos nos objetivos conveniados, prestação de contas sem peças básicas para sua comprovação e utilização de mão-de-obra indireta da FUCAPI, foram irregularidades conti-

nuadas nos exercícios de 1986 e 1987, a despeito dos seguidos trabalhos dos controles interno e externo.

A exemplo dos exercícios anteriores, propôs-se também a irregularidade das contas do exercício de 1988, com imposição de multa prevista no art. 53 do Decreto-lei 199/67 ao Sr. Jadyr Carvalhedo Magalhães, pelo Convênio nº 30/86.

Especificamente em relação a este exercício, a instrução tece comentários sobre uma consulta formulada pelo Superintendente Adjunto de Planejamento, à Procuradoria da autarquia, a respeito de contratação direta da FUCAPI, por dispensa de licitação, considerando ter o responsável alegado que agiu em conformidade com os pareceres e orientações emanadas desse setor.

No referido documento, fica claro que o entendimento do procurador, em relação aos ajustes firmados com a FUCAPI, é no sentido de que os compromissos deveriam ser efetuados através de contratos, e não de convênios.

Não obstante, os Convênios 30/86 e 34/84 foram estendidos até 89, através de termos aditivos, inobservando o disposto no Decreto nº 95.904, de 07.04.88 (fls. 171/172). Esta, a causa principal da certificação pela irregularidade das contas da SUFRAMA, no exercício ora comentado, além de: celebração de convênio para cobrir custos com bolsas de estudo com prazo de vigência superior ao limite fixado; beneficiamento excessivo à FUCAPI, com transferência do orçamento da SUFRAMA; alteração de valor inicial de contrato, sem que houvesse projeto; contratação de serviços de engenharia, sem processo licitatório; utilização de convênios em finalidade diversa da estabelecida; prestação de contas de convênios feitas em datas posteriores ao prazo estabelecido; deslocamento a partir de sexta-feira e falta de comprovação de utilização de passagens aéreas e diárias; e, principalmente, irregularidades levantadas no Convênio n.º 30/86, com despesas fora dos objetivos dos convênios.

No que se refere às contas de 89, propôs-se também a irregularidade das contas do Sr. Jadyr Carvalhedo Magalhães e demais responsáveis.

O que se questionou efetivamente neste exercício foi a alteração dos indexadores do Contrato nº16/89- FUCADA, realizada através do Termo Aditivo nº 11/89, conforme já analisado na instrução consolidada à fl. 381.

Além do que, permaneceram as irregularidades detectadas pelo órgãos de controle nas gestões de 86 a 88, quais sejam: utilização de empregados da FUCAPI representando cerca de 37,7% da força de trabalho, configurando contratação de mão-de-obra indireta, ocupação de residências funcionais por pessoas alheias ao quadro da autarquia, alteração de objetivo do Contrato nº 16/89-FUCAPI, serviços executados pela FUCAPI, atestados pelos funcionários dessa fundação que prestam serviço na SUFRAMA, funcionários da FUCAPI que colocados à disposição da SUFRAMA, como ocupantes de cargo de confiança, optaram pela retribuição de emprego permanente, acrescida de 20% de

vencimento ou salário fixado para o cargo comissionado, bem como 85% de gratificação de representação, quando isso só é permitido a servidores da administração pública, transferência de recursos à FUCADA através do Convênio 01/89, e termos aditivos, contrariando a legislação que vedava essa forma de ajuste sem autorização legislativa, entre outras.

Observa-se aqui, na argumentação trazida, a exemplo do ocorrido nas contas de 90, 91 e 92, a imponderabilidade da defesa apresentada. Os responsáveis tentam justificar os fatos, contudo, apresentam teses destituídas de qualquer conteúdo capaz de eximi-los da responsabilidade a si imputadas. Apenas tergiversam. Assim, cremos, s.m.j., que a realização de diligência para esclarecer o que já foi exaustivamente analisado seria inútil dispêndio de esforços.

Ante o exposto, e considerando que a criteriosa intrução analisou com a isenção necessária os elementos trazidos à colação dos autos, manifesto-me de acordo com a conclusão às fls. 512/516, de ratificação das propostas anteriores, com determinações à entidade.”

7.O referido parecer se embasou também em meticulosa informação de 19 laudas, de autoria do Analista de Finanças e Controle Externo Uadson Ulisses Marques Martins, cujas conclusões encontram-se assim dispostas (fls. 512/519 do TC - 004.663/87-0):

“Ante o exposto, sugerimos o encaminhamento dos autos ao Ministro-Relator com a seguinte proposta de mérito:

A – CONTAS DE 1986

a.1) Aceitar as alegações de defesa produzidas pelo ex-superintendente da SUFRAMA, Sr. Delile Guerra de Macedo, em relação ao débito pessoal inicialmente proposto, sem eximi-lo da responsabilidade pelos atos antieconômicos e contrários à norma legal ou regulamentar praticados em sua gestão;

a.2) Julgar regulares, com ressalvas, as contas do ex-superintendente da SUFRAMA Sr. Roberto Cohen e demais responsáveis arrolados à fl. 03, relativas ao período de 01/01 a 03/04/86, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 18 e 23, inciso II da Lei nº 8.443/92;

a.3) Julgar regulares, com ressalvas, as contas do ex-superintendente da SUFRAMA Sr. Regis Ribeiro Guimarães e demais responsáveis arrolados à fl. 03, relativas ao período de 04/04 a 04/06/86, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 18 e 23, inciso II da Lei nº 8.443/92;

a.4) Julgar irregulares as contas do ex-superintendente da SUFRAMA Sr. Delile Guerra de Macedo relativas ao período de 05/06/86 a 31/12/86, com fundamento nos arts.1º, inciso I; 16, inciso III, alínea ‘b’, da Lei nº 8.443/92 e aplicar-lhe a multa prevista no art. 19, parágrafo único da citada Lei, com base no limite estabelecido no art. 53 do Decreto-Lei nº 199/67.

B – CONTAS DE 1987

b.1) Aceitar as alegações de defesa produzidas pelos ex-superintendentes da SUFRAMA, Srs. Delile Guerra de Macedo e Jadyr Carvalho Magalhães, ex-superintendentes adjuntos, Marçal Marcelino da Silva, Benito Marinho D'Antona e Reinaldo Mustafa, ex-diretores executivos da FUCAPI e FUCADA, Manuel Silva Rodrigues, Aluizio Brasil Barbosa Ferreira e Johnny Eduardo Di Carli, em relação ao débito pessoal inicialmente proposto, sem eximir os superintendentes da autarquia da responsabilidade pelos atos antieconômicos e contrários à norma legal ou regulamentar praticados em suas gestões;

b.2) Julgar irregulares as contas do ex-superintendente da SUFRAMA Sr. Delile Guerra de Macedo relativas ao período de 01/01/87 a 03/08/87, com fundamento nos arts.1º, inciso I; 16, inciso III, alínea 'b', da Lei nº 8.443/92, e aplicar-lhe a multa prevista no art. 19, parágrafo único da citada Lei, com base no limite estabelecido no art. 53 do Decreto-Lei nº 199/670;

b.3) Julgar irregulares as contas do ex-superintendente da SUFRAMA Sr. Jadyr Carvalho Magalhães relativas ao período de 04/08/87 a 31/12/87, com fundamento nos arts.1º, inciso I; 16, inciso III, alínea 'b', da Lei nº 8.443/92 e aplicar-lhe a multa prevista no art. 19, parágrafo único da citada Lei, com base no limite estabelecido no art. 53 do Decreto-Lei nº 199/67.

C – CONTAS DE 1988

c.1) Aceitar as alegações de defesa produzidas pelo ex-superintendente da SUFRAMA, Sr. Jadyr Carvalho Magalhães e pelos ex-diretores executivos da FUCAPI e FUCADA, Antônio Aluizio Brasil Barbosa Ferreira e Johnny Eduardo Di Carli, em relação ao débito pessoal inicialmente proposto, sem eximir o superintendente da autarquia da responsabilidade pelos atos antieconômicos e contrários à norma legal ou regulamentar praticados em sua gestão;

c.2) Julgar irregulares as contas do ex-superintendente da SUFRAMA Sr. Jadyr Carvalho Magalhães relativas ao exercício de 1988, com fundamento nos arts.1º, inciso I; 16, inciso III, alínea 'b', da Lei nº 8.443/92 e aplicar-lhe a multa prevista no art. 19, parágrafo único, com base no limite estabelecido no art. 53 do Decreto-Lei nº 199/67.

D – CONTAS DE 1989

d.1) Aceitar as alegações de defesa produzidas pelo ex-superintendente da SUFRAMA, Sr. Jadyr Carvalho Magalhães, em relação ao débito pessoal inicialmente proposto, sem eximi-lo da responsabilidade pelos atos antieconômicos e contrários à norma legal ou regulamentar praticados em sua gestão;

d.2) *Julgar irregulares as contas do ex-superintendente da SUFRAMA Sr. Jadyr Carvalho Magalhães relativas ao exercício de 1989, com fundamento nos arts.1º, inciso I; 16, inciso III, alínea 'b', da Lei nº 8.443/92 e aplicar-lhe a multa prevista no art. 19, parágrafo único, com base no limite estabelecido no art. 53 do Decreto-Lei nº 199/67.*

E - Determinar à SUFRAMA que adote medidas cabíveis junto à FUCAPI para que essa fundação devolva aos cofres da autarquia:

e.1) As importâncias glosadas na realização de despesas fora dos objetivos do Convênio nº 030/86, corrigidas monetariamente desde a sua realização, como segue:

- 1) Pagamento de hospedagem, em 23/01/87, no valor de Cz\$ 101.893,00;*
- 2) Aquisição de passagens aéreas, em 29/01/87, para pessoas estranhas ao quadro funcional, no valor de Cz\$ 19.575,30;*
- 3) Aquisição de rádio gravador e water pik, em 27/02/87, no valor de Cz\$ 11.460,00;*
- 4) Pagamento de faxina, condomínio, conta de luz e telefone do imóvel de empregado que fazia curso de pós-graduação em São Paulo, em abril de 1987, no valor total de Cz\$ 2.190,33;*
- 5) Pagamento de hospedagem, em 23/05/87, no valor de Cz\$ 26.166,30;*
- 6) Pagamento de 700 fotografias da cobertura da 1ª. Feira da SUFRAMA, em 02/06/87, no valor de Cz\$ 91.000,00;*
- 7) Pagamento de hospedagem, em 22/06/87, no valor de Cz\$ 7.042,00;*
- 8) Aquisição de passagens aéreas, em 29/06/87, no valor de Cz\$ 31.520,00;*
- 9) Aquisição de gêneros alimentícios, pagamentos de sobremesa e serviços de garçom e cozinheiro, em julho de 1987, no valor total de Cz\$ 34.634,81;*
- 10) Pagamento de restaurantes, em agosto de 1987, no valor de Cz\$ 5.731,00;*
- 11) Aquisição de 5 rádios Kenwood e 1 antena Today, em 21/09/87, no valor de Cz\$ 178.300,00;*
- 12) Pagamento de serviços de promoção publicitária, locação de veículos e sonorização do restaurante da FUCAPI, em dezembro de 1987, no valor de Cz\$ 283.355,38.*
- 13) Pagamento de transporte de dois veículos de propriedade dos Srs. Gil Floro Popaire Azevedo e Joubert de Araújo, de Manaus para o Rio de Janeiro, em 29/02/88, no valor de Cz\$ 64.500,00.*
- 14) Pagamento dos serviços de mudança dos móveis da viúva do Sr. Luiz Carlos Costa Gatinho, em 07/03/88, no valor de Cz\$ 262.000,00;*
- 15) Aquisição de conjunto de som digital, toca-disco laser e telefone viva-voz, em 08/03/88, no valor de Cz\$ 69.649,25.*

16) Pagamento de hospedagem, em 14/03/88, no valor de Cz\$ 218.750,72.
17) Pagamento de serviço de despachante aduaneiro no mês de março, em Brasília, no valor de Cz\$ 16.000,00.

18) Pagamento de serviço de despachante aduaneiro no mês de março, em Brasília, no valor de Cz\$ 18.590,00 (fl. 5, item b.2, TC-225.129/88-4) e não Cz\$ 18.690,00 proposto na citação.

19) Aquisição de três edredons para casal, em 11/05/88, no valor de Cz\$ 19.200,00.

20) Pagamento de serviço de despachante aduaneiro no mês de maio, em Brasília, no valor de Cz\$ 16.000,00.

21) Pagamento de serviço de despachante aduaneiro no mês de julho, em Brasília, no valor de Cz\$ 29.910,00.

e.2) O valor de Cr\$ 775.495,25, corrigidos a partir de 09/05/90, deduzido o valor recolhido em 02/04/92, igualmente corrigido, referente à devolução de saldo não atualizado do Convênio nº 035/87-FUCAPI.

F - Determinar à SUFRAMA que adote medidas cabíveis junto aos liquidantes da FUCADA para que devolvam aos cofres da autarquia, corrigidos monetariamente:

f.1) O valor de Cz\$ 81.950,92 (oitenta e um mil, novecentos e cinquenta cruzados e noventa e dois centavos), sendo Cz\$ 20.000,00 de fevereiro, Cz\$ 19.960,92 de maio, Cz\$ 32.152,00 de julho e Cz\$ 9.838,00 de setembro de 1987, referente à realização de despesas fora dos objetivos do Convênio nº 034/84-FUCADA;

f.2) O valor de NCz\$ 762.025,51, a partir de outubro de 1989, relativo ao acréscimo indevido produzido pelo Termo Aditivo nº 011/89 (Contrato nº 16/89-FUCADA), que substituiu os índices de correção do contrato com efeito retroativo;

G - Determinar à SUFRAMA que:

g.1) Seja mais criteriosa na elaboração, no acompanhamento e no exame das prestações de contas dos convênios firmados, para que os recursos transferidos não fiquem expostos à malversação e a desvios, observando especificamente a IN/STN nº 01/97.

g.2) Fiscalize ostensivamente os convênios e contratos que envolvam serviços de terraplenagem e pavimentação, dentre outros, para garantir que os recursos transferidos sejam empregados efetivamente nos objetivos ajustados.

g.3) Adote mecanismos de controle eficazes para detectar e cobrar as pendências observadas nos convênios e contratos.

g.4) Abstenha-se de utilizar mão-de-obra indireta através de convênios e contratos.

g.5) *Observe a legislação vigente, em especial os arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, nos casos de contratação direta, fazendo justificativas necessárias para a adoção de tal procedimento.*

g.6) *Publique em tempo hábil os extratos de convênios, contratos e aditivos sob pena de nulidade do ato.*

g.7) *Controle a execução dos contratos, em especial os firmados com a FUCAPI, observando a quantificação dos serviços prestados, a qualidade e outros parâmetros objetivos que devem constar nas cláusulas contratuais.*

g.8) *Reanalise os contratos firmados com a FUCAPI, verificando se os preços contratados coadunam-se com os serviços executados e ainda com os praticados no mercado.*

g.9) *Controle o acesso de funcionários da FUCAPI que desenvolvem suas atividades na SUFRAMA, de forma que só o contingente extremamente necessário para consecução dos objetivos contratados transite por seus diversos setores.*

g.10) *Evite que as atividades inerentes às atribuições da SUFRAMA sejam realizadas por funcionários da FUCAPI.*

g.11) *Adote maior controle sobre os bens móveis.”*

7.A promoção do douto Procurador-Geral, de fls. 521/522 do citado processo, ao considerar que as propostas da Unidade Técnica já contemplam as sugestões emitidas pelo Ministério Público em suas anteriores manifestações, recepciona as proposições uniformes da SECEX/AM.

Ante o fato de os processos relatados nesta oportunidade terem sido, em momento próximo passado, distribuídos para relatores distintos, e diante da análise consolidada realizada na Sessão Plenária de 18/08/93, foi providenciado novo sorteio em 28/04/99, dessa feita envolvendo o conjunto das contas, ocasião na qual me foi passada a responsabilidade para atuar como Relator da matéria.

É o Relatório.

V O T O

Lamento que as presentes contas venham a ser julgadas dez anos após os respectivos exercícios financeiros.

2. Isso atenta contra o ideal do controle concomitante que constitui hoje uma preocupação de quantos se dedicam ao aperfeiçoamento do sistema de controle das finanças públicas.

3. Quando ainda exercia as funções de Chefe do *Parquet* especializado desta Corte, o hoje Ministro Walton Alencar Rodrigues expendeu as seguintes considerações:

“Trata-se das Prestações de Contas dos responsáveis pela Superintendência do Desenvolvimento da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, relativas aos exercícios de 1986 a 1989, cujo exame consolidado foi determinado na Sessão Plenária de 18.8.93.

Retornam os autos ao Ministério Público após a juntada de novos elementos de defesa por parte dos responsáveis.

Em síntese, os responsáveis alegam que o incêndio ocorrido na entidade no ano de 1994 dificultou o exercício do direito de defesa; que os atos questionados foram praticados com esteio em pareceres jurídicos; e que as irregularidades podem ser relevadas em face da magnitude dos valores geridos.

Entretanto, entende o Ministério Público que essas justificativas não são bastantes para modificar o juízo de mérito anteriormente expendido.

Com efeito, conforme bem exposto pela unidade técnica, o direito de ampla defesa foi exercido em sua plenitude, tendo os responsáveis comparecido aos autos em oito ocasiões, de 1987 até os dias atuais.

No tocante à existência de pareceres opinando pela possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação, é necessário ressaltar que essas peças servem somente para orientar o administrador, sem, contudo, vinculá-lo. Portanto, não cabe trespassar a responsabilidade dos atos, que eram privativos dos defendentes, para outrem. Ademais, o administrador diligente deveria ter sopesado esse juízo emitido pelo órgão jurídico interno com as diversas recomendações em contrário dos órgãos de controle interno e desta Corte, que remontam ao exercício de 1987.

Aliás, observe-se que o administrador nem mesmo seguiu à risca as orientações contidas nos pareceres jurídicos, pois era sugerida a realização de contrato e optou-se pela prorrogação dos convênios.

Vale lembrar, também, que as irregularidades extrapolaram a celebração dos convênios e alcançaram a própria execução deles, tendo sido verificadas diversas irregularidades na utilização dos recursos.

Quanto ao fato de não terem sido apontadas irregularidades na condução das atividades finalísticas da entidade, isso não afasta a pecha de irregularidade que recaí sobre os atos impugnados nem diminui sua importância.

Assim, permanecem não ilididas as irregularidades associadas ao relacionamento entre a SUFRAMA e as entidades FUCAPI e FUCADA, pautada pela contratação, mediante convênios, sem o necessário processo licitatório, e pela completa frouxidão nos controles exercidos sobre essas entidades, permitindo que as prestações de contas fossem elaboradas e aprovadas sem os elementos imprescindíveis à demonstração da regular utilização dos recursos.

Essa situação possibilitou que tais entidades servissem como instrumento para evitar os controles administrativos, pois os dirigentes da SUFRAMA, que se confundem com os dirigentes dessas entidades, realizavam despesas sem as restrições impostas pelas normas de direito público.

Ante o exposto, considerando que as propostas da unidade técnica já contemplam as sugestões emitidas pelo Ministério Público em suas anteriores manifestações, perfilhamos as propostas uniformes da SECEX/AM.”

4. Entendo de bom alvitre lembrar que as contas do exercício de 1986 receberam Certificação de Regularidade com ressalvas do órgão de controle interno competente.

5. Essas ressalvas permaneceram em todos os exercícios subsequentes.

6. Fato também da maior relevância é a relação quase institucional entre a SUFRAMA, a FUCAPI e a FUCADA.

7. Cabe considerar que os exercícios ora sob julgamento já ocorreram há mais de um decênio, a Corte de Contas firmou entendimento de que os contratos com essas fundações devem ser precedidos do devido processo licitatório, e que as demais transações devem ser tratadas como relações jurídicas sujeitas às formalidades administrativas.

8. Assim compreendo as impropriedades tratadas como formais, em razão da primariedade do órgão na sua prática, merecendo apenas as recomendações para que não haja reincidência, essa, sim, suscetível de tornar a conduta dos gestores materialmente grave.

9. Dessa forma, considero desnecessária a recomposição financeira, por ausência do elemento subjetivo de má-fé ou mesmo culpa, já que, embora fruto de dispensa indevida de licitação, houve a contraprestação de serviços. Do contrário haveria enriquecimento ilícito por parte da SUFRAMA.

10. Em face desses elementos e dos demais que constam dos autos, especialmente a existência de um incêndio que destruiu as instalações da entidade, no ano de 1994, oportunamente lembradas pelos doutos patronos dos responsáveis, considero regulares as gestões, com as muitas ressalvas que se levantam neste longo período.

11. Ratifico, entretanto, a minha convicção de que pareceres jurídicos dos órgãos da administração não têm a força de legitimar a ação do administrador que estará agindo, no mínimo, com *culpa in eligendo*.

Dessarte, com as vênias de estilo aos pronunciamentos contrários, Voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao descortino do Egrégio Colegiado.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador-Geral Walton Alencar Rodrigues

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator

Trata-se das Prestações de Contas dos responsáveis pela Superintendência do Desenvolvimento da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, relativas aos exercícios de 1986 a 1989, cujo exame consolidado foi determinado na Sessão Plenária de 18.8.93.

Retornam os autos ao Ministério Público após a juntada de novos elementos de defesa por parte dos responsáveis.

Em síntese, os responsáveis alegam que o incêndio ocorrido na entidade no ano de 1994 dificultou o exercício do direito de defesa; que os atos questionados foram praticados com esteio em pareceres jurídicos; e que as irregularidades podem ser relevadas em face da magnitude dos valores geridos.

Entretanto, entende o Ministério Público que essas justificativas não são bastantes para modificar o juízo de mérito anteriormente expendido.

Com efeito, conforme bem exposto pela unidade técnica, o direito de ampla defesa foi exercido em sua plenitude, tendo os responsáveis comparecido aos autos em oito ocasiões, de 1987 até os dias atuais.

No tocante à existência de pareceres opinando pela possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação, é necessário ressaltar que essas peças servem somente para orientar o administrador, sem, contudo, vinculá-lo. Portanto, não cabe trespassar a responsabilidade dos atos, que eram privativos dos defendentes, para outrem. Ademais, o administrador diligente deveria ter sopesado esse juízo emitido pelo órgão jurídico interno com as diversas recomendações em contrário dos órgãos de controle interno e desta Corte, que remontam ao exercício de 1987.

Aliás, observe-se que o administrador nem mesmo seguiu à risca as orientações contidas nos pareceres jurídicos, pois era sugerida a realização de contrato e optou-se pela prorrogação dos convênios.

Vale lembrar, também, que as irregularidades extrapolaram a celebração dos convênios e alcançaram a própria execução deles, tendo sido verificadas diversas irregularidades na utilização dos recursos.

Quanto ao fato de não terem sido apontadas irregularidades na condução das atividades finalísticas da entidade, isso não afasta a pecha de irregularidade que recai sobre os atos impugnados nem diminui sua importância.

Assim, permanecem não ilididas as irregularidades associadas ao relacionamento entre a SUFRAMA e as entidades FUCAPI e FUCADA, pautada pela contratação, mediante convênios, sem o necessário processo licitatório, e pela completa frouxidão nos controles exercidos sobre essas entidades, permitindo que as prestações de contas fossem elaboradas e aprovadas sem os elementos imprescindíveis à demonstração da regular utilização dos recursos.

Essa situação possibilitou que tais entidades servissem como instrumento para evitar os controle administrativos, pois os dirigentes da SUFRAMA, que se confundem com os dirigentes dessas entidades, realizavam despesas sem as restrições impostas pelas normas de direito público.

Ante o exposto, considerando que as propostas da unidade técnica já contemplam as sugestões emitidas pelo Ministério Público em suas anteriores manifestações, perfilhamos as propostas uniformes da SECEX/AM.

ACÓRDÃO Nº 119/99 - TCU - PLENÁRIO¹

1.Processos nºs TC-004.663/87-0, TC-007.239/88-2, TC-007.085/89-3 e TC-249.014/90-4.

2.Classe de Assunto: IV – Prestações de Contas. Exercícios de 1986, 1987, 1988 e 1989.

3.Responsáveis:

NOME - Período de Responsabilidade

Superintendentes:

- Roberto Cohen - 01.01.86 a 03.04.86;
- Régis Ribeiro Guimarães (Interventor) - 04.04.86 a 04.06.86;
- Delile Guerra de Macedo - 06.06.86 a 03.08.87; e
- Jadyr Carvalhedo Magalhães - 04.08.87 a 31.12.89.

Membros do Conselho de Administração:

- Almério Cançado Amorim - 01.01.89 a 11.09.89;
- Aluízio Alves Filho - 29.07.87 a 31.12.88;
- Amazonino Armando Mendes - 10.06.87 a 31.12.89;
- Andréa Sandro Calabi - 01.01.86 a 10.03.86;
- Ângelo Angelim - 01.01.86 a 15.03.87;
- Antônio Augusto de Mesquita Neto - 06.05.87 a 02.05.88;
- Artur Virgílio Neto - 01.01.89 a 31.12.89;
- Átila Sidney Lins de Albuquerque - 14.12.89 a 31.12.89;
- Auton Furtado Junior - 01.01.86 a 31.12.86;
- Carlos Thadeu de Freitas Gomes - 03.06.86 a 17.03.87;
- Delile Guerra de Macedo - 01.01.86 a 03.06.86 e 06.08.87 a 24.09.87;
- Durval José Soledade - 30.08.89 a 31.12.89;
- Eros Antônio de Almeida - 01.01.86 a 14.10.88;
- Eurípedes Ferreira Lins - 01.01.86 a 31.12.89;
- Everardo Maciel - 19.05.87 a 13.08.87;
- Flaviano Melo - 15.03.87 a 31.12.89;
- Francisco Garcia Rodrigues - 28.09.89 a 31.12.89;
- Getúlio Alberto de Souza Cruz - 01.01.86 a 24.09.87;
- Gilberto Mestrinho de Medeiros Raposo - 01.01.86 a 10.06.87;
- Guilherme Quintanilha Almeida - 23.04.86 a 06.05.87;
- Haley Mragow Vaz - 22.05.89 a 31.12.89;
- Hélio Nobre Malagueta - 01.01.86 a 01.07.87;
- Henri Philippe Reichstul - 11.03.86 a 13.04.87;
- Henry Kayath - 01.01.86 a 11.04.89;
- Iolanda Lima Fleming - 15.05.86 a 15.03.87;

¹ Publicado no DOU de 30/07/99.

- Ivandro Moura Cunha Lima - 24.05.88 a 30.08.89;
- Ivo Simas Moreira - 04.04.86 a 29.10.87;
- Jayme Costa Santiago - 14.08.87 a 17.10.88;
- Jerônimo Santana - 15.03.87 a 31.09.89;
- João de Mendonça Furtado - 21.03.88 a 27.09.89;
- José Carlos Melo - 18.10.88 a 31.12.89;
- José Luis de Santana Carvalho - 30.10.87 a 31.12.88;
- José Roberto Tadros - 01.07.87 a 31.12.89;
- Lázaro Ferreira Barbosa - 19.02.86 a 30.04.89;
- Lindolpho de Carvalho Dias - 17.05.89 a 31.12.89;
- Liscio Fábio de Brasil Camargo - 17.01.89 a 31.12.89;
- Luciano Coutinho - 01.01.86 a 30.04.89;
- Luis Carlos Piva - 15.10.88 a 31.12.89;
- Luis Romero Patury Accioly - 01.01.86 a 22.04.86;
- Luiz André Rico Vicente - 15.02.86 a 10.10.89;
- Manoel Henriques Ribeiro - 13.05.86 a 31.08.88;
- Marcílio Reis de Avelar Junqueira - 01.01.86 a 31.12.89;
- Marília Pinho de Machado - 11.10.89 a 31.12.89;
- Maurício B. Barreira Vasconcelos - 01.01.86 a 19.05.87;
- Michal Gartenarant - 14.04.87 a 27.01.88;
- Nabor Teles da Rocha Junior - 01.01.86 a 14.05.86;
- Namir Salek - 04.04.86 a 10.06.87;
- Paulo Sotero Pires da Costa - 21.07.87 a 31.12.88;
- Raimundo Nonato Botelho Noronha - 12.09.89 a 31.12.89;
- Reinaldo Mustafa - 03.05.88 a 31.12.89;
- Ricardo Santiago - 28.01.88 a 31.12.89;
- Ricardo Uchoa Alves de Lima - 01.01.86 a 14.02.86;
- Roberto Pinheiro Klein - 17.12.87 a 16.09.88 e 12.04.89 a 31.12.89;
- Romero Jucá Filho - 17.09.88 a 31.12.89;
- Rubens Ilgenfritz da Silva - 01.01.86 a 18.02.86;
- Victor Hugo Moura G. de Campos - 10.06.87 a 31.12.89;
- Waldemir Messias de Araújo - 01.01.88 a 31.12.89;
- Membros do Conselho de Administração (Substitutos):
- Abdul Rasac Houache Neto - 05.10.89 a 31.12.89;
- Adalberto Pereira da Silva - 01.01.87 a 31.12.89;
- Adalberto Pessoa Lopes - 01.01.87 a 31.12.89;
- Aduino Libório - 01.01.87 a 31.12.89;
- Aluísio Tadeu Marques da Silva - 19.05.87 a 31.12.89;
- Anselmo de Oliveira Andrade - 01.01.87 a 02.05.88;
- Antônio Fazzani Bina - 08.06.87 a 26.06.87;
- Antônio Marcos Perim Ramos - 01.01.89 a 31.12.89;
- Antônio Vinícius de Raposo Câmara - 28.09.87 a 31.12.88;

- Aristófares Fontoura de Holanda - 01.01.87 a 02.05.88;
- Bernardo José Antunes - 01.01.88 a 31.08.88;
- Darc Antônio da Luz Costa - 07.06.88 a 31.12.89;
- Darcy Santana Santos - 01.01.87 a 08.06.87;
- Deniz Alexandre de Melo Pereira - 01.07.87 a 31.12.89;
- Edgar Henrique Kleber - 15.12.87 a 31.12.88;
- Eduardo Tavares de Almeida - 01.01.87 a 31.12.89;
- Eivany Antônio da Silva - 03.05.88 a 31.12.89;
- Erasmo Garanhão - 01.07.88 a 31.12.88;
- Ernesto Carrara Junior - 01.01.87 a 31.12.89;
- Fernando Franco de Sá Bonfim - 01.01.87 a 31.12.89;
- Fernando José Fróes de Carvalho - 24.05.88 a 31.12.89;
- Francisco de Almeida Biato - 01.01.87 a 31.12.87 e
03.03.88 a 31.12.89;
- Gervásio Cardoso de O. Filho - 01.01.87 a 15.12.87;
- Getúlio Valverde de Lacerda - 04.12.87 a 31.12.89;
- Gilvan Amarante Campos - 02.09.87 a 31.12.89;
- Haroldo Eurico Amora dos Santos - 01.01.87 a 31.12.88;
- Hércules Gomes Pimentel - 01.01.87 a 09.03.87;
- Hermann Bento Ledebour - 29.07.87 a 31.12.88;
- Hugo de Almeida - 09.03.87 a 19.05.87;
- Hugo de Oliveira Rocha - 01.01.87 a 31.12.89;
- Ivanaldo Bezerra Galvão - 15.10.87 a 31.12.88;
- Joacir Teles Menezes - 01.01.88 a 31.12.89;
- Johnny Eduardo de Carli - 10.10.87 a 31.07.88;
- Jorgenei da Silva Ribeiro - 01.01.88 a 31.12.89;
- José Afonso Alves Castanheira - 01.01.87 a 04.12.87;
- José Coelho de Castro - 01.01.89 a 31.12.89;
- José da Conceição M. Guimarães - 01.01.89 a 31.12.89;
- José Ezil Veiga da Rocha - 08.09.87 a 31.12.89;
- José Matias Pereira - 01.01.87 a 31.12.89;
- José Mesch - 15.12.87 a 31.12.88;
- Josué Cláudio de Souza Filho - 14.12.89 a 31.12.89;
- Josué Coelho de Castro - 10.06.87 a 31.12.88;
- Marcos Reginaldo Panariello - 03.03.88 a 31.12.89;
- Mário Jorge Medeiros de Moraes - 21.03.88 a 31.12.89;
- Moisés Gonçalves Sabbá - 01.01.87 a 31.12.89;
- Mustafa Jamal Neto - 03.05.88 a 31.12.89;
- Nilce Machado da Rocha Gomes - 01.01.87 a 31.12.88;
- Orígenes Angelitino Martins - 01.01.87 a 31.12.89;
- Oscar Dias Teixeira - 01.01.87 a 31.12.89;
- Osires Messias de Araújo da Silva - 10.06.87 a 31.12.89;
- Ovídio Vieira da Costa - 01.01.87 a 31.12.88;

- Ozias Monteiro Rodrigues - 09.01.87 a 31.12.88;
- Paulo Lacerda - 25.06.87 a 28.09.87;
- Raul Jorge Leão Brasil - 31.01.87 a 31.12.89;
- Régis Ribeiro Guimarães - 01.01.87 a 23.04.87;
- Roberto Wanderlei Andrade - 19.05.87 a 31.12.89;
- Rubem Darcy de Oliveira - 01.01.87 a 31.08.88;
- Sérgio Aparecido Paio - 07.01.87 a 31.12.87;
- Stenio Nascimento da Silva - 01.01.89 a 31.12.89;
- Teodorico de Almeida Rocha - 01.01.87 a 31.12.89;

4. Unidade: Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA.

5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

6. Representante do Ministério Público: Dr. Walton Alencar Rodrigues, à época Procurador-Geral.

7. Unidade Técnica: SECEX/AM.

8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de prestações de contas da Superintendência do Desenvolvimento da Zona Franca de Manaus-SUFRAMA, exercícios de 1986, 1987, 1988 e 1989, sob a responsabilidade dos agentes identificados no item 03 pregresso.

Considerando que o Controle Interno Ministerial, em relação às contas mencionadas, diante dos elementos constantes nos respectivos Relatórios de Auditoria, conferiu Certificado de Regularidade com Ressalvas para as demonstrações pertinentes aos exercícios de 1986 (TC-004.663/87-0), 1987 (TC-007.239/88-2) e 1989 (TC-249.014/90-4), e de Irregularidade para o demonstrativo alusivo ao ano de 1988 (TC-007.085/89-3);

Considerando que, no âmbito do Controle Externo Federal, a Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao TCU opinam pela irregularidade das contas sob a responsabilidade dos Srs. Delile Guerra de Macedo (períodos de 05/06/86 a 31/12/86, TC-004.663/87-0, e de 01/01/87 a 03/08/87, TC-007.239/88-2) e Jadyr Carvalhedeo Magalhães (períodos de 04/08/87 a 31/12/87, TC-007.239/88-2, 01/01/88 a 31/12/88, TC-007.085/89-3, e 01/01/89 a 31/12/89, TC-249.014/90-4), com a aplicação de multa;

Considerando, ainda, que o Órgão de Instrução e o *Parquet* especializado entendem que a gestão dos demais agentes listados no rol de responsáveis comporta o juízo de regularidade, com ressalvas, e determinações;

Considerando que os exercícios de competência referentes às citadas contas ocorreram há mais de um decênio;

Considerando a primariedade do órgão jurisdicionado em relação às práticas questionadas;

Considerando a relação de natureza praticamente institucional entre a SUFRAMA e as Fundações conveniadas;

Considerando desnecessária a recomposição financeira, por ausência do elemento subjetivo da má-fé ou mesmo culpa;

Considerando que, no caso dos serviços prestados pelas Fundações, houve a contraprestação laboral, o que desaconselha a condenação em débito do responsável, sob pena de haver o enriquecimento ilícito do Estado;

Considerando que as ocorrências questionadas podem ser caracterizadas como de natureza formal;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

8.1 – aceitar as alegações de defesa produzidas pelos seguintes agentes: Srs. Delile Guerra de Macedo e Jadyr Carvalhedo Magalhães, ex-Superintendentes da SUFRAMA; Srs. Marçal Marcelino da Silva, Benito Marinho D’Antona e Reinaldo Mustafa, ex-Superintendentes Adjuntos da SUFRAMA; Srs. Manuel Silva Rodrigues, Aluizio Brasil Barbosa Ferreira e Johnny Eduardo Di Carli, ex-Diretores Executivos da FUCAPI e FUCADA;

8.2 - com fundamento nos arts.1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei nº 8.443/92, julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis elencados no item 03 pregresso;

8.3 - determinar à SUFRAMA que:

8.3.1. seja mais criteriosa na elaboração, no acompanhamento e no exame das prestações de contas dos convênios firmados, para que os recursos transferidos não fiquem expostos à malversação e a desvios, observando especificamente a IN/STN nº 01/97;

8.3.2. fiscalize ostensivamente os convênios e contratos que envolvam serviços de terraplenagem e pavimentação, dentre outros, para garantir que os recursos transferidos sejam empregados efetivamente nos objetivos ajustados;

8.3.3. adote mecanismos de controle eficazes para detectar e cobrar as pendências observadas nos convênios e contratos;

8.3.4. abstenha-se de utilizar mão-de-obra indireta através de convênios e contratos;

8.3.5. observe a legislação vigente, em especial os arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, nos casos de contratação direta, fazendo justificativas necessárias para a adoção de tal procedimento;

8.3.6. publique em tempo hábil os extratos de convênios, contratos e aditivos sob pena de nulidade do ato;

8.3.7. controle a execução dos contratos, em especial os firmados com a FUCAPI, observando a quantificação dos serviços prestados, a qualidade e outros parâmetros objetivos que devem constar nas cláusulas contratuais;

8.3.8. reanalise os contratos firmados com a FUCAPI, verificando se os preços contratados coadunam-se com os serviços executados e ainda com os praticados no mercado;

8.3.9. controle o acesso de funcionários da FUCAPI que desenvolvem suas atividades na SUFRAMA, de forma que só o contingente extremamente necessário para consecução dos objetivos contratados transitem por seus diversos setores;

8.3.10. evite que as atividades inerentes às atribuições da SUFRAMA sejam realizadas por funcionários da FUCAPI; e

8.3.11. adote maior controle sobre os bens móveis.

9. Ata nº 31/99 - Plenário.

10. Data da Sessão: 21/07/1999 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Vilaça, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta e Walton Alencar Rodrigues e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha (Relator).

11.2. Ministros que votaram com ressalva: Adylson Motta e José Antonio Barreto de Macedo.

11.3. Ministro que alegou impedimento: Walton Alencar Rodrigues.

IRAM SARAIVA
Presidente

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Ministro-Relator

Fui presente: LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

DNER - COBRANÇA INDEVIDA DE IMPOSTO SOBRE TARIFAS DE PEDÁGIOS Embargos de Declaração

Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues

Grupo I – Classe II - Plenário

TC-003.214/1999-0

Natureza: Embargos de Declaração

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

Interessado: Deputado Federal Sérgio Miranda

Ementa: Embargos de Declaração. Omissão e contradição inexistentes. Conhecimento e não-provimento. A anterior aprovação de procedimentos de concessão pelo TCU não implica a sanatória das irregularidades então existentes, nem impede seja determinada a posterior adoção de medidas corretivas compatíveis. O prazo para o cumprimento de decisão de natureza cautelar não é suspenso pela interposição de recurso.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, contra a Decisão nº 434/99 – Plenário, adotada no âmbito de representação formulada pelo Deputado Federal Sérgio Miranda, acerca da cobrança indevida do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, nos pedágios referentes aos trechos rodoviários Ponte Rio – Niterói, Rodovia Presidente Dutra, Rodovia Juiz de Fora/MG - Rio de Janeiro/RJ, Rodovia Rio de Janeiro – Teresópolis e Rodovia Osório - Porto Alegre, todos objetos de concessão.

Para melhor compreensão dos fundamentos apresentados pela autarquia, transcrevo a seguir o inteiro teor da peça recursal:

“O DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM – DNER, Autarquia Federal, vinculada ao Ministério dos Transportes, vem, nos Autos do Processo constante da referência, através de seus representantes legais, que a esta subscrevem, na forma do que dispõem os Artigos 32 a 34, da Lei nº 8.443/92, e Artigos 229 e 235, do R/TCU, interpor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO FACE A R. Decisão nº 434/99, publicada no DOU de 22 de julho pp., pelos seguintes fundamentos:

A r. decisão ora embargada deixou de se pronunciar sobre razões em que a Autarquia suscitara anteriormente, consideradas de extrema relevância, assim como, se omitiu no que diz respeito aos exames preliminares dos editais e contratos referentes às concessões rodoviárias do DNER. Entendemos que esse esclarecimento, em homenagem ao princípio da ampla defesa, são necessários posto que será a partir

dos mesmos que poderão ser definidas às responsabilidades pretéritas, presentes e futuras sobre a eventual irregularidade somente agora apontada pelo TCU.

1. Todos os processos licitatórios lançados pelo DNER para a implantação do regime de CONCESSÃO RODOVIÁRIA, foram fastidiosamente analisados por essa Egrégia Corte de Contas, aperfeiçoando-se a medida em que eram emanadas novas diretrizes, até, e principalmente, porque tratava-se do início de um projeto pioneiro no Brasil, que, basicamente tem como escopo, desonerar o orçamento da União, propiciando aos seus gestores outras opções para melhor destinação de verbas públicas.

2. As decisões nºs. 0141-15/93-P; 437/93-P; 287/94-P; 622/94-P; 763/94-P; 188/95-P; 394/95-P; 564/96-P e 472/98-P, que, respectivamente, reiteramos, fastidiosamente analisaram o processo licitatório até a adjudicação do Contrato.

3. O Edital da Ponte Rio-Niterói, assim como o seu Contrato, anteriormente analisados por essa Egrégia Corte de Contas, serviu de modelo para todos os contratos celebrados, em especial no que concerne à composição dos valores das tarifas básicas de pedágio.

Vale, neste passo, dentre as decisões supras, destacar a de nº 188/95-P, onde, expressamente, o Plenário do Tribunal assim se manifesta, in texto:

‘2. Considerar que o DNER observou os requisitos legais quando da realização da 3ª fase do processo licitatório para a concessão de exploração da Ponte Presidente Costa e Silva.’

Como se vê, em nenhum momento, o Tribunal de Contas da União apontou a ilegalidade ora sob análise.

Ao revés, não só o TCU, mas o Ministério Público Federal, concluíram pela legalidade dos procedimentos, em especial da última fase da licitação, que resultaram na contratação das concessões mencionadas.

4. Recentemente, o DOU de 10/08/98, publicou a decisão de nº 472/98-TCU-Plenário, referente ao processo nº TC-006.098/93-2, cuja classe de assunto bem esclarecer a matéria:

“Acompanhamento da Concessão para Exploração da Ponte Rio-Niterói, determinada na Sessão de 28/04/93 (decisão nº 141/93-TCU-Plenário).”

5. Compilamos desta decisão o seguinte trecho, que bem traduz a matéria:

‘E dentre as medidas decididas pelo Tribunal nessa última deliberação, destaca-se determinação dirigida ao DNER para que adotasse, nas próximas licitações relativas à Concessões, medidas para as correções das falhas levantadas durante a análise efetuada no presente processo. Determinou-se, também, que a 1ª Secex desse continuidade ao acompanhamento das etapas posteriores a referida Concessão.

A partir de então, as deliberações deste Tribunal passaram a abordar medidas de modo a prevenir a ocorrência de irregularidades ou impropriedades no futuro.’

6. Ora, se o próprio TCU que, como sabemos, é dotado de excepcional quadro de profissionais especialistas em auditoria e análise de finanças públicas, inclusive no âmbito tributário, entendeu que os procedimentos licitatórios relativos às

concessões rodoviárias observaram os requisitos legais, com o placet do Ministério Público Federal, que atua na mencionada Corte, por que o DNER, ente Autárquico da Administração Pública Federal, não deveria continuar a proceder da forma agora contestada?

7. Afinal, as decisões do TCU são normas cogentes para a Administração Pública, obrigando seus gestores ao cumprimento das determinações e diretrizes delas emanadas.

8. Neste trilhar, nenhuma responsabilidade pode ser atribuída ao DNER, até bem porque, todos os atos até então praticados tinha a chancela de regularidade outorgada pelo próprio Tribunal de Contas da União.

9. Pelo exposto, requer, o DNER, o conhecimento e a procedência dos presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para que essa Egrégia Corte se pronuncie expressamente sobre as contradições anteriormente numeradas na defesa do DNER, esclarecendo no que tange às decisões anteriores que, como já dissemos, chancelaram a regularidade dos procedimentos licitatórios de então, que culminaram com a situação fática e contratual vigente, sob apreciação.”

É o relatório.

V O T O

Conheço dos Embargos de Declaração, por preencher os requisitos estabelecidos no art. 34 da Lei nº 8.443/92.

Na peça recursal, argúi, o DNER, a existência de omissão e de contradição na decisão recorrida. Segundo o embargante, existiria omissão, porque o relator não teria apreciado a questão de que o Tribunal, em época pretérita, ter-se-ia manifestado acerca da regularidade dos editais e contratos de concessão, sem fazer expressa menção à ilegalidade que agora se aponta. E Contradição pelo fato de o Tribunal estar considerando ilegal dispositivo contratual que anteriormente considerara lícito.

Não procede, *data venia*, a alegação de que o voto foi omissivo e não tratou da anterior aprovação pelo Tribunal dos processos de concessão. Essa questão foi especificamente abrangida no meu voto, de forma algo minudente, quando se discutiu a responsabilidade dos gestores pela ilegalidade, conforme se pode verificar no excerto que ora transcrevo:

“Mesmo que se admitisse, numa interpretação benéfica imerecida, admissível o fato de que a cobrança se revestia, aos olhos dos administradores, de aparente legalidade, não seria pertinente o argumento do Diretor-Geral de que a questão teria passado despercebida aos olhos do próprio TCU.

Enfatizo que esta circunstância jamais poderia ter o condão de desmerecer o teor das irregularidades e dos atos ilegais de gestão. Entendo que tal perspectiva é equivocada e não pode ser vista como presunção de jure de legalidade, mas simplesmente como atenuante dos rigores de uma interpretação absolutamente conclusiva da atuação do administrador, já que a não percepção de irregularidade

grave e preexistente, em um primeiro momento, não elide sua existência, os danos que acarretou ao Estado e aos cidadãos, nem as conseqüências juridicamente previsíveis de sua prática, todas passíveis de imputação ao administrador que obrou ao longe de sua competência legal.” (Destacado.)

Da mesma forma, não existe contradição na decisão recorrida, pois o fato de o Tribunal não ter atentado para a ilegalidade, em um primeiro momento, não o impede de, ao verificá-la posteriormente, adote imediatamente as providências que entender necessárias para fazer cessar a ilicitude existente. O Tribunal não fica vinculado a apreciações anteriores de processos, cujos procedimentos podem obliterar, esconder, ou ocultar às vistas ilegalidades absolutamente injustificáveis, passíveis de aferição em momentos e etapas posteriores.

Na verdade, ao assim agir, o Tribunal está exercendo um poder-dever que alcança todos os agentes públicos, de anular os atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, conforme cristalizado no Enunciado nº 473 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Assim, não há, nos autos, omissão ou contradição merecedora de sanativos, restando demonstrada a questão e os efeitos da não-percepção das irregularidades pelo Tribunal nas análises que anteriormente empreendera.

Consigno, também, mais uma vez, que o teor de ilicitude da conduta do DNER, ao cobrar tributo sem prévia aprovação pelo Parlamento é algo absolutamente inusitado e paradoxal, configurando claro abuso de poder, passível de punição na forma da lei, por violar inúmeros princípios inerentes a um regime democrático. A conduta do DNER – autarquia federal vinculada ao Ministério dos Transportes – viola dogmas estabelecidos desde 1.215 quando o Rei João sem Terra promulgou a *Charta Magna Libertatum*, segundo a qual o rei não poderia impor tributos sem a aprovação de seus súditos, peça que ainda hoje serve de modelo e de inspiração para todas as civilizações ocidentais, com um mínimo de desenvolvimento político e cultural.

Esclareço, por oportuno, que a oposição dos presentes embargos, ou de eventual pedido de reexame, não tem efeito suspensivo relativamente ao cumprimento das determinações contidas nos subitens 8.2.1 e 8.2.3 da Decisão nº 434/99 – Plenário, por serem medidas de natureza cautelar.

Com efeito, se o cumprimento da medida cautelar pudesse ser afastado pela mera interposição de recurso, admitido pelo ordenamento jurídico, estaria desfigurada sua própria natureza, de preservar ou impedir dano ao Erário. Decorre, pois, do sistema adotado, que o efeito suspensivo do recurso não oblitera a força da medida de cautela.

Por isso é que o inciso IV do art. 520 do Código de Processo Civil, estatuto aplicável subsidiariamente nesta Corte (Súmula 103), prescreve que a apelação será recebida somente no efeito devolutivo quando interposta de sentença que decidir o processo cautelar.

No âmbito deste Tribunal prescrição de igual teor está contida no art. 19, § 6º, da Resolução nº 36/95, que disciplina:

“§ 6º. Fixado prazo para a sustação do ato, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal, o responsável, ainda que interposto recurso da decisão, não poderá realizar pagamento ou assumir obrigação com base no ato impugnado, sob pena de, confirmada a decisão, responder pessoalmente pelos danos decorrentes, sem prejuízo das demais sanções legais.”

Apesar de a situação não contemplar a realização de pagamento ou assunção de obrigação por parte do Poder Público, está presente o elemento fundamental que autoriza e justifica a medida cautelar e a não-suspensão da sua eficácia por meio de recurso, que é o fundado receio de que, antes do julgamento definitivo, a continuidade dos procedimentos questionados cause lesão grave e de difícil reparação, senão ao Poder Público, a todos os cidadãos que utilizam as rodovias federais exploradas mediante concessão, já que a impossibilidade de devolução dos recursos ilegalmente arrecadados a título de Imposto sobre Serviços é patente.

Assim, permanece inalterado o prazo de 15 dias fixado para a interrupção da cobrança ilegal do ISS e para suspensão da utilização dos recursos daí provenientes, sob pena de responsabilização pessoal de todos os responsáveis por todos os danos causados e de pronta aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, conforme previsto no inciso III do art. 45, ambos da Lei nº 8.443/92, incluída a adoção de outras medidas extremas, previstas em lei.

De qualquer modo, não deixa de causar perplexidade a demora do DNER em dar cumprimento às determinações, sobretudo em vista a patente ilegalidade de que se reveste a cobrança do tributo, exação sem nenhuma base legal, e, ainda, da intenção manifesta do sr. Ministro de Estado dos Transportes de reduzir os preços dos pedágios das rodovias federais sob concessão, noticiada em todos os meios de comunicação, revelando questionável descompasso entre as políticas adotadas pelo DNER e pelo Ministério dos Transportes, entidade a qual se vincula a autarquia.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto ao egrégio Plenário.

DECISÃO Nº 485/99 -TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-003.214/1999-0
2. Classe de Assunto: I- Embargos de Declaração.
3. Interessado: Dep. Fed. Sérgio Miranda.
4. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Não atuou.
7. Unidade Técnica: 9ª Secex.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. conhecer dos Embargos de Declaração para negar-lhes provimento, por não existir omissão, obscuridade ou contradição na decisão recorrida;

¹ Publicada no DOU de 13/08/1999.

8.2. alertar o Sr. Genésio Bernardino de Souza, Diretor-Geral do DNER, de que, por serem medidas de natureza cautelar, o prazo para cumprimento das determinações contidas nos subitens 8.2.1 e 8.2.3 da Decisão nº 434/99 – Plenário não se suspende com a interposição de recursos, permanecendo aquele inicialmente fixado, podendo, em caso de descumprimento, a autoridade ser pessoalmente responsabilizada pelos danos causados e, ainda, sofrer a sanção prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92, conforme previsto no inciso III do art. 45, da Lei Orgânica do Tribunal, c/c o art. 19, § 6º, da Resolução nº 36/95 deste Tribunal.

8.3 encaminhar cópia do relatório, voto e decisão ao Dr. Genésio Bernardino de Souza, Diretor-Geral do DNER, ao Dr. Pedro Eloi Soares, Procurador-Geral do DNER, e ao Dr. Eliseu Padilha, Ministro dos Transportes.

9. Ata nº 33/99 – Plenário

10. Data da Sessão: 04/08/1999 – Extraordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator) e o Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

IRAM SARAIVA
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

TSE - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADICIONAIS E PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS DURANTE O PERÍODO ELEITORAL

Relatório de Auditoria

Ministro-Relator Benjamin Zymler

Grupo I - Classe V - Plenário

TC-003.897/99-0

Natureza: Relatório de Auditoria

Entidade: Tribunal Superior Eleitoral – TSE

Interessado: Tribunal de Contas da União

Ementa: Auditoria no TSE. Prestação de Serviços adicionais e pagamento de horas extras durante o período eleitoral. Motivação insatisfatória para a convocação de serviços extraordinários. Serviços extraordinários não relacionados com as eleições. Falhas na atuação do controle interno. Pagamento de horas extras no sábado com acréscimo de 80%. Excesso de horas extras no período não eleitoral. Demasiado número de horas extras prestados pelos mesmos servidores no período eleitoral. Outras falhas. Determinações. Juntada deste processo às contas de 1998. Extração de cópias destes autos e juntada às contas de 1999.

RELATÓRIO

Com intuito de dar cumprimento à Decisão Administrativa nº 030/99, a 5ª SECEX realizou Auditoria no Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que teve como objetivo avaliar a eficiência e eficácia dos sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras e garantir uniformidade na interpretação dos normativos que regulam a prestação de horas extras, nos períodos de eleição. Reproduzo, em seguida, o Relatório de Auditoria elaborado pelo Analista Fernando Luiz Souza da Eira.

“Trata o presente processo de Relatório de Auditoria na Secretaria de Administração do Tribunal Superior Eleitoral no período de 28/04 a 04/05/99.

2. Este trabalho foi levado a efeito em cumprimento à Decisão nº 305/98 - TCU - Plenário (TC-006.905/95-1, DOU de 09/06/98, p. 12) que determinou a inclusão, no Plano de Auditoria e Inspeções do TCU para o exercício de 1999, de auditorias a serem realizadas nos Órgãos da Justiça Eleitoral, em especial no Tribunal Superior Eleitoral e nos Tribunais Regionais Eleitorais, para que fossem avaliadas a eficiência e eficácia dos sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras, bem como garantir uniformidade na interpretação dos normativos que regulam a prestação de horas extras, nos períodos de 90 dias que antecede a eleição e,

no posterior, inclusive em havendo segundo turno, até a proclamação final dos resultados.

3. Naquela assentada, esta Egrégia Corte apreciou o pedido de reexame da Decisão nº 28/97 – TCU – Plenário (DOU de 12/12/97, p. 2542), prolatada em sessão de 29/01/97, que tratava de denúncia formulada pelo SINDJUS/DF sobre pagamento de horas extras em excesso no âmbito da Justiça Eleitoral. A referida Decisão determinava ao Tribunal Superior Eleitoral, em seu subitem 8.2.1, que observasse, doravante, o limite legal para pagamento de serviço extraordinário, nos termos do disposto no art. 74 da Lei nº 8.112/90, ou seja, que fosse respeitado o limite máximo de 2 horas extras por jornada.

4. Na análise do referido pedido de reexame, entendeu, esta Corte de Contas, ser necessário tornar sem efeito a determinação contida no subitem 8.2.1 da Decisão nº 028/97 – TCU – Plenário e determinar ao Tribunal Superior Eleitoral (Decisão nº 305/98 – TCU – Plenário), in verbis:

‘3.1. - que envide esforços para não extrapolar o limite de 2 horas extras por jornada, fixado pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90, e para assegurar o gozo do repouso semanal remunerado de que trata o inciso XV do art. 7º da CF;

3.2. – que o Presidente do Tribunal, ante a impossibilidade de observância das restrições a que se faz referência no subitem anterior, motive seu ato administrativo, evidenciando as razões que o impedem de cumprir os preceitos contidos nas normas constitucional e legal;’

5. Neste ponto, faço uma breve pausa para fazer uma reflexão quanto à autorização contida no subitem 3.2 retrocitado.

6. Apesar de entender que os argumentos oferecidos pelo TSE e defendidos pelo então Secretário da 10ª Secretaria de Controle Externo, hoje, Exmo. Ministro-Substituto Benjamin Zymler, possuem fundamentação lógica e foram particularmente oportunas, vejo com reservas a não observância da Lei nº 8.112/90. O pedido de reexame que ensejou a Decisão nº 305/98 estava sendo apreciado por esta Corte de Contas, quando da promulgação da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, a qual estabelece as normas para as eleições de 1998. Não haveria, portanto, tempo hábil para a proposição de inserção de dispositivos, no normativo legal que regularia aquele pleito, que contemplassem limites diversos dos estabelecidos no art. 74 da Lei nº 8.112/90, para a Justiça Eleitoral, durante os períodos compreendidos entre os 90 dias que antecedem as eleições e no posterior, inclusive em havendo segundo turno, até a proclamação final dos resultados. Em minha avaliação, caracterizo como perigosa a perpetuação da autorização contida no subitem 3.2 da já mencionada Decisão nº 305/98.

7. Com base no entendimento do Representante do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Ubaldo Alves Caldas, no TC-006.905/95-1, tal extrapolação legal poderia levar outros órgãos a pleitearem igual tratamento, uma vez que também dispõem de funções peculiares que poderiam justificar a mesma transgressão.

8. Em seu parecer o Exmo. Procurador expõe, in verbis:

'Entendemos que uma Decisão desta Corte no sentido do provimento do recurso, além de permissiva quanto à infringência da Lei nº 8.112/90, poderia servir de justificativa para que muitos órgãos da Administração Pública Federal fizessem o mesmo.

Ademais, não cabe aos órgãos tentar impor restrições à incidência de normas legais que regulam seu funcionamento, pois estariam como que a legislar, a incluir parágrafos nos artigos da Lei que não lhe são convenientes. O legislador não incluiu restrições ao comando insculpido no art. 74 da Lei nº 8.112/90 certamente porque entendeu que a abertura de exceções à essa regra poderia torná-la inoperante.'

9. Entendendo que o regime democrático exige um processo rápido, eficiente e transparente de seleção das autoridades que governarão o país, e ao mesmo tempo, preocupado com a abertura de exceções à legislação que possam a vir torná-la inoperante, acredito, s.m.j, que o caminho a ser trilhado para a realização dos futuros pleitos seria a inclusão, nas respectivas leis eleitorais, de dispositivos que estabeleçam limites para o serviço extraordinário, diversos dos fixados pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90, para atender as necessidades da Justiça Eleitoral nos períodos de eleição.

10.SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO

10.1 O serviço extraordinário está disciplinado na Constituição Federal e na Lei nº 8.112/90 - Regime Jurídico Único dos servidores civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. O inciso XVI do art. 7º da Constituição Federal estabelece, in verbis:

'Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;'

10.2 A Lei nº 8.112/90, em seu art. 19, com redação dada pela Lei nº 8270, de 17/12/91 e pela Lei nº 9527, de 10/12/97, disciplina:

'Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais.'

10.3 Já o artigo 61, inciso V desta mesma Lei prevê:

‘Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais:

(...)

V – adicional pela prestação de serviço extraordinário.’

10.4 Também em seus art. 73 e 74 está disciplinado, in verbis:

‘Art. 73. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

Art. 74. Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas por jornada.’

10.5 O Tribunal Superior Eleitoral, ao disciplinar a matéria, entendeu que mesmo em se considerando a previsibilidade do evento, a realização das eleições constituem exceção à regra no serviço público, haja vista a grande concentração de atividades desenvolvidas naquele período. Na sua visão, essa situação se agrava diante da dificuldade de se requisitar servidores de outras áreas da Administração Pública, especificamente para o período eleitoral. A única forma plausível encontrada de realizar-se o pleito sem causar prejuízo ao processo eleitoral e que menos onera o orçamento público, seria a flexibilização da jornada diária dos servidores do quadro efetivo durante prazo certo e determinado, através da autorização para a realização e pagamento de horas extras a servidores, ocupantes ou não de funções comissionadas.

10.6 Para tanto, nas justificativas das Resoluções nº 15.613, de 14/09/89 e nº 18.311, de 25/06/92, estabeleceu o TSE, que “o regime de integral dedicação ao serviço, referido no § 1º do art. 19, quer significar que o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, equivalendo, portanto, à expressão ‘dedicação exclusiva’.

A convocação a que se refere o mesmo § 1º deve ter o caráter de eventualidade, para que não seja remunerado o serviço extraordinário prestado em razão dela, por servidor submetido ao regime de dedicação exclusiva (ou de integral dedicação ao serviço).

Durante o calendário eleitoral, o serviço extraordinário prestado pelos servidores ocupantes de cargos em comissão perde o caráter da eventualidade, passando a tornar-se rotina no âmbito da Justiça Eleitoral e como rotineiro há que ser remunerado, no mínimo, aos sábados, domingos e feriados, já que a jornada máxima de trabalho normal, ou rotineira, é de 40 horas semanais.”

10.7 O Tribunal Superior Eleitoral entende como ocupantes de cargos em comissão, os servidores com níveis de função comissionada FC-06 a FC-10.

10.8 Com vistas a dar cumprimento à Decisão nº 305/98 – TCU – Plenário, o Presidente do TSE fez baixar as Portarias nº 244/98 e nº 245/98, de 27/08/98 (fls. 03

a 06), as quais normatizaram a realização do serviço extraordinário no período compreendido entre os 90 dias que antecederam as eleições de 1998 e o dia da proclamação final dos resultados, disciplinando os limites de horas extras autorizadas, bem como as necessárias motivação e autorização quando de sua extrapolação.

10.9 Também em cumprimento à Decisão nº 305/98 – TCU – Plenário, o TSE editou a Resolução nº 20.396, de 20/10/98 (fls. 07 a 10), que dispõe sobre a prestação do serviço extraordinário no âmbito da Justiça Eleitoral no período dos 90 (noventa) dias que antecedem as eleições e, no posterior, inclusive em havendo segundo turno, até a proclamação final dos resultados.

10.10 Em seu artigo 3º está disciplinado que “poderão prestar serviço extraordinário os servidores ocupantes de cargo efetivo do Quadro das Secretarias dos Tribunais Eleitorais, bem como os servidores sem vínculo, requisitados ou lotados, em exercício no âmbito das respectivas Secretarias, ocupantes ou não de funções comissionadas” (grifo nosso).

10.11 Já o artigo 7º estabelece:

‘Art. 7º - O limite mensal para a realização do serviço extraordinário é de 60 (sessenta) horas.

§ 1º - Se, por qualquer excepcionalidade, o limite previsto no caput não puder ser observado, o Diretor-Geral da Secretaria, após fundamentada justificativa do dirigente da unidade, poderá autorizar a sua extensão até o limite máximo de 128 (cento e vinte e oito) horas.

§ 2º - Será observado o repouso semanal remunerado de que trata o inciso XV do art. 7º da Constituição Federal.’

10.12 Os percentuais de remuneração em relação à hora normal de trabalho estão definidos no art. 12, o qual estabelece:

‘Art. 12 – O adicional por serviço extraordinário será calculado dividindo-se por 240 (duzentos e quarenta) o valor da remuneração mensal do servidor, acrescido dos percentuais de 50% (cinquenta por cento) em se tratando de hora extraordinária em dias úteis, 80% (oitenta por cento), cuidando-se de serviço suplementar aos sábados e 100% (cem por cento) aos domingos e feriados.’

10.13 O TSE entendeu que, em não havendo manifestação, na Decisão nº 305/98-TCU-Plenário, quanto ao percentual de remuneração das horas extras prestadas em sábados, domingos e feriados, poderia a Justiça Eleitoral continuar praticando tabela adotada pelos Tribunais Superiores, a qual remunera as horas extras prestadas aos sábados com valor 80% superior ao da hora normal de serviço.

10.14 O Tribunal de Contas da União, nas assentadas que originaram a Decisão nº 283/98-TCU-2ª Câmara e o Acórdão nº 014/99-TCU-2ª Câmara, entendeu ser lícito o pagamento de horas extras a servidores ocupantes de cargos em comissão. Naquelas oportunidades foi salientado que, para ser considerado como serviço extraordinário, o serviço deve atender aos requisitos da excepcionalidade e da temporariedade, devendo também ser motivado e autorizado pela autoridade competente.

10.15 E, ainda, ficou estabelecido pelo TCU, que a remuneração de horas extras prestadas em sábados deveria ser igual às prestadas em dias normais de trabalho, ou seja, seu valor deveria ser 50% superior ao da hora normal de serviço, e em domingos e feriados deveria o valor ser 100% superior ao da hora normal de serviço.

10.16 Mais recentemente, em sessão de 10/05/99, acompanhando voto do Exmo. Ministro-Relator Benjamin Zymler (Decisão nº 196/99 – TCU – Plenário), o Tribunal de Contas decidiu determinar ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais que aplicassem às horas prestadas aos sábados, durante o período eleitoral, o acréscimo de 50% e não de 80%, como vinha ocorrendo. Esta determinação exclui o TRE/RS, uma vez que determinação semelhante já lhe tinha sido aplicada anteriormente (Decisão nº 283/98 – TCU - 2ª Câmara, TC-625.238/95-8).

10.17 Novamente, acredito, s.m.j., que o caráter restritivo ao período eleitoral, emanado da Decisão acima mencionada, pode trazer divergência de entendimento quanto a aplicabilidade do teor da Decisão em períodos não eleitorais. Aliás, exatamente por não ter sido mencionado, na Decisão 305/98, o percentual de remuneração das horas extras praticadas aos sábados, o TSE editou a já citada Resolução nº 20.396/98, estabelecendo percentual de 80% de acréscimo nas horas trabalhadas aos sábados.

10.18 Com amparo no entendimento do Excelentíssimo Ministro-Relator Benjamin Zymler na Proposta de Decisão que fundamentou a Decisão retrocitada, in verbis:

‘ ...

A remuneração das horas extras trabalhadas nos sábados merece outro tratamento. Em razão do que prevê o inciso XV do art. 7º da Constituição e devido à ausência de norma específica que estipule dia diverso como sendo de repouso semanal remunerado, considero que esse dia seja o Domingo. Sábado, portanto, não pode ser também considerado como tal. Caso contrário estar-se-ia admitindo a existência de dois dias de descanso remunerado por semana, o que contraria o citado dispositivo constitucional. Assim sendo, embora não haja rotineiramente expediente aos sábados nos Tribunais Judiciários, parece-me correto considerar que as horas extras prestadas nesse dia devam ser remuneradas como as horas extras prestadas em dias normais de trabalho. Com 50% de acréscimo, em relação a remuneração da hora normal de trabalho, nos termos do art. 73 da Lei nº 8.112/90.’

10.19 Em recente trabalho realizado por esta unidade, com proposta de se verificar a adequação dos procedimentos adotados pelos Tribunais Superiores à Decisão nº 283/98 – TCU – 2ª Câmara, no que tange ao pagamento de horas extras (TC- 929.276/98-1), ficou consignado que todos os Tribunais Superiores encontravam-se em desacordo com o subitem 8.3.1. da retrocitada Decisão. As Resoluções STJ nº 06/96, de 17 de maio de 1996, STF nº 137/95, de 9 de novembro de 1995, STM nº 079, de 23 de setembro de 1998 e o expediente GDG CJ, de 04 de março de 1998, com autorização do Ministro-Presidente do TST, referendada pela Resolução Admi-

nistrativa TST nº 497/98, de 12 de março de 1998, estabelecem que as horas extras prestadas aos sábados devem ser remuneradas com acréscimo de oitenta por cento, e não cinquenta por cento, em relação à hora normal de trabalho.

10.20 Desse modo, acredito, s.m.j., que, uma vez que outros órgãos da administração pública federal têm, também, remunerado as horas extras realizadas aos sábados em desacordo com o entendimento do TCU, deva ser firmado o entendimento de que o serviço extraordinário realizado aos sábados será remunerado com acréscimo de 50% em relação a hora normal de trabalho, nos termos dos art. 73 da Lei nº 8.112/90, considerando o domingo como dia de repouso semanal previsto na Constituição.

11. ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS

11.10 período estabelecido na Decisão nº 305/98-TCU-Plenário para a realização de horas extras em extrapolação ao limite fixado pelo art. 74 da Lei nº 8112/90 foi dos 90 dias que antecedem a eleição até a proclamação final dos resultados. Para os trabalhos relativos às eleições de 1998, foi, portanto, de 06/07/98 a 17/11/98, data da publicação final dos resultados (vide fls. 11).

11.2 As horas extras autorizadas e realizadas no período de janeiro/98 a março/99 estão espelhadas às fls. 12 a 76. Para a execução deste trabalho de auditoria foi considerada, para análise, uma amostra constituída pelas folhas de ponto dos meses de julho a novembro/98 e montada uma massa crítica de dados composta por 33 servidores, cedidos ou não, que realizaram mais de 60 horas extras em pelo menos 04 dos 05 meses analisados (vide tabela de fls. 77).

11.3 Análise mais acurada se deteve às folhas de ponto dos 33 servidores selecionados, do mês de outubro/98 (fls. 78 a 112).

11.4 A forma utilizada para a aferição dos horários consignados nas folhas de ponto foi a comparação de alguns destes horários com o registro nos livros de acesso aos prédios do TSE, os quais eram preenchidos quando do ingresso ou saída de servidor em horários fora do expediente normal (após às 20 horas em dias úteis ou a qualquer hora em sábados, domingos e feriados). A grande maioria dos servidores que prestaram horas extras no período analisado não figuram nos referidos livros, uma vez que não havia registro de acesso à garagem do prédio. Por amostragem, os poucos registros apostos nos livros estão de acordo com os registros consignados nas folhas de ponto dos servidores analisados. Este controle, porém, se mostrava bastante precário, com ausência de registros de horários de entrada e saída em algumas oportunidades (fls. 133 a 137). A partir de outubro/98, o TSE implantou um sistema automatizado de controle de entrada e saída de visitantes e de servidores em horários fora do expediente normal, o qual contempla também o acesso à garagem do edifício-sede.

11.5 Cabe ressaltar a preocupação dos dirigentes do TSE quanto à motivação e à necessária autorização para a realização de horas extras que excedessem o limite estabelecido pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90, de acordo com a determinação contida na Decisão nº 305/98 – TCU – Plenário. Todos os atos referentes à amostra

coletada foram motivados e tiveram a aquiescência da autoridade competente, como se pode observar, em alguns exemplos, às fls. 113 a 130. Digna de nota a preocupação do Sr. Diretor-Geral, que em seus despachos sempre salienta a necessária observância dos dispositivos que regulamentam a realização do serviço extraordinário (fls. 113, 114, 116, 117 e 119).

11.6 Do exame procedido na amostra, algumas impropriedades foram detectadas, entre as quais destacam-se:

a) no mês de outubro/98 foram verificadas a realização e o pagamento de horas para serviços extraordinários ininterruptos sem o respectivo desconto do período relativo ao intervalo para repouso ou alimentação, o que contraria o disposto no inciso XIV do art. 7º da Constituição Federal e no art. 2º da Portaria 244/98 – TSE (fls. 78, por exemplo);

b) as folhas de ponto somente foram padronizadas a partir do mês de novembro/98, o que dificultou a análise. Até então, cada Unidade elaborava a folha de ponto de seus servidores;

c) os servidores Carlos Eduardo Bacellar Bon, Eduardo Bossan Rangel, Gleice Andrade da Cruz e Maria Angélica Borges da Silva, diferentemente de outros servidores, não receberam as horas extras trabalhadas referentes ao dia 28/10/98 (ponto facultativo), uma vez que em suas folhas de ponto não estavam consignadas as devidas observações de “Ponto Facultativo” (fls. 80,86,90 e 101);

d) o servidor Marcelo Cesar Gonçalves recebeu 22 horas e 34 minutos de horas extras no mês de outubro/98, quando deveria ter recebido 13 horas e 35 minutos, uma vez que em várias dias do referido mês teve jornada inferior a 8 horas (fls. 53, 99 e 100), havendo a necessidade de compensação de 8 horas e 59 minutos;

e) o servidor Mário Fernandes M. Júnior recebeu 4 horas extras a mais relativas a horas trabalhadas em sábados e 7 horas extras a mais relativas a horas trabalhadas em domingos e feriados no mês de outubro/98, uma vez que não foram descontadas uma hora de descanso a cada 6 horas ininterruptas de trabalho (fls. 54 e 103);

f) o servidor Nelson Lemos Costa recebeu 5 horas extras relativas a horas trabalhadas em sábados no mês de outubro/98, sem que as tenha realizado (fls. 54 e 105), pois não consta registro de presença no seu ponto;

g) o servidor Sérgio Maicon Bezerra Torquato recebeu 33 horas e 10 minutos de horas extras relativas a horas trabalhadas em domingos e feriados no mês de outubro/98, quando deveria ter recebido somente o equivalente a 24 horas (fls. 55 e 110);

11.7 Ressalte-se, ainda, que nos períodos de janeiro/98 a junho/98 e dezembro/98 a janeiro/99, fora portanto da amostra analisada, houve, também, incorreção na realização e no pagamento de horas extras (tabela de fls. 131 e 132), não tendo sido observado o limite de 2 horas extras por jornada estabelecido pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90.

11.8 O número de horas extras autorizadas e realizadas fora do período eleitoral (dezembro/98 a março/99) encontra-se muito elevado, tendo o serviço

extraordinário sido realizado, em sua maioria, em domingos e feriados (vide tabela a seguir), quando a remuneração é de 100% sobre o valor da hora normal de trabalho, o que certamente onera os cofres públicos. O elevado número de horas extras espelhado pela tabela abaixo, além de implicar perda do caráter de excepcionalidade e temporariedade do qual o serviço extraordinário deve estar revestido, denota falta de planejamento do Órgão em gerir seus recursos humanos de modo a que estes desenvolvam suas atividades durante suas jornadas normais de trabalho.

**HORAS EXTRAS AUTORIZADAS E REALIZADAS NO PERÍODO DE
DEZEMBRO/98 A MARÇO/99**

	DIAS ÚTEIS	SÁBADOS	DOMINGOS/ FERIADOS	TOTAL
DEZEMBRO/98	1.515:44	1.099:25	7.327:17	9.942:26
JANEIRO/99	255:52	223:29	3.087:12	3.566:33
FEVEREIRO/99	703:53	27:34	142:00	873:27
MARÇO/99	1.135:18	96:04	216:44	1.448:06
TOTAL	3.610:47	1.446:32	10.773:13	15.830:32

12. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12.1 Procedida a análise dos dados coletados, conclui-se que:

a) o Tribunal Superior Eleitoral, em cumprimento à determinação emanada da Decisão nº 305/98, motivou e autorizou, por intermédio de sua autoridade competente, a realização das horas extras que extrapolaram o limite estabelecido pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90, no período compreendido entre os 90 dias que antecedem às eleições de 1998 e o dia da proclamação final do resultado do pleito;

b) os sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras do TSE apresentam falhas, necessitando aperfeiçoamento. As incorreções detectadas devem ser sanadas, por meio de um amplo levantamento das horas extras realizadas durante o período abrangido pelo calendário eleitoral, promovendo-se o devido acerto financeiro;

c) o percentual de 80% aplicado, pelo TSE, à remuneração das horas extras prestadas aos sábados está em desacordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União de que as horas extras prestadas aos sábados devem ser remuneradas com valor 50% superior ao da hora normal de serviço, conforme Decisão nº 283/98 – TCU – 2ª Câmara, Acórdão nº 014/99 – TCU – 2ª Câmara e Decisão 196/99 – TCU – Plenário; e

d) o número de horas extras autorizadas e realizadas fora do período eleitoral (dezembro/98 a março/99) encontra-se muito elevado, tendo o serviço extraordinário sido realizado, em sua maioria, em domingos e feriados (tabela “Horas extras autorizadas e realizadas no período de dezembro/98 a março/99” - fls. 146), quando a remuneração é de 100% sobre o valor da hora normal de trabalho, o que certamente onera os cofres públicos. O elevado número de horas extras demonstrado na

referida tabela, além de implicar perda do caráter de excepcionalidade e temporariedade do qual o serviço extraordinário deve estar revestido, denota falta de planejamento do Órgão em gerir seus recursos humanos de modo a que estes desenvolvam suas atividades durante suas jornadas normais de trabalho.

12.2 Diante de todo o exposto, submeto o presente à consideração superior, propondo ao Tribunal de Contas que, nos termos do art. 43, inciso I da Lei nº 8.443/92, combinado com o art. 194, inciso II do Regimento Interno/TCU:

a) firme o entendimento de que o serviço extraordinário prestado aos sábados pelo servidor público federal, regido pela Lei nº 8.112/90, deverá ser remunerado com o acréscimo de 50% em relação à hora normal de trabalho;

b) recomende ao Congresso Nacional que avalie a conveniência e a necessidade de que, quando da elaboração das leis eleitorais relativas aos próximos pleitos, sejam inseridos dispositivos que estabeleçam limites para o serviço extraordinário diversos dos fixados pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90, para atender às necessidades da Justiça Eleitoral nos períodos de eleição;

c) determine ao Tribunal Superior Eleitoral que:

I) promova o levantamento das horas extras efetivamente realizadas no período eleitoral (90 dias que antecederam o pleito de 1998 até a proclamação final dos resultados), com o propósito de realização do devido acerto financeiro, comunicando ao Tribunal de Contas da União, no prazo de 60 dias, os resultados;

II) observe o princípio da economicidade, a condição de excepcionalidade e o limite dos serviços extraordinários, evitando convocações excessivas;

III) aplique às horas extras prestadas aos sábados o acréscimo de 50% e não 80%, como ocorre atualmente;

IV) promova o aperfeiçoamento da sistemática de controle de prestação e pagamento de serviços extraordinários;

d) determine a juntada dos presentes autos às contas de 1998.”

2. O Sr. Diretor da 1ª Divisão Técnica e o Sr. Secretário de Controle Externo, em despacho conjunto, assim se pronunciaram:

“Trata-se de relatório de auditoria realizada no Tribunal Superior Eleitoral – TSE, em cumprimento à Decisão nº 305/98-TCU-Plenário (TC-006.905/95-1). Naquela assentada este Tribunal apreciou pedido de reexame da Decisão nº 28/97-TCU-Plenário, formulado pelo próprio TSE, no qual o órgão apresentava ponderações sobre a impossibilidade de, no período eleitoral, fazer cumprir o limite estabelecido pela Lei nº 8.112, para pagamento de serviços extraordinários (máximo de 2 horas diárias).

Decidiu então o TCU prover parcialmente o recurso, entendendo ainda que deveria incluir, em sua programação, auditorias nos diversos órgãos da Justiça Eleitoral com o objetivo de avaliar ‘a eficiência e eficácia dos sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras bem como para garantir uniformidade na interpretação dos normativos que regular a prestação de horas extras...’.

A realização do trabalho demonstrou a necessidade de que as determinações e entendimentos adotados pelo TCU naquela ocasião, conquanto oportunos e acertados, fossem ampliados de modo a abranger não apenas o período eleitoral e os órgãos envolvidos nos pleitos mas também toda a Administração Pública.

Assim, no que concerne à fixação em 50% do percentual de acréscimo à remuneração a ser paga pelas horas extras prestradas aos sábados, entende-se necessário que este Tribunal firme entendimento para toda a Administração.

Entende-se ainda conveniente que nesta oportunidade seja determinado especificamente ao órgão auditado que o referido percentual deve prevalecer não apenas no período eleitoral, como já havia sido determinado, mas também nos demais períodos.

No que concerne à sugestão de que o Congresso Nacional, quando da elaboração de nova lei eleitoral, avalie a conveniência e a necessidade de inserção de dispositivo específico que estabeleça limite para a prestação diária de horas extras diverso do contido na Lei nº 8.112/90, o que se pretende é que o entendimento já pela Corte de Contas, de que se trata de circunstância especial e relevante que requer tratamento específico, seja erigido à condição de legislação ordinária, evitando desta forma a possível adoção indiscriminada, por parte de outros órgãos, do referido entendimento, em circunstâncias, a seu juízo análogas.

Ante o exposto, manifestando concordância com as propostas constantes do item 12.2, folhas 147/8, encaminhamos o presente processo ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler, para deliberação.”

3.É o Relatório.

PROPOSTA DE DECISÃO

A Decisão nº 305/98 – TCU – Plenário autorizou a inclusão na programação das Unidades Técnicas a realização de auditorias nos “Órgãos da Justiça Eleitoral, em especial no Tribunal Superior Eleitoral e nos Tribunais Regionais Eleitorais, para serem avaliadas a eficiência e a eficácia dos sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras, bem como para garantir uniformidade na interpretação dos normativos que regulam a prestação de horas extras, nos períodos de 90 dias que antecede a eleição e, no posterior, inclusive em havendo segundo turno, até a proclamação final”. Em consequência dessa Decisão foi realizada auditoria no TSE.

I – Item 3.2 da Decisão nº 305/98 – TCU - Plenário

2. Anoto, de início, que o Sr. Analista, por entender “perigosa a perpetuação da autorização contida no subitem 3.2 da já mencionada Decisão nº 305/98” (item 4 do Relatório de Auditoria acima transcrito), efetuou comentários acerca dessa determinação (itens 4 a 9 do Relatório de Auditoria). Após justificar as razões pelas quais considerou indesejável a perpetuação dessa determinação, ofereceu sugestão de en-

caminhamento que mereceu acolhida do Sr. Diretor e do Sr. Secretário. Propôs que este TCU:

“b) recomende ao Congresso Nacional que avalie a conveniência e a necessidade de que, quando da elaboração das leis eleitorais relativas aos próximos pleitos, sejam inseridos dispositivos que estabeleçam limites para o serviço extraordinário diversos do fixados pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90, para atender às necessidades da Justiça Eleitoral nos períodos de eleição.”

3. Entendo, entretanto, que não caberia à Unidade Técnica efetuar ponderações sobre Decisão deste Tribunal. Embora impregnada de evidente busca de aperfeiçoamento do controle dos atos dos agentes públicos, parece-me que somente o Ministério Público, o responsável ou inteteressado têm competência para impugnar decisões do Tribunal, valendo-se da via recursal. Por isso, sem embargo de transcrever a totalidade da instrução oferecida pela 5ª SECEX, deixo de considerar a proposta de encaminhamento acima transcrita.

II – Serviço Extraordinário Prestado aos Sábados : 50% de Acréscimo

4. Em relação à proposta contida no item 12.2, alínea “a”, do Relatório de Auditoria acima transcrito, entendo que merece acolhida. Conforme já decidido por este Tribunal (Decisão nº 283/98-TCU-2ª Câmara, Acórdão nº 014/99-TCU-2ª Câmara e Decisão nº 196/99-TCU-Plenário), a remuneração de horas extras prestadas aos sábados deve ser de 50% acima da hora normal de trabalho. Por isso, cabível que seja firmado o entendimento de *“que o serviço extraordinários prestado aos sábados pelo servidor público federal, regido pela Lei nº 8.112/90, deverá ser remunerado com acréscimo de 50% em relação à hora normal de trabalho”*.

5. A propósito desse tópico, entendo conveniente reproduzir trecho do parecer que elaborei, ainda na condição de Secretário de Controle Externo da 10ª SECEX, nos autos do TC nº 625.238/95-8, em que **a 2ª Câmara, ao ratificar o Voto do eminente Adhemar Ghisi, decidiu impor ao TRE/RS a obrigação de remunerar as horas extras do sábado com acréscimo de 50% (e não 80%) em relação ao valor da hora normal de trabalho.** Tais considerações revelam-se, como se verá em seguida, aplicáveis a todo e qualquer servidor público federal.

“16. Início ressaltando que a forma de remuneração de horas extraordinárias prestadas é matéria reservada à lei. Ocorre que, ao se cotejarem os arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112/90, é possível concluir que apenas as horas que excedem às da jornada normal de trabalho devem ser remuneradas com 50% de acréscimo. Nada há sobre qual deva ser a remuneração das horas extras prestadas em dias em que não há jornada de trabalho. Essa omissão, registro, não faculta à Justiça Eleitoral constituir o direito por meio do estabelecimento de regras inovadoras, consubstanciadas em Resolução do TSE. A despeito disso, conforme consta do recurso ora examinado, regulamentou-se que as horas extras trabalhadas em sábados são remuneradas com acréscimo de 80% e as em domingos e feriados com

acréscimo de 100% em relação às horas normais de trabalho (fls. 9 e 10 deste vol. I).

17. Uma vez que a lei não contém regra específica para solução da presente questão, só há um caminho a ser percorrido : utilizar a forma de integração de lacunas que o próprio direito positivo elegeu. Consoante o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, 'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. Essa norma não está restrita à matéria de natureza cível. Fornece meio de integração para os diversos ramos do Direito. Certo é que, em certas áreas do direito, é vedada a analogia. Em matéria penal não se admite a condenação de réu por meio da analogia. O mesmo pode ser dito, em relação ao Direito Tributário, sobre a criação de impostos. Essas áreas são permeadas pela reserva absoluta da lei (lei formal).

18. Em relação ao direito administrativo, importa transcrever a lição de Alberto Xavier, em *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*, S.P., Ed. RT, 1978, p.29 a 31, quando discorre sobre os princípios da legalidade no Direito Tributário: 'Como atrás já se sustentou, o Direito Administrativo brasileiro exige uma reserva da lei no que respeita à criação de deveres - de conteúdo positivo ou negativo, isto é, à 'obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa' a que se refere o § 2º do art. 153 da Constituição (**inciso II do art. 5º da atual Constituição**). De tal modo que a atividade administrativa que não consista na criação de limites à liberdade pessoal ou patrimonial dos súditos apenas se encontra submetida à regra da preeminência da lei'. E prossegue: 'O rigor do princípio da legalidade administrativa no Direito brasileiro não vai, porém, às suas últimas conseqüências, que só atingem o campo do (...) Direito Tributário. (...) no Direito Administrativo a reserva (...) é apenas uma reserva relativa.'

19. Assim sendo, não há nada que impeça buscar na analogia a definição do valor das horas extras a serem pagas aos servidores do TRE/RS em domingos e feriados. Poder-se-ia optar por recorrer ao próprio art. 73 da Lei nº 8.112/90, para concluir que essas horas deveriam ser remuneradas com 50% de acréscimo em relação à hora normal de trabalho. Parece-me, porém, que o Direito do Trabalho, em normas positivadas e enunciados de Jurisprudência, oferece alternativa mais adequada. Fornece solução que considera as peculiaridades da prestação de trabalho em dias de repouso remunerado ou em dias a eles equiparados. Recorrer-se-á, logo a seguir, à **analogia iuris**, que se 'estriba num conjunto de normas, para extrair elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso concreto não contemplado, mas similar' (Maria Helena Diniz - *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, Saraiva, 1996, SP, 2ª edição, p. 111 e 112).

20. A Lei nº 605, de 05.01.49, dispõe em seu art. 1º que 'Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado, de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local'. O art. 9º da mesma Lei prescreve que 'Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigên-

cias técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga'. Ante a existência dessas normas e o impedimento de se suprimir o repouso semanal remunerado, o STF sumulou o entendimento de que (Súmula nº 461), a título de indenização, 'É duplo, e não triplo, o pagamento de salário nos dias destinados a descanso'.

21. *É fácil notar que esses preceitos normativos e o comando jurisprudencial referem-se a situações fáticas bastante similares à que ora se examina. Por isso, é possível deles extrair solução adequada ao presente caso (definição do valor a ser pago por hora extra em domingos e feriados), para o qual deixou a lei de fornecer solução específica. Nisso, a propósito, consiste a analogia: 'aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado', consoante Maria Helena Diniz, na mesma obra citada no item 19 supra (p.108). Dessa forma, é possível concluir que os servidores da Justiça Eleitoral, ocupantes ou não de cargo em comissão, fazem jus ao recebimento de horas extras remuneradas em dobro, em relação à hora normal de trabalho.*

22. *A remuneração das horas extras trabalhadas nos sábados merece outro tratamento. Em razão do que prevê o inciso XV do art. 7º da Constituição e devido à ausência de norma específica que estipule dia diverso como sendo de repouso semanal remunerado, considero que esse dia seja o domingo. Sábado, portanto, não pode ser também considerado como tal. Caso contrário estar-se-ia admitindo a existência de dois dias de descanso remunerado por semana, o que contrariaria o citado dispositivo constitucional. Assim sendo, embora não haja rotineiramente expediente aos sábados nos Tribunais Judiciários, parece-me correto considerar que as horas extras prestadas nesse dia devam ser remuneradas como as horas extras prestadas em dias normais de trabalho. Com 50% de acréscimo, em relação à remuneração da hora normal de trabalho, nos termos do art. 73 da Lei nº 8.112/90.*

23. *É possível, devo dizer, questionar-se a recorrência a esse dispositivo legal para solucionar a questão em tela, a partir de exame conjunto dos arts. 73 e 74 da Lei nº 8.112/90. Poder-se-ia, em interpretação restritiva, entender que o adicional de 50% mencionado no art. 73 refere-se tão-só às horas que extrapolam a jornada normal de trabalho a que se refere o art. 74. Nessa hipótese e por não haver nos Tribunais, em regra, jornada de trabalho no sábado, poder-se-ia concluir que é impróprio recorrer à regra contida no primeiro desses artigos. Daí resultaria a necessidade de buscar, no Direito do Trabalho, novamente por analogia, solução mais adequada. O debate acerca de qual dessas teses deve prevalecer, todavia, se revelaria inócuo, visto que ambas forneceriam o mesmo resultado final. Tanto o Direito do Trabalho (conforme § 1º do art. 59 da CLT e ante a ausência de norma legal que preveja o valor da hora extraordinária) como a Lei nº 8.112/90 (art. 73) conduzem à conclusão de que a hora extra em sábados deva sofrer 50% de acréscimo sobre a remuneração da hora normal."*

III – Apreciação dos Dados Coletados

III. 1 – Período Eleitoral

6.Foi levantado pelo Sr. Analista o número de horas-extras prestadas por servidores do Tribunal Superior Eleitoral. A partir das folhas de ponto dos meses de julho a novembro de 1998, foi colhida amostra constituída de 33 servidores que realizaram mais de 60 horas extras em pelo menos 4 dos 5 meses analisados, conforme explicitado no subitem 11.1 do Relatório acima transcrito. Em seguida, reproduzo tabela elaborada pelo Sr. Analista, por ser importante para a análise a seguir deduzida.

SERVIDORES COM MAIS DE 60 HORAS EXTRAS MENSAIS JULHO A NOVEMBRO DE 1998 – Período Eleitoral Dados em Horas e Minutos

SERVIDOR	07/98	08/98	09/98	10/98	11/98
Alexandre Sérgio V. Ferreira	66:30	120:45	91:00	114:30	09:30
Anna Cláudia F. Stein	73:19	76:07	86:40	115:55	10:49
Carlos Eduardo B. Bom	79:30	93:30	62:00	80:30	05:00
Carlos Leonardo S. Santos	86:25	114:25	119:27	102:43	07:04
Cleyton L. M. Eufrásio	78:00	89:00	62:00	84:00	
Climério I. Delmondos	68:49	99:45	104:10	96:55	41:04
Daltro X. B. Gracindo	183:34	184:58	128:00	128:01	02:45
Edmilson S. Gusmão	91:40	114:22	95:55	111:52	10:00
Eduardo B. Rangel	184:30	189:30	128:00	124:30	14:00
Elesbão A. B. Filho	94:28	81:42	63:10	82:55	39:45
Ermeto A. Cembranel	70:25	108:25	121:43	118:22	
Francisca C. Silva	171:28	247:13	128:00	121:55	
Gleice A Cruz	84:30	90:25	120:18	128:00	
Gonçalo A Martins	63:00	80:37	77:04	109:37	75:19
Helvécio E. Araujo	66:45	89:43	69:30	116:34	
Ítala M. A Santos	167:45	169:00	128:00	127:58	06:34
Josival B. Barreto	72:25	63:28	61:03	68:40	84:13
Linda M. L. Oliveira	143:42	206:36	126:33	94:27	
Luciana N. Souza	86:04	121:28	99:19	73:10	06:06
Luiz Frank R. Lopes	71:00	146:30	85:00	108:00	
Marcelo César Gonçalves	80:19	85:49	89:30	60:04	12:00
Maria Angélica B. Silva	61:34	88:30	61:09	34:30	30:33
Maria Rosa Bispo	69:45	127:49	123:00	118:49	10:00
Mário F. M. Junior	76:43	79:00	114:00	128:00	20:00
Naide V. S. Araujo	106:55	94:10	101:46	105:01	38:00
Nelson L. Costa	70:28	79:25	107:58	89:43	12:00
Quiolanda M. P. Melo	89:03	94:10	99:28	128:01	31:45
Raphael E. Gois	65:30	62:25	65:00	66:00	
Reinaldo N. Silva	157:19	163:10	128:00	121:37	12:00
Rosângela dos Anjos	74:25	75:49	75:52	98:19	30:49
Sérgio M. B. Torquato	126:39	143:04	112:40	121:19	42:00
Veneranda M. S. Freitas	163:57	240:13	127:58	117:34	12:45
Waner V. A Hristov	156:04	183:19	129:00	128:01	14:34

7.O Sr. Analista, com base nesse levantamento teceu comentários acerca da precariedade do sistema de aferição dos horários registrados nas respectivas folhas de ponto (subitem 11.4 do Relatório de Auditoria). Deixou consignado, também, diversas impropriedades que demandam a adoção de medidas corretivas (vide subitem 11.6 do Relatório de Auditoria). Em conclusão, ficou resgistrado que *“os sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras do TSE apresentam falhas, necessitando aperfeiçoamento. As incorreções detectadas devem ser sanadas, por meio de um amplo levantamento das horas extras realizadas durante o período abrangido pelo calendário eleitoral, promovendo-se o devido acerto financeiro”*.

8.Além dessas considerações, entendo necessária a apreciação da razoabilidade da prestação e pagamento de horas extras aos servidores acima destacados. Percebo que foi extremamente comum a prestação de número elevado de horas extras no referido período. A título de exemplo, menciono o caso do servidora Veneranda M. S. Freitas. Durante o mês de agosto de 1998, teria prestado 240h13m. Como esse mês possui 22 dias úteis e a jornada normal de trabalho na Justiça Eleitoral é de 8 horas (art. 2º da Resolução nº 20.396, fl. 7), a servidora deveria ter trabalhado cerca de 416h nesse mês. Para que isso acontecesse deveria ter prestado aproximadamente 13h25m de serviço, por dia, todos os dias do mês – inclusive sábados e domingos. Deveria, em verdade, ter cerca de quase 15h por dia envolvido com as tarefas no TSE, pois há necessidade de, conforme a própria regulamentação desse órgão, ser concedida uma hora para descanso, a cada 8 h trabalhadas em dias úteis e a cada 6h em dias não úteis.

9.A prestação de número tão elevado de horas extras por uma mesma servidora em dado período de tempo não pode ser considerada razoável (há no quadro acima transcrito outros exemplos de números elevadíssimos de horas extras em dado intervalo de tempo). Cabe ao gestor, ainda que em períodos de elevada incidência de tarefas, lançar mão da força de trabalho disponível de maneira racional. É sabido – e basta a recorrência ao senso comum – que jornadas extremamente longas estão associadas a baixa produtividade e aumento da incidência de erros. Cabe, portanto, expedir determinação ao TSE para que promova a otimização do uso de sua força de trabalho, inclusive em obediência ao princípio da eficiência, recentemente contemplado no caput do art. 37 da Constituição Federal.

III.2 – Períodos não Eleitorais

10.Conforme notícia constante do item 11.7 do Relatório de Auditoria já referido, mesmo fora do período eleitoral, observa-se a prestação de horas extras acima dos limites legais. Anotou o Sr. Analista também que o número de horas extras prestadas fora do período eleitoral foi muito elevado (vide tabelas a seguir apresentadas). Segundo levantamento da Auditoria, no curto **período de dezembro/98 a março/99, foram pagas 15.830 horas**, prestadas, em sua maioria, em domingos e feriados. Mais que isso: foi registrado que diversos servidores extrapolaram o limite mensal de 60h extras. Por conta disso, concluiu adequadamente que :

“... O elevado número de horas extras demonstrado na referida tabela, além de implicar perda do caráter de excepcionalidade e temporariedade do qual o serviço extraordinário deve estar revestido, denota falta de planejamento do Órgão em gerir seus recursos humanos de modo a que estes desenvolvam suas atividades durante suas jornadas normais de trabalho.”

11. De fato, presume-se que em períodos não eleitorais o TSE funcione em ritmo de normalidade. **Não é admissível que dada instituição opere cotidianamente exigindo de seus servidores (e a eles pagando por isso) a prestação de serviço extraordinário.** A prestação de serviço extraordinário – **ainda que dentro dos limites legais** - deveria configurar situação excepcional. Isso, entretanto, não vem ocorrendo no TSE. Compete, portanto, a este Tribunal adotar medidas tendentes a coibir a inadequada gestão de recursos humanos naquela instituição.

**SERVIDORES COM MAIS DE 60 HORAS EXTRAS MENSAIS
DEZEMBRO/98 e JANEIRO/99
Dados em Horas e Minutos**

SERVIDOR	12/98	01/99	TOTAL
Alterjunior M. Paiva	61:00		61:00
Antonio Joaquim Nunes	78:00	72:00	150:00
Charles A S. Melo	76:00		76:00
Cláudio Massuni Mori	86:00		86:00
Eduardo Cândido de Souza	62:30		62:30
Fábio Lucas Zacarias	68:30	71:00	139:30
Francisco L. V. Badaró	78:00	72:00	150:00
Geovânia B. Pfeilsticker	80:30		80:30
Gilmar Leal da Silva	72:00		72:00
Gonçalo Alves Martins	87:40		87:40
Helvécio Eustáquio de Araujo	83:00		83:00
Jaqueline Verdade Costa	71:55		71:55
Jean Carla R. de Brito	73:34		73:34
João Batista Ribeiro	88:00		88:00
João Cordeiro de Matos	83:19		83:19
José Almir Pires Maciel	93:19		93:19
José Gomes A Junior	62:28		62:28
José Lúcio Pinheiro Junior	65:00		65:00
Juvêncio Braga Firmiano	86:53		86:53
Leobino Francisco dos Santos	106:00	61:04	167:04
Luiz Frank Ribeiro Lopes	78:00		78:00
Marco Valério dos Santos	66:00		66:00
Maria Amélia P. O Lima	114:24		114:24
Maria Angélica B. Silva	130:30		130:30
Maria Eugênia da Silva	78:55		78:55
Munira Vitoriano S. Araújo	68:59		68:59
Paschoal Rosseti Neto	78:00		78:00
Quiolanda Maria Paiva Melo	66:34		66:34
Reinaldo Nonato da Silva	62:00		62:00
Rita de Cássia Pereira	81:00		81:00
Rosângela Moreno Silva	72:34		72:34
Sônia Faria da Silva	78:10		78:10
William Alves De Araújo	77:40		77:40

SERVIDORES COM MAIS DE 60 HORAS EXTRAS MENSAIS
JANEIRO A JUNHO/98
Dados em Horas e Minutos

SERVIDOR	01/98	02/98	03/98	04/98	05/98	06/98
Alexandre G. Sena	64:00					
Alexandre Moraes Pereira	76:10					
Alysson R. Queiroz	84:04					
Cláudio Massuni Mori			76:00			
Daniel Carlos L. Correa				83:30		
Geovânia B. Pfeilsticker	78:25					
Gladiston da Silva Costa	72:00					
Irinaldo Portuguez Cunha	72:00					
José Almir P. Maciel	83:40					
José Antonio V. Neto			74:40			
Leobino Francisco Santos	120:49					
Luciana Texeira						61:10
Luiz Almeida Bomfim	62:00					
Márcio Borba Xavier	78:00					
Maria Amélia P. Lima	125:25		143:30			
Maria Angélica B. Silva	128:45		134:34			
Maria C. L. S. Vasconcelos	133:45					
Maria Eugênia da Silva	95:35					
Marta Juvina de Medeiros			118:00			
Mônica Iannini	85:25					
Munira Assaf Amorim			85:30			
Rodrigo de Pina Álvares	82:21					
Ronaldo Assunção Lago	72:00					
Rosana Lopes Pereira			68:00			
Rosinaldo D. F. Junior		65:00				
Silvia da Costa Alves	61:00					
Silvia Sousa Azevedo	85:30		96:30			
Sonia Faria da Silva	102:45		129:43			
Wagner Miranda Costa			113:30			

IV – Motivação dos Atos que Autorizam a Prestação de Serviço Extraordinário

12. Por meio da já mencionada Decisão nº 305/98 – TCU – Plenário, foi autorizado, em caráter de absoluta excepcionalidade, que o TSE pudesse extrapolar o limite de 2 horas extras diárias e também deixasse de observar o repouso semanal remunerado. Reconheceu-se que, dada a especificidade da atividade eleitoral, era necessária concentração de esforços no **período eleitoral** a fim de que aquele órgão pudesse conduzir satisfatoriamente o processo eleitoral. Entendeu-se que o princípio

republicano deveria, nesses momento especiais, se superpor às normas que regulam a prestação de serviços extraordinários.

13.Foi determinado que a autorização para prestação de horas extras deveria ser motivada. Motivar significa **explicitar as razões materiais e excepcionais que demandam a exigência da realização de tarefas além do horário normal**. Impõe-se, portanto, que sejam anotadas de forma **específica e individualizada** todas as circunstâncias que indiquem a necessidade de realização do serviço extraordinário. Tal requisição deverá também ser efetuada à autoridade competente que a examinará e decidirá sobre a respectiva autorização. **Esse procedimento, diga-se, deve ser observado não só em relação às horas trabalhadas além dos limites legais, mas também no caso em que essas horas não extrapolam tais limites.**

14.Em que pese o registro da Unidade Técnica quanto à obediência formal ao princípio da motivação, a análise dos atos administrativos constantes dos autos demonstram a necessidade de expedir determinação no sentido de que sejam aperfeiçoados os conteúdos materiais das motivações apresentadas pelo Sr. Diretor-Geral, tendo em vista o caráter genérico apresentado em muitos dos atos em que se autoriza a prestação de serviço extraordinário.

V – Controle Interno

15.Compete, no primeiro momento, ao Controle Interno do próprio TSE o acompanhamento da prestação de serviços extraordinários nesse órgão. A esse órgão impõe-se não só a avaliação dos aspectos formais relacionados com a prestação de serviço extraordinário, mas também dos de ordem material. Exige-se do Controle Interno que aprecie, de forma crítica, a política de pessoal daquele Tribunal Superior. Sempre com o intuito de buscar a otimização do uso da força de trabalho da instituição.

Ante o exposto, proponho que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto ao Plenário.

DECISÃO Nº 519/99-TCU- PLENÁRIO¹

1. Processo TC-003.897/99-0
2. Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria
3. Interessado : Tribunal de Contas da União
4. Entidade: Tribunal Superior Eleitoral – TSE/SE
5. Relator: Auditor Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 5ª SECEX
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no inciso I do art. 43 da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

¹ Publicada no DOU de 20/08/1999.

8.1- firmar o entendimento, em caráter normativo, de que o serviço extraordinário prestado aos sábados por qualquer servidor público federal regido pela Lei nº 8.112/90, deverá ser remunerado com o acréscimo de 50% em relação à hora normal de trabalho.

8.2 - determinar ao Tribunal Superior Eleitoral que:

8.2.1 - promova o levantamento das horas extras efetivamente realizadas no período eleitoral (90 dias que antecederam o pleito de 1998 até a proclamação final dos resultados), com o propósito de realização do devido acerto financeiro, comunicando ao Tribunal de Contas da União, no prazo de 60 dias, os resultados alcançados (no item 11.6 do Relatório de Auditoria transcrito no Relatório acima estão relacionadas as inconsistências verificadas na amostra colhida pela Auditoria);

8.2.2 – otimize a utilização de sua força de trabalho, com o intuito de minimizar a prestação de serviço extraordinário por seus servidores, principalmente em períodos não eleitorais;

8.2.3 – na hipótese de ocorrer excepcional necessidade de prestação de serviços extraordinários, seja a prévia autorização para sua realização sempre fundamentada, mesmo quando a prestação de tais serviços se der com observância dos limites legais (a fundamentação deverá ser elaborada de forma individualizada e explicitar analiticamente as circunstâncias fáticas que justificam a prestação de serviço extraordinário);

8.2.4 – promova o aperfeiçoamento da sistemática de controle de prestação e pagamento de serviços extraordinários;

8.2.5 – remeta a este Tribunal de Contas da União, quando da apresentação das contas anuais, relatório que contenha informações detalhadas sobre a eventual prestação de horas extras por servidores desse órgão;

8.3 – determinar ao Controle Interno do Tribunal Superior Eleitoral que remeta a este Tribunal, juntamente com o documento de que trata o item 8.2.5, relatório crítico que contenha as informações referidas no subitem anterior.

8.4 – determinar a juntada destes autos às contas do exercício de 1998 e extração de cópias para juntada também às contas de 1999.

8.5 – remeter cópia da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam ao Tribunal Superior Eleitoral.

09. Ata nº 35/99 – Plenário

10. Data da Sessão: 11/08/1999 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

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

IRAM SARAIVA
Presidente

BENJAMIN ZYMLER
Relator

BANCO DO BRASIL - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MODERNIZAÇÃO DE ELEVADORES SEM A REALIZAÇÃO DO COMPETENTE PROCESSO LICITATÓRIO

Representação

Ministro-Relator Bento José Bugarin

Grupo: II - Classe III - 2ª Câmara

TC-001.587/99-4

Natureza: Representação.

Entidade: Banco do Brasil S/A.

Interessada: 8ª SECEX.

Ementa: Representação formulada por Unidade Técnica do Tribunal versando sobre a contratação pelo Banco do Brasil de serviços de modernização de elevadores sem a realização do competente processo licitatório, sob a alegação de ser inexigível. Procedência. Matéria examinada anteriormente pelo Tribunal, que considerou ser viável a competição para os serviços da espécie, mas que até então não havia sido pacificada nesse sentido. Inexigibilidade de licitação declarada após ouvidos os órgãos técnico e jurídico do Banco. Juntada dos autos às Contas da referida instituição para exame em conjunto e em confronto. Ciência da decisão à empresa Well Engenharia Ltda., que denunciou junto ao Banco do Brasil a irregularidade da contratação.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pela 8ª SECEX versando sobre possível ilegalidade na contratação pelo Banco do Brasil da empresa ATLAS Elevadores S/A, para realização de serviços de reforma e modernização de elevadores nos edifícios-sede I e III, em Brasília, sem licitação - considerada inexigível -, consoante apurou aquela Unidade Técnica ao examinar o respectivo aviso de inexigibilidade publicado no DOU de 21/10/98 (fls. 65).

Promovida a audiência dos responsáveis pelo ato que ratificou a mencionada situação de inexigibilidade, apresentaram, separadamente, as justificativas pertinentes (fls. 83/255), todas de igual teor e subscritas pelo mesmo advogado, devidamente habilitado nos autos.

Em síntese, alegaram que a competição era inviável, tendo em vista que somente a empresa contratada poderia prestar os serviços com segurança e garantia, por ser a fabricante dos elevadores que seriam reformados e modernizados. Alegam ain-

da que este Tribunal, por meio da Decisão nº 415/98, de 8/7/98, manifestou-se favoravelmente à contratação direta de empresa para modernização de elevadores. Lembram, no entanto, que esta Corte, posteriormente, examinando caso análogo, considerou ser exigível o procedimento licitatório, tendo, não obstante, acatado as justificativas dos gestores por terem agido com base em pareceres favoráveis à contratação direta elaborados pelo setor jurídico do órgão contratante e pela respectiva Secretaria de Controle Interno (Decisão nº 575/98-Plenário). Em seu favor, informam que este último caso examinado pelo Tribunal assemelha-se bastante ao presente, tendo em vista que “tanto o órgão técnico quanto a Consultoria Jurídica do Banco também se pronunciaram favoravelmente à contratação direta, sendo que, em relação ao preço, conforme admitido na própria Representação (da 8ª SECEX), o Banco realizou intensa negociação com vistas a reduzir, ao máximo, o valor do contrato, conseguindo, ao final, uma redução de 29% sobre a proposta original”.

A 8ª SECEX considerou insatisfatórias as justificativas apresentadas, tendo em vista os seguintes motivos, em síntese:

a) este Tribunal já se manifestou contrariamente à contratação direta, sem licitação, para a realização de serviços de reforma e modernização de elevadores, consoante Decisões Plenárias de nºs 575/98 e 117/99;

b) os próprios defendentes demonstraram a viabilidade de competição, pois informaram que o Banco examinou duas propostas para a realização dos serviços, uma da empresa Atlas e outra da empresa SUR S/A, as quais, entretanto, não puderam ser comparadas com objetividade, pois foram cotados preços para serviços distintos;

c) diversos órgãos da Administração Pública realizaram licitações para a contratação de serviços da espécie, conforme mencionado nos Votos que conduziram as referidas Decisões desta Corte; o próprio Banco do Brasil, inclusive, adotou o procedimento licitatório para a modernização de elevadores na sua Regional de Porto Alegre (Tomada de Preços 284/99 – DOU de 02/06/99, Seção III, pág. 13);

d) os componentes eletroeletrônicos dos elevadores, considerados complexos pelos defendentes, são constituídos a partir de subcomponentes fartamente encontrados no mercado, o que permite a sua fabricação por diferentes empresas do ramo de elevadores;

e) a presunção invocada pelos responsáveis de que a empresa Atlas sagrar-se-ia vencedora em eventual procedimento licitatório, tendo por objeto a modernização de elevadores de sua própria fabricação, não exige o Banco de realizar aquele certame;

f) a própria defesa reconhece a existência de pluralidade de ofertantes de serviços de reforma e modernização de elevadores, não obstante entender, contrariamente, que somente a Atlas seria capaz de executá-los, por ser a fabricante dos elevadores instalados no Banco;

g) o inciso I do art. 25 da Lei 8.666/93, invocado como embasamento legal para a não-realização do procedimento licitatório, não se aplica ao caso, pois o dispositivo se refere à aquisição de equipamentos, materiais e outros e não à realização de serviços.

Diante de todas essas razões, entende a Unidade Técnica que a contratação deveria ser anulada por ilegalidade, mas deixa de propor a medida, tendo em vista que dela adviriam enormes prejuízos para o Banco, uma vez que, dado o tempo transcorrido (cerca de nove meses), os serviços no primeiro grupo de elevadores já devem ter sido concluídos, em consonância com o cronograma então aprovado.

Em conclusão, propõe a 8ª SECEX que o Tribunal:

a) conheça da presente Representação para, no mérito, considerá-la procedente;

b) aplique a cada um dos responsáveis que indica a multa prevista no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/92;

c) determine a juntada do presente processo às Contas do Banco do Brasil, relativas ao exercício de 1998, para exame em conjunto e em confronto.

Por meio do Despacho de fls. 270 determinei a juntada aos autos de expediente originalmente endereçado ao Banco do Brasil pela empresa Well Engenharia Ltda., no qual esta solicita a adoção de providências por parte daquela instituição bancária para anulação da contratação em tela, sob o argumento, entre outros, de que é notória a existência de concorrentes no setor, sendo, portanto, inaplicável ao caso o disposto no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93. Esses e outros argumentos da referida empresa são os mesmos invocados pela 8ª SECEX em suas instruções acerca da Representação.

É o Relatório.

VOTO

Conforme lembrou a Unidade Técnica, a matéria objeto da presente Representação foi exaustivamente examinada por esta Corte quando da apreciação do TC-009.796/97-5, que tratou de caso idêntico. Na ocasião, o Tribunal, acolhendo Voto deste Relator, decidiu considerar exigível o procedimento licitatório para a contratação de serviços de modernização de elevadores, tendo em vista a viabilidade de competição entre as diversas empresas que atuam no ramo (Decisão nº 575/98-Plenário, de 26/08/98). Decidiu também a Corte, na ocasião, acatar parcialmente as justificativas do gestor, porque o procedimento adotado estava amparado em pareceres da Consultoria Jurídica do órgão e da Secretaria de Controle Interno respectiva, que o consideravam legal. Esclareço, a propósito, que esse entendimento deve ser considerado com ressalvas, dependendo, em cada caso, das circunstâncias que o caracterizem, isto é, de forma relativa. É fundamental que o parecer jurídico dê interpretação razoável à questão tratada e que seja evidente a boa-fé que presidiu a atuação do agente público. Deve ser levado em conta, também, o fato de se tratar, ou não, de matéria cujo entendimento já tenha sido pacificamente estabelecido no âmbito do TCU.

Em recente assentada, esta Corte, acolhendo Voto do Ministro Adhemar Ghisi, ratificou a necessidade do procedimento licitatório para a contratação de serviços da espécie (Decisão nº 117/99-Plenário).

Não obstante, anteriormente às Decisões supramencionadas, o Tribunal havia acolhido Voto apresentado pelo Ministro Carlos Átila que considerava restar configurada, no caso concreto então examinado e à época da contratação idêntica a destes autos (1994), a inviabilidade de competição e do conseqüente procedimento licitatório (Decisão nº 415/98-Plenário, DOU de 17/07/98). Certamente se referia o nobre Relator às condições de mercado então existentes, que talvez não proporcionassem a enorme concorrência hoje verificada no setor.

De qualquer forma, observa-se que a matéria, à época em que se desenvolvia o processo de inexigibilidade no Banco do Brasil (julho/98), comportava interpretações distintas, e apenas recentemente foi pacificada neste Tribunal no sentido da obrigatoriedade de licitação para a realização de serviços de modernização de elevadores.

Assim, deixo de acatar a proposta da SECEX relativamente à aplicação de sanções pecuniárias aos gestores do Banco do Brasil, porquanto agiram eles na presunção de legalidade do procedimento, com base em pareceres do órgão técnico e do setor jurídico da entidade. Por oportuno, lembro que o Tribunal também assim decidiu ao examinar contratação semelhante ocorrida na EMBRATEL (Decisão nº 255/99-Plenário). Não obstante, entendo que, a partir da data da publicação da Decisão nº 575/98 no Diário Oficial da União (4/9/98), esta Corte não deve mais aceitar justificativas embasadas em inviabilidade de competição para os serviços da espécie, aplicando, então, aos responsáveis pela infração à Lei 8.666/93, as sanções cabíveis.

Deixo também de sugerir qualquer recomendação ao Banco do Brasil no sentido do exato cumprimento da lei, tendo em vista que aquela instituição já reconheceu a necessidade de realizar o procedimento licitatório para a modernização de seus elevadores, conforme comprova a Tomada de Preços realizada no âmbito da Regional do Banco em Porto Alegre, a que se referiu a Unidade Técnica.

Ante o exposto, acolhendo, no mérito, os pareceres da 8ª SECEX, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DECISÃO Nº 242/99 - TCU - 2ª CÂMARA¹

1. Processo nº 001.587/99-4
2. Classe de Assunto: III - Representação de Unidade Técnica.
3. Interessada: 8ª SECEX.
4. Entidade: Banco do Brasil S/A.
5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.
6. Representante do Ministério Público: Ubaldo Alves Caldas (manifestação oral).
7. Unidade Técnica: 8ª SECEX.
8. Decisão: A 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

¹ Publicada no DOU de 20/08/99.

8.1. conhecer da presente Representação por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la procedente, tendo em vista a contratação pelo Banco do Brasil S/A de serviços de modernização de elevadores sem a realização do competente processo licitatório, consoante Aviso de Inexigibilidade de Licitação publicado no Diário Oficial da União de 21/10/98 (Seção III, pág. 19);

8.2. determinar a juntada dos presentes autos às Contas do Banco do Brasil relativas ao exercício de 1998, para exame em conjunto e em confronto;

8.3. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam, à empresa Well Engenharia Ltda.

9. Ata nº 29/99 - 2ª Câmara.

10. Data da Sessão: 12/08/1999 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (na Presidência), Bento José Bugarin (Relator), Adylson Motta e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

11.2. Ministro que alegou impedimento: Adylson Motta.

VALMIR CAMPELO
na Presidência

BENTO JOSÉ BUGARIN
Ministro-Relator

MAER - ATRASO NO PAGAMENTO DE CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA: LEGALIDADE DA MULTA MORATÓRIA COBRADA POR CONCESSIONÁRIA

Consulta

Ministro-Relator Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça

Grupo II - Classe III - Plenário

TC-004.553/1998-5

Natureza: Consulta

Órgão: Ministério da Aeronáutica

Interessado: Ministro de Estado.

EMENTA: Consulta. Atraso no pagamento de conta de energia elétrica. Legalidade da multa moratória cobrada por concessionária. Entendimento diverso do contido na Súmula de Jurisprudência n.º 226 do TCU. Envio de cópia dos autos à Comissão de Jurisprudência do Tribunal para que examine a conveniência de modificar o teor da referida Súmula.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Ministro da Aeronáutica, Brigadeiro Lélvio Viana Lôbo, relativa ao exame da legalidade da cobrança de multas moratórias por parte de concessionárias de serviços de energia elétrica, em caso de atraso de pagamento, encaminhada ao Ministro-Presidente deste Tribunal.

2. Informa Sua Excelência que mandara “retransmitir aos Ordenadores de Despesas das Unidades Administrativas, deste Ministério, o contido na Decisão n.º 399/95-TCU-Plenário, desse Tribunal, que na letra b do item 8.1, dá o seguinte aporte: ‘é indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos da Administração Pública e entidades a elas vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa’.

Ocorre, porém, que o entendimento do Ministério das Minas e Energia, no Parecer Conjur/MME n.º 235/96, é diametralmente oposto à referida Decisão dessa Corte, quando conclui que: ‘a) é legítima a cobrança, pelas concessionárias do serviço de distribuição de energia elétrica, de multa moratória sobre os valores das contas mensais liquidadas com atraso; b) a multa moratória incide sobre as contas de todos os consumidores de energia elétrica, pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, sem distinção de classe ou natureza (Decreto-lei n.º 2.432/88, art. 4º, parágrafo único).’

Considerando o conflito de normas adnumerado, consulto Vossa Excelência sobre a possibilidade de nova análise do assunto em lide, para fundamentar nossas decisões, sobretudo quanto aos serviços públicos, tanto os executados por entidades da Administração Indireta, quanto os que venham a ser efetuados por empresas privadas”.

3. A 3ª Secex instruiu o processo e entende que:

“2. A presente consulta atende aos requisitos de admissibilidade previstos nos parágrafos 2º e 3º do art. 216 do Regimento Interno do TCU, exceto por não vir acompanhada do parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica. Porém, considerando a eminência da autoridade consulente, entendo, s.m.j., possa ser relevada a ausência desse requisito de admissibilidade, para que, em caráter excepcional, esta Corte conheça do pleito”.

4. Registra também que:

“4. Na verdade a presente consulta é, em parte, reedição daquela tratada pelo processo TC n.º 012.070/94-7, que originou a Decisão n.º 399/95-TCU-Plenário (cópia do Relatório do Ministro-Relator, Voto e Decisão às fls. 04/08), acrescentando-se-lhe apenas o questionamento sobre um eventual pagamento de multas moratórias a empresas privadas, responsáveis pela prestação de serviços públicos. A parte acrescida na consulta adquire importância na medida em que avança o programa de privatizações do Governo, já estando concretizadas as vendas de todo o sistema Telebrás e de algumas empresas estaduais de energia elétrica.

4.1. Por isso, nesta instrução, analisar-se-á a legalidade da cobrança de multas moratórias por atraso de pagamento, distinguindo-se o agente prestador do serviço público em dois grupos, sendo o primeiro composto por entes da administração indireta e o segundo formado por empresas privadas concessionárias de serviços públicos.

1º caso – Concessionário de serviço público é ente da administração indireta

5. Essa hipótese foi o exato tema da consulta da qual resultou a Decisão 399/95-TCU-Plenário, onde se declarou que o parágrafo único do art. 4º do Decreto-lei n.º 2.432/88 não dá expressamente o devido amparo legal para que concessionárias de serviço público de energia elétrica cobrem multa dos órgãos públicos pelo atraso no pagamento de faturas de fornecimento energia elétrica. Consta também do texto da citada Decisão que é indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos da Administração Pública e entidades a elas vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa. Determina ainda o item 8.2 dessa Decisão, que cópias da mesma, bem como do Relatório e Voto que a fundamentaram, seriam encaminhadas também ao Sr. Ministro das Minas e Energia.

6. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, embora seja aceitável a cobrança de correção monetária por atraso no cumprimento de uma obrigação, eis que a atualização destina-se apenas a preservar o valor aquisitivo da

moeda, é descabida a aplicação de multas entre os órgãos das três esferas administrativas de Poder Público, inclusive por suas empresas prestadoras de serviços públicos, salvo se houver expressa previsão legal, uma vez que essa penalidade possui caráter eminentemente punitivo e não se coaduna com o princípio federativo (Decisões nºs 40/92-TCU-Plenário, 269/94-TCU-Plenário, 305/97-Primeira Câmara, 399/95-TCU-Plenário e várias outras). À vista das reiteradas Decisões, o Tribunal editou a Súmula n.º 226, *in verbis*:

‘É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa’.

7. Dado que não foi editada nenhuma norma legal que autorize a aludida cobrança de multa moratória, continuam inalteradas as condições que possibilitaram a adoção da Decisão 399/95-TCU-Plenário.

2º caso – concessionário de serviço público é empresa privada

8. As cobranças de multas moratórias por atrasos de pagamento de serviços públicos executados por empresas privadas, que porventura venham a ocorrer, devem ser analisadas de forma diferente daquela até aqui empregada.

8.1. De início, não se pode aplicar aqui o princípio federativo, visto que a multa seria aplicada por empresa privada e não por empresa ou órgão ligada a alguma esfera de poder.

8.2. Nos casos em que o agente impositor da multa moratória é ente da administração indireta, há que se lembrar da inexistência de norma legal autorizativa, o que, pelo princípio da legalidade, impede tal cobrança. Segundo o doutrinista Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 19ª Edição, páginas 82/83, ‘enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza’.

8.3. Dessarte, em princípio a cobrança da multa moratória por atraso de pagamento, no caso de prestação de serviços públicos por empresas privadas, poderia ser feita, desde que não exista norma legal que a proíba.

9. No entanto, há que se considerar que a presença da Administração Pública em contrato, mesmo na qualidade de usuária de serviços públicos, altera a natureza do mesmo, trazendo-o para o regime do direito público. Sobre o assunto e sobre suas possíveis repercussões, no tocante à aplicação de multas moratórias à Administração Pública, já se manifestou o Exmo. Sr. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, em processo de que era Relator, no Voto que encaminhou a Decisão 399/95-TCU-Plenário, nos seguintes trechos trazidos à colação:

‘11. Quanto aos contratos em que a Administração é parte, como usuária de serviço público, os eminentes administrativistas Marçal Justen Filho e Toshio Mukai, ao comentarem o inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/93, entendem que:

a) Marçal Justen Filho:

'A mera participação da Administração Pública como parte em um contrato acarreta alteração do regime jurídico aplicável. O regime de direito público passa a incidir, mesmo no silêncio do instrumento escrito. O conflito entre regras de direito privado e de direito público resolve-se em favor destas últimas. Aplicam-se os princípios de direito privado na medida em que sejam compatíveis com o regime de direito público'.

b) Toshio Mukai:

'Os contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público, essa eleição mostra que aí se trata de contratos públicos (embora de figuração privada...)'

12. Portanto, sob a égide do direito público, a atividade administrativa fica condicionada ao atendimento da lei.

...(omissis)...

17. Examinando-se, à luz da doutrina, o dispositivo sujeito à exegese, parágrafo único do art. 4º do Decreto-lei n.º 2.432, de 17 de maio de 1988, são pertinentes, ainda, as seguintes considerações:

a) 'O contrato de fornecimento à Administração sujeita-se aos mesmos princípios gerais que disciplinam a formação e execução dos demais contratos administrativos' (Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro – 19ª Edição – p. 240).

*b) A administração pública, dada a sua relevância, é tratada expressamente na Constituição Federal, Capítulo VII do Título III, que cuida da Organização do Estado, e, segundo o art. 37, **caput**, deve observar, dentre outros, o princípio da legalidade.*

*c) O **caput** do artigo 4º do Decreto-lei n.º 2.432/88 dispõe, textualmente, que o atraso no 'pagamento de conta relativa à compra e venda de energia elétrica entre concessionárias de serviços públicos de energia elétrica implicará...' '... multa de dez por cento do montante final...'*

d) Já o parágrafo único do referido artigo preceitua que o atraso no pagamento de fatura de fornecimento de energia elétrica implicará, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação vigente, multa ...', não especificando, de forma expressa, que a Administração (União) está incluída entre as pessoas, físicas ou jurídicas, a serem penalizadas.

e) Observa-se pois, que a lei sempre trata com clareza, de forma expressa e restrita, sobre os direitos e deveres das pessoas jurídicas.

... (omissis) ...

19. Portanto, afigura-se-me que o parágrafo único do art. 4º do Decreto-lei n.º 2.432/88 não autoriza as concessionárias de serviços públicos de energia elétrica a cobrarem multa de órgãos públicos por atraso no pagamento de faturas de fornecimento de energia elétrica''.

Proposta da Unidade Técnica

5. O analista responsável pela instrução do processo, com a concordância da Sra. Secretária da 3ª Secex propõe que o Tribunal:

“I) *conheça da presente consulta, nos termos dos arts. 216 e 217 do Regimento Interno do TCU;*

II) *ratifique o entendimento de que não cabe cobrança de multa moratória por atraso de pagamento a concessionários de serviços públicos, pelos motivos trazidos aos autos na presente instrução, inclusive quando o prestador do serviço público venha a ser empresa privada;*

III) *seja determinado ao Ministério das Minas e Energia que reexamine o Parecer CONJUR/MME n.º 235/96, ressaltando-se na ocasião, que decisões do Tribunal de Contas da União sobre consulta têm caráter normativo, nos termos do art. 1º, inciso XVII, e § 2º da Lei n.º 8.443/92;*

IV) *seja comunicado o decidido à autoridade consulente”.*

Parecer do Ministério Público

6. Manifestando-se no processo a meu pedido, a Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva observa que:

“10. *Efetivamente, a Jurisprudência deste Tribunal, no que pertine ao tema em discussão, é remansosa quanto à impossibilidade de pagamento de multa moratória por parte de órgãos e entidades da Administração Pública a concessionários de serviços públicos. Entretanto, talvez não seja o caso de fechamento de questão, máxime em face da nova realidade vivenciada com o advento das privatizações e da novel legislação geral sobre concessões – Lei n.º 8.897, de 13 de fevereiro de 1995, e Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995.*

11. *A Decisão n.º 399/95-TCU-Plenário, citada pela instrução, que também tratou de cobrança de multa por concessionárias de energia elétrica baseia-se no fundamento de que em todos os contratos em que a Administração Pública é parte devem imperar as regras de direito público, de modo que não é possível a aplicação de multa moratória, cujo caráter é punitivo, sem que haja previsão legal expressa. Além do mais, naquela Decisão concluiu-se que o Decreto-lei n.º 2.432/88, que institui a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração – RENCOR, estabelece normas relativas ao equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências, por não especificar de forma expressa, em seu artigo 4º, parágrafo único, que a Administração está incluída entre as pessoas, físicas ou jurídicas, a serem penalizadas com a aplicação da multa, não é hábil a embasar a pretensão.*

IV

12. *A primeira questão que se coloca é se o simples fato de a Administração Pública figurar como parte em um contrato faz com que este migre automaticamente para o campo do direito público. A fim de responder a esta indagação, não poderíamos deixar de trazer à colação o entendimento de alguns renomados juristas brasileiros.*

13. *Celso Antônio Bandeira de Mello (in ‘Curso de Direito Administrativo’, 8ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, p. 377/378) preleciona que a Administração Pública, quando procede, em suas relações jurídicas com o particular, de comum acordo com este, estabelece contratos, que podem ser: a) contratos de direi-*

to privado da administração; ou, b) ‘contratos administrativos’, diferindo ambos quanto à disciplina do vínculo, já que, enquanto os contratos de direito privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas de direito privado – ressalvadas as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo direito administrativo – os contratos administrativos sujeitam-se às regras e princípios estabelecidos no direito público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

14. Dentre as peculiaridades do contrato administrativo, leciona o mestre ora buscado em auxílio, destaca-se a possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, seja mesmo extinguindo unilateralmente esse vínculo, constituindo ambas as formas de instabilização um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte. Se a possibilidade aqui retratada não se verificar na avença, não se pode dizer que se esteja diante de um contrato administrativo.

15. A opinião de Cretella Júnior sobre o assunto é bem resumida no trecho seguinte:

‘Os contratos celebrados pelo Estado ou são públicos, abrangendo cláusulas atípicas, ‘derrogatórias’ e ‘exorbitantes’ do Direito comum (concessão de serviço público, utilização privada de bem público, realização de obras e trabalhos públicos), submetendo-se, nesse caso, a regime jurídico de Direito Público, ou são privados, sujeitos às normas prescritas pelo Direito Civil (compra e venda, locação, fornecimento, realização de obras e trabalhos sob regime de empreitada comum). Em qualquer destes casos, a Administração figura como parte da relação jurídica contratual, ora ocupando posição vertical, usufruindo então os privilégios e prerrogativas, decorrentes de entidade detentora de ‘potestade pública’, o que lhe garante aquela singular colocação, ora ocupando posição horizontal, tratando com o particular no mesmo plano, com ele nivelando-se, perdendo então grande parte daquelas prerrogativas, oriundas de sua condição específica de poder público.’ (in ‘Licitações e Contratos do Estado’ 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 76) (grifamos)

16. Vejamos a conceituação que Hely Lopes Meirelles nos fornece em seu livro ‘Direito Administrativo Brasileiro’, 20ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p.194 a 196:

‘Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. (...) A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e freqüentemente os realiza – em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, como já conceituou o extinto TFR), e somente no segundo

haverá contrato administrativo típico. Daí a necessária distinção entre contrato semipúblico da Administração e contrato administrativo propriamente dito, como já o fez a lei (art. 62, § 3º, I)' (grifamos).

17. Finalmente, convém lembrar a opinião de Toshio Mukai, que pode ser conhecida a partir da leitura do texto a seguir:

'De nossa parte, já observamos: 'Verifica-se que os contratos regidos predominantemente por normas de direito privado não podem ser contratos de direito privado puros, pela incidência sobre eles de tantas disposições e normas gerais típicas do direito público. Daí confirmar-se nossa posição, ou seja, de que a Administração Pública celebra, tão-só, a partir do Dec.-Lei nº 2.300/86, contratos de direito público: contratos administrativos puros e contratos administrativos de figuração privada' (Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos, Saraiva, 3ª ed. p. 104).

A Lei nº 8.666/93 confirma o Dec.-Lei nº 2.300/86, ao mandar aplicar normas típicas do contrato administrativo (arts. 55 e 58 a 61) e demais normas gerais aos 'contratos cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado'.

Destarte, no direito público brasileiro não há falar em contrato privado celebrado pela Administração. Todos os contratos ajustados pela Administração Pública são públicos (administrativos ou semipúblicos)' (in 'Contratos Públicos', 1ª Edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1995, p. 24) (grifamos).

18. Como visto, a mais abalizada doutrina entende que a par dos contratos administrativos, regidos por normas de direito público, nos quais se inserem cláusulas exorbitantes do direito comum em favor da Administração, conferindo a esta privilégios inextensíveis ao particular, firma a Administração contratos outros em que tal prevalência não se faz presente, regulando-se a relação jurídica por normas de direito privado essencialmente.

19. Em resumo, pode a Administração Pública firmar contratos regidos predominantemente por normas de direito público e contratos nos quais predominam as regras de direito privado, ressalvadas, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo direito administrativo. De fato, não importa o nome que se dê a este segundo tipo, contrato privado, contrato semipúblico ou contrato administrativo de figuração privada, é ele caracterizado pela prevalência de normas de direito privado.

20. Assim, o simples fato de a Administração figurar como parte em um contrato não o torna um contrato administrativo típico (na conceituação de Hely Lopes Meirelles); há que se verificar se está a Administração agindo com as prerrogativas de Poder Público descritas exhaustivamente pelos eminentes juristas acima citados.

V

21. Voltando ao caso específico da consulta verifica-se que existem duas relações jurídicas contratuais, formalizadas através de contratos de tipos distintos, figurando em ambas a Administração Pública como parte.

22. Uma é a relação jurídica estabelecida entre o poder concedente (União-art.21, XII, “b”, CF) e a concessionária de energia elétrica mediante a assinatura do contrato de concessão de serviço público, o qual é indubitavelmente administrativo, quer dizer, regulado pelo direito público, já que as condições são impostas pela Administração e a esta são conferidos e reservados direitos exclusivos caracterizadores de contrato tipicamente administrativo.

23. Entre as condições estabelecidas pela Administração no contrato de concessão, inserem-se normas relativas à prestação de serviços e reguladoras das relações do outorgado com os usuários de maneira geral, que poderá inclusive ser o próprio outorgante.

24. A outra relação jurídica estabelecida é a de consumo, absolutamente distinta daquela de concessão, estabelecida entre a Administração e a empresa concessionária de energia elétrica, que se consubstancia em um contrato de adesão.

25. O contrato de adesão, consoante definição legal dada pelo artigo 54, da Lei n.º 8.078/90, ‘é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo’.

26. Neste tipo de contrato, ao usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações.

27. Como se vê, na relação jurídica decorrente do contrato de consumo de energia elétrica não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Trata-se, pois, de contrato privado, para alguns também chamado semipúblico ou ainda administrativo de figuração privada.

28. O entendimento acima exposto foi, em nosso entendimento, bem sintetizado no Parecer CONJUR/MME n.º 235/96, publicado no DOU de 27.11.96, Seção I, fls. 25009 a 25011, citado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro signatário da consulta em apreço, do qual destacamos os seguintes trechos:

‘39. A circunstância de estar presente a Administração Pública nesse tipo de contrato não o transforma, necessariamente, em contrato administrativo típico. Consoante o entendimento da melhor doutrina, o que caracteriza o contrato administrativo é a presença da Administração com prerrogativas de Poder Público, vale dizer, como agente do interesse coletivo preponderante. Exatamente por isso, confere a lei ao ente público posição de destaque na relação contratual, inclusive com a faculdade de alterar unilateralmente, as condições do ajuste. Embora lhe garanta a lei a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro porventura afetado por essa alteração unilateral, não pode o particular recusá-la.

40. Ora, ao contratar com a concessionária de energia elétrica o órgão público está em condições de igualdade com qualquer outro consumidor de energia elétrica. Sujeita-se às mesmas exigências técnicas e financeiras para obter o

fornecimento; cabe-lhe apresentar instalações em conformidade com as normas técnicas e de segurança aplicáveis e, se for o caso, contribuir para a realização de obras e serviços necessários ao fornecimento. Nada, portanto, o diferencia dos demais usuários.

41. Aliás, exatamente porque não se encontra em situação de privilégio, frente ao concessionário, os órgãos usuários de energia elétrica carecem de razão quando invocam interesse público, para impedir a suspensão do fornecimento, em caso de falta de pagamento das contas mensais. A posição já sedimentada nos tribunais brasileiros é no sentido de que, como usuário do serviço de energia elétrica, o órgão público equipara-se a qualquer consumidor, não lhe assistindo, sequer, invocar a essencialidade do serviço público a seu cargo, para impedir a suspensão do fornecimento, no caso de falta de pagamento.

42. Seria exaustivo enumerar os acórdãos já proferidos nesse sentido. Apenas para evidenciar a firmeza com que enfrentaram esse tema, merecem destaque os seguintes arestos:

‘Não existe qualquer distinção entre os usuários de sorte que qualquer deles, incorrendo em mora, pode sofrer a consequência de ver suspenso o fornecimento de energia elétrica’ (TJMG – 3ª Cam. Cível – Apelação Cível nº 57.057, julgada em 18.07.82, Rel. Des. Gouthier de Vilhens).

‘Não há ato coativo, nem muito menos direito líquido e certo, pressuposto da segurança, no ato do credor legítimo, como é a apelante, que fornece energia e tem direito de suspender o fornecimento dada a inadimplência do devedor. Em se tratando de contrato bilateral sinalagmático o fornecedor tem o direito de suspender o fornecimento do serviço ante a inadimplência do usuário. Não integração da sentença e conseqüente provimento do apelo’ (Apelação Cível nº 6.0022-0 – Apelante Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia, Apelado Município de Juazeiro – Acórdão unân. de 01.03.94 – Rel. Des. José Abreu).’

29. Na verdade, é indiferente o fato de a concessionária ser empresa privada, empresa pública ou sociedade de economia mista para que se estabeleça a natureza jurídica do contrato de consumo. Quanto a estas últimas cabe lembrar que possuem natureza jurídica de direito privado, de modo que, inversamente do que se dá com os entes do poder público, nas suas relações com terceiros, inclusive com o próprio poder público na qualidade de usuário, é possível pactuar tudo aquilo o que a lei não proíba, e não apenas o que esta estritamente autoriza, mesmo porque, do contrário, ver-se-iam estas empresas atadas por amarras inviabilizadoras de suas ações, o que importaria na negação dos fundamentos mesmos de sua concepção jurídica.

VI

30. Resta agora verificar a quem incumbe a atribuição de interferir nas cláusulas que compõem o prefalado contrato de adesão, já que, como se disse, o usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, apenas as aceita sem maiores possibilidades de discussão.

31. De fato, o poder concedente, titular que é do serviço concedido, tem, em função das prerrogativas típicas de direito público que lhe são inerentes, não só o

direito mas também o dever de atuar sempre que o interesse público assim o exigir, inclusive fiscalizando a adequação das cláusulas componentes do contrato de adesão, o qual estabelece as relações da concessionária com os usuários.

32. *Relevante distinção entre titularidade e execução do serviço concedido consta do Parecer n° QG-170 de 06.11.1998, publicado no DOU de 13.10.1998, Seção I, p. 1 a 9, elaborado no âmbito da Advocacia Geral da União. Ante a sua pertinência, transcrevemos, parcialmente, trecho do parecer que trata da matéria:*

'46. Como se pode facilmente verificar, ambos os autores, dos maiores do campo do direito administrativo brasileiro, são acordes sobre os direitos do Poder Concedente, ou seja, quanto às suas prerrogativas em relação ao concessionário. São os direitos que possui o Poder Concedente, enquanto tal. Ao se ler a lição desses mestres, nos locais citados, nada se vê que possa, ao menos, insinuar que, entre esses poderes ou direitos, encontra-se o de ter tratamento privilegiado quando estiver ele – Poder Concedente – na posição de usuário de serviço público por ele concedido. E não conheço, a esta altura de estágio da ciência jurídica, quem defenda essa posição.

47. Existe, para isso, uma explicação lógica e consentânea com os princípios que informam a concessão. É que, se, de um lado não há a transferência da titularidade do serviço, pelas razões já expostas, de outro lado, há a transferência da execução do serviço, que o concessionário passa a explorar por sua conta e risco. A manutenção da titularidade do serviço, em mãos do Poder Concedente, dá a este os poderes já enunciados, e que dizem respeito às relações do Poder Concedente, enquanto tal, com a Concessionária.

48. É já na fase de execução do serviço que surgem as relações entre os Concessionários e os Usuários do serviço. Em princípio, os usuários do serviço público devem ser tratados com igualdade, isonomicamente, salvo se o contrário estiver estabelecido em lei, e ainda assim tal discriminação estará sujeita ao exame da compatibilidade com outros princípios constitucionais, como se verá adiante.

49. Assim, o Poder Concedente, quando colocado na situação de usuário do serviço público, equipara-se a qualquer outro usuário do serviço, despindo-se, nesse caso, das prerrogativas que possui, enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço. Em síntese: enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço, detém os poderes e prerrogativas já examinadas anteriormente; enquanto usuário, o que somente ocorre na fase de execução do serviço, equipara-se a qualquer outro usuário. Não há qualquer razão de natureza ética ou jurídica que leve a outro entendimento.'

33. *No caso dos autos, trata-se de concessão de serviço de energia elétrica cujo poder concedente é a União. Ora existe legislação federal autorizadora da cobrança de multa moratória, Decreto-lei n° 2.432, de 17 de maio de 1988, artigo 4°, parágrafo único, a qual não exclui da sua incidência as entidades da Administração Pública inadimplentes.*

34. *De fato, discordo, data venia, da interpretação restritiva dada pela r. Decisão n.° 399/95-TCU-Plenário, no sentido de que o referido Decreto-lei, por não*

ter especificado de forma expressa que a Administração (União) está incluída entre as pessoas físicas ou jurídicas a serem penalizadas, não pode servir de base para a imputação.

35. *A lei é um comando geral, aplicável a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que se encontrem sob o seu espectro de incidência. A exclusão, portanto, cujo objetivo é limitar o alcance da norma, deve ser expressamente prevista, sob pena de desvirtuação da vontade do legislador.*

36. *Além do mais, o dispositivo em discussão se conforma perfeitamente aos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade, pois dá tratamento igualitário e moralmente correto a pessoas que se encontram sob as mesmas condições: a de usuários de serviço público.*

37. *De se acrescentar, ainda, que a multa moratória tem natureza contratual, encontrando respaldo genérico nos artigos 955 e 960 do Código Civil Brasileiro, cuja aplicação aos contratos de adesão é perfeitamente cabível ante a sua natureza de contrato privado (ou semipúblico ou administrativo de figuração privada), regido, predominantemente, por normas de direito privado.*

38. *Sobre o assunto, mais uma vez entendemos oportuno explicitar o ponto de vista externado no já mencionado Parecer Conjur/MME n° 235/96:*

*'51. (...) as exceções precisam ser explicitadas, exatamente porque não comportam interpretação extensiva. Se o legislador quisesse excluir da incidência da multa a União, ou qualquer outra pessoa jurídica de direito público, tê-lo-ia dito, de forma explícita e direta. Se a norma não excepcionou a Administração Pública, é porque não teve a intenção de conferir o privilégio que a ela se pretende atribuir descabidamente. Segundo o ensinamento de Carlos Maximiliano, 'aplica-se a regra geral aos casos particulares, se a lei não determina evidentemente o contrário' (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pág. 246). **Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.***

52. *Nenhuma razão, portanto, justifica o tratamento diferenciado dos órgãos públicos, como consumidores de energia elétrica. Do ponto de vista político, o interesse público exige que o serviço seja prestado com regularidade, continuidade, eficiência e segurança, atualidade e generalidade (Lei n.º 8.987/95, art. 6º, § 1º). Sob o aspecto jurídico, 'não existe qualquer distinção entre os usuários', pelo que todos devem contribuir para a manutenção e a continuidade do serviço.*

53. *Aliás, a exclusão dos órgãos públicos do pagamento da multa moratória não se compatibilizaria com a responsabilidade objetiva que a Constituição atribui às pessoas jurídicas de direito público, nos casos de danos a terceiros (CF, art. 37, § 6º). E a inadimplência dos dirigentes desses órgãos públicos é fonte de prejuízo financeiro para as concessionárias. Por isso, ao invés de privilegiar esses inadimplentes, dever-se-ia responsabilizá-los pelo descumprimento de suas obrigações, impondo-lhes ressarcir aos cofres públicos os valores das multas incorridas pelo atraso no atendimento de despesas para as quais o respectivo orçamento prevê os recursos necessários.'*

VII

39. Assim, considerando todo o acima exposto e em especial que o contrato de consumo de energia elétrica é do tipo de adesão, regido predominantemente por regras de direito privado; que a multa moratória encontra respaldo genérico no Código Civil Brasileiro e específico no Decreto-lei n.º 2.432/88, e, considerando, finalmente, os princípios constitucionais da isonomia e da moralidade, esta representante do Ministério Público opina no sentido de que, ante as razões expendidas pela Unidade Técnica, seja conhecida a presente consulta, para, com as vênias de estilo por divergir da jurisprudência predominante nesta Corte de Contas, responder à autoridade consulente que não há óbice legal à cobrança de multa moratória por parte de concessionários de serviços de energia elétrica, sejam eles integrantes da Administração Indireta ou empresas privadas, em caso de atraso no pagamento”.

É o Relatório.

VOTO

Examina-se mais uma vez matéria em que a posição firmada pelo Tribunal de Contas da União remonta a 26 de novembro de 1985, quando aqui foi apreciado o processo TC – n.º 015.969/84-3, relatado pelo Ministro Ivan Luz, relativo a consulta formulada pela Secretaria de Controle Interno do Ministério do Trabalho sobre a legalidade da cobrança de multa moratória por concessionárias de serviços públicos de telefonia e de energia elétrica, a órgãos da administração federal.

2. As razões expostas em seu Voto, acatadas por este Colegiado, fundamentaram-se em pronunciamentos da Consultoria-Geral da República e do Tribunal Federal de Recursos, ambos extintos, e no Parecer do Procurador-Geral junto a esta Corte, Francisco de Salles Mourão Branco.

3. Sua conclusão foi no sentido de que era legítima a cobrança dos juros moratórios sobre o débito e da correção monetária, se prevista em lei; mas não da multa moratória, pois “*No que toca à multa, justo porque guarda a natureza de apenação, as despesas que dela resultem só se legitimam se norma legal eficaz a prevê. Não prevista, nestas condições, vedada fica a despesa*”.

4. Após aquele julgamento, o Plenário acolhendo a mesma tese, proferiu as Decisões de números 40/92, 229/92, 246/92, 443/93, 269/94, 585/94, 399/95, 620/98, 630/98, 412/99 e no TC-015.644/90-1, julgado na Sessão de 20.03.1991. Também a 1ª Câmara se pronunciou mediante a Decisão n.º 305/97.

5. Tendo em vista a uniformidade de entendimento adotada por esta Corte, foi aprovada na Sessão Administrativa do Plenário de 08.12.1994 a Súmula de Jurisprudência n.º 226, publicada no D.O.U. de 03.01.1995, com o seguinte teor:

“*É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa*”.

6. Trago hoje a este Plenário consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica sobre o mesmo assunto. A diferenciá-la apenas a solicitação para que o

Tribunal examine também a hipótese em que a concessionária de serviço público seja privada.

7. A unidade técnica em sua instrução conclui que mesmo que a concessionária seja privada, não cabe aplicação de multa moratória, pois a presença da Administração Pública em contrato do qual faça parte como usuária, altera a natureza do vínculo, trazendo-o para o regime do direito público. E menciona a Decisão n.º 399/95-TCU-Plenário, proferida no TC – 012.070/94-7, relatado pelo Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira em 16.08.1995, na qual se entendeu que seria necessária norma legal expressa para autorizar a cobrança de multa moratória pois “*o parágrafo único do art. 4º do Decreto-lei n.º 2.432, de 17 de maio de 1988, não dá expressamente o devido amparo legal para que as concessionárias de serviço público de energia elétrica cobrem multa dos órgãos públicos, pelo atraso no pagamento de faturas de fornecimento de energia elétrica*” (item 8.1.a da Decisão).

8. Desse entendimento diverge a representante do Ministério Público junto a esta Corte, Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva. Para ela, embora a jurisprudência deste Tribunal sobre o tema seja “remansosa”, as recentes mudanças trazidas com a privatização de estatais e a edição de normas gerais sobre concessões – Lei n.º 8.987/95 e 9.074/95, ensejam a reabertura da questão.

9. Estou de acordo com a Sra. Procuradora. A edição de nova legislação de defesa do consumidor, Lei n.º 8.074/90, da Lei n.º 8987/95, que dispõe sobre as concessões e permissões, das leis de criação das agências reguladoras dos serviços de telecomunicações, energia elétrica, entre outras, exigem da parte do Tribunal o reexame de situação antes pacificada pela sua jurisprudência.

10. Para a perfeita compreensão do assunto, creio ser necessário examinar as origens das decisões formadoras da jurisprudência no TCU, no STF e no extinto TFR, e das primeiras manifestações da Consultoria-Geral da República sobre o tema de modo a verificar se as razões aceitas nos julgamentos anteriores continuam válidas hoje, após a promulgação da Constituição Federal e de toda a legislação referida no parágrafo anterior.

Os primeiros precedentes sobre a matéria

11. O primeiro Parecer sobre o assunto, de n.º 313-H, de março de 1966, emitido pelo Consultor-Geral Adroaldo Mesquita da Costa tratava de contribuição previdenciária devida ao extinto IAPTEC pela Companhia Nacional de Navegação Costeira, que conclui “*não ser cabível a cobrança de multas e juros de mora entre pessoas de direito público*” com fundamento na “*inexistência de poder de polícia em tais casos*” (D.O. de 15.03.1966 – pág. 2.771 – Seção I – Parte I).

12. A Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho e a Assessoria Jurídica do DNPS, inconformadas com as conclusões do Parecer, solicitaram reexame da matéria pela CGR. Ao relatar o TC – n.º 015.969/84-3, o Ministro Ivan Luz, em Voto que posteriormente fundamentou inúmeras Decisões desta Corte sobre o tema da multa

moratória, discorre sobre a reapreciação da Consultoria-Geral da República como segue:

“14. Submetido a esta o reexame do assunto, veio a reafirmar, através do Parecer n.º 717-H de 12.07.68 (D.O. de 30.07.68, pág. 6.519) o entendimento adotado no primeiro.

15. Acostou-se, para isso, ao v. Acórdão da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, prolatado no julgamento da Apelação Cível n.º 14.168, de São Paulo, que, à unanimidade, decidiu:

‘Às autarquias, órgãos delegados da União, falece autoridade para exercer o poder de polícia administrativa, impondo multas a outras entidades de direito público’.

Destacou, a propósito, o voto do Ministro Oscar Saraiva, em que o saudoso jurista professa:

‘...na hierarquia dos privilégios o da União prefere aos de suas autarquias e seria inteiramente descabido que uma autarquia, órgão delegado da União, tivesse poderes disciplinares para impor multa a outras pessoas de direito público, o que é manifestação de poder de polícia administrativa’.

13. O Parecer n.º I-266, de 30.01.1974, reiterou o entendimento da CGR sobre a matéria.

14. Em 18.11.1974, o então Consultor-Geral Luiz Rafael Mayer, confirmava a posição do órgão mediante o Parecer n.º L-038. Novamente o Ministro Ivan Luz resume em seu Voto a manifestação daquela Consultoria-Geral:

“19. A ementa do referido Parecer reza assim:

‘Inaplicabilidade de multas entre pessoas jurídicas de direito público. Confirmação de entendimento’.

20. No texto por essa forma resumido, o emérito jurista que o assina acentua que:

- restou devidamente claro que o entendimento do órgão, exarado nos pareceres anteriores, é o de ‘não caber imposição de multa entre pessoas de direito público, por inexistência de poder de polícia, em tais casos’;

- em apoio dessa tese fora invocado o voto proferido pelo saudoso Ministro Oscar Saraiva (acima transcrito);

- como princípio geral a proposição é de inteira validade para o campo de atuação da Administração Pública que, concretizada, em sua forma organizacional, pela unidade, pelo princípio da hierarquia, pelas pautas de coordenação e supervisão ministerial, parece refratária à introdução do ‘poder de aplicação de multas, quer dizer, de penalidades de uma a outra entidade, quando esse poder advém, normalmente, de uma relação de supremacia administrativa;

- que, todavia, colocado em termos de princípio, o entendimento há de ceder em face de norma expressa em contrário, pois que o legislador não está inibido pela Constituição que não configura esse tipo de imunidade;

- os Pareceres do órgão, se refutam a imposição de multa entre pessoas jurídicas de direito público, não repelem a possibilidade jurídica da cobrança de

juros moratórios, antes o afirmam. Juros são frutos civis acessórios do capital, têm o caráter de reparação dos prejuízos presumidos ocorrentes com a mora, diferentemente da multa que tem um sentido de punição administrativa;

- consiste pacífico entendimento do órgão, também, que a correção monetária dos débitos em retardo por entidade pública, quando previsto em lei, não tem caráter punitivo;

- reconhece procedente a invocação, para sustentar o pedido de revisão do entendimento do órgão, no que toca à imposição de multa entre pessoas jurídicas de direito público, da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos, em contrário àquela opinião. Entretanto, ressalta a anterioridade das decisões da mais Alta Corte de Justiça em relação à edição do Decreto n.º 72.771/73 que baixou o Regulamento da Previdência Social, cujo art. 295 declara, expressamente, a inaplicabilidade, a entes públicos, de multas previdenciárias por motivo de recolhimento moroso das contribuições devidas a tal título;

- não parece de adotar-se, generalizadamente, na Administração, a prática, de ofício, nas relações entre entidades públicas, de sanções típicas, como a multa, com ampla margem de discricionariedade na sua fixação e no exercício de um poder de império que supõe a desigualdade dos sujeitos da relação jurídica a que se reporta a penalidade;

- confrontando o artigo citado com o art. 82 da Lei n.º 3.807, de 1960, redação modificada pelo art. 1º da Lei n.º 5.890, de 1973 e, ainda, com o disposto no art. 87 da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei n.º 3.807, de 1960), conclui que se os entes públicos estão sujeitos ao pagamento de juros e correção monetária, por efeito de mora no recolhimento de contribuições previdenciárias, não estão, todavia, sujeitos ao pagamento da multa prevista no citado art. 82. A multa, em tais casos, é de responsabilidade pessoal direta e exclusiva dos diretores e administradores, não da entidade. A exegese do art. 87 da Lei Orgânica da Previdência Social põe em evidência seu caráter excepcional em relação à norma genérica do art. 82 do mesmo diploma legal;

- a partir da leitura do art. 295 do Regulamento baixado pelo Decreto n.º 72.771/73, cuja validade não enxerga afetada por vício qualquer, 'é de confirmar-se o entendimento de que não se aplicam às pessoas de direito público, por motivo de recolhimento fora do prazo de contribuições ou outras quantias devidas ao INPS, as multas previstas no art. 87 da Lei n.º 3.807 de 1960 e, respectivamente, no art. 239 do Regulamento'.

21. Como se observa, a matéria, objeto dos sucessivos pareceres suso comentados e parcialmente transcritos, é relativa à aplicabilidade de multa prevista no regime jurídico da Previdência Social”.

15. Registra o Ministro Ivan Luz que:

“24. Quanto à tese de que não cabe imposição de multas e, conseqüentemente, mora entre pessoas de direito público por inexistência de poder de polícia em tais casos, defendida no Parecer n.º 313-H; no Parecer 717-H e no Parecer I-266, distingue: a multa previdenciária não é devida pelas entidades em mora no recolhimento,

mas pelos responsáveis (diretores, administradores...); os juros e a correção monetária, entretanto, são devidos. A distinção decorre de exegese das normas jurídicas citadas, disciplinadoras de relações de direito específicas”.

16. Observe-se contudo, que a tese de imunidade de pessoa jurídica de direito público, quanto à multa moratória, foi adotada pela Consultoria-Geral da República porque a Lei n.º 3.807/60 assim dispunha, atribuindo a penalidade aos administradores responsáveis pelo pagamento das contribuições com atraso, pessoalmente.

17. Esse não era o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, que sempre julgaram contrariamente, como se vê no Voto do Ministro Ivan Luz:

“27. Realmente, as respeitáveis decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos perfilham tese antípoda àquela que foi afirmada no Parecer n.º 313-H e repetida, com invocação de um único acórdão, no de n.º 717-H, como a seguir:

‘Imunidade das pessoas de direito público. Contribuição devida à Previdência Social – juros e multas. Não existe imunidade das pessoas jurídicas de direito público, morosas no pagamento de seus débitos, em relação aos juros e multas em que incorrem e são condenadas’ (STF – Acórdão – Segunda Turma in RE n.º 65.806/RJ).

‘Contribuição devida à Previdência Social. Multa moratória. Dela não se acham imunes as pessoas jurídicas de direito público’ (STF – Acórdão – Segunda Turma – in RE n.º 65.806/RJ);

‘Previdência Social: contribuições devidas pelo Município. Multa. Juros. II – Segundo Jurisprudência assente no STF, estão eles sujeitos ao pagamento da multa e juros’ (STF – Acórdão – in RE n.º 75.224/MG).

18. A essas decisões acrescento que, em 30.03.1973, o STF ao julgar o Recurso Extraordinário RE-75064/SP, manteve o entendimento de que não havia imunidade para pessoas jurídicas de direito público, como se vê da ementa: *“Contribuição devida à Previdência Social. Multa Moratória. Dela não se acham imunes as pessoas jurídicas de direito público”.*

19. Como se vê, a Consultoria-Geral da República e as mais altas Cortes de Justiça do País adotavam teses diametralmente opostas, ressaltando o Ministro Ivan Luz que até aquela data só se tratara da questão no âmbito da Previdência Social.

20. Contudo, o Parecer n.º 313-H, da Consultoria-Geral da República, afirma genericamente, como tese, reafirmada no Parecer n.º 717-H, que *“não cabe imposição de multa e juros de mora entre pessoas de direito público”.* A mesma tese é sustentada no Parecer n.º I-266, de 30.01.1974.

21. Em 18.11.1974, o Parecer L-038 reitera a tese *“como princípio válido, que, todavia, cede, em face de norma expressa em contrário, posto que ao legislador não está vedado fazê-la, uma vez que a Constituição não configura esse tipo de imunidade”.*

22. Feitas essas considerações em seu Voto, o Ministro Ivan Luz passa ao exame da consulta sobre a cobrança de multa moratória imposta por empresas

prestadoras de serviços públicos, notadamente de telefonia e de energia elétrica, e entende necessário distinguir juros, correção monetária e multa previdenciária.

23. Quanto aos dois primeiros, considera-os devidos posto que os juros não têm caráter punitivo, não constituem apenação, ao contrário da multa, que tem essa natureza. Juros são frutos civis, acessórios do capital e guardam na tradição jurídica o sentido de reparação de danos que a lei presume ocorridos pela mora no pagamento de quantia em dinheiro. A correção monetária sobre os débitos em questão também não tem caráter punitivo, é considerada mera recomposição do valor devido, desde que prevista em lei.

24. Conclui assim que a pessoa jurídica de direito público deve pagar juros e correção monetária sobre pagamentos de serviços públicos em atraso. Se esse atraso decorre de omissão injustificada do administrador, a este serão imputados como débito.

25. Já com relação à multa moratória, o Ministro Ivan Luz adotou entendimento diverso:

“50. No que toca à multa, justo porque guarda a natureza de apenação, as despesas que dela resultem só se legitimam se norma legal eficaz a prevê. Não prevista, nestas condições, vedada fica a despesa. A Portaria n.º 663, de 18.07.1979, do Ministério das Comunicações não tem, por sua hierarquia, eficácia para legitimar a despesa que resultaria de sua aplicação a órgão da Administração Federal, isto é, à União, ou a entidades de sua Administração Indireta”.

26. No mesmo processo, o Procurador-Geral junto a esta Corte, Francisco de Salles Mourão Branco, em seu Parecer opina que:

“10. Se o raciocínio que embasa a orientação doutrinária e jurisprudencial é válido para a restrição respeitante às pessoas de Direito Público, com mais razão, ainda, pensamos, merece prosperar em se tratando, como no caso concreto, de empresas concessionárias de serviços públicos.

11. Nem seria de prevalecer, aqui, o argumento de que a referida apenação, a que afinal se reduz, no caso, a chamada multa moratória, encontraria justificação nas cláusulas contratuais a que se submete toda concessão dessa natureza. Socorrendo-nos do ensinamento imprescindível de Hely Lopes Meirelles, força é convir que:

‘Pela concessão, o poder Concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega, apenas, a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeita à regulamentação e fiscalização do concedente’. (Apud. ‘Direito Administrativo Brasileiro’, Editora R. T., 4ª edição, pág. 348).

12. Daí torna-se legítima a inferência de que, ainda sob o aspecto da questão aqui ventilada, e porque ‘continua sendo público o poder concedente’, no caso a União, a quem não seria razoável privar-se da necessária reserva de direito, sob pena de se defrontar com autêntica inversão de poderes, impende reafirmar-se, para o justo desate da matéria objeto da presente Consulta, o princípio de que não é de se aplicar às pessoas de direito público por motivo de pagamento, fora de prazo, de

contas da natureza daquelas mencionadas no expediente de fls.(...), a sanção traduzida na incidência de multa moratória”.

Os fundamentos das decisões do TCU

27. As decisões deste Tribunal em outros processos seguiram a orientação imprimida pelo minudente Voto do Ministro Ivan Luz naquele TC 015.969/84-3. Sua argumentação como se viu, possuía três fundamentos:

- os Pareceres da extinta Consultoria-Geral da República sobre multas previstas no regime jurídico da Previdência Social;
- a necessidade de lei expressa para legitimar a aplicação de multa moratória e a conseqüente ineficácia de uma portaria ministerial para fundamentar a apenação;
- o entendimento de que a relação jurídica existente entre a Administração Pública e a concessionária seria regida por princípios de direito público, negando-se a tese de que a multa moratória seria decorrente de cláusulas contratuais impostas pela concessionária a todo e qualquer consumidor mediante um contrato de adesão, segundo regras de direito privado; pois, de acordo com o Parecer do Chefe do MPTCU, o poder concedente (abrangendo a União e toda e qualquer entidade de sua administração indireta) ao conceder a exploração de um serviço público “*não se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública*”.

28. Tantos foram os julgados uniformes desde então que este Tribunal aprovou a Súmula de Jurisprudência n.º 226, ampliando esse entendimento para as três esferas de poder (União, Estados e Municípios), e incluiu as empresas concessionárias de serviços públicos.

29. É preciso então examinar cada um desses fundamentos.

Os pareceres da extinta Consultoria-Geral da República

30. A tese de que “*não é cabível a cobrança de multas e juros de mora entre pessoas de direito público*” foi exposta pela primeira vez no Parecer H-313, de 1966, por inexistência de poder de polícia em tais casos. Registre-se que ali se tratava do pagamento com atraso de contribuições previdenciárias. O mesmo entendimento foi adotado nos Pareceres H-717 e I-266.

31. No Parecer L-038, o Consultor-Geral da República, Luiz Rafael Mayer, embora tenha confirmado o entendimento de que eram inaplicáveis multas **entre** pessoas jurídicas de direito público, o fez com fundamento diverso do que se vinha adotando até então.

32. Conforme relata o Consultor da União, Luiz Alberto da Silva em seu brilhante Parecer n.º GQ-170, da Advocacia-Geral da União – AGU -, publicado no D.O.U. de 13.10.1998, Seção I, págs. 1 a 8:

“28. De fato, embora referindo-se aos precedentes, e pondo-se de acordo com a tese neles contida, de inexistência de poder de polícia, no caso, e referindo-se, ainda, ao princípio da hierarquia (item II), o eminente Consultor-Geral da Repú-

blica encontrou-se diante de inúmeras decisões em que o Supremo Tribunal Federal, exatamente no que se referia a multas aplicadas a pessoas jurídicas de direito público por autarquia previdenciária, firmara o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito público não se acham imunes à imposição de multas, além de juros e outras cominações legais, por motivos de retardação no recolhimento das contribuições previdenciárias (*loc. cit.* p. 213).

33. Contudo, o Consultor-Geral da República ressaltava que as Decisões proferidas pela Suprema Corte eram anteriores à edição do Regulamento da Previdência (Decreto n.º 72.771/73), o qual declarava, expressamente, em seu art. 295, a impossibilidade de aplicação de multa moratória às pessoas jurídicas de direito público, por motivo de recolhimento fora do prazo das contribuições devidas ao INPS.

34. Assim, fundamentado unicamente nesse dispositivo (art. 295 do Decreto n.º 72.771/73), que, por sua vez, regulamentava a Lei n.º 3.807/60, o Consultor-Geral da República manteve o entendimento de que não se aplicavam às pessoas jurídicas de direito público as multas moratórias.

35. Foi o mesmo fundamento adotado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos para sua Súmula n.º 93, com o seguinte teor:

“A multa decorrente do atraso no pagamento das contribuições previdenciárias não é aplicável às pessoas de direito público”.

36. Como bem observa o Consultor da União no Parecer n.º GQ-170 da AGU:

*“35. Constam, como referência dessa Súmula, a Lei n.º 3.807, de 26/8/60, arts. 70, 82 e 87, e o Decreto n.º 72.771, de 6/9/73, arts. 239 e 295. Basta uma simples leitura dos julgados que fundamentaram a Súmula para que se verifique que **todos eles adotaram**, como razão de decidir, o art. 295 do Regulamento da Previdência Social, na mesma linha do Parecer L-038.*

36. Há mais de uma razão para que esses precedentes, quer da extinta Consultoria-Geral da República, quer do extinto Tribunal Federal de Recursos, não possam ser aplicados aos casos de que trata este Parecer, ou seja, aplicação de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público **por parte de concessionárias** de serviços públicos de telefonia, de energia elétrica e postais.

37. A primeira delas é que todos os precedentes já referidos diziam respeito à inaplicabilidade de multa moratória **entre pessoas jurídicas de direito público**, ou seja, entre autarquias e outras pessoas de direito público. Ora, nos casos aqui examinados, e objeto dos pronunciamentos do Tribunal de Contas da União, trata-se de **concessionárias** ou **delegatárias** de serviços públicos de telefonia, de energia elétrica e serviços postais. Essas entidades ou são concessionárias eminentemente privadas (controladas por particulares), ou empresas públicas ou sociedades de economia mista (delegatárias, como querem alguns, ou concessionárias legais, como querem outros). Mas todas elas são **pessoas jurídicas de direito privado** (vide Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969: art. 5º, II e III).

38. Sendo assim, a não ser mediante violência interpretativa, não caberia falar, no caso, em aplicação de multas **entre** pessoas jurídicas de direito público.

Talvez tenha sido essa a razão que levou o Procurador-Geral do TCU a, após arrolar aqueles precedentes, lançar a tese da inexistência da titularidade do serviço público, quando quis estender os precedentes aos serviços então sob exame...

39. *A segunda razão pela qual os precedentes invocados não poderiam fundamentar a negativa de aplicação de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, por parte de concessionárias de serviços públicos (postais, de telefonia e de energia elétrica), decorre do exame que se fez do Parecer L-038 e da Súmula n.º 93 do TFR. Como se viu, a manutenção do entendimento no sentido da inaplicabilidade da multa moratória fundou-se, **exclusivamente**, na existência de norma que expressamente excluía a aplicação de multas a pessoas jurídicas de direito público, no referente à regulamentação previdenciária (art. 295 do Regulamento da Previdência Social)”.*

37. Reside aqui um dos pontos fundamentais que justificam a cobrança da multa e que será tratado mais adiante. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal sempre decidiu pela não imunidade. O Parecer L-038 da CGR, contrário a essa tese, ressaltou que os julgados eram anteriores ao Regulamento da Previdência, e baseou-se em seu art. 295 para opinar pela imunidade em relação à multa moratória. Também as decisões do extinto Tribunal Federal de Recursos, que resultaram na aprovação da Súmula n.º 93, tinha esse fundamento. Observe-se ademais que os Pareceres anteriores da CGR baseavam-se na inexistência de poder de polícia entre pessoas jurídicas de direito público.

38. Três argumentos extraídos dos Pareceres da CGR servem apenas para reforçar a tese de que é aplicável a cobrança de multa moratória por concessionárias de serviços públicos. O primeiro, do STF, pela não imunidade, porque esse privilégio não foi conferido à Administração; o segundo, do TFR e da CGR (Parecer n.º L-038), pela cobrança da multa, com fundamento no art. 295 do Decreto n.º 72.771/73, relativo unicamente a débitos com a Previdência Social; e o terceiro, da CGR (Pareceres anteriores), também pela cobrança da multa, com fundamento na inexistência de poder de polícia entre pessoas jurídicas de direito público.

39. Isso porque, nesses casos (de serviços postais, de telefonia e de energia elétrica), não existe qualquer norma que preveja essa exclusão e porque não se trata de cobrança entre pessoas jurídicas de direito público, posto que as concessionárias são pessoas jurídicas de direito privado (algumas sequer integram a administração pública, pois já foram privatizadas).

A tese da necessidade de lei expressa para legitimar a aplicação da multa

40. Para o Consultor da União, Luiz Alberto da Silva, a matéria deve ser examinada no âmbito do princípio da legalidade. Isto porque no TC- 015.969/84-3, fora adotado o entendimento de que a dita Portaria não teria “*eficácia para legitimar a despesa que resultaria da aplicação da multa moratória a órgão da Administração Federal, isto é, à União, ou entidades de sua Administração Indireta*” (item 50 do Voto do Relator). E isso porque “*no que toca à multa, justo porque guarda a nature-*

za de apenação, as despesas que dela resultem só se legitimam se norma eficaz a prevê” (idem).

41. O Parecer GQ-170 passa então a analisar, nos seus itens 58 a 68, a síntese clássica do princípio da legalidade feita por Hely Lopes Meirelles: “*Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”, como segue:

“58. De início, deve-se afastar a interpretação segundo a qual essa afirmação signifique a necessidade de lei estabelecendo que tal ou qual ato possa ser praticado pela Administração Pública. Tal entendimento, parece-me, é duplamente inconcebível. Primeiro, porque o legislador, ao regular determinada situação, deveria prever, expressamente, todos os possíveis atos cuja prática seria permitida à Administração. E isso é impraticável. Em segundo lugar, porque essa interpretação entra em choque com a característica de generalidade da lei, pela qual, em princípio, a lei se aplica a todos quantos se encontrem nas situações nela descritas”.

42. Após transcrever trechos das obras de Diógenes Gasparini e Celso Ribeiro Bastos acerca do princípio da legalidade e da expressão “autorização em lei”, o Consultor da União destaca deste último que “*Se no Estado de Direito o Século XVIII contentava-se com o fato de a Administração não infringir a lei, agora, no Estado Social, exige-se uma autorização **implícita ou explícita** da norma legal. O que significa que à Administração só é dado fazer o que a lei permite*”. (Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins – São Paulo: Saraiva, 1989 – 2º volume, p. 32).

43. Veja-se que o referido autor apresenta a hipótese de não haver **expressa** disposição legal. A autorização para o administrador público agir pode ser também implícita. E continua o Consultor em seu Parecer:

“65. É sabido que a quantidade de situações passíveis de ocorrer no mundo dos fatos é tão grande que se torna impossível, ao legislador, prevê-las, e, em consequência, regulá-las. Assim, o legislador regula apenas aquelas que reputa mais **relevantes**. Ficam, desse modo, sem regulação, várias situações que se podem apresentar, consideradas, pelo legislador, como **irrelevantes**.

66. Nesse campo de irrelevância jurídica, ou seja, de situações não reguladas pela lei, os particulares, em homenagem ao princípio da liberdade, podem, segundo seus próprios critérios, estabelecer as regras que regerão essas situações. Melhor dizendo, poderão criar a lei que disciplinará ditas relações.

67. Já o administrador público, precisamente por inexistir, quanto a ele, o mencionado princípio da liberdade, quando se encontrar no campo da irrelevância jurídica, isto é, quando se deparar com **situação não regulada pela lei, não poderá** criar a regra aplicável a essa situação. Para que possa agir, é necessário que a situação seja regulada pela lei, ou seja, que a lei autorize, **ao menos de maneira implícita**, a prática de determinado ato. Mas, reafirme-se: o que se exige é **que a prática do ato seja permitida pela lei, e não que esta expressamente autorize que o administrador pratique o ato**”.

44. Com esses fundamentos, o Consultor da União conclui pela eficácia da Portaria n.º 663/79, do Ministério das Comunicações, para a imposição de multa moratória, sem necessidade de lei expressa com essa determinação.

45. No caso das concessionárias de energia elétrica, a situação é mais simples, pois o parágrafo único do art. 4º do Decreto-lei n.º 2432/88, ainda em vigor, prevê a cobrança de multa moratória nos casos de “*atraso no pagamento de faturas de fornecimento de energia elétrica*”. Sem qualquer distinção entre consumidores, sejam eles integrantes da Administração Pública ou não.

46. Antes vigia a Portaria DNAEE-222/87 que em seu art. 73, § 3º, deixava a critério da concessionária a aplicação de multa moratória “*no caso de responsabilidade de pessoa jurídica de direito público*”. Com a edição do Decreto-lei, a multa passou a ser obrigatória e hoje está limitada a, no máximo, 2% para **todos** os consumidores de energia elétrica (art. 1º da Portaria DNAEE n.º 438, de 04.12.1996).

47. Assim, não me parece cabível a interpretação de que os órgãos e entidades da Administração Pública estariam isentos desta penalidade em caso de atraso no pagamento. A norma legal é genérica. As exceções é que precisam ser explicitadas, opinião compartilhada pela Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva em seu Parecer, como segue:

“35. *A lei é um comando geral, aplicável a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que se encontrem sob o seu espectro de incidência. A exclusão, portanto, cujo objetivo é limitar o alcance da norma, deve ser expressamente prevista, sob pena de desvirtuação da vontade do legislador.*

36. *Além do mais, o dispositivo em discussão se conforma perfeitamente aos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade, pois dá tratamento igualitário e moralmente correto a pessoas que se encontram sob as mesmas condições: a de usuários de serviço público”.*

48. No mesmo sentido opina o Parecer Conjur/MME n.º 235/96 (D.O.U. de 27.11.1996, Seção 1, págs. 25.009 a 25.011), também citado pela representante do Ministério Público junto a este Tribunal:

“*...Se o legislador quisesse excluir da incidência da multa a União ou qualquer outra pessoa jurídica de direito público, tê-lo-ia dito, de forma explícita e direta. Se a norma não excepcionou a Administração Pública, é porque não teve a intenção de conferir o privilégio que a ela se pretende atribuir descabidamente. Segundo o ensinamento de Carlos Maximiliano, ‘aplica-se a regra geral aos casos particulares, se a lei não determina evidentemente o contrário’ (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pág. 246)”.*

49. Observo, ademais, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal em todos os julgados sobre a matéria, mencionados nos Pareceres, foi o mesmo, ou seja, a imunidade é que teria de ser expressa em lei. Caso contrário, a multa moratória é cabível. E isso é exatamente o oposto da alegação de que seria necessária expressa autorização legal para aplicação da multa.

50. Por todas essas razões é que entendo que se não há norma atribuindo expressamente imunidade às pessoas jurídicas de direito público, elas estão sujeitas à

cobrança de multa moratória, sim. A razão para isso deriva do princípio da isonomia. Não há nenhuma justificativa para que os órgãos e entidades da administração direta e indireta, usuários de serviços públicos como quaisquer outros, detenham a prerrogativa de não pagar multa moratória por atraso na quitação de suas obrigações com as concessionárias desses serviços.

A relação jurídica entre a concessionária e os usuários de serviços públicos

51. O Parecer do Procurador-Geral junto a esta Corte, no TC n.º 015.969/84-3, argumentava que as concessionárias de serviços públicos não podiam aplicar multa moratória a pessoas jurídicas de direito público porque, segundo Hely Lopes Meirelles, *“Pela concessão, o Poder Concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega, apenas, a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeita à regulamentação e fiscalização do concedente”*. (Direito Administrativo Brasileiro, Editoria R.T., 4ª edição, pág. 348).

52. É preciso então analisar a natureza da relação entre o poder concedente e a concessionária de serviço público. Para isso sirvo-me mais uma vez do Parecer n.º GQ-170 da AGU:

“43. De fato, a afirmação de Hely Lopes Meirelles é absolutamente correta e constitui uma unanimidade na doutrina, sendo despiciendo fazer referência a outros autores. No entanto, o fato de o serviço público, apesar de concedido ou permitido, continuar sendo público, não se despojando o Poder Concedente de qualquer direito ou prerrogativa pública, nada tem a ver com a possibilidade ou não de a concessionária aplicar multas a órgãos públicos, incluído o próprio Poder Concedente.

44. O que a manutenção da titularidade do serviço, nas mãos do Poder Concedente, significa é que, embora dado o serviço em concessão, por continuar sendo público o serviço, o Poder Concedente mantém a faculdade, inclusive, de retomar o serviço, mediante indenização ao concessionário (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro – 14ª ed. atual. pela Constituição de 1988 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 338).

45. Além dessa faculdade, o mesmo autor arrola, ainda, como própria do Poder Concedente, a competência para fiscalizar o serviço, alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato de concessão e de fiscalizar a execução do serviço (Ob. cit. p. 339/345). Celso Antônio Bandeira de Mello inclui entre os poderes do Concedente: a) poder de inspeção e fiscalização; b) poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; c) poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído (Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta – 2ª ed. 3ª tiragem – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 39/42).

46. Como se pode facilmente verificar, ambos os autores, dos maiores no campo do direito administrativo brasileiro, são acordes sobre os direitos do Poder Concedente, ou seja, quanto às suas prerrogativas em relação ao concessionário. São os direitos que possui o Poder Concedente, enquanto tal. Ao se ler a lição desses

mestres, nos locais citados, nada se vê que possa, ao menos, insinuar que, entre esses poderes ou direitos, encontra-se o de ter tratamento privilegiado quando estiver ele – Poder Concedente – na posição de usuário do serviço público por ele concedido. E não conheço a esta altura de estágio da ciência jurídica, quem defende essa posição.

47. Existe, para isso, uma explicação lógica, racional e consentânea com os princípios que informam o instituto da concessão. É que, se, de um lado, não há na concessão transferência da **titularidade** do serviço, pelas razões já expostas, de outro lado, há a transferência da **execução** do serviço, que o concessionário passa a explorar por sua conta e risco. A manutenção da titularidade do serviço, em mãos do Poder Concedente, dá a este os poderes já enunciados, e que dizem respeito às relações do Poder Concedente, enquanto tal, com a Concessionária.

48. É já na fase de **execução** do serviço que surgem as relações entre o Concessionário e os Usuários do serviço. Em princípio, os usuários do serviço público devem ser tratados com igualdade, isonomicamente, salvo se o contrário estiver estabelecido em lei, e ainda assim tal discriminação estará sujeita ao exame da compatibilidade com outros princípios constitucionais, como se verá mais adiante.

49. Assim, o Poder Concedente, **quando colocado na situação de usuário de serviço público**, equipara-se a qualquer outro usuário do serviço, despidendo-se, nesse caso, das prerrogativas que possui, enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço. Em síntese: enquanto Poder Concedente, em razão da titularidade do serviço, detém os poderes e prerrogativas já examinadas anteriormente; enquanto usuário, o que somente ocorre na fase de execução do serviço, equipara-se a qualquer outro usuário. Não há qualquer razão de natureza ética ou jurídica que leve a outro entendimento”.

53. E conclui que esse argumento, “ora examinado, não justifica, de forma alguma, a conclusão de ser inaplicável multa moratória, por parte de concessionário de serviços públicos, a órgãos públicos, inclusive o Poder Concedente”.

54. Quanto à natureza da multa moratória, o Parecer n.º GQ-170 reafirma ser ela uma pena. Todavia, entende que tem natureza contratual e não derivada do poder de polícia. Assim é matéria regulada pelo Direito Civil, na parte referente ao descumprimento de obrigações (arts. 916, 917, 919, 920, 921, 955 e 960 do Código Civil). E prossegue:

“75. Dos referidos dispositivos do Código Civil depreende-se que a matéria referente ao descumprimento de obrigações, à mora daí conseqüente e à possibilidade de aplicação de multa moratória está, repita-se, amplamente regulada em lei. Por outro lado, está claro que o sujeito passivo da aplicação da multa moratória é o **devedor**, sem qualquer restrição. Fica evidente, também, a natureza contratual da multa moratória, uma vez que, se fundada fosse a multa no poder de polícia, seria ela inaplicável entre particulares, e o é”.

A aplicação de regras de direito privado a contratos firmados com a Administração

55. A doutrina é pacífica quanto à possibilidade de aplicação de princípios gerais e normas de direito privado aos contratos administrativos. Permito-me repetir as lições de José Cretella Jr. e Hely Lopes Meirelles, referenciadas pela Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva em seu Parecer:

“15. A opinião de Cretella Júnior sobre o assunto é bem resumida no trecho seguinte:

‘Os contratos celebrados pelo Estado ou são públicos, abrangendo cláusulas atípicas, ‘derrogatórias’ e ‘exorbitantes’ do Direito comum (concessão de serviço público, utilização privada de bem público, realização de obras e trabalhos públicos), submetendo-se, nesse caso, a regime jurídico de Direito Público, ou são privados, sujeitos às normas prescritas pelo Direito Civil (compra e venda, locação, fornecimento, realização de obras e trabalhos sob regime de empreitada comum). Em qualquer destes casos, a Administração figura como parte da relação jurídica contratual, ora ocupando posição vertical, usufruindo então os privilégios e prerrogativas, decorrentes de entidade detentora de ‘potestade pública’, o que lhe garante aquela singular colocação, ora ocupando posição horizontal, tratando com o particular no mesmo plano, com ele nivelando-se, perdendo então grande parte daquelas prerrogativas, oriundas de sua condição específica de poder público.’ (in ‘Licitações e Contratos do Estado’ 1ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 76) (grifamos)

16. Vejamos a conceituação que Hely Lopes Meirelles nos fornece em seu livro ‘Direito Administrativo Brasileiro’, 20ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p.194 a 196:

‘Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. (...) A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e frequentemente os realiza – em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, como já conceituou o extinto TRF), e somente no segundo haverá contrato administrativo típico. Daí a necessária distinção entre contrato semipúblico da Administração e contrato administrativo propriamente dito, como já o fez a lei (art. 62, § 3º, I)’ (grifamos).”

56. Essa aplicabilidade de princípios gerais e normas de direito privado aos contratos administrativos é prevista pela Lei n.º 8.666/93 em seu art. 54, **caput**, que dispõe:

“Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

57. Como se vê, são sempre aplicáveis os princípios e disposições de direito privado aos contratos administrativos, desde que não estejam em jogo preceitos de direito público. E como bem observa o Dr. Luiz Alberto da Silva, Consultor da União, em seu Parecer n.º GQ-170 – AGU:

“79. Percebe-se, assim, que os citados princípios e as disposições de direito privado são aplicáveis, supletivamente, aos contratos administrativos, desde que não entrem em choque com preceitos de direito público. Ora, não há qualquer preceito de direito público, em nosso ordenamento jurídico, que exclua as pessoas jurídicas de direito público, ou seus órgãos, da incidência de multa moratória nos casos de prestação de serviços públicos ora examinados. E mesmo que houvesse, é necessário que se diga, tal norma teria de ter sua validade aferida em confronto com princípios constitucionais, com destaque para os princípios da isonomia e da moralidade.

80. Desse modo, parece evidente que as citadas disposições do Código Civil são aplicáveis aos contratos administrativos, incluídos os de prestação de serviços públicos à Administração Pública, dos quais se tratará mais adiante. Em sendo assim, em princípio, é perfeitamente legítimo que a Administração participe de contrato de prestação de serviços públicos em que se estabeleça multa moratória pelo pagamento de conta após o seu vencimento.

81. O que se poderia argumentar é que, sendo de natureza contratual a multa moratória, os entes públicos poderiam recusar a inclusão de tal cláusula nos contratos que tivessem de celebrar com as concessionárias de serviços públicos. Tal argumentação, porém, não tem condições de prosperar.

*82. O contrato para prestação de serviço público, a ser celebrado entre a Concessionária e o Usuário, é da espécie denominada **contrato de adesão**. Essa espécie contratual é característica da prestação de serviços públicos, embora não seja exclusiva dela. E isso pelo menos por duas razões: a primeira porque, em se tratando de serviços públicos, os usuários contam-se aos milhares ou até milhões, tornando-se impossível que a concessionária discuta as cláusulas contratuais com os possíveis usuários; a segunda porque, conforme já se disse, os usuários, em princípio, devem ser tratados isonomicamente. Assim sendo, nada mais lógico que sejam as cláusulas padronizadas, gerando o contrato de adesão.*

83. Sílvia Rodrigues conceitua contrato de adesão como ‘aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro’. (Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. 6ª edição – São Paulo: Saraiva, 1977 – Vol. III, p. 45).

84. Em prosseguimento, o mesmo autor, após considerações sobre as diferenças entre os contratos paritários e os de adesão, enquadra nesta última espécie os **contratos celebrados com as concessionárias de serviços públicos**, afirmando que aquele que deseja contratar com esse tipo de empresa 'não pode discutir o preço e outras condições propostas pela outra parte'; e acrescenta 'Ou se submete a elas, contratando, ou se priva de contratar, o que nem sempre é possível'. (Ob. cit. p. 46).

85. A toda evidência, como se viu, a competência para estabelecer os termos do contrato de adesão é da concessionária, e não do usuário. Não se diga que, quando o usuário seja pessoa jurídica de direito público (ou seus órgãos), tal competência seja transferida para esta última. Hely Lopes Meirelles sustentava que o contrato entre a concessionária de serviços públicos e os usuários era **contrato privado**. No entanto, Toshio Mukai ponderou que, a partir da modificação do art. 52 do Decreto-lei n.º 2.300/86, operada pelo Decreto-lei n.º 2.348, de 29 de julho de 1987, acrescentando-lhe o § 3º, a administração pública brasileira celebra, tão-só, **contratos de direito público**: contratos administrativos puros e contratos administrativos de figuração privada. Isso fez Hely Lopes Meirelles rever sua anterior posição, adotando a posição de Toshio Mukai, apenas denominando contrato semi-público o que este chama de contrato administrativo de figuração privada (Licitação e Contrato Administrativo, 10ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Maria Prendes – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 184/185).

86. O referido § 3º do art. 52 do Decreto-lei n.º 2.300/86, no que aqui interessa, dispõe: 'Aplica-se o disposto nos artigos 45, 48, 49, 50, 51 e demais normas gerais, no que couber: a) ...; b) aos contratos em que a **União** for parte, como usuária de serviço público.' (Grifei).

87. Referindo-se a esse dispositivo, assevera Toshio Mukai:

'Quanto à letra b do § 3º, isto é, quando elege nesse contexto contratos em que a União for parte, como usuária de serviço público, essa eleição também mostra que aí se trata de contratos públicos (embora de figuração privada), porque, como afirma Francis Paul Bénoit, 'esta situação na qual o usuário está dominado pelas autoridades do serviço é, de modo característico, uma situação de direito público', sendo, portanto, 'a situação dos usuários efetivos dos serviços públicos industriais ou comerciais uma pura situação de direito administrativo'. (O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos – São Paulo: Saraiva, 1988, p. 78).

88. A vigente Lei n.º 8.666/93 contém disposição equivalente, dispondo, no art. 62, § 3º, inciso II: 'Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, **no que couber**: 10 ...; II) aos contratos em que a **Administração** for parte como usuária de serviço público'. (Grifei).

89. A diferença essencial entre os dois textos é que o vigente se refere à **Administração**, enquanto o anterior referia-se à **União**, mais restrito, portanto. Quanto ao mais, os textos são idênticos, exceto quanto à referência aos artigos que, naturalmente, têm numeração diferente.

90. O art. 55 refere-se às **cláusulas obrigatórias** (necessárias) em todo contrato administrativo. O art. 58 estabelece as **prerrogativas** da Administração, no que

se refere a esses contratos. O art. 59 trata dos **efeitos da declaração de nulidade** do contrato administrativo. Os arts. 60 e 61 cuidam de aspectos referentes à **formalização** desses contratos.

91. Como se pode observar, independentemente do nome que se dê aos contratos referidos no inciso II do § 3º da Lei n.º 8.666/93 e da natureza que a eles se atribua, o fato é que a esses contratos não se aplicam todos os dispositivos da Lei. As **demais normas gerais** e mesmo os citados arts. 55 e 58 a 61 aplicam-se **no que couber**. É o que está expresso no texto sob exame.

92. Para o que aqui interessa, impende ressaltar que **uma das regras que não se aplicam** aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público é a referida no inciso I do art. 58, ou seja, modificar, unilateralmente, os contratos, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado. Não se pode aplicar, ao caso, esse dispositivo, esclareça-se, no sentido de que caberia a qualquer órgão ou entidade da Administração modificar unilateralmente o contrato. Admitir-se isso, ou seja, que os órgãos públicos pudessem, eles próprios, modificar o contrato, constituiria uma total subversão do conceito de contrato de adesão, além de uma interferência indevida no poder regulamentar do representante do Poder Concedente, fracionando esse poder regulamentar.

93. Como já se viu, tais contratos são **contratos de adesão**, cujas cláusulas são estabelecidas pela Concessionária. **Quem tem poder de influir nesses contratos** e, em consequência, nas suas cláusulas, **é o representante do Poder Concedente**. Esse tem esse poder em razão da competência que tem de alterar as cláusulas regulamentares do serviço, entre as quais se encontram aquelas referentes ao relacionamento entre a Concessionária e os Usuários. Parece-me evidente que esse relacionamento se enquadra no que se costuma denominar de **normas do serviço**, que são de competência do **representante** do Poder Concedente.

94. Embora a legislação geral sobre concessões (Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995) não disponha, expressamente, sobre a submissão, pelas concessionárias, ao representante do Poder Concedente, das minutas dos contratos de adesão a serem celebrados com os usuários, isso não impede, como se viu no item anterior, que o representante do Poder Concedente interfira nesses referidos contratos, inclusive para determinar a inclusão, neles, de cláusulas consideradas convenientes ou necessárias”.

58. E prossegue o Parecer n.º GQ-170:

“97. Em síntese, quanto ao aspecto ora tratado, referente à validade da Portaria n.º 663/79, parece-me lícito afirmar que a matéria relativa à aplicação de multa moratória, pelas concessionárias de serviço telefônico público, a órgãos públicos inadimplentes, tem fundamento legal nos citados dispositivos do Código Civil, sendo legítima, dada a característica do contrato de adesão e o poder regulamentar do representante do Poder Concedente, que este representante determine a aplicação da mencionada multa, inclusive a órgãos integrantes do próprio Poder Concedente.

98. Há mais a ser ressaltado. A partir da vigência do Decreto-lei n.º 2.300/86, passaram a existir, nos contratos administrativos, cláusulas chamadas **necessárias**, portanto obrigatórias. Entre elas, a que estabelecesse ‘as responsabilidades das partes, penalidades e valor da multa’ (art. 45, inciso VII). Hoje, vigente a Lei n.º 8.666/93, o art. 55, inciso VII, reza:

‘Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

.....
VII – os direitos e as **responsabilidades** das partes, as **penalidades** cabíveis e os **valores das multas**’ (Grifei).

99. A redação do Decreto-lei n.º 2.300/86 (art. 45, inciso VII) já não permitiria conclusão diversa da de que seria obrigatória cláusula prevendo aplicação de multa inclusive a órgãos públicos, uma vez que se faz referência, de início, às **responsabilidades das partes** e as penalidades e valor da multa teriam de ser, igualmente, **relativos às partes**. A redação dada pela Lei n.º 8.666/93, ao levar para o plural as expressões ‘penalidades cabíveis’ e ‘valores das multas’, ainda mais evidencia essa conclusão. Ressalte-se, além disso, que nos contratos administrativos propriamente ditos pelo menos uma das partes deve ser, necessariamente, integrante da Administração Pública. Por outro lado, não havendo a lei, em ambos os casos (Decreto-lei n.º 2.300/86 e Lei n.º 8.666/93), especificado a que multas se estaria fazendo referência, é evidente que, entre outras, aí estaria prevista a multa moratória, justamente aquela que tem natureza contratual, como já se viu.

100. Ora, neste caso referente às cláusulas obrigatórias, especialmente da regra contida no citado inciso VII do art. 55 da Lei n.º 8.666/93, aí sim cabe a aplicação prevista no inciso II do § 3º do art. 62 da mesma lei, uma vez que tal aplicação não desnatura o contrato de adesão, peculiar ao relacionamento entre a concessionária e os usuários. No meu entender, as disposições legais ora examinadas reforçam, ainda mais, a legitimidade da imposição da referida multa moratória a órgãos públicos, por ato fundado no poder regulamentar do representante do Poder Concedente”.

O interesse público deve estar presente nas prerrogativas conferidas à Administração

59. Finalmente, ao se examinar se o Poder Concedente estaria abrindo mão de prerrogativas ao permitir que lhe seja imposta multa moratória, dúvida essa que poderia ser levantada em relação à afirmação contida no item 92 do Parecer n.º GQ-170 no que se refere à alínea “b” do § 3º do art. 52 do Decreto-lei n.º 2.300/86 e ao inciso II do § 3º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93, o Consultor da União, Luiz Alberto da Silva, esclarece:

“122. Ali se disse (no item 92) que uma das regras que não se aplicam aos contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público é a referida no inciso I do art. 58 da Lei n.º 8.666/93. Poder-se-á objetar que o **caput** do art. 58 confere, à Administração, **prerrogativas**, entre elas a do citado inciso I, e, em

sendo assim, não se poderia sobre isso transigir. A objeção, no entanto, não pode prosperar.

123. Em primeiro lugar, é preciso dizer-se que as **prerrogativas** da Administração não lhe são conferidas imotivadamente. Elas são dadas para permitir que a Administração realize seus fins, que se resumem ‘num único objetivo: o **bem comum da coletividade administrada**’. (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro – 22ª ed. Atualizada – São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 81*). E acrescenta o saudoso mestre: ‘Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do **interesse público**, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado **sem interesse público** configura **desvio de finalidade**’. (Ob. cit., loc. cit.).

124. Em decorrência disso, o **interesse público** não se confunde com o **interesse da Administração ou do administrador**. Para estes, no que respeita ao tema sob análise, pode interessar não pagar multas nos casos de inadimplência no cumprimento de suas obrigações. No entanto, o **interesse público** está em que, como todo usuário, cumpra suas obrigações na forma e no prazo convenencionados, e, caso contrário, sujeite-se às sanções próprias do inadimplemento. Mesmo porque, em assim sendo, estar-se-á dando acatamento aos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade.

125. Finalmente, em segundo lugar, cabe lembrar que o mencionado dispositivo legal – inciso II do § 3º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93 – determina que as disposições nele indicadas aplicam-se aos contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público **no que couber**. Esta expressão foi introduzida, deliberada e sabiamente, tendo em vista as características próprias desses contratos, de **natureza preponderantemente privada**. Além disso, nesses contratos, as **prerrogativas** da Administração são exercidas pelo representante do Poder Concedente, que sobre eles, como já se viu, tem ampla disposição. Admitir o contrário, ou seja, que qualquer órgão público, na qualidade de usuário do serviço, exerça essas prerrogativas, constitui total subversão, o que, segundo entendo, visou o legislador a impedir, introduzindo a referida expressão limitativa. Parece-me, assim, que a dúvida não pode prosperar”.

Conclusões

60. Para não me estender ainda mais sobre essas questões, diria que, de tudo que li, ficou-me a convicção de que o Tribunal deve reavaliar o entendimento até aqui adotado sobre a aplicação de multa moratória por atraso no pagamento, como usuária de serviços públicos prestados por concessionárias, privadas ou não. Penso que a jurisprudência antes pacificada, merece reexame, pois mudou o ordenamento jurídico.

61. Sem dúvida o Parecer n.º GQ-170, da Advocacia-Geral da União, contém o mais aprofundado exame da matéria. Estou de acordo com boa parte de sua argumentação, a qual transcrevi neste Voto. Também a Sra. Procuradora, Cristina Machado da

Costa e Silva, diverge do entendimento dominante nas decisões deste Tribunal e apresenta em seu Parecer argumentos pertinentes e válidos.

62. Entendo que a atribuição de prerrogativas e privilégios extensivos e imotivados aos órgãos e entidades da Administração Pública não é coerente com a idéia de um Estado Democrático de Direito.

63. Pretender que a Administração Pública passe a deter prerrogativas em todas as relações que estabelece com os cidadãos, pessoas físicas ou jurídicas, é negar que essa mesma Administração foi concebida para a satisfação do interesse público. E não há interesse público em atribuir a órgãos e entidades da Administração a faculdade de pagar contas de serviços públicos com atraso, sem multa moratória. Se isso ocorre, ferem-se os princípios da isonomia e da moralidade, fundamentais em nosso sistema jurídico.

64. Além de todos os argumentos que apresento neste Voto, é preciso notar que o texto da Súmula n.º 226 da Jurisprudência deste Tribunal declara ser indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas **entre** órgãos e entidades da Administração Pública nas três esferas de governo, inclusive concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa. (grifo meu).

65. E hoje, diversas concessionárias de energia e telecomunicações são privadas, não integram a Administração Pública e, portanto, não estariam sujeitas à aplicação da tese contida naquela Súmula.

66. É certo que as inúmeras decisões proferidas pelo Tribunal sobre essa matéria levaram à aprovação da Súmula n.º 226 e assim, apenas a interpretação reiterada desta Corte em sentido diverso poderia justificar sua reformulação.

67. Todavia, considerando que a resposta desta Corte a consulta tem caráter normativo, penso que se poderia encaminhar cópia deste Relatório, Voto e da Decisão que vier a ser proferida à Comissão de Jurisprudência do Tribunal para que examine a conveniência de se modificar ou revogar o teor da referida Súmula.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

DECISÃO N.º 537/99 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-004.553/1998-5
2. Classe de Assunto: III – Consulta
3. Órgão: Ministério da Aeronáutica
4. Interessado: Ministro de Estado
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva
7. Unidade Técnica: 3ª Secex
8. Decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei n.º 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno do TCU, DECIDE:

¹ Publicada no DOU de 02/09/1999.

8.1. conhecer da presente consulta por preencher os requisitos previstos no art. 216 do Regimento Interno, para responder à autoridade consulente que é cabível a cobrança de multa moratória por atraso no pagamento de concessionária de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública;

8.2. dar ciência do inteiro teor desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à autoridade consulente;

8.3. determinar o envio de cópia dos autos à Comissão de Jurisprudência deste Tribunal para que esta examine a conveniência de se alterar o teor da Súmula n.º 226, a seu critério; e

8.4. determinar o arquivamento dos presentes autos.

9. Ata nº 36/99 – Plenário.

10. Data da Sessão: 18/08/1999 – Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

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

IRAM SARAIVA

Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Relator

IBAMA - ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL

Relatório de Auditoria de Desempenho

Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo

Grupo I – Classe V – Plenário

TC-930.133/98-6

Natureza: Relatório de Auditoria de Desempenho.

Entidade: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama.

Responsável: Eduardo de Souza Martins, Presidente.

Ementa: Relatório de Auditoria de Desempenho com o objetivo de avaliar a atividade de fiscalização ambiental empreendida pelo Ibama. Recomendações. Restituição do processo à unidade técnica para o acompanhamento das recomendações.

RELATÓRIO

Cuidam os autos do Relatório da Auditoria de Desempenho realizada no período de 09/11 a 11/12/98 em cumprimento à Decisão n. 722/98 – Plenário, que aprovou o Plano Especial de Auditorias de Desempenho no âmbito do Projeto de Cooperação Técnica firmado entre o TCU e o Reino Unido. Esta Auditoria tem por escopo a atividade de fiscalização ambiental exercida pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, concentrando-se na análise comparativa entre a fiscalização executada diretamente pelo aludido Instituto e aquela realizada por meio de convênio com órgãos ou entidades estaduais, especificamente pelas polícias militares – PM.

2. Reproduzo, na íntegra, o trabalho e as conclusões da equipe de auditoria (fls. 04 a 30), com as quais manifestam-se de acordo o titular da 6ª Secex (fls. 169) e o representante do Ministério Público junto a este Tribunal (fls. 171):

“INTRODUÇÃO

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama foi criado pela Lei n° 7.735 de 22.02.89, a partir da extinção de quatro órgãos: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF, a Superintendência de Desenvolvimento da Pesca - Sudepe, a Secretaria Especial do Meio Ambiente - Sema e a Superintendência da Borracha - SUDHEVEA, órgãos dos quais herdou as competências, além da estrutura operacional e administrativa. Nos termos de sua lei de criação, o Ibama é uma autarquia federal de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público.

No momento, encontram-se em andamento estudos visando à transformação do Ibama em agência executiva. Os termos do contrato de gestão, envolvendo indicadores de desempenho e metas a serem cumpridas nos próximos anos, estão sendo negociados com o Ministério da Administração e Reforma do Estado - Mare.

O Instituto encontra-se vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal - MMA e tem por finalidade formular, coordenar, executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais.

De fato, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23 da Constituição Federal). Nesse sentido, a cooperação com os Estados está sendo estimulada pelo Ibama via celebração de pactos federativos, que procuram coordenar os esforços estaduais e federais, por meio da definição da área de atuação de cada ente da Federação.

A fiscalização executada diretamente pelo Ibama é realizada com a participação das Divisões de Controle e Fiscalização - Dicof, dos Escritórios Regionais - ER e dos Postos de Controle e Fiscalização - Pcof, todos subordinados às Superintendências Estaduais - Supes.

Adicionalmente, no Ibama Sede, as atividades de fiscalização ficam a cargo da Diretoria de Controle e Fiscalização - Dircof por meio do Departamento de Fiscalização - Defis ao qual cabem, além da execução de ações de fiscalização, o planejamento e acompanhamento dessas atividades bem como a coordenação, supervisão e avaliação dos assuntos relacionados à fiscalização da flora, fauna, pesca e degradação ambiental.

Além da atuação direta, o Ibama conta com a participação de órgãos convenientes (fl. 31), em sua maioria polícias militares estaduais, para a execução das atividades de fiscalização. Da relação atual de convênios em execução, observa-se que quatro deles não incluem repasses de recursos. Nos demais casos, e de acordo com os termos dos convênios firmados, os convenientes realizam atividades de fiscalização ambiental e recebem percentual do valor arrecadado em decorrência das multas aplicadas.

Cabe ao Ibama orientar e supervisionar as ações objeto do convênio, coordenar o treinamento de pessoal e repassar a parcela devida dos recursos arrecadados. É ainda responsabilidade da autarquia o acompanhamento das atividades de execução, avaliando seus resultados e exercendo a orientação normativa, o controle e a fiscalização sobre a execução do convênio.

Parte do acompanhamento de execução desses convênios é feita nas Supes. Posteriormente, os processos são enviados ao Ibama Sede para verificação do valor arrecadado e formalização do termo aditivo, a fim de efetuar o repasse devido às PMs.

Em vista da reconhecida carência de recursos humanos no Ibama, a possibilidade de celebração desses convênios assume grande importância para as atividades de fiscalização ambiental, na medida em que aumenta o número de fiscais, veículos e

equipamentos disponíveis para essa atividade na área do Estado. Além do aumento da capacidade de fiscalização, esse instrumento possibilita o aumento de arrecadação do Ibama, já que apenas uma percentagem dos recursos efetivamente arrecadados retorna para a PM.

Cumpra observar que, nos termos do art. 23 da Constituição Federal c/c o art. 11, §1º, da Lei nº 6.938/81, a atuação do Ibama deve-se dar de forma supletiva em relação à atuação estadual no que tange às questões ambientais circunscritas aos limites estaduais: ante a existência de legislação e fiscalização estaduais, a atuação da entidade federal é supletiva. No entanto, muitos Estados da Federação permanecem omissos em relação a normas de controle ambiental, o que enseja a atuação do Ibama. Ademais, as questões envolvendo mais de um Estado, rios que atravessam vários entes da Federação, ou ainda parques nacionais, devem ser objeto de fiscalização pela entidade federal, e a competência para execução dessas atividades só pode ser transferida por instrumentos formais.

Dessa forma, não se pode prescindir da presença da fiscalização federal em todo o território nacional, o que aumenta a importância dos convênios firmados com as polícias estaduais. Essas considerações deixam clara a importância desses instrumentos e realçam a necessidade de avaliação dos resultados alcançados por essa fiscalização. Deve ser destacado que a orientação de firmar convênios para executar as atividades de fiscalização vão ao encontro das normas estabelecidas para a elaboração do Plano Plurianual 2.000-2.003, nos termos do Decreto nº 2.829, de 29 de outubro de 1998, que, em seu art. 8º, estabelece: “Os programas serão formulados de modo a promover, sempre que possível, a descentralização, a integração com Estados e Municípios e a formação de parcerias com o setor privado”.

Por outro lado, o levantamento de auditoria realizado apontou diversas falhas no que concerne à orientação, acompanhamento e avaliação do desempenho das atividades executadas pela polícia, havendo indicativos de que o Ibama Sede conhece pouco a forma de atuação e os resultados alcançados pela fiscalização dos convenentes. Adicionalmente, trabalhos anteriores realizados pelo Controle Interno do MMA apontam atrasos significativos nos repasses devidos às PMs, gerando descontentamento e desestímulo em relação à execução dos convênios.

Finalmente, deve ser mencionado que os instrumentos firmados entre o Ibama e as polícias estaduais têm a natureza de convênio, estando, portanto, regidos pela IN/STN nº 1, de 15 de janeiro de 1997.

2. METODOLOGIA

Os métodos de auditoria utilizados nos trabalhos de campo podem ser consolidados em três etapas sucessivas, caracterizadas pela utilização de técnicas específicas de auditoria de desempenho.

Na primeira etapa foi montado o mapa de produtos (“output map”) (fl. 32) para a atividade de fiscalização, incluindo a atuação direta do Ibama e a fiscalização mediante convênios com entidades estaduais. O mapa enfatiza os produtos sem especificar os processos e atividades necessários para o atingimento desses resultados. Essa ferramenta, além de fornecer visão global, permitiu identificar os resultados intermedi-

ários essenciais para a consecução do objetivo da atividade em estudo, incluindo a atuação direta e a atuação por meio de convênios com as PMs. A montagem inicial desse mapa foi feita pela equipe de auditoria com base em informações obtidas no Defis. Posteriormente, em reunião com a Dircof, foram colhidos e incorporados os melhoramentos necessários.

Na segunda etapa, partiu-se desse mapa para identificar aqueles produtos intermediários que desempenham papel chave para o sucesso da atividade. Foram, então, obtidos indicadores de desempenho que podem ser utilizados para monitorar a execução em etapas intermediárias do processo. Em seguida, foram selecionados os mais importantes para medir os aspectos de desempenho considerados nesta auditoria.

A utilização desses indicadores, combinados com os dados de fiscalização disponíveis, tornou possível uma primeira análise comparativa do desempenho do Ibama, por meio de suas Superintendências Estaduais, com o desempenho das polícias militares.

Finalmente, ante a identificação de algumas deficiências e alguns pontos de estrangulamento, foram montados mapas de processos (“process map”) (fls. 33/34), em que são detalhados os procedimentos para celebração dos convênios e repasse de recursos. Esses mapas, elaborados com auxílio de servidores do Defis, permitiram localizar a existência de falhas nos procedimentos de análise e acompanhamento da execução dos convênios, bem como deficiências no procedimento de repasse de recursos à PM.

Adicionalmente, como forma de enriquecer as conclusões decorrentes da análise de dados e de processos, foram realizadas, por telefone, entrevistas com as Superintendências Estaduais de Goiás, Minas Gerais, Santa Catarina, Paraíba e Espírito Santo, e com as polícias militares de cada um desses Estados, que mantêm convênios de fiscalização ambiental com o Ibama, exceto com a PM do Estado de Santa Catarina. Os modelos dos questionários utilizados nas entrevistas estão apresentados às fls. 35/39.

A equipe de auditoria contou com a participação de 4 servidores do Tribunal de Contas da União e, conforme proposta metodológica adotada no âmbito do Projeto de Cooperação Técnica, contou, ainda, com a participação de 1 servidor da Ciset/MMA. A proposta original previa, também, a integração de um servidor do departamento envolvido. A entidade designou um servidor que colaborou com os trabalhos da equipe sem integrá-la de forma efetiva.

3. ESTRUTURA DE GERENCIAMENTO DE DESEMPENHO

3.1 INDICADORES DE DESEMPENHO

Uma série de indicadores de desempenho foi desenvolvida nessa auditoria usando a metodologia de mapa de resultados. Inicialmente, entretanto, é interessante analisar os prováveis indicadores relacionados pelo Ibama para constar no contrato de gestão.

Como já anteriormente mencionado, o Ibama está passando por um processo de transformação em agência executiva. Para que isso ocorra é necessária a presença

de indicadores de desempenho, no contrato de gestão, a partir dos quais são estabelecidas metas para evolução do desempenho ao longo dos anos. Ressalte-se que esses indicadores estão sujeitos a alterações, uma vez que o contrato de gestão não foi ainda assinado.

3.1.1 Prováveis indicadores a serem incluídos no contrato de gestão do Ibama

a) **Efetividade: Índice de correção ambiental.**

O primeiro indicador, denominado “índice de correção ambiental”, será medido da seguinte forma:

$I = \frac{\sum P_i \cdot I_i}{\sum P_i} \cdot 100 \%$	$I_i = \frac{A_i}{T_i}$

onde:

Pi - peso relativo de cada categoria,

Ii – índice de correção para cada categoria

Ai – total de autos de infração emitidos para cada categoria

Ti – total de inspeções realizadas em cada categoria

Foram definidas três categorias de agentes que interferem no meio ambiente: agentes de exploração econômica, agentes que fazem uso sustentável dos recursos e agentes que fazem uso dos recursos para sobrevivência. O peso de cada categoria será estabelecido conforme a magnitude da ação impactante de cada uma delas no meio ambiente.

Esse é um indicador que objetiva medir a efetividade da ação fiscalizadora. O ano de 1999 será utilizado como referência e as metas estabelecidas são de redução do índice em 30% no ano 2000 e 50% em 2001, sempre em relação ao ano de referência. A idéia de se procurar a redução do índice é a de buscar que, com o passar do tempo, cada vez mais os agentes atuem legalmente, provocando uma queda no número de autos de infração aplicados nas fiscalizações.

O indicador exige algumas cautelas. A primeira delas é a questão da determinação do peso de cada categoria. O critério para estabelecimento de tal ponderação é bastante difícil, podendo cair inclusive no terreno da subjetividade. Além disso, o peso da ação impactante no meio ambiente das três categorias apresentadas pode mudar ao longo do tempo e também conforme a região considerada, uma vez que as diversas regiões do território brasileiro apresentam diferentes características em relação à atividade econômica.

Outra questão a ser levantada é a diversidade das atividades de fiscalização exercidas pelo Ibama. Tal diversidade dificulta o cômputo, de forma consistente, do total de inspeções realizadas e do número de autos de infração aplicados. Exemplificando: enquanto numa ação fiscalizadora de transporte de produtos florestais podem ser fiscalizados um grande número de caminhões num só dia, uma única ação de fiscalização de área desmatada pode levar vários dias. Seria incoerente fazer uma simples soma dessas inspeções. A mesma inconsistência aconteceria em relação ao

número de autos de infração emitidos. No exemplo dos caminhões um grande número de autos poderia ser aplicado, enquanto na fiscalização do desmatamento poderia ocorrer apenas uma autuação. Dessa forma, poderiam ocorrer distorções na análise do indicador.

b) Eficácia: Satisfação com a equidade da fiscalização praticada.

O segundo indicador foi definido da seguinte forma:

$S = \frac{\sum P_i \cdot S_i}{\sum P_i} \cdot 100 \%$	$S_i = \frac{RI}{U_i}$

onde:

S_i – satisfação com a equidade da fiscalização praticada de cada categoria

P_i – peso relativo a cada categoria, como no indicador anterior

R_i – quantidade de respostas satisfatórias para os itens pesquisados para cada categoria

U_i – total de usuários pesquisados em cada categoria

As categorias são as mesmas do índice de correção ambiental, bem como a forma de cálculo dos pesos de cada uma delas.

O indicador visa medir a eficácia da atividade de fiscalização. Assim como no índice de correção ambiental, o ano de 1999 vai ser utilizado como ano de referência, onde a primeira medida do indicador será realizada. A partir daí, as metas devem ser de crescimento desse índice em 50% no ano de 2000 e 75% no período seguinte.

Esse indicador apresenta o mesmo problema de definição dos pesos de cada categoria que o indicador anterior.

c) Eficiência: Produtividade das ações fiscalizadoras.

O terceiro índice é medido da seguinte forma:

$D = \frac{\sum P_i \cdot D_i}{\sum P_i} \cdot 100 \%$	$D_i = \frac{TE_i}{TR_i}$

onde:

D_i = produtividade para cada categoria

P_i = peso relativo a cada categoria

TE_i = total de documentos emitidos validados

TR_i = total de despesas envolvidas diretamente nas operações

As categorias nesse índice são: flora, fauna e ambiental.

O índice objetiva medir a eficiência das atividades fiscalizadoras. As metas estabelecidas são de crescimento do índice em 10% em 2000 e 20% em 2001 em relação ao marco referencial que é o ano de 1999. A idéia é aumentar o número de autuações, interdições, apreensões etc. realizadas de forma correta, com o mesmo nível de despesas com a fiscalização.

Apesar de terem sido alteradas as categorias em que se subdividiu o universo da fiscalização, permanece o mesmo problema encontrado nos indicadores anteriores

com relação à determinação dos pesos de cada uma das categorias. Além disso, quando se coloca no índice o total de documentos emitidos, consideram-se todos aqueles documentos utilizados na atividade de fiscalização, como auto de infração, termo de apreensão/depósito, termo de embargo/interdição, notificação. Além desses documentos possuírem natureza bastante diferente, um único auto de infração pode gerar uma quantidade indefinida de outros documentos. Sendo assim, qualquer análise do somatório dos quantitativos válidos desses documentos geraria um resultado inconsistente. Modelos de documentos utilizados na fiscalização estão apresentados às fls. 40/46.

Outro aspecto importante é a necessidade de se estabelecerem os critérios adequados para se considerar um documento válido. Dependendo do critério utilizado, a mensuração da quantidade desses documentos pode-se tornar extremamente difícil.

3.1.2 Indicadores desenvolvidos na presente auditoria

No contexto da presente auditoria considerou-se necessário trabalhar com alguns indicadores alternativos que refletissem outros aspectos específicos da fiscalização, incluindo sugestões de membros do Departamento de Fiscalização do Ibama.

Os indicadores seguintes foram desenvolvidos pela equipe, com a participação de membros do Departamento de Fiscalização do Ibama.

a) **efetividade das ações fiscalizadoras no controle ambiental:**

número de fiscalizações que concluem
pela regularidade das atividades
número total de fiscalizações realizadas

Esse indicador refere-se ao produto identificado no mapa de produtos como “meio ambiente bem monitorado e legalidade das atividades fiscalizadas” (fls. 32). Cabe ressaltar que ele, na verdade, deve ser desdobrado em vários indicadores, tantas quantas sejam as atividades específicas realizadas na área de fiscalização. Isso para evitar a inconsistência mencionada no índice de correção ambiental utilizado no contrato de gestão, de somarem-se ações relativas a atividades diferentes entre si. Devem, portanto, ser identificados os diversos tipos de fiscalizações realizadas e, para cada uma delas, ser efetuado o cálculo do indicador separadamente.

Esse indicador de efetividade possui basicamente a mesma finalidade daquele que consta do contrato de gestão, denominado índice de correção ambiental. Um aumento em seu valor significa que um maior número de pessoas físicas e jurídicas estão agindo de forma regular em relação ao meio ambiente.

É importante ressaltar que o cálculo do índice só é possível a partir do momento em que se defina objetivamente o que é considerado uma fiscalização, para efeito de quantificação do número de fiscalizações. Sem essa definição, pode-se chegar a resultados inconsistentes. O Defis vem buscando essa definição, tanto que adotou o ‘Termo de Inspeção’ (fls. 47/48), visando computar o número de inspeções realizadas, dentro de cada um dos diversos tipos de atividade de fiscalização.

b) eficácia no atendimento de denúncias

número de denúncias investigadas
número total de denúncias feitas
prazo médio para atendimento de denúncias

Considerando que boa parte do trabalho atual de fiscalização concentra-se no atendimento de denúncias, esses índices têm por objetivo verificar a eficácia desse atendimento. Eles referem-se ao produto identificado como “atividades de fiscalização executadas” (fl. 32).

No momento não existe uma sistemática de acompanhamento, de forma global, de quantidade de denúncias atendidas. No entanto, não há dificuldade para o controle desses dados, o que, de fato, já é feito em alguns casos, como na Supes/GO (conforme informação do chefe da Dicof daquele Estado) e nas denúncias da linha verde, em que o acompanhamento é feito pela Ouvidoria (fls. 49/75). É também importante que se registre o tempo de atendimento da denúncia, pois, mesmo que o percentual de atendimento de denúncias esteja elevado, se os atendimentos estiverem demorando muito a serem feitos, diminui-se a possibilidade de evitar ou atenuar o dano ao meio ambiente e também a possibilidade de atuar o infrator .

c) eficácia da autuação.

valor arrecadado
valor autuado

Esse indicador está relacionado, na realidade, a duas áreas distintas de atividade do Ibama: a própria fiscalização e também a arrecadação, já que um auto de infração pode deixar de ser arrecadado em virtude de problemas na fiscalização, como autos de infração e termos de apreensão mal elaborados, mas também por problemas na sistemática de arrecadação, como demora na análise de recursos administrativos. Ele se refere ao produto “sanções aplicadas em decorrência das violações à lei ambiental” constante do mapa de produtos à fl. 32.

Esse indicador deve também ser analisado com certos cuidados. Um auto lavrado num determinado ano pode não ser arrecadado naquele ano, por diversos motivos. Por isso o cálculo do indicador simplesmente pela divisão do valor arrecadado naquele ano pelo valor autuado no mesmo período poderia fornecer resultados distorcidos. Como exemplo pode-se imaginar o caso em que num determinado ano ocorresse um aumento significativo no treinamento dos fiscais, levando a uma melhora na qualidade dos autos lavrados. Esse efeito poderia não ser percebido na arrecadação naquele mesmo ano, mas em um momento posterior, devido ao atraso na cobrança, julgamento de recursos etc. Dessa forma, o indicador pode ser utilizado na realização de um acompanhamento periódico da situação dos autos aplicados em um período previamente delimitado e na análise comparativa, por exemplo, entre Supes e PM de um mesmo Estado. Assim, far-se-ia um acompanhamento dos autos emitidos no ano de 1999, verificando-se aqueles que foram arrecadados no próprio ano e também nos anos subseqüentes. O mesmo procedimento seria feito para os autos emitidos no ano 2000 e assim por diante. Com essas informações

poder-se-ia constatar, por exemplo, que os autos aplicados no ano 2000 apresentaram um percentual de recolhimento no ano seguinte superior aos autos aplicados em 1999. A partir daí, poder-se-ia descobrir as causas de tal aumento e reforçar medidas naquele sentido, no intuito de melhorar ainda mais o desempenho.

d) economicidade das ações fiscalizadoras

custo operacional da fiscalização
número de fiscais

Esse indicador refere-se ao produto “atividades de fiscalização executadas” (fl. 32). Para sua utilização, assumiu-se a hipótese de que o número de fiscais atualmente em atuação não é superior ao número ótimo necessário para as atividades fiscalizadoras.

O custo operacional é calculado considerando o salário dos fiscais e também os demais custos relativos à fiscalização, tais como diárias e passagens. O indicador permite que o Ibama tenha uma noção de quanto lhe custaria aumentar o número de fiscais em um determinado Estado. Esse valor pode ser comparado com o custo de se obter a mesma quantidade de fiscais por meio da celebração de convênio com órgãos estaduais. Nessa comparação, o custo operacional da fiscalização pelo conveniente para o Ibama seria o valor que o conveniente tem direito a receber em função do valor que arrecada, que é, afinal, o custo que o Ibama tem na execução dos convênios.

e) eficiência nas ações fiscalizadoras

número de atuações
número de fiscais

Esse é um indicador de eficiência da atividade de fiscalização, especificamente no que se refere a seu aspecto punitivo, estando relacionado ao produto “sanções aplicadas em decorrência das violações à lei ambiental” (fl. 32). Pode ser utilizado para efetuar a comparação da atuação dos fiscais do Ibama com a dos fiscais dos órgãos convenientes. Em relação à comparação entre diferentes Estados, alguns cuidados são necessários já que determinadas áreas possuem uma incidência de infrações maior que outras, elevando o índice, não pelo desempenho dos fiscais, mas pela própria característica da região. Portanto, o indicador serve principalmente para efetuar a comparação entre polícias e Supes (que atuam na mesma área), para comparar regiões de características semelhantes e fazer uma análise da evolução temporal do desempenho numa mesma área.

Com os dados disponíveis (fl. 138), o cálculo desse indicador aponta valores extremamente baixos, chegando a atingir 0,1 atuações por fiscal em um mês.

É importante verificar se esses valores refletem a realidade ou se há distorções devido ao atraso sistemático na alimentação do sistema, fato confirmado pela Corin no caso das Supes de Minas Gerais e Santa Catarina (fls. 76/81). Antes de qualquer análise sobre esses valores, as distorções existentes devem ser corrigidas.

f) eficácia do processo de repasse de recursos aos convenientes

repasse 100%
débito acumulado

Esse indicador tem a função de medir a tempestividade no repasse dos recursos devidos às PMs em decorrência dos convênios, referindo-se ao produto “repasses efetuados tempestivamente” constante do mapa de produtos (fl. 32). O débito acumulado corresponde à soma do débito do ano anterior (valor que a polícia teria direito no ano anterior, mas que não foi repassado) e o valor a que faz jus a polícia no ano. O ideal é que esse indicador se aproxime de 100%, possivelmente sem atingi-lo uma vez que, sendo o repasse periódico, existe sempre um hiato entre a arrecadação e o repasse.

A escolha desse indicadores está ligada à constatação de que há atrasos sistemáticos nos repasses devidos às PMs, prejudicando as atividades de fiscalização (subitem 4.6).

Os indicadores apresentados podem ser medidos tanto para as atividades de fiscalização exercidas diretamente pelo próprio Ibama como por meio dos órgãos conveniados, para efeito de comparação e avaliação dos próprios convênios. Nessa auditoria, não foi possível calcular todos eles em razão da ausência de alguns dados e inconsistência de outros.

Para aperfeiçoar a avaliação das atividades de fiscalização, sejam elas realizadas diretamente ou por meio de convênios, o Ibama deve passar a coletar de forma sistemática, e exigir dos convenientes que também o façam, os dados que permitam calcular os indicadores de desempenho sugeridos ou outros considerados adequados. Uma vez estabelecida a coleta de dados, deverão ser também estabelecidas metas de aperfeiçoamento do desempenho, com a especificação dos níveis de desempenho almejados. Essas metas devem ser realistas, levar em conta a disponibilidade de recursos, mas deverão tornar-se mais ambiciosas com o tempo.

4. ACHADOS DE AUDITORIA

4.1 SISTEMAS INFORMATIZADOS

Um aspecto relevante observado pela equipe é a existência de dois sistemas independentes no Ibama, que apresentam diversas informações em duplicidade. O Sistema de Fiscalização (Sifisc) é um sistema, implantado a partir de 1997, cujas informações são alimentadas pelas superintendências estaduais a partir dos dados constantes dos documentos utilizados pelos fiscais em sua atividade. O sistema permite a obtenção de diversos tipos de consolidações, combinando os tipos de informação constantes nos referidos documentos. Pode-se obter, por exemplo, o valor autuado em determinado Estado num determinado período; o número de autuações realizadas de uma empresa num período desejado; a quantidade apreendida de determinado bem em um certo Estado (as informações que podem ser obtidas do Sistema estão apresentadas às fls. 82). Muitas das informações que constam do Sifisc também podem ser obtidas de outra fonte: o Sistema Siref, desenvolvido no Defis. Esse sistema, utilizado no âmbito daquele departamento, é alimentado com as informações constantes de relatórios mensais enviados pelas Supes.

A equipe constatou que apesar de os sistemas possibilitarem o acesso a informações muitas vezes em duplicidade, nenhum dos dois, no momento, consegue apresentar tais informações de maneira completa. No caso do Sifisc, que é um sistema mais abrangente, diversas Supes encontram-se em atraso na alimentação dos dados,

enquanto que algumas Supes também não remetem os relatórios mensais que alimentam o Siref.

O exemplo a seguir ilustra o que foi mencionado. A equipe solicitou à Defis um relatório de bens apreendidos no ano de 1998 para os Estados nos quais os convênios com as PMs estão sendo estudados. Não havia qualquer informação no Siref para os Estados de Minas Gerais e Santa Catarina, já que eles não enviaram relatórios no presente ano. O mesmo tipo de informação foi solicitada à Corin, responsável pela elaboração do Sifisc. No relatório apresentado constava que o número de apreensões em Goiás e Espírito Santo era zero, quando no relatório do Siref constavam diversas apreensões nesses Estados, indicando que não houve alimentação do Sifisc por parte desses Estados. Em Santa Catarina, por exemplo, não constavam apreensões feitas pela Supes daquele Estado, indicando, também, que aquela superintendência não alimentou o sistema (fls. 83/101).

A equipe entende que quando o Sifisc estiver funcionando plenamente, será desnecessário o registro em duplicidade das informações. Isso pouparia esforços por parte das superintendências, que não mais necessitariam consolidar em seus relatórios mensais as informações que já fazem parte do sistema. Esses relatórios que compõem o Siref poderiam se concentrar em outras informações relevantes para o acompanhamento do desempenho tanto das atividades de fiscalização feitas diretamente pelo Ibama como pelos convenentes. As Supes fariam constar desses relatórios as informações que fossem necessárias para o cálculo e acompanhamento dos indicadores de desempenho sugeridos e outras informações julgadas relevantes para o acompanhamento da atividade de fiscalização.

É importante recomendar ao Ibama que fortaleça a integração de informações entre os sistemas Sifisc e Siref, evitando duplicidade da alimentação dos dados, e envide esforços para manter a alimentação atualizada.

4.2 BENEFÍCIOS DOS CONVÊNIOS

Com relação à opção de firmar convênios para complementar a execução da atividade de fiscalização direta do Ibama, observa-se que, em tese, essa escolha apresenta vantagens que, até certo ponto, independem da análise do desempenho apresentado pelo convenente.

Nos Estados de Goiás e Santa Catarina, a própria existência do batalhão florestal foi atribuída à iniciativa do Ibama de procurar a polícia militar propondo a celebração do convênio, fato que, por si só, mostra a importância da aplicação desse instrumento para o estímulo à ampliação da capacidade de fiscalização ambiental do Estado.

Ademais, nos Estados em que o convênio foi celebrado, a capacidade de fiscalização ambiental passou a contar com reforço significativo, essencialmente a custo de autuação zero para o Ibama, que só assume os custos de cobrança e repassa apenas parte dos recursos efetivamente arrecadados. Segundo os dados atuais (fls. 138), esse reforço apresenta, em relação ao número de fiscais e veículos da Supes do mesmo Estado, os seguintes valores:

TABELA I – Incremento percentual nos recursos humanos e materiais, no exercício de 1998, nos Estados em que houve convênio do Ibama com a PM.

	ES	GO	MG	PB	SC
Nº DE FISCAIS	1622%	2417%	3529%	95%	-
Nº DE VEÍCULOS	95%	150%	5714%	18%	-

Sem antecipar as deficiências e limitações que serão discutidas abaixo e que, se minoradas, podem dar origem a melhoria no desempenho desse convênios, deve ser ressaltado que a participação da polícia militar representa aumento nos volumes apreendidos, nos valores auatuados e nos valores arrecadados, atingindo os seguintes percentuais em relação aos valores das Supes, referentes ao exercício de 1998 (fl. 138):

TABELA II – Incremento percentual nos valores auatuados e arrecadados, no exercício de 1998, nos Estados em que houve convênio.

	ES	GO	MG	PB	SC
VALOR AUTUADO	140%	310%	1312%	30%	1007%
VALOR ARRECADADO	437%	457%	347%	23%	2718%

Quanto à iniciativa para celebração desses convênios, observa-se que não há orientação definida pelo Ibama Sede incentivando as Supes no sentido de buscar a colaboração das PMs, nos Estados em que o convênio dessa natureza não foi celebrado. Informações coletadas nas entrevistas por telefone dão conta de que prevalece a iniciativa isolada das Supes, que buscam a formalização desses convênios a partir de colaborações locais que surgem espontaneamente.

Em vista da escassez de recursos humanos e materiais disponíveis para a fiscalização, entendeu-se oportuno recomendar ao Ibama que passe a estimular de forma sistemática a celebração desses convênios, estabelecendo orientação geral para que as Supes façam gestões no sentido de estimular esses instrumentos com as polícias estaduais que disponham de recursos operacionais adequados, especialmente naqueles Estados deficitários em número de fiscais e para os quais não exista nenhum convênio dessa natureza firmado até o momento.

Considerando que apenas 8 Estados possuem esse convênio, no momento, o aumento no número de convênios pode incrementar significativamente a capacidade de fiscalização do Ibama. A recomendação no sentido de estimular os convênios não deve ignorar a possibilidade de ocorrência de dificuldades regionais para a celebração desses convênios que podem existir em Estados específicos. No entanto, afastando essas considerações, é interessante observar que se os incrementos percentuais de 30% e 23% no valor auatuado e no valor arrecadado, respectivamente (como observados no estado da Paraíba), fossem alcançados em médio prazo pela celebração de convênios com os demais estados poderia ser atingido incremento de mais de R\$ 7 milhões no valor auatuado

e de mais de R\$ 1 milhão no valor arrecadado (Considerando os valores au tuados e arrecadados durante o exercício de 1997, fls. 102).

4.3. CRITÉRIOS PARA AFIXAÇÃO DO VALOR A SER REPASSADO AO CONVENIENTE

Atualmente, para o cálculo do valor a ser repassado para o conveniente é fixado um percentual que incide sobre o valor arrecadado pelo Ibama oriundo de multas aplicadas pelo conveniente. Essa forma de cálculo é bastante conveniente, pois dispensa o investimento prévio de recursos do Ibama. Assim, considerando-se que a arrecadação seja suficiente para cobrir os custos processuais, o resultado financeiro do órgão relacionado ao convênio será sempre positivo.

O sistema, contudo, só considera um critério para esse cálculo: o valor das multas. Ou seja, quanto mais multas o conveniente aplicar, maior será o valor a que fará jus. Isso pode trazer distorções nos objetivos a serem visados pelo conveniente. Pode parecer-lhe interessante somente aplicar mais multas, quando o objetivo real da fiscalização é fazer com que essas multas não sejam necessárias.

Para solucionar esse problema, a simples inserção de outros critérios para o cálculo do repasse seria útil. Tais critérios deveriam estimular o incremento da fiscalização, com ações de caráter rotineiro e ostensivo, que, mesmo que não sejam “rentáveis”, desestimulem a prática de atividades ilegais. Isso seria possível se o desempenho do conveniente fosse levado em consideração para a elaboração de critérios, sendo fixados parâmetros ou metas a serem alcançadas em um determinado período. Assim, poderia ser garantido um percentual de repasse mínimo, independente do aspecto desempenho. Esse percentual, porém, poderia ser aumentado, até um limite máximo, de acordo com o desempenho alcançado. Por exemplo, um repasse de 25% das multas arrecadadas seria garantido, sendo possível elevar esse valor em até 15 pontos percentuais (totalizando 40% no máximo), de acordo com o desempenho alcançado.

No entanto, para que isso seja possível, há a necessidade de que o desempenho do conveniente seja mensurado de maneira objetiva. Devem, então, ser previamente identificados os indicadores que melhor refletirão os aspectos desse desempenho. Para isso, o Ibama pode considerar os seguintes indicadores sugeridos no subitem 3.1:

- nº de inspeções regulares / nº de inspeções realizadas;
- denúncias investigadas / total de denúncias;
- prazo para atendimento de denúncias;
- valor arrecadado / valor au tuado;
- custo operacional (o custo operacional refere-se ao valor repassado pelo Ibama ao conveniente) / nº de fiscais.

Com relação ao primeiro, deve-se considerar que a confiabilidade da informação fornecida pelo conveniente pode decrescer em proporção direta do peso que o critério relacionado a efetividade tiver no cálculo do repasse. Assim, dados relativos às inspeções realizadas pelo Ibama poderiam também ser incluídos para o cálculo. Outra forma de minorar o problema, seria o Ibama checar se determinadas inspeções

informadas foram realmente realizadas de maneira adequada – por exemplo, visitando algumas empresas fiscalizadas pelo conveniente. Deve-se considerar o custo-benefício desse controle.

É recomendável que o Ibama estude a alteração dos critérios para o cálculo dos repasses para os convenientes de forma que esses não enfatizem exclusivamente a atuação e estimulem fiscalizações rotineiras e ostensivas de caráter preventivo, não relacionadas a situações em que o dano ambiental esteja configurado.

Essa forma de cálculo, além de incentivar a melhoria do desempenho do conveniente, presta-se como instrumento de planejamento, visto que pode ser utilizada para estimular um determinado tipo de atividade, relacionando-a a um peso maior quando da elaboração do cálculo.

4.4 FALTA DE COORDENAÇÃO

Um outro aspecto observado diz respeito à falta de coordenação por parte do Ibama em relação a determinadas atividades das Supes na área de fiscalização.

Na questão de treinamento, foi solicitado ao Defis a relação dos cursos realizados a partir de 1995. Na resposta encaminhada (fls. 103/105), observa-se que não consta que tenha sido oferecido, após 1995, qualquer treinamento às Polícias Militares que possuem convênios de fiscalização com o Ibama. Entretanto, nas entrevistas telefônicas realizadas com as PMs, a polícia do estado de Goiás, por exemplo, fez menção a cursos realizados pela Supes/GO no presente ano. Tal fato indica que podem estar ocorrendo treinamentos a nível das Supes nos estados sem que o Defis tome conhecimento. A falta desse tipo de coordenação impede que o Departamento de Fiscalização controle e tenha conhecimento do nível de treinamento oferecido tanto aos convenientes quanto ao seu próprio pessoal.

Ainda em relação ao aspecto de treinamento, nas entrevistas telefônicas realizadas com as PMs, foi geral a reclamação de que o treinamento promovido pelo Ibama é insuficiente ante as necessidades dos policiais. Da relação de cursos promovidos pelo órgão mencionada no parágrafo anterior, pode-se verificar que o quantitativo de treinamentos oferecidos às Supes é bem superior ao oferecido às PMs, apesar do número de policiais atuando na fiscalização ser normalmente maior que o número de fiscais do Ibama nos estados em que existe convênio. Há que se considerar ainda que os policiais militares não possuem formação original específica na área ambiental, o que aumentaria a sua necessidade de treinamento.

É importante que o Ibama avalie as necessidades de treinamento para a fiscalização e estude a forma de reforçar o treinamento dos convenientes, especialmente naqueles estados onde identificar uma maior deficiência em sua atuação.

Outro ponto relevante relacionado ao aspecto da coordenação das atividades das Supes é a própria questão da produção dos dados para composição da base de dados do Sifisc e Siref. Além do aspecto de duplicidade de informações mencionado no subitem 4.1, constatou-se, conforme anteriormente relatado, que nenhum dos sistemas consegue apresentar um retrato fiel do que é realizado na área de fiscalização. Em relação ao Siref, alimentado com base em relatórios mensais enviados pelas Supes (exemplo às fls. 106/116), algumas superintendências não enviaram qualquer

relatório no ano, impedindo a composição de forma integral da base de dados do sistema. O Sifisc, alimentado diretamente nas Supes, a partir das informações contidas nos diversos documentos utilizados pelos fiscais (auto de infração, termo de apreensão etc.), também não é capaz de fornecer o retrato completo da atividade porque algumas superintendências não o alimentam sistematicamente, como pôde ser observado nos relatórios de bens apreendidos nos estados de Goiás e Espírito Santo.

Outro exemplo dessa falta de coordenação pode ser observado também no Siref. Nos estados em que existem convênios de fiscalização, não há uma padronização na apresentação dos relatórios pelas Supes. Alguns Estados as apresentam de forma consolidada, juntando as atividades do Ibama e dos convenentes, caso da Paraíba, por exemplo, enquanto outros como Goiás apresentam relatórios separados da PM e da Supes. No entender da equipe, é necessário que o Defis também obtenha informações sobre o desempenho dos órgãos convenentes, já que a responsabilidade pelo convênio celebrado é do Presidente do Ibama e não das Supes.

É fundamental que o Ibama defina exatamente suas necessidades quanto ao tipo de informação que deseja obter das Supes, forneça-lhes os meios necessários para a coleta de dados e cobre efetivamente a disponibilização das informações requeridas. Só assim o órgão poderá ter de forma completa as informações necessárias ao acompanhamento, avaliação e otimização da atividade de fiscalização.

4.5 ACOMPANHAMENTO E CONTROLE DOS CONVÊNIOS

Atualmente, o acompanhamento dos convênios é realizado mediante relatórios elaborados pelos convenentes, relativos a períodos que variam entre um trimestre e um ano, cujo conteúdo constitui-se, principalmente, de informações acerca das infrações autuadas, bem como das sanções aplicadas no período. Outras informações constantes de alguns relatórios referem-se a gastos operacionais, a denúncias recebidas e atendidas, números de vistorias e fiscalizações realizadas, entre outros. O quadro abaixo detalha, como exemplo, alguns dados apresentados nesses relatórios (fls. 117/137).

Informações fornecidas	Convênios firmados		
	PM/MG	PM/GO	PM/ES
Nº de fiscalizações realizadas	-	-	-
Infrações identificadas	x	-	-
Autos de infração lavrados	-	x	x
Valor arbitrado de multa	-	-	x
Termos de apreensão, embargos, depósito, soltura e doação emitidos	-	-	x
Laudos de vistorias executadas	-	-	x
Produtos doados	-	-	-
Bens e produtos apreendidos	-	x	x
Animais apreendidos	-	x	x
Embargos e interdições	-	x	-
Nº de denúncias recebidas	-	-	-
Denúncias atendidas	-	-	x
Quilometragem percorrida	-	-	x

Apesar de serem fornecidos relatórios periódicos, a avaliação do desempenho dos convenentes não vem sendo realizada pelo Ibama. Além disso, como evidenciado no quadro acima, falta uniformidade nesses relatórios (no quadro estão relacionados três relatórios fornecidos pelos convenentes).

Contudo, essa avaliação possibilitaria a melhoria do processo de fiscalização mediante convênio. Isso, porque permitiria a consideração de outras variáveis para nortear a decisão de aditar ou não convênio firmado, bem como para o cálculo do valor a ser repassado para o convenente.

É importante mencionar que a mudança que vem ocorrendo na Administração Pública no sentido de passar a adotar um modelo de administração gerencial, exigirá que todas as atividades desenvolvidas pelo Governo Federal sejam submetidas a avaliação periódica, conforme dispõe o art. 5º do Decreto nº 2.829/98.

Para solucionar essas deficiências, é necessário, inicialmente, a partir do objetivo geral de incrementar o nível de conformidade das atividades humanas em relação à legislação ambiental, que os objetivos específicos que motivam a realização de convênios estejam definidos e enunciados de maneira clara. A partir disso, podem ser estabelecidas metas quantificáveis a serem atingidas em períodos de tempo predeterminados. Por fim, devem ser definidos indicadores que mensurem a consecução desses objetivos e metas e que possibilitem a identificação das causas de eventuais diferenças entre o planejado e os resultados da fiscalização.

Feito isso, torna-se possível estabelecer metas mínimas cujo alcance indicaria a adequação do convênio às necessidades da sociedade. Em adição, a realização do acompanhamento permite que o cálculo do valor repassado para os convenentes considere aspectos relacionados a seu desempenho, conforme discutido no subitem 4.3.

Para implementar o acompanhamento e avaliação do desempenho do convenente, será necessário, como mencionado, que o Ibama defina os indicadores apropriados. Para isso podem ser considerados os sugeridos abaixo, já analisados no subitem 3.1:

- nº de inspeções regulares / nº de inspeções realizadas;
- denúncias investigadas / total de denúncias;
- prazo médio para atendimento de denúncias;
- valor arrecadado / valor autuado;
- nº de autuações / nº de fiscais;
- custo operacional / nº de fiscais

Para possibilitar a avaliação de desempenho dos convenentes é recomendável ainda que o Ibama defina um padrão de relatório a ser elaborado periodicamente pelo convenente. Devem ser incluídas as informações e os dados necessários ao cálculo dos indicadores de desempenho a serem considerados tanto na avaliação quanto na determinação do valor a ser repassado ao convenente.

Desse modo, considerou-se oportuno que o Tribunal recomende ao Ibama o acompanhamento e a avaliação periódica da atuação dos convenentes baseada em relatórios a serem fornecidos pelos convenentes, cujo padrão deve ser definido da

forma mencionada no parágrafo anterior. Para que isso seja possível, pode-se ainda recomendar que sejam identificados os indicadores úteis à análise, levando-se em conta o estudo prévio apresentado neste relatório.

4.6 REPASSE DE RECURSOS AOS CONVENIENTES

Sobre a parte dos recursos arrecadados que deve ser repassada às PMs, observa-se que o percentual é fixado nos termos dos convênios e, apropriadamente, contempla apenas fração dos recursos efetivamente arrecadados. Esse procedimento evita que sejam efetuados repasses relativos a valores autuados e que, por diversas razões, não foram, de fato, arrecadados, o que geraria despesa para o Ibama.

Ademais, quanto à necessária fixação de periodicidade para os repasses devidos, observa-se que, nos convênios mais recentes, o Ibama tem incluído cláusula definindo a periodicidade com que os repasses devem ser feitos para as PMs. Esse procedimento, por si só, mostra que a autarquia reconhece a importância da manutenção de repasses regulares para o planejamento adequado das atividades de fiscalização da polícia.

Entretanto, observa-se que o repasse trimestral acordado em vários convênios não tem sido cumprido e, acompanhando a evolução dos valores devidos às PMs e o efetivamente repassado por exercício, constata-se a sistemática persistência de débitos acumulados que não são saldados e resultam transferidos para exercícios posteriores. De fato, o débito acumulado evoluiu conforme o quadro abaixo que mostra o percentual repassado por exercício em relação ao débito acumulado até o final daquele exercício (valor que deveria ter sido repassado para zerar o saldo devido às polícias).

TABELA III – Percentual do débito acumulado que foi repassado aos convenientes.

<i>Ano</i>	<i>PM/ES</i>	<i>PM/GO</i>	<i>PM/MG</i>	<i>PM/PB</i>	<i>PM/SC</i>
1995	33,0%	21,7%	0,0%		53,7%
1996	54,5%	14,2%	17,2%	35,4%	32,8%
1997	57,8%	49,7%	48,3%	48,0%	57,8%

Embora deva ser reconhecido que houve tendência geral de melhoria do exercício de 1996 para 1997, confirmada em alguns casos pelos dados preliminares relativos ao exercício de 1998, o fato é que o atraso no repasse não se justifica, do ponto de vista do conveniente, já que os recursos arrecadados por meio de sua atuação já se encontram nos cofres do Ibama.

Cumprir observar ainda que, mesmo em termos de proposta orçamentária, o repasse para esses convênios não é priorizado. De fato, o quadro abaixo mostra o percentual dos valores da proposta original do Ibama para o orçamento anual em relação ao valor acumulado de crédito das PMs até o final do exercício anterior. Destaque-se que, mesmo considerando a melhora na previsão dos percentuais repassados, o valor do débito acumulado é sempre superior à proposta orçamentária, que,

portanto, em nenhum exercício, chega a incluir a previsão de repasse para valores arrecadados no próprio exercício.

TABELA IV – Planejamento orçamentário dos convênios.

	1996	1997	1998
Débito ao final do exercício anterior (R\$)	1.200.350,70	1.988.897,95	1.280.756,84
Proposta orçamentária (R\$)	646.800,00	1.118.524,00	1.222.000,00
Proposta/Débito	53,9%	56,2%	95,4%

Nesse ponto é necessário enfatizar a importância do repasse tempestivo aos convenientes. O atraso no repasse desses recursos, além de prejudicar diretamente o desempenho das atividades de fiscalização, gera descontentamento das PMs que, com razão, argumentam que os recursos devidos já foram arrecadados, sendo injustificável sua retenção pelo Ibama. Esse descontentamento, por sua vez, desgasta o relacionamento das polícias com o Ibama, dificultando o acompanhamento e o controle da execução do convênio pelas Supes.

Em que pese o reconhecimento das dificuldades orçamentárias que afetam toda a Administração Pública, é preciso haver a conscientização de que os recursos a serem repassados pertencem de direito, nos termos do convênio, às polícias até porque representam tão-somente uma fração dos recursos que são arrecadados com o resultado da atuação da PM. Sem a colaboração da polícia, nem a parte que lhe é devida nem o que efetivamente fica com o Ibama seria arrecadado. Na verdade, o atraso no repasse para as PMs coloca em risco, por perda de interesse no convênio, a arrecadação futura fruto dessa parceria. A autarquia deixaria de contar com a arrecadação de recursos que, considerando os autos da série D e apenas os estados de Goiás, Espírito Santo, Minas Gerais e Santa Catarina ultrapassa o valor de R\$ 500.000,00 (dados da Corin de 10/12, fls. 80/81), só no exercício de 1998, prejuízo que se adicionaria à diminuição da capacidade de fiscalização do Ibama.

Por esses motivos, entendeu-se importante recomendar ao Ibama que envide esforços no sentido de evitar atrasos nos repasses às polícias e estude a possibilidade de contemplar na proposta orçamentária não só o débito acumulado, mas também adicional relativo à previsão de arrecadação do exercício.

Além dessa questão orçamentária, foram detectadas demoras desnecessárias no processo de repasse, que ficaram evidenciadas no mapa de processo para a atividade de fiscalização por meio de convênios. Esse mapa (fls. 34) mostra todas as etapas percorridas nesse procedimento, desde a celebração do convênio até o efetivo repasse dos valores arrecadados.

Especificamente, constatou-se que, conforme o procedimento adotado pelo Ibama, após o cálculo de participação de cada polícia no valor arrecadado e antes do efetivo repasse, é celebrado termo aditivo e essa operacionalização leva, nos casos analisados, em média, seis meses, contribuindo decisivamente para o atraso observado no repasse.

Observa-se que, em relação aos procedimentos indicados no mapa de processos, todas as etapas são repetidas a partir da adequação da minuta e, em especial, fica evidenciada a demora na fase que inclui a solicitação, seguida da apresentação da documentação para comprovação da regularidade fiscal das PMs.

Sobre o procedimento adotado pelo Ibama e a necessidade de comprovar a habilitação fiscal do conveniente, cumpre ressaltar o seguinte. Nos termos da Constituição Federal, a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social não poderá contratar com o Poder Público (art. 195, § 3º), o que, por analogia, corresponderia à necessidade de comprovação de adimplência no momento da celebração do convênio, exigência que é feita pelo Ibama.

Em consonância com os termos constitucionais, as Leis de Diretrizes Orçamentárias - LDO alusivas aos exercícios de 1997, 1998 e 1999 estabelecem que a comprovação de adimplência deve ser exigida no ato da assinatura do instrumento original (art. 18 da Lei nº 9.293/96, art. 26 da Lei nº 9.473/97 e art. 27 da Lei nº 9.692/98).

Finalmente, a IN/STN nº 1, de 15.01.97, ao mesmo tempo em que veda a celebração de convênios com qualquer órgão ou entidade inadimplente para com a União ou com entidade da Administração Pública Federal Indireta (art. 5º, inciso I), estabelece que não se exigirá a comprovação de regularidade fiscal para a liberação de parcelas durante a vigência do instrumento (art. 3º, § 3º) e, no caso de convênio plurianual, a comprovação da situação de regularidade deverá se dar no início de cada exercício financeiro, em momento anterior à emissão do empenho (art 3º, § 5º).

Portanto, no caso dos convênios de fiscalização, que são plurianuais, envolvendo atividades de caráter continuado, a exigência de comprovação da regularidade fiscal pode ser feita no início de cada exercício, não sendo necessário repeti-la para a liberação das parcelas devidas ao longo do exercício, durante a vigência do convênio.

Essa providência simplifica e agiliza os procedimentos, que de outra forma seriam desnecessariamente burocratizados com a exigência, a cada repasse, de todos os comprovantes de regularidade que são elencados nos incisos do art. 3º da IN/STN nº 1/97 e, tipicamente, são de curta validade.

Nesse sentido, é suficiente alertar, possivelmente até incluindo como cláusula do próprio termo de convênio, que é obrigação do conveniente manter durante toda a execução do convênio, em compatibilidade com as obrigações assumidas, todas as condições de habilitação legais, nos termos do art. 55, inciso XIII c/c art. 116 da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, com o intuito de agilizar o processo de repasse de recursos para as PMs, considera-se importante recomendar ao Ibama que verifique a possibilidade de incluir como cláusula do convênio a necessidade de o conveniente manter as condições de regularidade fiscal durante a execução do instrumento, nos termos do art. 55, inciso XIII, c/c art. 116 da Lei nº 8.666/93, e que a solicitação dos documentos comprovando essa regularidade seja feita na celebração do convênio e no início do exercício financeiro, nos termos do art. 3º da IN/STN nº 01/97.

5. RECOMENDAÇÕES

Considerando as conclusões acima apresentadas, que destacam a importância de manter mecanismos de acompanhamento e avaliação do desempenho das atividades de fiscalização ambiental e as vantagens e os benefícios potenciais da celebração de convênios de fiscalização com polícias militares, entende-se que, no intuito de contribuir para o aprimoramento do desempenho da Entidade, seja recomendado ao Ibama que:

I - passe a coletar, de forma sistemática, os dados que permitam calcular os indicadores de desempenho sugeridos no subitem 3.1 ou outros considerados adequados, exigindo que os convenentes que atuam na fiscalização também o façam (subitem 3.1);

II - fortaleça a integração de informações entre os sistemas Sifisc e Siref, evitando duplicidade da alimentação dos dados, e envide esforços para manter a alimentação dos sistemas atualizada (subitem 4.1);

III – estabeleça orientação geral para que as Supes busquem a celebração de convênios com as polícias estaduais que disponham de recursos operacionais adequados, especialmente naqueles estados deficitários em número de fiscais e para os quais não exista nenhum convênio dessa natureza firmado até o momento (subitem 4.2);

IV - estude a alteração dos critérios para o cálculo dos repasses para os convenentes, de forma que esses não enfatizem exclusivamente a atuação e estimulem fiscalizações rotineiras e ostensivas de caráter preventivo, não relacionadas a situações em que o dano ambiental esteja configurado (subitem 4.3);

V - avalie as necessidades de treinamento para a fiscalização e estude a forma de reforçar o treinamento dos convenentes, especialmente naqueles estados onde for identificada uma maior deficiência em sua atuação (subitem 4.4);

VI - defina exatamente suas necessidades quanto ao tipo de informação sobre a atividade de fiscalização que deseja obter das Supes, forneça-lhes os meios necessários para a coleta de dados e cobre, efetivamente, a disponibilização das informações requeridas (subitem 4.4);

VII – acompanhe e avalie periodicamente a atuação dos convenentes, exigindo relatórios padronizados que incluam as informações necessárias ao cálculo dos indicadores de desempenho considerados pertinentes (subitem 4.5);

VIII - envide esforços no sentido de evitar atrasos nos repasses às polícias e estude a possibilidade de contemplar, na proposta orçamentária, não só o débito acumulado mas também adicional relativo à previsão de arrecadação do exercício (subitem 4.6);

IX - considere a possibilidade de incluir como cláusula do convênio a necessidade de o convenente manter as condições de regularidade fiscal durante a execução do instrumento, nos termos do art. 55, inciso XIII c/c art. 116 da Lei nº 8.666/93 e solicite os documentos comprovando essa regularidade somente no momento da celebração do convênio e no início de cada exercício financeiro, nos termos do art. 3º da IN/STN nº 01/97 (subitem 4.6);

X - finalmente, para facilitar o acompanhamento da implementação e aperfeiçoamento do desempenho, deve ser recomendado ao Ibama que estabeleça um Grupo de Contato de Auditoria que se reunirá com servidores do TCU e que deverá contar com a participação do titular da Diretoria de Controle e Fiscalização e o chefe do Departamento de Fiscalização daquele órgão.

6- COMENTÁRIOS DO GESTOR SOBRE AS RECOMENDAÇÕES PROPOSTAS

Por meio do Ofício nº 791/98-SECEX-6, de 15.12.98 (fl. 139), foi encaminhada ao IBAMA a versão preliminar deste relatório, solicitando o pronunciamento da Entidade, bem como comentários acerca do trabalho realizado e das recomendações feitas.

Em resposta foram enviados o OF/IBAMA/PRESI/nº 81/99, do Presidente do IBAMA, Sr. Eduardo de Souza Martins (fls. 140/142); o Ofício/PRESI/AUDIT/nº 009/99 do Auditor Chefe do IBAMA, Sr. Ayrton Carneiro de Almeida, encaminhando informação do Departamento de Fiscalização (fls. 163/164) e os anexos de fls. 143/162.

De forma geral, os comentários demonstram a disposição da Entidade para implementar as recomendações propostas. Não obstante, é necessário tecer algumas considerações sobre as colocações apresentadas acerca dos itens III, IV, V, VIII e IX.

‘Item III – **Celebração de novos Convênios** – O IBAMA reconhece a importância destes instrumentos para aumento e melhoria do desempenho do Estado e sempre adotou esta prática, principalmente por ser política inserida dentro do programa de desconcentração das atividades deste Órgão. Entretanto, muitos dos órgãos estaduais que dispõem de recursos operacionais adequados e estão interessados, não conseguem atender a legislação que disciplina a celebração de Convênios, quanto a exigência de comprovação de regularidade fiscal junto aos governos federal e estadual. E este, sem dúvida, é um dos fatores impeditivos do aumento do número de Convênios de fiscalização. Neste momento encontra-se em fase final de assinatura Convênio de Fiscalização com a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. É meta do Instituto, ainda neste exercício, a ampliação desses acordos envolvendo todos os estados que possuam polícias ambientais ou florestais’.

Embora o IBAMA reconheça a importância desses convênios, afirmando, inclusive, que sempre adotou a prática de firmá-los e que “é meta do Instituto a ampliação desses acordos”, esta equipe de auditoria constatou o desconhecimento, no âmbito operacional da Entidade, de metas ou mesmo planos de ação visando à ampliação desses acordos e, das entrevistas realizadas com cinco Superintendências Estaduais, em apenas uma foi apontado que a iniciativa para celebração do convênio teria sido do IBAMA/Sede.

‘Item IV – Para implantação da sugestão de estudos de alteração de critérios para o cálculo dos repasses para os Convênio de Fiscalização é necessário a definição de padrões de desempenho, a partir da uniformização de relatórios e informações. O estudo e levantamento de dados está em fase inicial e foi apresentado à equipe de

Auditoria. Com o retorno das observações, estas, serão adotadas em fase experimental neste exercício’.

De fato, foram apresentados à equipe de auditoria estudos para definição de indicadores de desempenho bem como dados sobre a atividade de fiscalização, que encontravam-se armazenados, sem análise, e que foram recuperados por solicitação nossa. Estudos sobre a alteração de critérios para o cálculo de repasses não nos foram apresentados. De qualquer forma, a Entidade mostra-se disposta a implantar o recomendado, em fase experimental, neste exercício.

‘Item V – **Quanto aos treinamentos** – No decorrer dos últimos anos o Ibama vem promovendo treinamento para a fiscalização e abrindo sempre espaço para a participação dos órgãos conveniados. Para este exercício está programado a realização de diversos eventos, conforme programação em anexo, e neles estão incluídos os servidores dos órgãos convenientes’.

A recomendação para avaliar as necessidades de treinamento foi motivada pela constatação da pequena participação dos policiais militares nos cursos promovidos pelo IBAMA nos últimos exercícios e por reclamações de PMs sobre a insuficiência quantitativa do treinamento. Esses fatos indicam a ausência de ações efetivas que incrementem a participação dos convenientes nos cursos oferecidos. A proposta foi no sentido de reforçar essa participação, o que pode inclusive ser feito sem despesas adicionais consideráveis, aumentando a participação proporcional de policiais militares nos cursos oferecidos.

‘Item VIII – **Repasse de recursos tempestivamente** – O fator que atualmente impede que os recursos devidos aos órgãos conveniados sejam transferidos de forma sistemática, conforme compromissado, é de caráter orçamentário. Não é aprovado no Orçamento anual crédito específico suficiente para o cumprimento dos compromissos assumidos. Mesmo que se empenhe o valor no início do exercício, o limite orçamentário é insuficiente para contemplar o valor necessário. Neste momento, foi liberado o Orçamento/99 e já estão sendo providenciados os aditamentos de todos os Termos de Convênio visando a transferência dos recursos em 1999. Gestões estão sendo feitas no sentido de compatibilizar o orçamento às reais necessidades de transferência, até porque estes valores são percentuais de arrecadação’.

Foi constatado pela equipe que, na verdade, a proposta orçamentária que sai originalmente do IBAMA não cobre o total dos valores já devidos, tampouco a previsão de repasse referente à arrecadação do exercício. Embora não seja esse o único fator responsável pelos atrasos verificados, é inegável que valores insuficientes na proposta original agravam a situação no caso de eventuais cortes orçamentários posteriores.

‘Item IX – **Exigência de documentação** – A documentação comprovando a regularidade fiscal dos estados/convenientes é exigida somente à época de celebração dos Convênios e quando é assinado aditivo para o repasse de recursos do exercício, podendo ser no início deste ou não, dependendo da data de liberação do orçamento e da agilidade do conveniente em comprovar tal regularidade. A sugestão de inclusão de cláusula nos convênios da necessidade de o conveniente manter as condições de

regularidade fiscal será adotada já nos próximos instrumentos que vierem a ser celebrados’.

Segundo identificado na auditoria, o procedimento de exigir a comprovação de regularidade fiscal no momento em que é assinado o termo aditivo para o repasse dos recursos contribui para os atrasos verificados. Nos termos propostos, para convênios já em execução, a documentação comprovando a regularidade fiscal seria pedida no início do exercício. Esse último procedimento está de acordo com a IN/STN nº 01/97 e tem por objetivo tornar mais célere o repasse, visto que antecipa a etapa de comprovação da regularidade fiscal e, como consequência, simplifica as etapas a serem cumpridas após a liberação dos recursos.

7. CONCLUSÃO

Pelo exposto, entendemos que os comentários do gestor não demandam alterações nos encaminhamentos alvitrados e ratificamos as propostas de recomendação nos termos formulados às fls. 26/27. Adicionalmente, considerando que as medidas sugeridas nos itens I, II, IV, V, VI, VII e VIII podem demandar implementação por etapas ou implantação progressiva, entendemos oportuno recomendar ao IBAMA que, para facilitar o acompanhamento pelo Grupo de Contato, defina cronograma de atividades para as medidas necessárias, fixando metas, quando for o caso.

Por fim, propomos que seja encaminhada cópia do presente relatório, bem como do relatório, voto e decisão a ser proferida ao Ministério do Meio Ambiente, à Secretaria de Controle Interno do MMA e ao Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama”.

3. É o relatório.

VOTO

O Relatório de Auditoria que ora se examina constitui um dos seis trabalhos desenvolvidos no âmbito do Projeto de Cooperação Técnica TCU – Reino Unido para o Desenvolvimento de Técnicas de Auditoria Operacional nas áreas de educação, saúde e meio ambiente, conforme Decisão n. 722/98, deste Plenário.

2.Essa modalidade de Auditoria tem por objetivo precípua contribuir para a melhoria do desempenho de instituições governamentais e da utilização de recursos públicos por meio da implementação de recomendações decorrentes das auditorias de desempenho conduzidas pelo TCU.

3.Destaco, nesta oportunidade, o excelente trabalho produzido pela equipe de auditoria, o qual desenvolve ampla análise da atuação governamental na fiscalização do meio ambiente, por meio do Ibama e das entidades estaduais, tanto em relação aos aspectos operacionais quanto ao impacto das ações implementadas.

4.O presente relatório demonstra o cuidado e o empenho dispensado pela equipe em sua preparação, uma vez que o resultado final atingiu o padrão de qualidade técnica desejado, identificando os principais óbices à eficiência e eficácia da atividade de fiscalização do meio ambiente.

5. As recomendações sugeridas foram objeto de análise criteriosa por parte da equipe, tendo examinado o impacto dos problemas identificados e as melhorias a serem verificadas com a implementação das referidas medidas, quantificando os efeitos potenciais nos custos e no desempenho da fiscalização ambiental.

6. Conforme ressaltou o titular da 6ª Secex, a implementação das recomendações propostas poderá resultar, entre outros, nos seguintes benefícios:

“a) aumento da capacidade de fiscalização do Ibama em termos de recursos materiais e humanos;

b) incremento de cerca de até R\$ 7 milhões anuais no valor autuado e de R\$ 1 milhão no valor arrecadado”.

7. Ressalto a importância da recomendação sugerida no sentido de que o Ibama estimule a celebração de convênios com as polícias estaduais, com vistas a incrementar a capacidade de fiscalização dessa entidade, porquanto, nos Estados em que firmou convênio com a polícia militar registra-se reforço significativo na fiscalização ambiental, com aumento nos volumes apreendidos, nos valores concernentes às autuações e nos valores arrecadados. Num país de tão grandes dimensões territoriais como o Brasil, faz-se imprescindível descentralizar e desconcentrar esforços, compartilhando as responsabilidades para propiciar melhores resultados.

8. Ademais, a meu ver, o objetivo principal da fiscalização a cargo da Autarquia não consiste em incrementar a arrecadação de fundos para a Administração, mas sim em propiciar melhor qualidade de vida a toda a coletividade. Logo, em não havendo dano ao meio ambiente, desnecessário será autuar e apenar. Daí, a pertinência da recomendação no sentido de que o Ibama altere os critérios para o cálculo dos repasses aos convenientes de forma que estimulem fiscalizações rotineiras e ostensivas de caráter preventivo, não relacionadas a situações em que o dano ambiental esteja configurado.

9. Como já se disse em outras oportunidades, a inovação trazida na Auditoria de Desempenho é a participação conjunta do controle externo, controle interno e entidade auditada, que se unem em busca de soluções que viabilizem a consecução de melhores resultados, transpassando o plano da legalidade para alcançar o da eficácia.

10. Conforme ressaltou o Ministro Humberto Souto, ao relatar a Auditoria de Desempenho da Secretaria de Políticas de Saúde e da Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde (TC-929.132/98-0), “não obstante a concordância dos órgãos auditados com praticamente todas as recomendações sugeridas, fato esse evidenciado nos comentários acostados aos autos, a efetividade de trabalhos dessa espécie reside, a meu ver, na instituição de mecanismos permanentes de acompanhamento da implementação das recomendações e dos efeitos produzidos”.

11. Desse modo, entendo relevante a recomendação sugerida no sentido de que o Ibama indique um grupo de contato de auditoria, para facilitar o acompanhamento da implementação e aperfeiçoamento do desempenho, o qual será responsável pelo intercâmbio de informações com o TCU e com a Ciset/MMA.

Entendo oportuno, tal como deliberou este Tribunal ao apreciar os processos TC-929.132/98-0 (Decisão n. 308/99) e TC-929.718/98-4 (Decisão n. 226/99), enca-

minhar cópia destes Relatório e Voto, bem como da respectiva Decisão, à Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados e à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, para conhecimento.

Ante o exposto, acolho as conclusões do Relatório e voto por que seja adotada a Decisão que ora submeto à apreciação deste E. Plenário.

DECISÃO Nº 574/99 – TCU – PLENÁRIO¹

1. Processo TC-930.133/98-6.
2. Classe de Assunto: V - Relatório de Auditoria de Desempenho.
3. Responsável: Eduardo de Souza Martins - Presidente.
4. Entidade: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama.
5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas da Rocha Furtado.
7. Unidade Técnica: 6ª Secex.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator,

DECIDE:

- 8.1 - recomendar ao Ibama que:
 - 8.1.1 - passe a coletar, de forma sistemática, os dados que permitam calcular os indicadores de desempenho considerados adequados, exigindo que os convenentes que atuam na fiscalização também o façam;
 - 8.1.2 - fortaleça a integração de informações entre o Sistema de Fiscalização-Sifisc e o Sistema de Relatórios de Fiscalização-Siref, evitando duplicidade da alimentação dos dados, e envide esforços para manter a alimentação dos sistemas atualizada;
 - 8.1.3 - oriente as Superintendências Estaduais - Supes no sentido de envidarem esforços com vistas a celebração de convênios com as polícias estaduais que disponham de recursos operacionais adequados, especialmente naqueles Estados deficitários em número de fiscais e para os quais não exista convênio dessa natureza firmado até o momento;
 - 8.1.4 - promova a alteração dos critérios para o cálculo dos repasses para os convenentes, de forma a que, para esse efeito, não seja considerada, apenas, a autuação, mas sejam estimuladas também as fiscalizações rotineiras e ostensivas de caráter preventivo, não relacionadas a situações em que o dano ambiental esteja configurado;
 - 8.1.5 - avalie as necessidades de treinamento para a fiscalização e estude a forma de reforçar o treinamento dos convenentes, especialmente naqueles Estados onde for identificada maior deficiência;
 - 8.1.6 - defina de modo o mais preciso possível o tipo de informações sobre a atividade de fiscalização que deseja obter das Supes, forneça-lhes os meios necessários para coletá-las e exija a efetiva disponibilização dos dados obtidos;

¹ Publicada no DOU de 14/09/1999.

8.1.7 - acompanhe e avalie periodicamente a atuação dos convenientes, por meio de relatórios padronizados que incluam as informações necessárias ao cálculo dos indicadores de desempenho considerados pertinentes;

8.1.8 - envide esforços no sentido de evitar atrasos nos repasses às polícias e estude a possibilidade de contemplar, na proposta orçamentária, não só o débito acumulado, assim também adicional relativo à previsão de arrecadação do exercício;

8.1.9 - considere a possibilidade de incluir como cláusula dos convênios a necessidade de o conveniente manter as condições de regularidade fiscal durante a execução do instrumento, nos termos do art. 55, inciso XIII, c/c art. 116 da Lei n. 8.666/93, e solicite os documentos comprovando essa regularidade somente no momento da celebração do convênio e no início de cada exercício financeiro, nos termos do art. 3º da IN/STN n. 01/97;

8.1.10 - indique um grupo de contato de auditoria, para facilitar o acompanhamento da implementação e aperfeiçoamento do desempenho, o qual será responsável pelo intercâmbio de informações com o TCU e com a Ciset/MMA;

8.1.11 - estabeleça cronograma de atividades, fixando metas, com vistas à implementação das recomendações objeto dos subitens 8.1.1 a 8.1.8 supra;

8.2 - remeter o processo à 4ª Secex para o devido acompanhamento da implementação das recomendações de que trata o subitem 8.1;

8.3 - encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam ao Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-Ibama, para conhecimento e adoção das providências cabíveis, objetivando a implementação das recomendações ora formuladas;

8.4 - encaminhar, também, cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam ao Ministro de Estado do Meio Ambiente, ao Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados e ao Presidente da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, para conhecimento.

9. Ata nº 038/99 - Plenário.

10. Data da Sessão: 25/8/1999 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

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

IRAM SARAIVA
Presidente

JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO
Ministro-Relator

**DELEGACIA DO MF/PE - ÓBITO DE EX-SERVIDOR
APOSENTADO
Tomada de Contas Especial**

Ministro-Relator Valmir Campelo

Grupo I - Classe II - 2ª Câmara

TC- 928.261/1998-0

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Delegacia do Ministério da Fazenda em Pernambuco

Responsável: Carmencita Cabral Pomposo Silva

CPF: 312 601 604 - 91

Ementa: Óbito de ex-servidor aposentado, ocorrido em 18.9.94. A responsável, na condição de filha maior do referido servidor, não comunicou, de pronto, ao órgão pagador a ocorrência do fato, continuando a sacar mensalmente os proventos até 22.3.95. Citada, a responsável apresentou alegações, que não lograram afastar as irregularidades. Rejeição das alegações de defesa.

RELATÓRIO

Uma vez detectada anomalia na atividade financeira pertinente, foi constituída, na forma da Lei, por ato do Delegado de Administração do Ministério da Fazenda em Pernambuco, Comissão de Sindicância, visando apurar irregularidades praticadas pela Sr^a Carmencita Cabral Pomposo Silva na movimentação *post mortem* da conta corrente em nome do ex-servidor aposentado, Francisco Duarte Cabral, no período de 22.09.94 a 22.03.95, vez que, conforme consta dos autos, o referido servidor faleceu em 18.09.94.

2. Consta dos autos, à fl. 121, que “*Instaurada a Comissão de Sindicância (doc. fls. 10), foi a referida senhora, responsabilizada pelos saques indevidos na conta corrente do seu genitor já falecido, à vista dos documentos anexados, do depoimento e da defesa apresentada pela acusada, concluiu pela sua responsabilidade, fato confessado no depoimento prestado à Comissão de Sindicância, onde declara que foi autora das retiradas dos valores depositados mensalmente na conta corrente nº 13.636-0, Banco do Brasil S/A, agência nº 0007-8 (doc. fls. 23).*”

Decidiu o Sr. Delegado de Administração considerar devedora à Fazenda Nacional a Sr^a Carmencita Cabral Pomposo Silva, na importância equivalente a 36.350,11 (trinta e seis mil, trezentos e cinquenta UFIR's e onze centésimos de UFIR) apurado no demonstrativo constante às fls. 03 e 04 do processo em epígrafe.

Notificada do seu débito, a acusada tomou ciência (doc. fls. 38) apresentou impugnação da dívida (doc. fls. 41) alegando, inclusive, não ter condições econômico-financeiras de pagar o débito.

Dita impugnação foi indeferida “in totum” em vista o expendido às fls. 42 a 44, sendo mais uma vez notificada nos termos do doc. de fls. 38 (doc. fls. 45).”

3. Após esgotadas todas as providências administrativas internas, o Sr. Delegado da DAMF-PE (fl. 123) encaminhou os autos à Delegacia Federal de Controle para a instauração da competente Tomada de Contas Especial.

4. Uma vez procedida a competente Tomada de Contas Especial, trago do respectivo Relatório, em suma:

4.1. foram efetuados o seguintes pagamentos indevidos: de R\$ 964,21 em 22.9.94; de R\$ 2.225,06 em 24.10.94; de R\$ 2.225,06 em 22.11.94; de R\$ 6.408,19 em 20.12.94; de R\$ 3.842,15 em 24.1.95; de R\$ 4.335,95 em 22.2.95 e de R\$ 4.087,06 em 22.3.95;

4.2. trata-se de percepção indevida de proventos por parte da responsável, em epígrafe, conforme constatado pela documentação de fls. 2/4;

4.3. conclusão pela responsabilidade da Sr^a Carmencita Cabral Pomposo Silva, filha do ex-servidor, a qual admitiu, à fl. 23, haver utilizado os proventos de seu falecido pai para sustento próprio e de seus dependentes.

5. Em cumprimento ao Despacho deste Relator, à fl. 150, a responsável foi citada, pelos valores discriminados no item “4.1” acima, por meio do Ofício/SECEX/PE nº 002/99, datado de 5.1.99 (fls. 151/152), em resposta ao que, apresentou, intempestivamente, de acordo com documentos às fls. 159/160, as seguintes alegações de defesa:

“a.1) Recebeu os valores de que trata a presente representação, por julgar que tratava-se da pensão a que seus filhos tinham direito, tal como requerida à Previdência Social e ao Judiciário; o fez, portanto, imbuída de boa-fé, conforme constatado pela comissão de sindicância.

a.2) Seus filhos menores ficaram sob o cuidado do avô, Francisco Duarte Cabral, desde pequeninos, o qual assumiu todas as despesas necessárias a sua manutenção, tais como: despesas de alimentação, pagamento de mensalidades escolares, despesas médicas e dentárias, etc.

b) O avô, em vida, tentou junto ao INSS e ao Judiciário, a tutela dos netos, o que lhe foi negado. Isso mostra a lisura e a boa-fé dos responsáveis pelos meninos.

c) O fato de ter recebido os recursos de boa-fé a transforma em credora putativa, desobrigada, portanto, da restituição, ou seja, ela não é obrigada a devolver o que recebeu de boa-fé.

d) Muito embora não possa alegar o desconhecimento da lei para beneficiar-se, a lisura de seu comportamento, desde sempre, coloca-se a seu favor, e as ações propostas demonstram que nada fez às escondidas, senão imbuída das melhores intenções.

e) Requer, portanto, seja isenta de culpa, mantendo a decisão que a julga devedora de boa-fé e julgá-la desobrigada de qualquer pagamento, cujo numerário recebido foi utilizado na manutenção dos menores em tela.”

6. A Unidade Técnica, após analisar as razões apresentadas, e entendendo que essas não elidem as falhas apontadas, tece as seguintes considerações:

a) Com as **vênias** de estilo, discordamos da Comissão de Sindicância quanto a atestação da boa-fé da Sra. Carmencita Cabral Pomposo Silva, uma vez que ela agiu de forma contrária à lei, quando não comunicou, de imediato, à DAMF/PE o falecimento de seu genitor.

b) A responsável era a única pessoa que deveria levar ao conhecimento da DAMF/PE o óbito de seu genitor, visto que ela movimentava a conta bancária conjuntamente com seu titular e, caso não o fizesse, continuaria recebendo os recursos, como na realidade, aconteceu.

c) Se descartarmos a possibilidade de má-fé da responsável, temos que admitir, no mínimo, que ela foi omissa, não procurando saber junto à DAMF/PE se ditos recursos se referiam à pensão de seu genitor ou de seus filhos. Ela preferiu o caminho do silêncio. Não comunicou ao órgão interessado o falecimento do pai, não procurou saber a que se referia os recursos que estavam sendo depositados em sua conta, não procurou saber junto ao Juizado da Infância e da Adolescência se havia sido expedido o Termo de Tutela, tão pouco tomou providências junto à secretária de seu pai para que não jogasse no lixo a correspondência recebida, até que ela tomasse ciência da mesma.

d) A possibilidade de que os recursos depositados na sua conta se referissem à pensão de seus filhos era mínima ou nenhuma, uma vez que o Juizado da Infância e da Adolescência ainda não tinha expedido o Termo de Tutela, documento exigido pelo Ministério da Fazenda, para que o pedido de transferência da pensão do Sr. Francisco Duarte Cabral para seus netos fosse atendido. Ademais dita transferência só poderia acontecer após o seu falecimento e a DAMF/PE tinha-o como vivo, motivo pelo qual continuou depositando os seus proventos, mês a mês, em sua conta.

e) Quanto à acusada se transformar em credora putativa por ter recebido os recursos de boa-fé, entendemos que tal não ocorreu. Na realidade o que houve foi negligência e falta de interesse de se certificar junto ao Ministério da Fazenda, se realmente poderia utilizar aqueles recursos, uma vez que seu genitor já havia falecido.

f) Quanto à lisura de seu comportamento, alegada em seu arrazoado de fls. 159/160, não conseguimos vislumbrar tão virtude na responsável, uma vez que dito comportamento foi baseado em suposições, as quais, inclusive, pareceu-nos um tanto quanto absurdas, pois qualquer pessoa que tenha um mínimo de integridade, não se apodera de algo sem ter a certeza de que aquilo lhe pertence.

7. Apresentadas as considerações acima a SECEX, conclui propondo sejam **rejeitadas as alegações de defesa**, cientificando-se a responsável, nos termos do disposto no artigo 12, § 1º, e 22, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92 c/c o artigo 153, § 2º, do Regimento Interno/TCU, para, em novo e improrrogável prazo de 15 (quin-

ze) dias a contar da ciência, comprovar, perante este Tribunal, o recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional da importância devida, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas especificadas até a data do efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor.

8. De sua vez o douto Ministério Público pondo-se de acordo com a Unidade Instrutiva manifesta-se na forma do Parecer de fl. 168, **in verbis**:

*“Trata-se de Tomada de Contas Especial de responsabilidade de **Carmencita Cabral Pomposo Silva**, instaurada em razão da percepção indevida no período de setembro de 1994 a março de 1995, dos proventos de pensão e de aposentadoria do ex-servidor inativo do Ministério da Fazenda, Francisco Duarte Cabral, falecido em 18.9.94.*

Regularmente citada, a responsável apresentou alegações de defesa (fls. 159/160).

A Unidade Técnica analisou a defesa (fls. 161/163) e propôs a rejeição de suas alegações e a cientificação da responsável para o pagamento do débito.

A responsabilidade da Sr^a Carmencita Cabral Pomposo Silva pelos saques indevidos na conta bancária do ex-inativo é indiscutível, conforme confessado pela própria defendente.

A comunicação tardia ao órgão pagador, ocorrida somente em 25.04.95, acerca do óbito do ex-inativo, afasta a presunção de boa-fé.

Tampouco procede a argumentação no sentido de que imaginava que os recursos depositados referiam-se à pensão de seus filhos, pois, conforme salientado na instrução da Sr^a Analista, a ausência do Termo de Tutela e o fato de a DAMF/PE ter o pensionista ainda como vivo não permitiam supor que a transferência da pensão tivesse sido efetuada (fl. 162, item d).

Diante do exposto, manifestamo-nos no sentido de que sejam rejeitadas as alegações de defesa, cientificando-se a responsável para pagar o débito no prazo regimental.”

É o relatório.

VOTO

9. Para melhor compreensão da matéria, cumpre notar que, ocorrendo o falecimento do ex-servidor aposentado do Ministério da Fazenda Francisco Duarte Cabral em 18.9.94, a responsável, Sra. Carmencita Cabral Pomposo Silva, na condição de filha do referido servidor, continuou movimentando conta bancária que mantinha conjuntamente com este, fazendo normalmente os saques mensais dos proventos, vindo a comunicar o fato ao Órgão pagador (DAMF/PE) somente em 25.4.95.

10. Assim, vemos que a responsável tinha o dever de levar imediatamente ao conhecimento da DAMF/PE a ocorrência do óbito de seu genitor, visto que movimentava a conta bancária conjunta, na qual eram creditados mensalmente os respectivos proventos, ficando patente ter agido de má-fé, ou, quando não, foi, no mínimo, omissa.

Ante todo o exposto, e acolhendo os pareceres coincidentes, da Unidade Técnica e do Ministério Público, Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à deliberação desta 2ª Câmara.

DECISÃO Nº 272/99 - TCU - 2ª CÂMARA¹

1. Processo: TC-928.261/1998-0
2. Classe de Assunto: (II) Tomada de Contas Especial
3. Responsável: Carmencita Cabral Pomposo Silva
4. Entidade: Delegacia do Ministério da Fazenda em Pernambuco
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
6. Representante do Ministério Público: Dr. Ubaldo Alves Caldas
7. Unidade Técnica: SECEX/PE
8. Decisão: A Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela responsável, tendo em vista que os elementos trazidos ao exame desta Corte de Contas, a título de justificativa pela continuidade de saques dos proventos após o falecimento do titular não elidiram as irregularidades constatadas no processo;

8.2. fixar o prazo, improrrogável, de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que a Sr^a. Carmencita Cabral Pomposo Silva recolha aos cofres do Tesouro Nacional as importâncias abaixo discriminadas, corrigidas monetariamente e acrescidas dos encargos legais calculados a partir das datas indicadas, até a data do recolhimento, nos termos do art. 12, § 1º, c/c o art. 22, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92 e de acordo com o art. 153, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal;

Saque	Data
R\$ 964,21	22.09.94
R\$ 2.225,06	24.10.94
R\$ 2.225,06	22.11.94
R\$ 6.408,19	20.12.94
R\$ 3.842,15	24.01.95
R\$ 4.335,95	22.02.95
R\$ 4.087,06	22.03.95

8.3. com base no disposto no § 2º do art. 23 da Resolução-TCU nº 36/95, esclarecer à responsável que, caso apresente novos elementos de defesa, esses serão examinados quando do julgamento das contas.

9. Ata nº 32/99 - 2ª Câmara
10. Data da Sessão: 02/09/1999 - Ordinária
11. Especificação do *quorum*:

¹ Publicada no DOU de 13/09/1999.

11.1. Ministros presentes: Bento José Bugarin (na Presidência), Valmir Campelo (Relator), Adylson Motta e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

BENTO JOSÉ BUGARIN
na Presidência

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator

INSTITUTOS DE EDUCAÇÃO - INSPEÇÕES REALIZADAS A PEDIDO DO CONGRESSO NACIONAL - CPMI DO ORÇAMENTO

Tomada de Contas Especial

Ministro-Relator Guilherme Palmeira

Grupo II – Classe IV – Plenário

TC-020.017/93-6 – SIGILOSO (com 14 volumes e os seguintes apensos: TC-018.815/93-6, com 02 volumes, TC-001.873/96-2, TC-016.778/95-2 e TC-019.844/93-0, com 04 volumes)

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidades: Instituto de Tecnologia Educacional e Amparo ao Educando Carente – ITDE, Instituto de Tecnologia Educacional Castro Alves – ITECA e Instituto Educacional Infantil Ranchinho Alegre

Responsáveis: Manoel Augusto Carvalho de Araújo (Diretor-Presidente), Edna Cleide da Silva (Diretora Administrativo-Financeira do ITECA e do Instituto Educacional Infantil Ranchinho Alegre e Vice-Diretora-Presidente do ITDE), Olavo Borges da Silva (Diretor-Tesoureiro do ITDE), José Barros Ribas Neto e Paulo Soares Edler (agentes responsáveis pela SAG/MEC), Yolanda Maria Brasil Aguiar, Jangmar Barreto de Almeida e Ernani Soares Gomes Filho (ordenadores de despesa da COF/MBES) e Mauro Ricardo Machado Costa (Secretário de Administração do MBES)

Ementa: Relatório das inspeções realizadas nas entidades em epígrafe, por solicitação do Congresso Nacional (CPMI do Orçamento). Constatação de irregularidades na gestão dos recursos recebidos. Conversão dos autos em tomada de contas especial, deliberada em assentada anterior. Citação e audiência dos responsáveis. Rejeição parcial das alegações de defesa do Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo e fixação de prazo para recolhimento do débito a ele imputado. Acolhimento das razões de justificativa dos demais responsáveis. Manutenção da chancela de sigilo dos autos.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de inspeções realizadas, em novembro de 1993, no Instituto de Tecnologia Educacional e Amparo ao Educando Carente – ITDE, no Instituto de Tecnologia Educacional Castro Alves – ITECA e no Instituto Educacional Infantil Ranchinho Alegre, a pedido da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito encarregada de apurar as atividades de parlamentares, membros do Governo e representantes de empresas envolvidos na aprovação, concessão e aplicação de recursos do orçamento da União destinados às subvenções sociais – a CPMI do Orçamento.

Apreciando o feito, na Sessão Reservada de 15/05/96, o Plenário desta Corte deliberou, por meio da Decisão nº 239/96 (ata nº 12), converter este processo em tomada de contas especial, determinando a citação dos Srs. Manoel Augusto Carvalho de Araújo, Olavo Borges da Silva e Edna Cleide da Silva, dirigentes das referidas entidades, para apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres públicos as quantias recebidas de órgãos federais nos anos de 1991 e 1992, irregularmente aplicadas, bem como a audiência dos mesmos responsáveis e dos Srs. Jangmar Barreto de Almeida, Yolanda Maria Brasil Aguiar, Ernani Soares Gomes Filho, José Barros Ribas Neto, Paulo Soares Edler e Mauro Ricardo Machado Costa, ordenadores de despesas e responsáveis pelos órgãos concedentes, em face de diversas irregularidades havidas na efetivação e na aplicação das transferências.

Preliminarmente à análise do mérito dos elementos de defesa apresentados pelos responsáveis, em atendimento às citações e audiências regularmente procedidas, a 7ª SECEX consigna, em seu parecer, que parte dos recursos tratados nestes autos foram ou são objeto de processos específicos instaurados no âmbito desta Corte, a saber:

. TC nº 016.585/96-8, referente à OB nº 690/91, no valor de Cr\$ 40.000.000,00, tendo por beneficiário o Instituto Educacional Infantil Ranchinho Alegre, em exame na 6ª SECEX;

. TC nº 016.951/96-4, referente à OB nº 690/91, no valor de Cr\$ 80.000.000,00, tendo por beneficiário o ITDE, também em exame na 6ª SECEX;

. TC nº 325.164/95-9, referente à OB nº 690/91, no valor de Cr\$ 40.000.000,00, tendo por beneficiário o ITECA, no qual foram julgadas irregulares, por meio do Acórdão nº 647/96 – 2ª Câmara, as contas do Sr. Manoel Augusto Carvalho;

. TC nº 325.282/95-1, referente à OB nº 105/92, no valor de Cr\$ 180.000.000,00, tendo por beneficiário o ITECA, no qual foram julgadas irregulares, por meio do Acórdão nº 612/96 – 2ª Câmara, as contas do Sr. Manoel Augusto Carvalho; e

. TC nº 325.432/96-1, referente à OB nº 929/92, no valor de Cr\$ 350.000.000,00, tendo por beneficiário o Instituto de Educação Infantil Ranchinho Alegre, em exame na SECEX-GO.

Em vista disso, objetivando evitar duplicidade de julgamentos, propõe a Unidade Técnica que se excluam destes autos as questões relacionadas às mencionadas transferências, ao tempo em que informa ter extraído e encaminhado à 6ª SECEX, como subsídio, o volume II destes autos.

Em face do número e da abrangência das irregularidades imputadas aos diversos responsáveis, apresento, a seguir, para maior clareza, uma síntese das principais ocorrências anotadas pelas equipes de inspeção, acompanhadas das respectivas justificativas apresentadas e da correspondente análise empreendida pela Unidade Técnica.

Alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo (fls. 01/26, volume anexo XIV)

Ocorrência (subitens 6.1.1, “a”; 6.3.1, “a”)¹ – Apresentação, como despesa do ITECA, de relação de bolsas de estudos pagas pelo ITDE.

¹ As referências entre parêntesis remetem ao relatório e voto condutores da Decisão nº 239/96 – Plenário.

Justificativa – O ITDE é mantenedor dos demais institutos, sendo perfeitamente regular a transferência de recursos entre eles. Além disso, a lista de bolsistas apresentada, que, de fato, refere-se ao ITECA, foi objeto de requerimento encaminhado pela presidência do Instituto ao Ministro da Ação Social. O objetivo da subvenção era o custeio de bolsas de estudo para estudantes carentes, e, isso, foi alcançado. Nenhum impedimento havia quanto à aquisição das bolsas em outras instituições de ensino, muito menos naquelas estatutariamente vinculadas ao ITDE, caso do ITECA.

Análise – Em princípio, a movimentação de recursos entre os três institutos dirigidos pelo responsável não encerraria maiores problemas, caso houvesse adequado controle das despesas. “*Porém, constatou-se a apresentação de despesas de uma entidade, cujas relações de bolsistas estavam em nome de outro Instituto, o que acarretava duplicidade de comprovantes.*”

Ocorrência (subitem 6.1.1, “b”) – Preço das mensalidades (para efeito do cômputo das despesas com bolsas de estudos) até 270% acima daqueles praticados no Plano Piloto, em Brasília, o que põe em dúvida o caráter filantrópico das instituições presididas pelo responsável.

Justificativa – O fato de cobrar mensalidades não descaracteriza a filantropia, apenas indica que a instituição não é paternalista.

Análise – “*Ao que tudo indica, esses valores altos foram usados apenas como artifício para ‘equilibrar’ os demonstrativos referentes às prestações de contas.*”

Ocorrência (subitem 6.1.1, “d”, “e”, “g”, “i”, “j”; 6.1.4, “a”/“f”, “h”; 6.2.2, “b”; 6.2.3, “d”, “f”; 6.2.4, “g”; 6.3.1, “i”, “j”; 6.3.5, “g.4.1”) – Ausência de comprovantes idôneos das despesas realizadas (notas fiscais emitidas em datas anteriores ao recebimento das subvenções, comprovantes sem valor fiscal, recibos sem a correta identificação dos emitentes e sem a indicação dos serviços eventualmente prestados, documentos apresentados em duplicidade, etc.).

Justificativa – Causa espécie tal constatação, uma vez que as respectivas prestações de contas, fundamentadas nesses mesmos documentos, foram aprovadas pelos órgãos concedentes. Quanto à apresentação de tíquetes em lugar de notas fiscais, é de se ter em conta que foram realizadas diversas aquisições em pequenos mercados locais, que não dispunham de outro tipo de comprovante.

Análise – A aprovação das contas no âmbito do Ministério não impede a apuração de fatos constatados posteriormente. Nesse sentido, verificou-se que os recibos apresentados foram preenchidos, via de regra, de forma genérica, sem especificação dos serviços prestados e sem a correta identificação dos emitentes, o que impede sua aceitação como comprovantes de despesas. Em relação aos tíquetes, os estabelecimentos comerciais são obrigados, por lei, a emitir a competente nota fiscal.

Ocorrência (subitem 6.1.1, “h”) – Constatação de um depósito bancário em favor do irmão do Presidente dos Institutos, sem comprovação de despesas realizadas.

Justificativa – É simplesmente mentirosa a pretensa relação de parentesco apontada pelos técnicos do TCU. Por outro lado, se o depósito foi efetuado, houve a contraprestação de serviços à instituição, sendo, nesse caso, comprovante hábil da despesa o próprio documento de crédito.

Análise – *“Na realidade, não existe comprovação nos autos do grau de parentesco. Inobstante isso, o responsável não apresentou o comprovante de despesa da respectiva transferência, persistindo a irregularidade.”*

Ocorrência (subitens 6.1.1, “p”; 6.1.4, “i”) – Utilização de parte dos recursos recebidos na edificação de um ginásio de esportes (despesa de capital), contrariando o preceituado no art. 12, § 3º, da Lei nº 4.320/64 e no art. 5º do Decreto nº 93.872/86

Justificativa – Não era do conhecimento das instituições beneficiárias que os recursos recebidos vinculavam-se a legislação específica.

Análise – *Houve, na prática, extrapolação dos objetivos para os quais foram destinadas inicialmente as transferências (bolsas de estudo e assistência social), o que caracteriza desvio de finalidade.*

Ocorrência (subitens 6.1.1, “q”; 6.1.4, “j”; 6.2.4, “b”, “c”; 6.2.2, “e”, “g”; 6.3.1, “n”; 6.3.4, “c”) – Aplicação dos recursos no mercado financeiro - contrariando as normas vigentes à época - sem indicação nas prestações de contas de que seus rendimentos tenham sido revertidos para o objeto da subvenção.

Justificativa – A aplicação dos recursos no mercado financeiro seguiu orientações do Banco do Brasil, objetivando minimizar as perdas provocadas pelo processo inflacionário então vivenciado. A ausência de referência aos rendimentos auferidos, nas prestações de contas, foi falha técnica da contabilidade. Contudo, os extratos bancários comprovam a aplicação dos rendimentos em benefício dos institutos.

Análise – Ao contrário do que alega o responsável, os extratos bancários não identificam a aplicação dos recursos em favor dos institutos.

Ocorrência (subitem 6.1.5, “a”) – Apresentação de relações distintas de beneficiários de bolsas de estudo para justificar uma mesma subvenção, sugerindo “montagem” da prestação de contas.

Justificativa – Não houve manifestação específica do responsável sobre esse ponto.

Análise – *“A equipe de auditoria constatou que foram apresentadas duas relações de beneficiários, sendo que em uma delas consta o nome de três alunos, com valor individual de Cr\$ 1.250.000,00, e na outra constam cinco bolsistas agraciados, cada um, com Cr\$ 750.000,00, evidenciando que essas relações não guardam coerência entre si, não sendo assim consideradas confiáveis.”*

Ocorrência (subitem 6.1.5, “b”; 6.2.2, “a”; 6.2.4, “e”; 6.3.5, “g.3”) – Não apresentação de recibos assinados pelos alunos beneficiados com bolsas de estudo.

Justificativa – Jamais foi exigida dos Institutos, por parte dos órgãos concedentes, a apresentação de recibos emitidos pelos bolsistas. As exigências, no tocante às prestações de contas, limitavam-se à apresentação da relação nominal dos alunos beneficiários.

Análise – De fato, tais recibos não eram exigidos nas prestações de contas. *“Ademais, as Instruções elaboradas pelo Ministério da Ação Social (fl. 422 - caput) orientavam as instituições beneficiárias a apresentarem, nesse caso, declaração do dirigente do estabelecimento do ensino afirmando que os alunos bolsistas foram matriculados e freqüentaram o ano letivo, induzindo-se a pensar que essa declaração, juntamente com os demais elementos exigidos nas prestações de contas, se constituíam nos documentos comprobatórios de que trata o § 2º, artigo 66 do Decreto nº 93.872/86, não havendo, dessa forma, necessidade de recibos dos alunos bolsistas.”* Contudo, *“os trabalhos de auditoria demonstraram que foram apresentadas relações [de bolsistas] idênticas para subvenções distintas, artifício não constatado pelos ministérios responsáveis pela análise das contas em decorrência do frágil controle existente, que não efetuava o confronto inter/intra ministerial das prestações de contas das entidades”*. Em conclusão, foram tantas as irregularidades graves praticadas pelo responsável *“que esse aspecto não chega a influir no resultado das análises.”*

Ocorrências (subitens 6.1.6; 6.2.2, “f”; 6.2.3, “c”; 6.2.4, “a”, “d”; 6.3.1, “m”; 6.3.2, “b”; 6.3.4, “b”; 6.3.5, “a”, “b”, “f” e “g”) – Não manutenção dos recursos das subvenções sociais em contas bancárias específicas; efetuação de saques bancários, em valores expressivos, logo após o recebimento dos recursos (cerca de 84% do montante transferido pelos Ministérios – equivalente a US\$ 695,000.00), supostamente para pagamento em espécie de fornecedores e trabalhadores, impossibilitando o confronto da movimentação bancária com os documentos de despesas apresentados; ausência de registros contábeis adequados na entidade; retiradas expressivas de recursos das contas específicas no Banco do Brasil, sem a devida comprovação de sua aplicação, sugerindo a subtração dos mesmos em benefício dos dirigentes da instituição ou de terceiros a eles vinculados.

Justificativas – De fato, o sistema de contabilização dos institutos *“está eivado de enganos em virtude de trabalharmos em condições precaríssimas e numa região até hostil.”* Entretanto, não é justa a inferência da equipe de inspeção de que houve subtração dos recursos em benefício próprio ou de terceiros. *“Tais julgamentos partem de premissas não verdadeiras, a exemplo do já referido grau de parentesco com José Cláudio Carnáuba da Silva”*. Especificamente quanto às grandes quantias retiradas do banco, eram as mesmas guardadas em cofre-forte *“porque eram necessárias aos pagamentos dos fornecedores e dos trabalhadores, os quais eram procedidos semanalmente, sempre em dinheiro, principalmente porque os mesmos não movimentavam conta em bancos, e não se justificava fazê-los ir a Brasília para retirar o seu pagamento.”*

Análise – *“Não entendemos aceitáveis as alegações quanto aos saques, pela fragilidade dos argumentos. É perfeitamente possível que ele tenha se beneficiado, apesar de ter concluído a obra, haja vista a existência de outras fontes de renda.”* Não foram apresentados comprovantes indicando a regular aplicação dos recursos sacados do banco. *“Havia recibos que segundo ele referiam-se a mão-de-obra mas não estavam revestidos das formalidades legais.”*

Ocorrências (subitens 6.2.2, “d”; 6.3.1, “l”) – Apresentação de uma mesma prestação de contas para duas subvenções distintas (OB 00690/91, no valor de Cr\$ 40.000.000,00, creditada em 31/07/91 ao ITECA, e OB 02305, de mesmo valor e data, creditada ao Instituto Ranchinho Alegre; OB 00903/91, no valor de Cr\$ 1.000.000.000,00, creditada em 23/06/92 ao ITDE, e OB 00929, no valor de Cr\$ 550.000.000,00, creditada em 25/06/92 ao ITECA).

Justificativa (fl. 16, vol. 14) – “As despesas normais das escolas são relativas sempre a dois semestres – 1º e 2º semestres – no decorrer do ano letivo. Não há, como a equipe de inspeção supôs, despesas duplicadas, mas, sim, uma relação do 1º semestre e outra relação referente ao 2º semestre. Há duas despesas semestrais e, a cada qual, se paga por uma transferência de recursos específica.”

Análise – “A justificativa não elide a constatação de que foi apresentada a mesma relação para as prestações de contas do ITECA e do ITDE.”

Ocorrência (subitem 6.3.1, “d”) – Apresentação de nota fiscal incompleta e, aparentemente, adulterada (o endereço de entrega do material foi ocultado com tinta corretiva, sendo, entretanto, possível verificar não ser o mesmo onde funcionam os institutos).

Justificativa – As instituições desconhecem tal documento, bem como o possível endereço de entrega mencionado pela equipe.

Análise – “Trata-se de ato de grave irregularidade pois o responsável adulterou documento na tentativa de ocultar o local de entrega do bem e sequer se pronunciou a respeito.”

Ocorrência (subitens 6.1.1, “m”; 6.3.1, “e”; 6.3.5, “g.4.1”) – Realização de diversos pagamentos dissociados das atividades finalísticas da Instituição, tais como: compra de cartelas de bingo, material de pesca, despesas com restaurantes, cartões de crédito pessoais, desfiles comemorativos de datas cívicas, cursos de idiomas, uniformes, entre outros.

Justificativas – As cartelas de bingo foram adquiridas para a festa junina realizada na escola. As despesas com uniformes e desfiles comemorativos são absolutamente normais em instituições de ensino. As demais despesas mencionadas pela equipe vinculam-se à participação, nos eventos promovidos pelos institutos (seminários e conferências), de representantes de organizações nacionais (como grupos indígenas) e internacionais (OIT, UNESCO, IICA, entre outras).

Análise – Apesar de ínfimas, em relação ao montante transferido, são despesas que estão fora do objeto das subvenções.

Ocorrência (subitem 6.3.5, “g.4.1”) – Existência de recibos relativos a transferências de recursos entre os institutos administrados pelo responsável sem a correspondente movimentação financeira nas respectivas contas bancárias.

Justificativa – Não houve manifestação específica do responsável a respeito.

Análise – Não houve comentário adicional da Unidade Técnica.

Ocorrência (subitens 6.1.1, “o”; 6.1.4, “g”; 6.3.1, “f”) – Identificação de pagamentos de mensalidades e remessa de valores em benefício de terceiros e familiares do responsável.

Justificativa – Caso sejam provadas tais ocorrências (o que se admite apenas para argumentar), ainda assim não estará evidenciada nenhuma irregularidade, uma vez que o ITDE tem por objetivo o atendimento a alunos carentes e “a Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional normatizou, naquela época, a liberação de recursos para internação de doentes, operações cirúrgicas em clínicas especializadas, bolsas de estudos para alunos diversos e dependentes de parlamentares”, razão pela qual “as despesas relativas à educação de dependentes não é ilegal” (sic) (fl. 15, volume 14).

Análise – “Os comprovantes de pagamentos encontram-se às fls. 155/170 volume 7, deste TC.”

Ocorrência (subitem 6.3.1, “g”) – Contabilização indevida de equipamento de xerox.

Justificativa – “Se houve o envio de tal nota, foi por engano”.

Análise – “A referida nota encontra-se às fls. 162, volume 7.”

Ocorrência (subitem 6.3.1, “h”) – Aquisição de linha telefônica sem comprovação do valor arbitrado.

Justificativa – A comprovação do valor arbitrado pode ser obtida na Telebrasil.

Análise – “Cabe ao responsável o ônus da prova.”

Ocorrências (subitem 6.3.1, “k”) – “Aquisição de peças de veículos diversos (a entidade possui apenas um ônibus); aquisição de material de construção (a maioria); recibos de lanchonete; fichas de depósito bancário em nome de Valéria dos Santos Carvalho; notas fiscais de restaurantes diversos; aquisição de camisa na Casa José Silva; e aquisição de calçados na firma Passarela Calçados”.

Justificativas – Quanto às peças de veículos: o ITDE mantinha, dentro das disciplinas PPT (Preparação Para o Trabalho) e Orientação Vocacional, oficina mecânica, com atividades de pintura automotiva e marcenaria para os estudantes; quanto aos depósitos bancários: tratava-se de aluna-bolsista do Instituto, hoje formada em Administração de Empresas por uma Faculdade do Rio de Janeiro; quanto às peças de vestuário: “tal vinculação de despesa foi aprovada pela Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional, através de orientação do CNSS.” Ademais, todas as despesas foram realizadas em conformidade com os estatutos da instituição.

Análise – “Fica evidente, das justificativas apresentadas, que o responsável faz do Estatuto da Instituição escudo para todo o tipo de transação. Em relação às peças, se existia oficina, era mais um motivo para caracterizar o desvio de recursos.”

Ocorrência (subitem 6.3.2, “a”) – Não apresentação da prestação de contas dos recursos repassados ao ITDE pela COF/MBES, em 31/07/91, por meio da OB nº 91OB02305, no valor de Cr\$ 60.000.000,00.

Justificativa – A referida prestação de contas foi entregue na Ciset/MAS (conforme carimbo) e recebida pelo Sr. Inésio Corrêa Neto – Chefe de Divisão. Caso haja interesse do TCU, cópia da mesma poderá ser encaminhada ao Tribunal.

Análise – “Não consta o mencionado carimbo nos docs. de fls. 47/50, vol. VI, nem a relação de beneficiários, não podendo, assim, ser aceita.”

Ocorrência (subitem 6.3.2, “a”; item 7) – Não apresentação da documentação solicitada, por meio de diligência, pela 7ª SECEX, relativamente aos recursos repassados pela COF/MBES ao ITECA, no valor de Cr\$ 60.000.000,00 (OB nº 91OB02305, de 31/07/91), ao Instituto Ranchinho Alegre, nos valores de Cr\$ 40.000.000,00 (OB nº 91OB02305, de 31/07/91) e Cr\$ 60.000.000,00 (OB nº 92OB00105, de 15/01/92), e ao ITDE, nos valores de Cr\$ 60.000.000,00 (OB nº 91OB02305, de 31/07/91) e Cr\$ 160.000.000,00 (OB nº 92OB00105, de 15/01/92), bem como pela SAG/MEC ao Instituto Ranchinho Alegre, no valor de Cr\$ 40.000.000,00 (OB nº 91OB00690, de 31/07/91), e ao ITDE, no valor de Cr\$ 80.000.000,00 (OB nº 91OB00690, de 31/07/91).

Justificativa – As despesas referentes a tais transferências “poderão ser tranquilamente demonstradas pela análise dos respectivos livros contábeis, onde se verificam com muita clareza a entrada dos recursos e a respectiva saída.”

Análise – “Consideramos a justificativa sem fundamento, haja vista que, além de não terem sido apresentados os documentos solicitados, ficou evidenciada a precariedade dos lançamentos contábeis nos livros.”

Ainda a propósito das alegações de defesa do Sr. Manoel Augusto, a 7ª SECEX acrescenta as seguintes considerações:

“.....

O que se constata das discriminações constantes das prestações de contas apresentadas aos respectivos ministérios, é que grande parte dos recursos foi utilizada em bolsas. O restante foi aplicado em obras educacionais, assistência social e outras atividades, conforme demonstra o quadro abaixo:

Ministério	Nº da OB	Valor da OB	Beneficiário	Discriminação das aplicações (Cr\$)			
				Bolsas	Material Escolar	Obras Educacionais	Outros
COF/MBES	91OB02305	60.000.000	ITDE	60.000.000,00	-	-	-
SAG/MEC	91OB00690	80.000.000	ITDE	-	-	-	-
COF/MBES	92OB00105	160.000.000	ITDE	108.310.206,90	-	18.000.000,00	33.689.793,10
COF/MBES	92OB00903	1.000.000.000	ITDE	886.864.216,00	78.982.489,00	-	34.153.295,00
COF/MBES	91OB02305	60.000.000	ITECA	24.395.918,86	7.604.102,66	27.999.979,48	-
SAG/MEC	91OB00690	40.000.000	ITECA	-	-	33.569.402,93	6.487.092,72
COF/MBES	92OB00105	180.000.000	ITECA	168.000.000,00	-	12.000.000,00	-
COF/MBES	92OB00929	550.000.000	ITECA	280.599.535,54	-	106.144.083,69	163.256.360,80
COF/MBES	92OB01706	3.750.000	ITECA	3.750.000,00	-	-	-
COF/MBES	91OB02305	40.000.000	R. ALEGRE	-	-	-	-
SAG/MEC	91OB00690	40.000.000	R. ALEGRE	40.000.000,00	-	-	-
COF/MBES	92OB00105	60.000.000	R. ALEGRE	60.000.000,00	-	-	-
COF/MBES	92OB00929	350.000.000	R. ALEGRE	350.000.000,00	-	-	-
T O T A L		2.623.750.000		1.981.919.877,00	86.586.591,66	197.713.466,00	237.586.541,06

Entretanto, segundo esclarecimento do Sr. Manoel Augusto (fl.09, vol. 14), o grande volume de recursos sacados das contas correntes foi mantido em cofre-forte nas dependências do Instituto, para pagamento de fornecedores e dos trabalhadores da obra que eram feitas semanalmente, em dinheiro. Logo, há contradição entre as informações contidas nas prestações de contas e essas afirmações. Releva notar que as

subvenções destinavam-se a cobrir apenas despesas de custeio, sendo irregular, portanto, a utilização em obras (art. 59 do Decreto nº 93.872/86).

Não bastasse isso, os comprovantes referentes à construção do ginásio de esportes compõem-se de recibos decorrentes do pagamento de mão-de-obra (fl. 90, item “i”, **caput**), duplicatas e notas fiscais sem a observância das formalidades legais quando do preenchimento (**vide** instrução de fl. 112/121 - **caput**).

No que se refere às relações de bolsistas existentes nas prestações de contas, ficou constatado que algumas foram elaboradas simplesmente para justificar perante a administração a aplicação dos recursos e obter a aprovação das contas. Os trabalhos de auditoria demonstraram que foram apresentadas relações idênticas para subvenções distintas, artifício não constatado pelos ministérios responsáveis pela análise das contas em decorrência do frágil controle existente, que não efetuava o confronto inter/intra ministerial das prestações de contas das entidades, conforme veremos adiante.

A inconsistência das relações de bolsistas revelou-se também sob outro aspecto. Os valores atribuídos a muitos alunos eram tão elevados que superavam, em muito, as mensalidades integrais cobradas por colégios do Plano Piloto. Quanto a isso, difícil é acreditar que em Valparaíso, seis anos atrás, havia demanda disposta a pagar mensalidades desse nível.

Uma outra questão refere-se à obrigatoriedade dos recibos de alunos contemplados com bolsas de estudos. Em sua defesa, o Sr. Manoel alegou que, à época, não eram exigidos tais recibos como elemento comprobatório da regular aplicação de verbas destinadas a esse fim. Tal assertiva, a nosso ver, poderia ser considerada plausível se levássemos em conta que o **modus operandi** adotado para esse tipo de transferência, à época, levava ao extremo a simplificação dos procedimentos a tal ponto que todas as fases, da liberação pelo Congresso à aprovação das prestações de contas, ocorriam sem muita preocupação com o controle.

Ademais, as Instruções elaboradas pelo Ministério da Ação Social (fl. 422 – **caput**) orientavam as instituições beneficiárias a apresentarem, nesse caso, declaração do dirigente do estabelecimento do ensino afirmando que os alunos bolsistas foram matriculados e freqüentaram o ano letivo, induzindo-se a pensar que essa declaração, juntamente com os demais elementos exigidos nas prestações de contas, se constituíam nos documentos comprobatórios de que trata o § 2º, artigo 66 do Decreto nº 93.872/86, não havendo, dessa forma, necessidade de recibos dos alunos bolsistas.

Ocorre que o responsável pelos Institutos cometeu tantas irregularidades graves, já bastante comentadas nos itens precedentes, que esse aspecto não chega a influir no resultado das análises.

.....
De resto, ficou comprovado que o Sr. Manoel utilizou-se de vários artifícios não permitidos pela legislação em vigor considerados graves, como rasuras em documentos, aplicações no mercado financeiro sem comprovar a utilização da correção em benefício das instituições, falta de controle, aquisições de bens estranhos ao objetivo da instituição, dentre outros. Em vista disso, entendemos devam ser mantidas as irregularidades a ele imputadas.”

Alegações de defesa apresentadas pela Sra. Edna Cleide da Silva (fls. 505/532)

Ocorrências – As mesmas imputadas ao Sr. Manoel Augusto, com quem foi citada solidariamente.

Justificativa – Todos os trabalhos efetuados pelos servidores dos institutos (entre os quais inclui-se a responsável) – realização de despesas, concessão de bolsas de estudo, registros contábeis – “*sempre foram executados em função da ordem direta do Prof. Manoel Augusto Carvalho de Araújo*”, o qual assumiu total responsabilidade pelos atos praticados no âmbito do ITDE (fls. 505/506).

Análise – “*Entendemos que não teve ela responsabilidade pelas irregularidades apontadas, tendo em vista que as despesas eram efetuadas por determinação do Diretor-Presidente que também era o responsável pela elaboração das prestações de contas. Some-se a estas considerações que quase todos os recursos transferidos aos Institutos foram sacados e mantidos em poder do Senhor Manoel, em cofre forte instalado nas dependências dos institutos.*”

Alegações de defesa de Olavo Borges da Silva (fls. 307/310)

Ocorrências – As mesmas imputadas ao Sr. Manoel Augusto, no tocante ao ITDE.

Justificativas – O Sr. Olavo Borges alega ter renunciado logo após sua indicação para a diretoria do instituto, jamais tendo assumido, de fato, qualquer responsabilidade pelos atos de gestão da entidade.

Análise – “*O Sr. Olavo foi incluído no rol de responsáveis por ter sido nomeado Diretor Tesoureiro do ITDE, cujas atribuições previam o controle da receita e despesa, expedir ordens de pagamento e cheques nominais; fazer o recolhimento de todo numerário em Bancos; organizar, apresentar e assinar demonstrações contábeis; assinar cheques, juntamente com o Diretor-Presidente, e outras tantas tarefas inerentes às áreas financeira e contábil. Analisando os documentos juntados aos autos, constatamos a inexistência de assinaturas do responsável em documentos dos Institutos, à exceção da Ata de fl. 22, **caput**, datada de 18/05/92. Fora esse detalhe, não há nos autos informações que evidenciem ter ele exercido o cargo a que fora nomeado. Ademais, não consta que tenha movimentado contas em nome do Instituto e os extratos de sua conta corrente (vol. 5) não apresentam indícios de vinculação com as transferências efetuadas pelo Governo. Conseqüentemente, entendemos possam ser aceitas as razões apresentadas eximindo-o das acusações a ele imputadas, em que pese constar sua assinatura na referida Ata.*”

Razões de Justificativas de Iolanda Maria Brasil Aguiar (fls. 406/414), Jangmar Barreto de Almeida (fls. 290/298), Mauro Ricardo Machado Costa (fls. 300/306 e volume XII), Ernani Soares Gomes Filho (volume XIII), José Barros Ribas Neto e Paulo Soares Edler (fls. 313/322)

Ocorrência (subitem 8.1.1, “a”; 8.1.2; 8.2.1, “a” e “b”; 8.2.2, “a” e “b”; 8.3.1, “b”) – Liberação dos recursos das subvenções sem os respectivos planos de aplicação, previstos no item 8, capítulo 06.00.00 da IN/DTN nº 10/91, e sem a prévia

verificação da situação de regularidade da instituição beneficiária, contrariando o art. 60, § 3º, alínea “g”, do Decreto nº 93.872/86.

Justificativas – A IN/STN nº 20/87 estabelecia que as concessões de subvenções sociais teriam por base o expediente ou relação organizada pelo solicitante, independentemente de requerimento da Instituição beneficiada ou de qualquer outra formalidade. Além disso, os artigos 64 e 65 do Decreto nº 93.872/86, que se referiam ao plano de aplicação para concessão de subvenção, foram revogados pelo artigo 5º do Decreto nº 93.968/87, não sendo aplicável, portanto, o item 8, capítulo 06.00.00, da IN/DTN nº 10/91, por ferir o princípio da hierarquia das legislações. Quanto à verificação prévia da regularidade das instituições favorecidas, esta cabia ao Conselho Nacional de Serviço Social – CNSS e aos estabelecimentos bancários, os quais só poderiam efetivar o repasse dos recursos caso os beneficiários apresentassem documento, firmado por autoridade pública do local de prestação do serviço, atestando seu regular funcionamento e a regularidade do mandato de sua diretoria, estando, assim, satisfeitas as exigências contidas no artigo 60, §§ 3º e 4º, do Decreto nº 93.872/86.

Análise – *“A exigência do plano de aplicação, nas liberações em causa, perde um pouco de sua importância se levarmos em conta que o Congresso definia previamente onde deveriam ser aplicados os recursos e que, pela sua natureza, o período a ser considerado seria anual em decorrência do ano letivo. Nesse aspecto posicionamo-nos de acordo com as justificativas apresentadas.”*

Ocorrências (subitem 8.1.1, “b”; 8.2.1, “c”; 8.2.2, “c”; 8.3.1, “a”) – Liberação de recursos para entidades inadimplentes, contrariando o Decreto nº 93.872/86, art. 60, § 3º, alínea “g”; não adoção de medidas tempestivas quanto à demora na apresentação da prestação de contas, contrariando o disposto no item 38 da IN/SFN nº 03/90.

Justificativas – Os processos de concessão eram sempre acompanhados de documento de “verificação de inadimplência”, assinado por técnico da Divisão de Programação e Execução Financeira, que dava respaldo às liberações. Quanto ao prazo para apresentação da prestação de contas, assumia-se, na ausência de um plano de aplicação ou de qualquer termo de compromisso entre as partes (não exigíveis, nesses casos), a data limite de 28 de fevereiro do ano subsequente ao do recebimento, motivo pelo qual os “atrasos” mencionados pela equipe na realidade não ocorreram.

Análise – Embora tenham sido apontados, pela equipe de auditoria, casos que configurariam atraso na apresentação da prestação de contas mesmo sob a sistemática adotada pelos Ministérios repassadores, é fato que a fragilidade dos instrumentos de concessão e a inadequada estrutura de controle instalada nos órgãos concedentes impediam o efetivo acompanhamento das transferências realizadas. *“Assim, as falhas imputadas [aos ordenadores de despesa dos Ministérios] não representam, a nosso ver, motivos suficientes para aplicação de multa, dadas as condições em que ocorrem”* (fl. 549).

Concluído o exame dos elementos apresentados pelos diversos responsáveis, a Unidade Técnica propõe ao Tribunal:

“a) rejeitar as alegações de defesa do Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo, responsável principal pelos Institutos de Tecnologia e Amparo ao Educando Carente - ITDE, de Tecnologia Educacional Castro Alves - ITECA - e de Educação Infantil Ranchinho Alegre, tendo em vista que não foram capazes de descaracterizar as irregularidades apontadas;

b) fixar novo e improrrogável prazo de 15 (quinze dias) para que o Sr. Manoel Augusto comprove perante o Tribunal o recolhimento aos cofres da União das importâncias abaixo discriminadas, acrescidas da correção monetária e dos juros de mora devidos, contados a partir das datas abaixo indicadas até o dia do efetivo recolhimento, nos termos da legislação em vigor:

<i>Instituto de Tecnologia Educacional e Amparo ao Educando Carente – ITDE</i>		
<i>Nº da OB</i>	<i>DATA</i>	<i>VALOR (Cr\$)</i>
91OB02305	31/07/91	60.000.000,00
92OB00105	15/01/92	160.000.000,00
92OB00903	23/06/92	999.866.762,00

<i>Instituto de Tecnologia Educacional Castro Alves - ITECA</i>		
<i>Nº da OB</i>	<i>DATA</i>	<i>VALOR (Cr\$)</i>
91OB2305	31/07/91	60.000.000,00
92OB00929	25/06/92	541.503.552,63
92OB01796	18/09/92	3.750.000,00

<i>Instituto de Educação Infantil Ranchinho Alegre</i>		
<i>Nº da OB</i>	<i>DATA</i>	<i>VALOR (Cr\$)</i>
91OB2305	31/07/91	40.000.000,00
92OB00105	15/01/92	60.000.000,00

c) aceitar as alegações de defesa de Edna Cleide da Silva, eximindo-a das irregularidades referentes aos valores repassados ao Ranchinho Alegre, ao Instituto de Tecnologia Castro Alves - ITECA e ao Instituto de Tecnologia e Amparo ao Educando Carente - ITDE, retirando, em consequência, seu nome do rol de responsável desta TCE;

d) aceitar as alegações de defesa apresentadas por Olavo Borges da Silva (Diretor Tesoureiro do ITDE), excluindo, em consequência, seu nome do rol de responsável;

e) aceitar as razões de justificativas de José Barros Ribas Neto e Paulo Soares Edler (agentes responsáveis pela SAG/MEC), Iolanda Maria Brasil Aguiar, Jangmar Barreto de Almeida e Ernani Soares Gomes Filho (ordenadores de despe-

sa pela COF/MBES) e Mauro Ricardo Machado Costa (Secretário de Administração do MBES), excluindo-os, em consequência, do rol de responsável desta TCE.”

O Ministério Público, entendendo configurada a prática de diversas irregularidades por parte do Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo, tais como “*infração à norma legal (artigo 59 do Decreto nº 93.872/86), no tocante à utilização dos recursos na execução de obras, quando as subvenções destinavam-se à cobertura de despesas de custeio; apresentação de relações idênticas de bolsistas, para subvenções distintas, com o fito de justificar a aplicação dos recursos e obter a aprovação das contas, entre outras*”, manifestou-se de acordo com a proposta de encaminhamento oferecida pela Unidade Técnica.

É o Relatório.

VOTO

Do Relatório que venho de apresentar, verifica-se que cerca de 76% dos recursos públicos transferidos ao ITDE, ao ITECA e ao Ranchinho Alegre (os três presididos pelo Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo) foram aplicados em concessões de bolsas de estudo. Entretanto, todo esse montante foi impugnado pela Unidade Técnica, sob o argumento de que as relações de bolsistas apresentadas pelo responsável, nas respectivas prestações de contas, não teriam credibilidade. Tal conclusão está baseada em cinco principais constatações:

- a) ausência de *recibos* emitidos pelos alunos beneficiados;
- b) possível *sobrepreço* no valor das mensalidades;
- c) apresentação de relações idênticas de bolsistas em prestações de contas relativas a subvenções distintas;
- d) apresentação de relações distintas de bolsistas em uma mesma prestação de contas; e,
- e) realização de saques bancários expressivos e aplicação de valores no mercado financeiro logo após o recebimento dos recursos.

Quanto ao primeiro aspecto, reconhece a 7ª SECEX que “*as instruções elaboradas pelo Ministério da Ação Social (fl. 422) orientavam as instituições beneficiárias a apresentarem, nesse caso [concessão de bolsas de estudo], declaração do dirigente do estabelecimento do ensino afirmando que os alunos bolsistas foram matriculados e freqüentaram o ano letivo, induzindo-se a pensar que essa declaração, juntamente com os demais elementos exigidos nas prestações de contas, se constituíam nos documentos comprobatórios de que trata o § 2º, artigo 66, do Decreto nº 93.872/86, não havendo, dessa forma, necessidade de recibos dos alunos bolsistas*” (grifei). Diante disso, a instrução chega a considerar plausível a ausência desses recibos, concluindo, entretanto, que “*o responsável pelos Institutos cometeu tantas irregularidades graves, bastante comentadas nos itens precedentes, que esse aspecto não chega a influir no resultado das análises*” (fl. 544, grifei).

Com as vênias de estilo, não posso concordar com essa conclusão. A essência da argumentação inicial da equipe de inspeção era no sentido de que o responsável

não comprovou (ante a ausência dos recibos) a correta aplicação dos recursos, como evidencia o seguinte trecho, extraído do relatório então produzido: “*não nos foi possível até o presente momento identificar o verdadeiro destino dos recursos (...), todavia, podemos seguramente concluir que não há a comprovação, por parte da entidade, da regular aplicação dos mesmos*” (fl. 94, alínea p). Portanto, esse aspecto é fundamental para o exame da matéria.

É cediço que incumbe ao administrador público, em sentido amplo, demonstrar a correta aplicação dos valores que lhe são confiados. Não havendo tal comprovação, é legítima a presunção de ocorrência de dano ao erário, impondo-se ao responsável, inclusive, a obrigação de repará-lo. Nesse caso, indubitavelmente, é do gestor o ônus da prova.

Contudo, uma vez apresentada a prestação de contas, **na forma regularmente exigida**, apenas se poderá falar em dano (ainda que presumido) caso se demonstre algum defeito essencial na documentação que a compõe, de tal sorte que não se possa formar juízo de mérito favorável à sua aprovação.

Na hipótese dos autos – subvenção destinada ao custeio de bolsas de estudo –, nenhuma norma ou regulamento disciplinava especificamente a forma como se deveria dar a comprovação das despesas. Assim, não vejo como cobrar do responsável, a esta altura, a apresentação de documentos (os recibos emitidos pelos alunos) que jamais lhe foram exigidos, quer pelos órgãos concedentes, quer pela legislação que regia a espécie. Logo, não se pode afastar, aprioristicamente, as relações de bolsistas apresentadas.

Ademais, é de se destacar que os relatórios elaborados pelos institutos contêm a identificação completa de cada aluno favorecido, valor da bolsa concedida, matrícula, turno, série cursada, entre outros elementos, de tal modo que seria perfeitamente possível aferir, a qualquer tempo, a fidedignidade das informações prestadas, inclusive (e principalmente), diretamente junto aos beneficiários. Entretanto, não há nos autos nenhuma ressalva fundada em constatações dessa natureza.

Relativamente ao possível *sobrepreço* no valor das bolsas, registrou a Unidade Técnica: “*comparando os valores das mensalidades cobradas pela entidade no primeiro semestre de 1992, Cr\$507.000,00 em média, com escola em Brasília (Colégio Maurício Salles de Melo) cujo valor médio da mensalidade era de Cr\$ 186.000,00, chegamos a duas hipóteses:*

a) que a entidade não tem caráter filantrópico, pois cobra mensalidades de seus alunos cerca de 270% acima do preço de mercado praticado em Brasília, em que pese a condição de simplicidade das instalações e estar localizada em Valparaíso/GO; e

b) que as demonstrações são fraudulentas” (fl. 113).

De início, verifica-se que a primeira hipótese levantada pela 7ª SECEX não comprometeria, por si só, as prestações de contas apresentadas. O fato de não ser entidade filantrópica não impediria, necessariamente, a concessão das bolsas. Além disso, não se mencionou que os preços estariam *superfaturados*, mas apenas que

seriam superiores aos de uma outra específica escola. Já a segunda hipótese é, com todas as vênias, no mínimo, precipitada.

Ocorre que, examinando-se os elementos encaminhados pelo responsável (fls. 02/04) e as informações recolhidas pela Unidade Técnica, pode-se perceber que nem sequer a comparação de preços efetuada é pertinente. No ano de 1992, a inflação no país ultrapassou a casa dos 1.000%. Apenas nos primeiros seis meses do ano, chegou a 250%. Num tal contexto, para permitir conclusões válidas, necessário seria que os valores cobrados ao longo de todo o semestre – por ambos os colégios – fossem levantados e convertidos para uma mesma data, providência ainda mais necessária por se tratarem de pagamentos continuados (mensalidades escolares), sujeitos a reajustamentos periódicos numa economia inflacionária.

Todavia, a documentação apresentada pelo ITDE, conquanto traga informações bastante específicas quanto aos alunos favorecidos e aos percentuais de cada bolsa concedida, não discrimina o valor das mensalidades ao longo do período. Há apenas a indicação do valor de uma única mensalidade, e nem ao menos o mês a que se refere é indicado. O mesmo ocorre com a informação da 7ª SECEX: não foi mencionado o mês de referência do valor levantado pelo analista. Portanto, não é possível extrair nenhuma conclusão válida dos números apresentados na instrução.

Por fim, ainda que se pudesse concluir pela ocorrência de sobrepreço no valor das mensalidades (o que, enfatizo, não é possível extrair dos autos), não se poderia exigir do responsável a devolução integral dos recursos aplicados em bolsas de estudo, como propõem os pareceres. Nesse ponto, a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que apenas a parcela efetivamente superfaturada pode ser motivo para imputação de débito.

No tocante às relações idênticas de bolsistas em processos de subvenções distintas, anotou a Unidade Técnica que, quando da prestação de contas ao órgão repassador, relativamente à subvenção de **Cr\$ 550.000.000,00** (transferida pela COF/MBES ao ITECA, por meio da OB 929/92), o responsável “*apresentou apenas relação nominal (fls. 82/83 do volume I do TC-019.844/93-0) de bolsistas no valor global de Cr\$ 497.646.065,64*”, sendo que “*a mesma também constou da prestação de contas dos recursos recebidos pelo ITDE em 23/06/92 [OB 903/92], na importância de Cr\$ 1.000.000.000,00, e, somados os percentuais recebidos por alguns alunos, ultrapassa 100% do valor da mensalidade*” (fl. 114, subitens 7.1.8/7.1.9, grifei).

A informação não procede. A relação mencionada pelo analista intitula-se “Listagem geral de alunos bolsistas: Castro Alves – exercício de 1992”. Embora não esteja expressamente atrelada a nenhuma prestação de contas, refere-se aos alunos do **supletivo** de 1º e 2º graus do ITECA beneficiados com recursos da OB 929/92. Essa relação é bastante semelhante àquela lançada às fls. 03/04 do volume VI, encaminhada a esta Corte por solicitação do Tribunal (a divergência situa-se, basicamente, no valor das mensalidades: na primeira relação, ao que parece, foi adotado como referência o valor das mensalidades em janeiro/93; na segunda, **efetivamente apresentada como prestação de contas**, foram informados os valores de fato incorridos no primeiro e no segundo semestres de 1992). No que se refere à prestação de contas relativa à OB 903/92, esta encon-

tra-se às fls. 18/28 e 168 do volume VII, e consigna a concessão de bolsas, **exclusivamente**, a alunos do 1º e 2º graus do curso **regular**. Ambas as prestações de contas serão, mais adiante, particularizadamente examinadas.

Quanto à apresentação de relações distintas de bolsistas em uma mesma prestação de contas, quarto ponto levantado pela SECEX a ensejar a completa rejeição das concessões informadas pelo responsável, anotou a Unidade Técnica que “*a entidade apresenta duas relações de beneficiários com tais bolsas de estudos [referentes à subvenção de Cr\$ 3.750.000,00, repassada pela COF/MBES por meio da OB 1796/92], sendo que em uma consta o nome de três alunos no valor individual de Cr\$ 1.250.000,00 e outra contendo cinco bolsistas, agraciados cada um com Cr\$ 750.000,00*” (fl. 115, subitem 7.2.2), acrescentando, mais tarde, que “*essas relações não guardam coerência entre si, não sendo assim consideradas confiáveis*” (fl. 539).

Preliminarmente, importa observar que a ordem bancária por meio da qual o recurso foi transferido ao ITECA foi a de nº 1706, de 15/09/92, e não a de nº 1796, de 18/09/92, como incorretamente constou dos pareceres e dos ofícios citatórios (fls. 458/459).

De acordo com as instruções dos autos, para justificar a aplicação dos Cr\$ 3.750.000,00, o responsável teria, inicialmente, elaborado uma prestação de contas indicando três beneficiários, contemplados com valores individuais de Cr\$ 1.250.000,00. Posteriormente, por descontrole, teria *montado* outra, desta feita com cinco beneficiários (Cr\$ 750.000,00 para cada um), chegando, igualmente, ao montante repassado pelo MBES. Se assim fosse, de fato haveria fortes indícios de fraude na documentação apresentada.

Contudo, não é o que se extrai dos autos. A **única** relação de alunos beneficiados **elaborada pelo ITECA** encontra-se à fl. 07 do volume VII, contendo o nome de três alunos, aos quais foram atribuídos valores individuais de Cr\$ 1.250.000,00. A outra relação, mencionada na instrução de fl. 115, foi, como claramente indicado nos autos (fls. 02/03 do volume VII), elaborada pelo Conselho Nacional de Serviço Social, por ocasião da comunicação ao ITECA da liberação dos recursos. Essa última relação discriminava os alunos (cinco) que **deveriam ser** beneficiados e os respectivos valores atribuídos a cada um (Cr\$ 750.000,00). Não há, pois, nesse ponto, nenhum indício de montagem ou fraude na prestação de contas.

Nada obstante, tratando-se de subvenção com destinação certa, tanto no que diz respeito ao número de favorecidos como ao valor de cada bolsa, não poderia o responsável alterar a forma de sua aplicação como bem entendesse. Caso discordasse dos valores individuais indicados pelo concedente, deveria simplesmente devolver os recursos. Jamais, entretanto, poderia majorar, a seu talante, o valor de cada bolsa mediante a redução do número de beneficiados. Assim, quanto a esse repasse, tenho por imputável ao responsável o débito de **Cr\$ 1.500.000,00**, correspondente ao valor atribuído pelo órgão repassador aos dois alunos não atendidos. A propósito do equívoco cometido pela Unidade Técnica quando do chamamento do responsável aos autos, tenho por dispensável – em face da proximidade das datas e da modicidade dos valores envolvidos – a promoção de nova citação, sendo de se admitir, no entan-

to, a segunda data (que lhe é mais favorável) como aquela a partir da qual incidem os respectivos encargos financeiros.

Finalmente, quanto às retiradas de valores em espécie das contas bancárias das entidades beneficiárias, bem como às aplicações no mercado financeiro, é de se ter em conta que:

a) as subvenções em tela destinavam-se, sobretudo, à concessão de bolsas de estudo;

b) as instruções do Ministério da Ação Social estabeleciam, expressamente, como prazo máximo para a aplicação dos recursos, o período de 30 dias após seu recebimento (fl. 422, subitem 1.1).

Ora, como conciliar período de aplicação tão reduzido com a natureza das despesas com bolsas de estudo, via de regra apropriadas em parcelas mensais distribuídas ao longo de todo um ano? A única forma de fazê-lo que me ocorre seria a apropriação imediata da receita anual (ou, conforme o caso, semestral) a ser obtida com as mensalidades, ainda que os custos correspondentes se distribuam ao longo dos meses. Assim, por exemplo, uma bolsa de estudo referente a todo um período letivo seria tida como *paga* ao estabelecimento de ensino, integralmente, já no primeiro mês do ano, ainda que se saiba que as despesas a ela associadas se distribuam equilibradamente ao longo do exercício (salários de professores, material didático, água, luz, *etc.*). Assim entendido, seria natural a aplicação dessa receita no mercado financeiro, de modo a preservar seu valor para fazer face às despesas mensais futuras que, certamente, seriam impactadas pela escalada inflacionária.

Note-se, ademais, que, nesses casos, a instituição de ensino está, efetivamente, *vendendo* ao Estado um serviço (cada bolsa de estudo concedida). Portanto, a receita dessa transação lhe pertence, e a forma como a aplica não mais interessa ao *comprador*. A este importa, tão-somente, se o serviço (pago antecipadamente) será efetivamente prestado, ou seja, se cada aluno beneficiado terá, de fato, acesso às aulas por todo o período letivo. Quanto a isso, especificamente, nenhuma irregularidade foi registrada pelas equipes de inspeção.

Feitas essas considerações preliminares, passo ao exame dos demais aspectos tratados na citação do Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo, abordando-os por transferência realizada.

OB 929/92 (Cr\$ 550.000.000,00), repassada pela COF/MBES ao ITECA

Além do montante de Cr\$ 280.599.535,54 aplicado em bolsas de estudo, a respectiva prestação de contas registra despesas de Cr\$ 106.144.083,69 em obras educacionais, Cr\$ 32.116.437,56 em formação de professores, Cr\$ 61.695.861,77 em equipamentos educacionais/treinamento e Cr\$ 69.444.061,44 em assistência social (fl. 02, volume VI).

Em que pese as considerações formuladas no início desse voto, não há como acolher, em sua totalidade, as concessões com bolsas de estudo indicadas pelo responsável. É que os recursos da subvenção em exame foram liberados em 25/06/92, portanto, já no final do 1º semestre letivo do ano. No entanto, as relações apresentadas (fls. 03/04 do volume VI) consignam despesas com alunos bolsistas, no montante

de Cr\$ 81.333.198,73, referentes aos primeiros seis meses daquele exercício, o que – por caracterizar a atribuição de efeitos retroativos à transferência (prática incompatível com os princípios que regem a Administração Pública) – enseja sua impugnação.

O total aplicado em obras educacionais (construção de um ginásio de esportes e ampliação das instalações físicas da entidade), conforme propugnam os pareceres, deve ser glosado, haja vista as restrições legais inerentes à modalidade de transferência em tela – **subvenção** (Lei nº 4.320/64, art. 12, § 3º, e Decreto nº 93.872/86, art. 59) –, bem como as expressas recomendações do MBES a respeito (*vide* fls. 422/423).

As despesas com formação de professores igualmente não podem ser admitidas, uma vez que desacompanhadas de qualquer documentação comprobatória, à exceção das listas de presença dos participantes.

Da documentação relativa a equipamentos/treinamento, os comprovantes de fls. 16 (apresentado em duplicidade), 18 (contas telefônicas de terceiros), 22 (parcela referente a mora/multa), 23 (material permanente), 29 (transferências bancárias não justificadas), 30-doc.02 e 31 (material fotográfico e/ou permanente), 32 (material permanente), 34-doc.03 (material de pesca) e 35 (despesas com telefones de terceiros), todas do volume VI, não podem ser acolhidos, perfazendo um débito de Cr\$ 13.746.981,77. Os demais, referentes, basicamente, à aquisição de materiais didáticos e de consumo, podem ser aceitos, não obstante as falhas formais identificadas pela Unidade Técnica no seu preenchimento (sobretudo no que diz respeito à identificação incompleta do cliente nas respectivas notas fiscais).

Das despesas denominadas *assistência social*, ainda que também se admita – em face das ponderações apresentadas pelo responsável – menor rigor na verificação das formalidades exigíveis na respectiva documentação comprobatória, o que entendo, neste caso, igualmente pertinente, não podem ser acolhidos os elementos lançados às folhas seguintes, todas do volume VI:

- 42, 45-doc.03, 55, 67, 68-docs.04 e 06, 69-doc.04, 71-docs.02-03, 75 (despesas incompatíveis com os objetivos precípuos da entidade e/ou da modalidade subvenção, tais como: aquisição de urna funerária, protetor solar, troféus, roupas, tecidos, inscrição para maratona, entre outras);

- 43, 44-docs.01 e 02, 56, 63, 74, 98 (bebidas e produtos alimentícios destinados à revenda);

- 45-doc.01, 46-docs.02-04, 47-52, 53-docs.01-05, 58-60, 64-65, 66-docs.01-03, 68-docs.01-03, 69-docs.01-03, 70, 71-doc.01, 83, 84-docs.01-02, 87, 88-docs.02-03, 89-93, 94-docs.01-03, 96-97, 103, 104, 105-doc.04, 106 (recibos de doações a terceiros, em espécie, discriminadas genericamente como *assistência social*);

- 45-doc.02 (despesa realizada em período anterior à transferência);

- 53-doc.06 (depósito bancário, não justificado, em favor de terceiros);

- 54, 76, 77, 95-doc.02, 99, 101 (comprovantes impróprios ou não justificados, emitidos por empresas comerciais, e, no caso de uniformes escolares, destinados à revenda – fls. 116/117, item 7.4.3);

- 61-doc.01, 71-doc.04, 94-doc.04, 97-doc.03 (recibo sem especificação do objeto);

- 66-doc.04 (material permanente);
- 78-82, 85-86, 88-doc.01 e 102 (recibos de doações a terceiros, em espécie, discriminadas genericamente como *bolsa de estudo*).

Tais despesas com assistência social perfazem Cr\$ 62.037.566,92, valor ao qual deve ser acrescida a parcela de Cr\$ 1.056.564,00, uma vez desacompanhada dos respectivos comprovantes.

Assim, no tocante à transferência em exame, rejeito, em parte, as alegações de defesa do responsável, imputando-lhe o débito de **Cr\$ 296.434.832,67**.

OB 903/92 (Cr\$ 1.000.000.000,00), repassada pela COF/MBES ao ITDE

Além do montante de Cr\$ 827.650.281,94 (fls. 18/28 e 168 do volume VII) aplicado em bolsas de estudo para alunos dos níveis fundamental e médio, a respectiva prestação de contas registra despesas de Cr\$ 59.175.685,05 com *pagamentos diversos* (fl. 152 do volume VII), Cr\$ 49.857.041,00 com material didático, Cr\$ 1.196.614,00 com bolsas diversas, Cr\$ 29.125.448,00 com material de consumo, Cr\$ 5.074.098,00 com medicamentos, Cr\$ 9.562.136,00 com vestuário e Cr\$ 19.517.061,00 com alimentação (fl. 29, volume VII). Tais valores perfazem o montante de Cr\$ 1.001.158.364,99, superior, portanto, ao valor da transferência.

A exemplo do que ocorreu com a subvenção tratada anteriormente, a transferência em tela foi efetivada no meio do ano, em 23/06/92. No entanto, as relações de bolsistas apresentadas (fls. 18/28 do volume VII) consignam despesas com esses alunos ao longo de todo o exercício (treze parcelas), o que enseja a impugnação dos valores afetos ao primeiro semestre, no montante de Cr\$ 381.992.437,81 (seis parcelas).

As despesas com medicamentos, comprovadas mediante a documentação de fls. 106/116 do volume VII, podem ser integralmente admitidas, nada obstante as falhas formais apontadas pela Unidade Técnica no preenchimento das respectivas notas fiscais (especialmente a omissão do nome do adquirente). Cumpre observar que os produtos comprados são compatíveis com a clientela de alunos atendida pela entidade e a despesa total não excedeu ao nível de razoabilidade inerente às dimensões do estabelecimento (cerca de 2.000 UFIRs).

Por outro lado, as despesas relacionadas como sendo de vestuário (fls. 117/126) não podem ser acolhidas, haja vista o caráter de alguns dos itens adquiridos (revista placar, pôster capricho, calças, camisas e sapatos sociais) e a informação da 7ª SECEX no sentido de que os uniformes escolares eram revendidos aos alunos pela escola (fls. 116/117, item 7.4.3).

Das despesas com material didático, não podem ser admitidas aquelas referentes aos comprovantes lançados às seguintes folhas (todas do volume VII):

- 31, 32, 33, 34-doc.01, 35-doc.01, 37-doc.01, 40, 46 (despesas com peças e serviços mecânicos);
- 35-doc.02, 36, 37-doc.02, 41, 47-doc.02, 48, 50, 51 (despesas incompatíveis com os objetivos precípuos da entidade e/ou da modalidade de transferência subvenção, tais como: consertos de órgão musical e máquinas de costura; material fotográfico);

- 42, 43, 44, 45, 52-doc.01 (materiais permanentes);
- 56 (fotocópia de recibo de depósito, não justificado, em favor de terceiros);
- 59-doc.02, 60-81 (materiais de construção destinados à ampliação das instalações físicas da entidade).

Além dessas despesas, no montante de Cr\$ 42.365.107,00, deve também ser promovido, pelo responsável, o ressarcimento das parcelas de Cr\$ 905.783,64 (pagamento de juros/correção monetária - fl. 38, doc. 01), Cr\$ 1.198.452,12 (referente a desconto oferecido pelo fornecedor e incorretamente desconsiderado na prestação de contas – fl. 38, doc. 02) e Cr\$ 231.400,00 (comprovante não apresentado), perfazendo um débito total, nesse item, de Cr\$ 44.700.742,76.

Das despesas com material de consumo, são irregulares aquelas relativas aos comprovantes juntados às folhas seguintes, constantes do volume volume VII:

- 89-doc.01, 90-docs.02 e 03, 93-doc.02, 94-docs.02 e 03, 95, 98-doc.01 (despesas incompatíveis com os objetivos precípuos da entidade e/ou da modalidade de transferência subvenção);

- 90-doc.04 (recibo sem especificação do objeto).

Também devem ser impugnadas as despesas nos valores de Cr\$ 25.251,00 e Cr\$ 20.000,00 (fl. 82 do volume VII), em face da não apresentação dos respectivos comprovantes, perfazendo o total, nesse item (material de consumo), de Cr\$ 684.351,00.

Quanto às despesas com alimentação (fls. 127/151 do volume VII), não podem ser admitidas as relativas aos comprovantes de fls.:

- 128-docs.01 e 02, 132-doc.02, 135-doc.04, 138-doc.02, 142-doc.03, 145, 146, 147-doc.01, 150-doc.02 (comprovantes sem especificação do objeto);

- 129, 130, 132-doc.01, 133-doc.01, 138-doc.03, 139, 140 (bebidas e produtos alimentícios destinados à revenda);

- 134, 135-doc.03, 144, 147-doc.02, 148, 149 (despesas pessoais em hotéis, restaurantes e lanchonetes);

- 143-doc.02 (nota fiscal adulterada).

Devem, igualmente, ser impugnadas as despesas nos valores de Cr\$ 53.100,00, Cr\$ 210.530,00 e Cr\$ 1.021.480,00 (fls. 127 e 127-A do volume VII), uma vez não apresentados os respectivos comprovantes, perfazendo, nesse item (alimentação), o montante de Cr\$ 11.826.408,00.

Quanto aos *pagamentos diversos* (fls. 152/167 do volume VII), não podem ser acolhidos aqueles cujos comprovantes encontram-se às fls.:

- 154, 164, 167 (materiais e serviços de construção destinados à ampliação das instalações físicas da entidade);

- 155 (recibos esparsos de mensalidades escolares pagas a outras escolas);

- 156, 170-doc.01 (depósitos bancários, em favor de terceiros, não justificados);

- 157, 161, 162, 163, 165, 166 (materiais permanentes);

- 160 (comprovante impróprio, não justificado, emitido por empresa comercial).

Tais pagamentos perfazem o montante de Cr\$ 42.283.685,05.

Por fim, no item *bolsas diversas*, os comprovantes apresentados não são idôneos para justificar a correta aplicação dos recursos recebidos, haja vista tratarem-se de títulos bancários não especificados (fls. 169, 170-doc.02) e registros de nascimento (fl. 171).

Os demais comprovantes, não referidos anteriormente, podem ser acolhidos, quer pela ausência de impugnação específica por parte da Unidade Técnica, quer pelo caráter meramente formal das falhas identificadas na sua emissão.

Assim, no tocante a essa transferência, rejeito, em parte, as alegações de defesa do responsável, imputando-lhe o débito de **Cr\$ 492.246.374,62**.

OB 2305/91 (Cr\$ 60.000.000,00), repassada pela COF/MBES ao ITECA

A prestação de contas do responsável, relativamente a essa subvenção, encontra-se às fls. 35/40 do volume XIV destes autos e às fls. 45/53, volume I, do TC-019.844/93-0. Além do montante de Cr\$ 24.395.917,86 aplicado em bolsas de estudo, a referida documentação indica despesas de Cr\$ 7.604.102,66 com material didático e Cr\$ 27.999.979,48 com obras educacionais.

Neste caso, as despesas com bolsas de estudo não podem ser admitidas, uma vez que a relação de beneficiários apresentada não contém a discriminação dos períodos, séries, turnos e graus de ensino correspondentes, contrariando as instruções do órgão repassador (fl. 422) e inviabilizando a aferição da veracidade das informações prestadas.

De igual modo, o total aplicado em obras educacionais (construção de um ginásio de esportes e ampliação das instalações físicas da entidade), conforme propugnam os pareceres, deve ser glosado, haja vista as restrições legais inerentes à modalidade de transferência subvenção (Lei nº 4.320/64, art. 12, § 3º, e Decreto nº 93.872/86, art. 59), bem como as expressas recomendações do MBES a respeito.

No tocante às despesas com material didático, uma vez não acostados aos autos os respectivos comprovantes (os quais, no entanto, foram examinados *in loco* pela equipe de auditoria), apenas entendo passíveis de glosa aquelas que, admitidas falhas ou omissões de caráter formal, foram objeto de contestação específica por ocasião da inspeção (fl. 48, volume I, do TC-019.844/93-0), quais sejam, aquelas realizadas em data anterior à transferência, num total de Cr\$ 1.161.597,73.

Assim, no tocante a essa transferência, rejeito, em parte, as alegações de defesa do responsável, imputando-lhe o débito de **Cr\$ 53.557.495,07**.

OB 105/92 (Cr\$ 160.000.000,00), repassada pela COF/MBES ao ITDE

A prestação de contas apresentada (fls. 41/46 do volume XIV) não contém nenhum documento comprobatório das despesas realizadas, o que impossibilita o seu acolhimento.

Vê-se, contudo, pelo extrato bancário encaminhado, que o crédito da transferência na conta bancária da entidade deu-se em 16/01/92, data correta a partir da qual devem incidir os respectivos encargos financeiros.

OB 2305/91 (Cr\$ 60.000.000,00), repassada pela COF/MBES ao ITDE

A prestação de contas apresentada (fls. 47/50) informa a concessão de 300 bolsas de estudo no valor unitário de Cr\$ 200.000,00, o que perfaz o montante transferido.

Tais despesas não podem ser admitidas, uma vez que não foi apresentada a respectiva relação de beneficiários, contrariando as instruções do órgão repassador (fl. 422) e inviabilizando a aferição da veracidade das informações prestadas.

OB 2305/91 (Cr\$ 40.000.000,00), repassada pela COF/MBES ao Ranchinho Alegre

A prestação de contas apresentada (fls. 22/25, volume I, TC-018.815/93-6) não contém nenhum documento comprobatório das despesas realizadas, o que impossibilita o seu acolhimento.

Vê-se, contudo, pelo extrato bancário encaminhado, que o crédito da transferência na conta bancária da entidade deu-se em 02/08/91, data correta a partir da qual devem incidir os respectivos encargos financeiros.

OB 105/92 (Cr\$ 60.000.000,00), repassada pela COF/MBES ao Ranchinho Alegre

A prestação de contas apresentada (fls. 44/49, volume I, TC-018.815/93-6) não contém nenhum documento comprobatório das despesas realizadas, o que impossibilita o seu acolhimento. De acordo com essa documentação, teriam sido distribuídas 100 bolsas de estudo no idêntico valor unitário de Cr\$ 600.000,00 (referente ao 1º semestre de 1992), o que totalizaria o montante transferido.

Contudo, durante os trabalhos de inspeção, foi confeccionada pela entidade a relação de fls. 50/55 (TC-018.815/93-6, volume I), contendo o nome dos beneficiários, as respectivas séries cursadas e os percentuais de abatimento concedidos sobre os valores das mensalidades.

Tal relação, a meu ver, poderia ser aceita não fossem:

- a incongruência representada pelas variações nos valores individuais das bolsas (quando, de acordo com a prestação de contas, os 100 alunos teriam obtido idêntico benefício);
- a ausência de informação quanto aos valores das mensalidades dos diversos cursos oferecidos (é indicado apenas o percentual de desconto, variável por aluno, concedido sobre o valor integral da mensalidade);
- a ausência de assinaturas do responsável por sua elaboração e do dirigente do estabelecimento de ensino, o que impede a aferição de sua autenticidade.

Em vista disso, entendo que tal despesa deva ser inteiramente glosada, observando-se, no entanto, que a data a partir da qual devem incidir os respectivos encargos legais é 16/01/92, data do crédito da transferência na conta bancária da entidade.

Antes de concluir, dois aspectos suscitados pelo responsável em suas alegações de defesa devem ser examinados.

Primeiramente, alega o Sr. Manoel Augusto que “no Projeto de Lei Orçamentária da União estava estabelecido que as subvenções também poderiam estar vinculadas ao **pagamento de professores da municipalidade**” (grifo do original, fl. 24, volume XIV). Embora não tenha utilizado tais pagamentos para efeito de comprova-

ção da correta aplicação dos recursos públicos a ele confiados, “*por falta de informações*”, entende que agora pode fazê-lo, apresentando, para tanto, diversos comprovantes de pagamentos de professores realizados no período.

Com efeito, em princípio não haveria, à época, nenhum impedimento na aplicação dos recursos de subvenção no custeio do quadro de empregados da entidade. Assim, inclusive, já decidiu o Tribunal em outras oportunidades. Contudo, no caso em exame, verifica-se que mais de 75% dos valores transferidos pelos Ministérios destinaram-se ao pagamento de bolsas de estudo nas escolas dirigidas pelo responsável, de tal forma que a quase totalidade de seu corpo discente recebia, ao menos em parte, subsídio do Estado.

Ora, se as escolas eram remuneradas pelos cursos que ofereciam aos alunos, e se o principal item de custo de qualquer escola é precisamente seu quadro de professores, como admitir que, além das bolsas e das mensalidades, as escolas ainda recebessem subvenções do Governo para o custeio de professores? Admitir isso seria aprovar verdadeiro *bis in idem*, o que é inaceitável, sobretudo em se tratando de recursos públicos. Apenas se poderia cogitar dessa possibilidade – o custeio de professores cumulativamente com o pagamento de bolsas – se fosse demonstrado pelo responsável que as mensalidades escolares (parcela paga pelos alunos mais a parcela subvencionada pelos Ministérios) não eram suficientes para a manutenção das escolas. Entretanto, o que as próprias prestações de contas apresentadas revelam é que as entidades tinham mesmo superávit com suas mensalidades, o que se evidencia nos significativos investimentos de capital realizados no período.

Por semelhante raciocínio, entendo inadmissível que despesas ora glosadas nas prestações de contas sejam substituídas por outros comprovantes, como propõe o Sr. Manoel Augusto. Eventual glosa enseja a restituição ao erário do correspondente valor, e não sua mera substituição por outros comprovantes. O único modo de evitar a restituição é a demonstração de que o fundamento da impugnação não é procedente.

Portanto, rejeito os novos documentos de despesas apresentados pelo responsável.

Por fim, devo registrar que o Sr. Manoel Augusto solicitou, ao final da apresentação de suas alegações de defesa, vista dos autos. Como tal solicitação não foi anteriormente atendida, determinei à Secretaria que oficiasse ao interessado disponibilizando-lhe o processo, não havendo, entretanto, nenhuma nova manifestação de sua parte.

Quanto aos demais agentes arrolados nos autos, acolho os elementos de defesa apresentados, em conformidade com os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público.

Também em conformidade com os pareceres, acolho a proposta de que seja excluída deste feito a apreciação das subvenções mencionadas no terceiro parágrafo do relatório *supra*, uma vez que as mesmas são objeto de processos específicos.

Ante todo o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador-Geral em exercício Jatir Batista da Cunha

O presente processo é originário de Relatórios de Inspeções realizadas no Instituto de Tecnologia Educacional e Amparo ao Educando Carente, no Instituto de Tecnologia Educacional Castro Alves e no Instituto de Educação Infantil Ranchinho Alegre, por solicitação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI do Orçamento.

Por intermédio da Decisão n.º 239/96-Plenário, Sessão de 15.05.96, este Tribunal determinou a conversão destes autos em Tomada de Contas Especial, bem como a citação e a audiência dos responsáveis e ordenadores de despesas mencionados no referido **decisum** (fls. 202 a 204).

Somos chamados a intervir nos autos por solicitação do eminente Ministro-Relator IRAM SARAIVA, mediante o V. Despacho exarado às fls. 552.

Conforme evidenciado na minudente peça instrutiva de fls. 536 a 551, restou comprovada a prática, por parte do Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo, de diversas irregularidades, tais como: infração à norma legal (artigo 59 do Decreto n.º 93.872/86), no tocante à utilização dos recursos na execução de obras, quando as subvenções destinavam-se à cobertura de despesas de custeio; apresentação de relações idênticas de bolsistas, para subvenções distintas, com o fito de justificar a aplicação dos recursos e obter a aprovação das contas, entre outras.

Com relação aos demais responsáveis, anuímos às conclusões do Sr. Assessor, pelo acolhimento das razões de justificativa apresentadas.

Desse modo, manifestamo-nos de acordo com a proposição da 7ª SECEX, no sentido da rejeição das alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo, nos termos do artigo 12, § 1º, da Lei n.º 8.443/92 c/c o artigo 153, § 2º, do Regimento Interno do TCU, cientificando-o para, em novo e improrrogável prazo de 15 (quinze) dias, recolher as importâncias mencionadas às fls. 550, acrescidas dos consectários legais.

Opinamos, outrossim, pelo acolhimento das alegações de defesa apresentadas pelos demais responsáveis, excluindo-os do rol desta Tomada de Contas Especial.

DECISÃO N.º 659/99 – TCU – PLENÁRIO²

1. Processo n.º TC-020.017/93-6 – Sigiloso (com 14 volumes e os seguintes apensos: TC-018.815/93-6, com 02 volumes, TC-001.873/96-2, TC-016.778/95-2 e TC-019.844/93-0, com 04 volumes)

2. Classe de Assunto: IV – Tomada de Contas Especial

3. Responsáveis: Manoel Augusto Carvalho de Araújo (Diretor-Presidente), Edna Cleide da Silva (Diretora Administrativo-Financeira do ITECA e do Instituto

² Publicada no DOU de 04/10/99.

Educacional Infantil Ranchinho Alegre e Vice-Diretora-Presidente do ITDE), Olavo Borges da Silva (Diretor-Tesoureiro do ITDE), José Barros Ribas Neto e Paulo Soares Edler (agentes responsáveis pela SAG/MEC), Yolanda Maria Brasil Aguiar, Jangmar Barreto de Almeida e Ernani Soares Gomes Filho (ordenadores de despesa da COF/MBES) e Mauro Ricardo Machado Costa (Secretário de Administração do MBES)

4. Entidades: Instituto de Tecnologia Educacional e Amparo ao Educando Carente – ITDE, Instituto de Tecnologia Educacional Castro Alves – ITECA e Instituto Educacional Infantil Ranchinho Alegre

5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira

6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha

7. Unidade Técnica: 7ª Secretaria de Controle Externo

8. Decisão: Tribunal Pleno, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 1º, 5º e 12, § 1º, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1. rejeitar, em parte, as alegações de defesa apresentadas pelo responsável Sr. Manoel Augusto Carvalho de Araújo, uma vez que não foram capazes de demonstrar a boa e regular aplicação da totalidade dos recursos que lhe foram repassados, por órgãos da Administração Federal, a título de subvenção social, nos exercícios de 1991 e 1992;

8.2. conceder-lhe novo e improrrogável prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove perante este Tribunal o recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional das importâncias abaixo indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos encargos legais devidos, contados a partir das respectivas datas de recebimento até a data do efetivo recolhimento:

<i>Instituto de Tecnologia Educacional e Amparo ao Educando Carente - ITDE</i>		
<i>Nº da OB</i>	<i>DATA</i>	<i>VALOR (Cr\$)</i>
<i>91OB02305</i>	<i>31/07/91</i>	<i>60.000.000,00</i>
<i>92OB00105</i>	<i>16/01/92</i>	<i>160.000.000,00</i>
<i>92OB00903</i>	<i>23/06/92</i>	<i>492.246.374,62</i>

<i>Instituto de Tecnologia Educacional Castro Alves - ITECA</i>		
<i>Nº da OB</i>	<i>DATA</i>	<i>VALOR (Cr\$)</i>
<i>91OB02305</i>	<i>31/07/91</i>	<i>53.557.495,07</i>
<i>92OB00929</i>	<i>25/06/92</i>	<i>296.434.832,67</i>
<i>92OB01706</i>	<i>18/09/92</i>	<i>1.500.000,00</i>

<i>Instituto de Educação Infantil Ranchinho Alegre</i>		
<i>Nº da OB</i>	<i>DATA</i>	<i>VALOR (Cr\$)</i>
<i>91OB02305</i>	<i>02/08/91</i>	<i>40.000.000,00</i>
<i>92OB00105</i>	<i>16/01/92</i>	<i>60.000.000,00</i>

8.3. acolher as alegações de defesa do Sr. Olavo Borges da Silva, excluindo-o do rol de responsáveis destes autos;

8.4. acolher as alegações de defesa da Sra. Edna Cleide da Silva;

8.5. acolher as razões de justificativas apresentadas pelos demais responsáveis;

8.6. excluir destes autos a apreciação das subvenções abaixo mencionadas, uma vez que as mesmas são objeto de processos específicos:

<i>Nº da OB</i>	<i>DATA</i>	<i>VALOR (Cr\$)</i>	<i>Entidade Favorecida</i>
<i>91OB00690</i>	<i>31/07/91</i>	<i>80.000.000,00</i>	<i>ITDE</i>
<i>91OB00690</i>	<i>31/07/91</i>	<i>40.000.000,00</i>	<i>ITECA</i>
<i>91OB00690</i>	<i>31/01/91</i>	<i>40.000.000,00</i>	<i>Ranchinho Alegre</i>
<i>92OB00929</i>	<i>25/06/92</i>	<i>350.000.000,00</i>	<i>Ranchinho Alegre</i>
<i>92OB00105</i>	<i>15/01/92</i>	<i>180.000.000,00</i>	<i>ITECA</i>

8.7. levantar o sigilo desta decisão, bem como do relatório e do voto que a fundamentam, mantendo, todavia, o sigilo das demais peças dos autos, uma vez que contêm informações bancárias dos responsáveis.

9. Ata nº 33/99 - Plenário.

10. Data da Sessão: 22/09/1999 - Extraordinária de caráter reservado.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

IRAM SARAIVA
Presidente

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

FUNDEF - INFORMAÇÕES SOBRE ACOMPANHAMENTO DO FUNDO

Solicitação de Informações

Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto

Grupo I – Classe VII - Plenário

TC-009.206/1999 - 0

Natureza: Solicitação de informações

Entidade: Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério - FUNDEF

Interessado: Senador Ademir Andrade, Segundo Vice-Presidente do Senado Federal

Ementa: Solicitação de informações sobre acompanhamento do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – FUNDEF. Considerações sobre a fiscalização do FUNDEF. Requisição de dados complementares sobre a instalação dos conselhos de acompanhamento e controle social. Remessa à autoridade solicitante de parte das informações requeridas, acompanhadas da Ata nº 24 da Sessão Plenária de 15/06/1999 e da Decisão, Relatório e Voto.

RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de informações a respeito do acompanhamento que este Tribunal vem exercendo sobre a aplicação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – FUNDEF, formulada pelo Senador Ademir Andrade, Segundo Vice-Presidente do Senado Federal. Em especial, a autoridade solicitante objetiva “conhecer os resultados dos levantamentos realizados pelo TCU no que se refere a aplicação dos recursos do Fundo, ao cumprimento do prazo para a criação de planos de carreira e criação dos conselhos municipais e estaduais”.

Após considerações preliminares sobre as disposições legais aplicáveis ao FUNDEF, a 6ª SECEX reuniu substanciaosas informações sobre a atuação do Tribunal relativamente à aplicação e à distribuição dos recursos do citado fundo, as quais incorporo, a seguir, a este Relatório:

“8. Conforme visto, ao TCU compete fiscalizar a aplicação e a distribuição das quantias devidas pela União ao FUNDEF. Além disso, o Decreto nº 2.264/97 prevê que o Ministério da Educação deve encaminhar as planilhas de cálculo utilizadas para elaborar a tabela de coeficientes de distribuição dos recursos do FUNDEF ao TCU para exame e controle, sendo que a revisão dos coeficientes só é admitida se houver determinação do Tribunal nesse sentido (§§ 3º e 4º do art. 2º do mencionado decreto).

9. Ademais, cabe ao Ministério da Fazenda enviar ao Tribunal, para conhecimento prévio, as planilhas de cálculo da estimativa de complementação da União,

consoante art. 3º, § 3º, do Decreto nº 2.264/97, e, ainda, informar mensalmente ao Ministério da Educação e ao TCU os valores repassados a cada Fundo, discriminando a complementação federal (§ 11 do mesmo artigo).

10. Com o intuito de disciplinar os procedimentos para a fiscalização do cumprimento das prescrições do art. 212 da Constituição Federal, do art. 60 do ADCT e das Leis nºs 9.394/96 e 9.424/96, no âmbito federal, este Tribunal editou a Instrução Normativa nº 21/98.

11. O art. 1º da referida instrução preconiza que 'a fiscalização do cumprimento da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos federais, na manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como de complementação, pela União, aos recursos dos Fundos a que se refere o § 1º do art. 60 – ADCT e a aplicação de recursos pela União a que se refere o § 6º do mesmo artigo serão realizadas mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, relatórios, dados e informações pertinentes'.

12. Conforme o art. 4º da referida instrução, 'a SECON examinará prioritariamente, na prestação de contas anual do Presidente da República, o cumprimento do previsto no art. 73 da Lei nº 9.394/96 e no art. 11 da Lei nº 9.424/96, mediante análise de registros contábeis, de demonstrativos mensais gerenciais atualizados e do Balanço Geral da União, e, ainda, mediante realização de diligências, inspeções e auditorias'.

13. Destarte, já nas contas do governo de 1998, o Relator consignou informações sobre o FUNDEF, sendo relatado que, no exercício em foco, os repasses para o Fundo totalizaram R\$ 13,2 bilhões, incluído o valor da complementação da União no montante de R\$ 434,8 milhões, que foram destinados aos Estados de Alagoas (R\$ 1,3 milhão), Bahia (R\$ 112,3 milhões), Ceará (R\$ 48,2 milhões), Maranhão (R\$ 130,5 milhões), Paraíba (R\$ 3,2 milhões), Pernambuco (R\$ 10,5 milhões), Piauí (R\$ 21,4 milhões) e Pará (R\$ 107,4 milhões). Foi ressaltado que, no total da complementação, está incluso o valor pertinente ao ajuste da complementação da União para o Estado do Pará relativo ao ano de 1997.

14. Com o intuito de avaliar, nas contas do governo, os procedimentos de gestão e controle dos recursos do FUNDEF, foram enviados ofícios aos Tribunais de Contas Estaduais das 27 unidades da Federação e aos 6 Tribunais de Contas Municipais. Dentre as questões formuladas, cabe destacar, haja vista o escopo da Solicitação do Senador Ademir Andrade, as seguintes (Relatório sobre as Contas do Governo da República, exercício de 1998, Relator Exmo. Sr. Ministro Bento José Bugarin):

a) no âmbito do estado, foi instituído o Conselho responsável pelo acompanhamento e controle social sobre a repartição, a transferência e a aplicação dos recursos do FUNDEF, conforme previsto no art. 4º da Lei 9.424/96?

b) foi editada norma estadual para a instituição do Conselho mencionado no item anterior?

c) o Conselho de que trata o item anterior foi instituído no âmbito de cada município do estado? Quantos municípios já o instalaram?

e) o Tribunal tem realizado auditorias ou outros trabalhos nas respectivas entidades/instituições estaduais e municipais aplicadoras dos recursos vinculados ao Fundo em questão? É possível quantificá-los?

f) dos resultados dos trabalhos referidos no item anterior, quais as principais falhas e irregularidades detectadas por esse Tribunal, destacadamente no que diz respeito à aplicação do percentual para valorização do magistério (pagamento de professores, treinamento e capacitação dos mesmos)?

15. Nem todos os tribunais se manifestaram sobre as questões. As respostas enviadas compõem o quadro a seguir.

<i>Tribunais Estaduais e Municipais</i>	<i>O Conselho já foi instituído? (a)</i>	<i>Há norma estadual p/ o Conselho? (b)</i>	<i>Quantos municípios já instalaram o Conselho (c)</i>	<i>Já houve inspeções e auditorias? (e)</i>
TCE DO PARANÁ	Sim	Sim. Decreto Estadual n° 4.146	Informação ainda não disponível	Não
TCE DO RIO GRANDE DO SUL	Sim	Não. Está tramitando na Assembleia Legislativa	Majoria dos municípios, mas não há informações precisas	Não
TCE DE SANTA CATARINA	Sim	Sim. Lei Estadual n° 10.724	Informação não disponível	Não
TCM DE SÃO PAULO	Questão Prejudicada	Questão Prejudicada	Confirma a instalação do Conselho no município de SP	Em andamento
TCM DO RIO DE JANEIRO	Questão Prejudicada	Questão Prejudicada	Confirma a instalação do Conselho no município do RJ	Não
TCE DO ESPÍRITO SANTO	Sim	Lei n° 5.470	Levantamento de informações em andamento	Levantamento de informações em andamento
TCE DE SÃO PAULO	Sim	Decreto n° 42.778	Em parte, em Torno de 20%	Sim
TCE DE SERGIPE	Sim	Sim. Decreto n° 16.911.	50 municípios do total de 75 do Estado	Não
TCE DA PARAÍBA	Sim	Sim. Lei n° 6.576/97	138 municípios	Não
TCE DE PERNAMBUCO	Sim	Sim. Lei n° 11.524/98	85% dos municípios	Sim. Houve 7 inspeções
TCE DO MARANHÃO	Ainda está em institucionalização	Não	Em parte, até o mês 10/98, 123 municípios	Não
TCE DO CEARÁ	Sim	Sim. Lei n° 17.746	Em parte, 133 dos 184 municípios	Sim, pelo TCM
TCE DE MATO GROSSO	Sim	Sim. Lei n° 6.880	21 dos 126 municípios do Estado	Não
TCE DO MATO GROSSO DO SUL	Sim	Sim. Decreto n° 9.033	70 dos 77 municípios do Estado	Não
TC DO DISTRITO FEDERAL	Sim	Lei Complementar n° 51/97 e Decreto n° 19.501	Não se aplica	Sim
TCM DE GOIÁS	Competência do TCE de Goiás	Competência do TCE de Goiás	218 municípios	Houve avaliação nas contas mensais e anuais
TCE DO PARÁ	Sim	Sim. Lei n° 6.044/97	Informação do TCM	Não
TCM DO PARÁ	Informação do TCE	Informação do TCE	69 dos 143 municípios do Estado	Sim, em 10 municípios
TCE DE RONDÔNIA	Sim	Sim. Lei Complementar n° 182	Em 100% dos municípios	Sim, em 31% dos 52 municípios
TCE DE RORAIMA	Sim	Sim. Decreto n° 2.003/98	Em 08 dos 15 municípios do Estado	Sim, 01 na Sec. Est. e Mun. de Educ. e 01 em Boa Vista
TCE DE TOCANTINS	Não	Sim. Lei n° 922/98	Vide texto	Não

Fonte: Tribunais de Contas Estaduais e Municipais.

16. As falhas e irregularidades levantadas pelos tribunais que realizaram auditoria ou inspeção foram as seguintes:

TCE DE SÃO PAULO: “forma inadequada de contabilização; inexistência de contabilização individualizada do FUNDEF e dos demais recursos de ensino; não-realização dos repasses decendiais para a conta corrente vinculada à educação; não-criação dos Conselhos de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEF; ausência de elaboração de Plano de Carreira e Remuneração do Magistério; apropriação de despesas impróprias; o não-atendimento ao mínimo exigido, com relação aos 60% do FUNDEF, que envolve o pagamento dos profissionais da educação, muitas vezes em decorrência da inexistência de rede de ensino fundamental”.

TCE DE PERNAMBUCO: aplicação de recursos em despesas não relacionadas com o ensino fundamental; aplicação em remuneração dos profissionais do magistério inferior aos 60% legalmente estabelecidos; desobediência ao disposto no art. 70 da LDB, no que se refere à aplicação dos 40% dos recursos restantes vinculados ao FUNDEF. O órgão ainda informou que o Ato de designação dos membros do Conselho de Acompanhamento e Controle do FUNDEF não contemplou o 13º membro, que representaria os pais de alunos e professores das escolas públicas de ensino fundamental.

TCE DO CEARÁ: pagamento dos professores, em muitos municípios, com atraso e não-aplicação dos recursos do FUNDEF na habilitação dos professores leigos. Em casos isolados, observou-se o pagamento de professores do ensino infantil com recursos do FUNDEF, contrariando normas estabelecidas na Lei nº 9.424/96, relatando-se a respeito das dificuldades encontradas na distribuição dos 60% destinados ao magistério, bem como na implantação de programas de capacitação dos professores leigos.

TC DO DISTRITO FEDERAL: “não-atingimento dos percentuais mínimos de aplicação em manutenção e desenvolvimento do ensino e em ensino fundamental no 1º trimestre do ano de 1998; com relação ao disposto no § 4º do art. 69 da Lei 9.394/96, possível inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 51, de 23.12.97, em decorrência de sua incompatibilidade com o art. 60 do ADCT, com alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 14, de 13.09.96”.

TC DO MUNICÍPIO DE GOIÁS: informou que, “do total dos municípios goianos, no exercício de 1998, 29 deixaram de cumprir o que determina o art. 212 da Constituição Federal, fato este que seguramente ensejará a rejeição de suas contas por este Tribunal; determinados municípios insistem em contabilizar, à conta do FUNDEF, despesas que não lhe são próprias, ou seja, não são pertinentes ao ensino fundamental, fato este passível de correção imediata; outros municípios não conseguiram alocar o percentual mínimo de 60% do FUNDEF para a remuneração e aperfeiçoamento dos profissionais do magistério, tendo em vista a falta de definição de um plano de valorização do magistério que contemple o cumprimento do critério em questão”.

TC DO MUNICÍPIO DO PARÁ: “não-cumprimento da Instrução Normativa nº 01/98 – TCM/Pará; falta de controle no almoxarifado para as compras de mate-

rial escolar; nos municípios que não criaram o Fundo mediante lei, a gerência continua centralizada no prefeito, o que impede a melhor operacionalização na aplicação daquele; saldo residual; falhas técnico-contábeis; alguns municípios não prestam contas em separado; pagamento de pessoal não ligado à área do ensino fundamental; desvio de recursos do fundo para pagamento de despesas não relacionadas à educação e ao ensino fundamental; não-implantação do Plano de Carreira do Magistério; não-criação e implantação do Conselho de Controle do FUNDEF; apropriação indevida de despesas, misturando despesas administrativas com outras”.

TCE DE RONDÔNIA: “realização de despesas com a remuneração dos profissionais do Magistério, em percentual inferior ao estabelecido no art. 7º da Lei Federal 9.424/96; realização de outras despesas do ensino fundamental, com recursos destinados à remuneração dos profissionais do Magistério; realização de despesas incompatíveis com as atividades do ensino fundamental”.

TCE DE RORAIMA:

- na esfera estadual: “os registros contábeis estão ausentes; o Conselho Estadual não acompanha o controle, a repartição, a transferência e a aplicação dos recursos dos Fundos, art.4º da Lei 9.424/96; o Censo Educacional Anual não está sendo supervisionado pelo Conselho Estadual de Acompanhamento e Controle Social do Fundo; inexistência dos demonstrativos mensais das despesas realizadas, conforme o art. 70 da Lei nº 9.394/96; elaboração de novo plano de carreira do magistério, de conformidade com o art. 9º da Lei nº 9.424/96; inexistência de levantamentos dos custos com pessoal por atividade (Magistério e Administrativo) e com a capacitação de professores leigos”.

- na esfera municipal: “ausência de publicação da Lei nº 460/98, que cria o Conselho Municipal de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEF, inobservando o princípio da Publicidade, como dispõe a Constituição Federal, art.37, caput; inobservância ao art. 4º, inciso IV, da Lei nº 9.424, de 24/12/96, tendo em vista não terem sido nomeados os membros do Conselho Municipal de Controle Social do FUNDEF; não-criação do plano de carreira e remuneração do magistério, desta forma descumprindo a Lei nº 9.424, em seus arts. 9º e 10º, inciso II; a Secretaria de Educação do Município desconhece os percentuais das fontes ICMS, IPI e FPM, transferidos pelo Banco do Brasil para sua conta corrente específica, o que impossibilita aferir se os recursos estão sendo repassados corretamente; o percentual de 60% (sessenta por cento) destinado ao pagamento de professores do ensino fundamental, não vem sendo aplicado, o que caracteriza inobservância do art. 60, inciso V, da Emenda Constitucional 14/96 c/c o art.69, inciso IV da Lei nº 9.394/96”.

17. Impende ressaltar as seguintes informações prestadas pelos Tribunais de Contas de Tocantins, da Paraíba e do Pará:

TCE DE TOCANTINS: “as maiores ocorrências, no âmbito dos municípios, dão-se em virtude do desconhecimento dos gestores quanto à natureza e operacionalidade dos recursos, não chegando, contudo, a prejudicar ou invalidar os benefícios do programa”.

TCE DA PARAÍBA: “*Em face do atraso na instituição e implantação do Plano de Cargos e Carreiras, mais pela falta de assessoramento técnico do que por má fé, o percentual de aplicação dos recursos do FUNDEF na valorização do magistério é inferior ao legalmente preceituado, em torno de 90% dos municípios ...A baixa remuneração paga ao longo do ano de 1998 resultou na existência de saldos da conta bancária de movimentação de tais recursos, exceto no Município de João Pessoa, aceitável, considerando-se a inexistência de planejamento educacional adequado nos municípios e a atipicidade do ano de 1998, quando o Fundo foi implantado*”.

TCE DO PARÁ: “*Do Relatório das Contas do Governador, ... , recomendação consta que se agilizem os procedimentos para a criação do novo Plano de Carreira e de Remuneração do Magistério e, ainda, que o Executivo se atenha ao que prescreve a LDB quanto à prática de despesas elegíveis na educação, especialmente quanto a não-inclusão nas mesmas dos gastos com inativos do magistério*’

18. Para subsidiar o exame das contas do governo de 1998, o TCU ainda realizou levantamento de informações em 10 estados da Federação (Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Pará, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Ceará, Bahia, Piauí e Alagoas), fiscalizando 132 escolas urbanas e 132 escolas rurais em 66 municípios, tendo se alcançado as seguintes conclusões:

Das 66 (sessenta e seis) prefeituras fiscalizadas, 98% mantinham conta específica para os recursos do FUNDEF e 100% comprovaram o regular recebimento dos recursos por meio de extratos bancários. Constatou-se ainda que 92% dos municípios visitados instituíram o Conselho de Acompanhamento do FUNDEF, nos termos da Lei nº 9.424/96. Este dado indica que houve apenas a instituição legal do Conselho, mas não quer dizer que este seja atuante, até mesmo porque o exercício de 1998 foi o primeiro ano de funcionamento do programa.

Com relação ao corpo docente para o ensino fundamental, atestou-se que houve incremento da folha salarial dos professores do ensino fundamental entre os exercícios de 1997 e 1998 em 89% das prefeituras fiscalizadas. Pode-se também constatar procedimentos de contratação de professores e capacitação de professores leigos em 83% e 74% dos municípios, respectivamente.

Quando verificado que o valor da folha de pagamento de professores do ensino fundamental foi inferior, no exercício de 1998, aos 60%, do FUNDEF, ficou comprovado que a diferença foi aplicada nos itens supracitados (salários, contratação e capacitação) em 65% dos casos. Ressalte-se ainda que 67% dos municípios dispõem de novo plano de carreira e remuneração do magistério, de acordo com o art. 9º da Lei nº 9.424/96.

Procedimentos Realizados nas Escolas Urbanas e Rurais

Do total de 132 escolas urbanas fiscalizadas nos 66 (sessenta e seis) municípios, constatou-se que 92% dos professores entrevistados confirmaram que houve incremento salarial em relação ao exercício anterior; 84%, que houve contratação

de professores, 87%, que houve capacitação de professores leigos, 97%, que o pagamento aos professores está ocorrendo com regularidade, 86%, que estão cientes do novo plano de carreira e remuneração do magistério e 58%, que o plano já está sendo implementado e 82%, declararam estar informados a respeito do conselho do FUNDEF.

Do total de 132 (cento e trinta e duas) escolas rurais dos 66 (sessenta e seis) municípios visitados, verificou-se que 95% dos professores atestaram um incremento de salário no exercício de 1998, 78% relatam que houve contratação de novos professores e 86% confirmam a capacitação para os professores leigos, também no exercício de 1998. A regularidade dos pagamentos dos professores é confirmada por 97% dos entrevistados, 76% estão cientes do novo plano de carreira, 67% confirmam que o plano já está sendo implementado, além dos 71% que declararam estar informados a cerca do conselho do FUNDEF e atestaram a operacionalização do Fundo.

Outras informações relevantes:

No estado do Piauí constatou-se o uso inadequado dos recursos do FUNDEF. Algumas prefeituras não estão prestando as informações requeridas pelos membros do Conselho, o que está prejudicando o exercício do seu papel fiscalizador. As prefeituras de pequeno porte não têm condições de remunerar os professores do pré-escolar e do 2º Grau que estão sob responsabilidade dos municípios com salários compatíveis com aqueles pagos pelo FUNDEF, aos professores do ensino fundamental. Pode-se aferir o ganho salarial em alguns municípios, uma vez que antes da implantação do FUNDEF variavam entre R\$ 30,00 e R\$ 80,00 e atualmente estão variando entre R\$ 130,00 e R\$ 450,00, além do incentivo à capacitação dos professores leigos.

No Estado do Pará observou-se o desconhecimento da existência e necessidade do Conselho. No Rio de Janeiro constatou-se descrença dos professores quanto à eficácia do Conselho, enquanto no Maranhão identificou-se que as Prefeituras estão desinformadas concernente à destinação de saldo de recursos porventura existente no final do exercício. Já no Rio Grande do Sul há reclamação de que a distribuição de recursos do Fundo está embasada em censo escolar desatualizado, o que vem acarretando perdas aos municípios.

Dos levantamentos realizados nos municípios da Paraíba, observou-se que no Município de Esperança, apesar do novo Plano de Cargos e Salários e de a folha dos professores extrapolar os 60% do FUNDEF, os profissionais leigos não foram beneficiados com o piso salarial dos demais professores.

No Estado do Ceará, a equipe verificou que os responsáveis pelos estabelecimentos municipais de ensino no Município de Icó são considerados coordenadores (cargo não eletivo, de indicação e nomeação do Secretário Municipal). Os coordenadores entrevistados não tinham contato com o Conselho do FUNDEF,

como também não possuíam conhecimento acerca das competências e atividades do citado colegiado.

Em Pernambuco, a equipe de fiscalização destaca que “consoante levantamento realizado pela Secretaria de Finanças do Recife, 11 (onze) municípios do Estado de Pernambuco apresentam déficit em termos de captação de recursos do FUNDEF. Segundo estimativa da retromencionada Secretaria, a Prefeitura da cidade de Recife deixara de captar, após a emenda constitucional que tratou do FUNDEF, aproximadamente R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais) para aplicação no fundo de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério, sendo necessário um aporte financeiro municipal para complementar a folha de pagamento do magistério na ordem de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais)”.

Informa, ainda, que a operacionalização financeira do FUNDEF traz à tona evidências de distorções que emergiram no decorrer da implementação do fundo. Os problemas operacionais ocorridos em Pernambuco existem basicamente devido a alguns municípios, sem estrutura tributária de arrecadação, contribuírem residualmente com a capitalização do Fundo, sendo apenas tomadores de recursos, os quais são financiados pelos municípios bem dotados de receitas tributárias (FPM, ICMS e IPI-exportação).

Destaca também que a distorção verificada no levantamento de auditoria referiu-se à remuneração dos profissionais de ensino do interior (sertão/agreste) e à da capital (Recife). A operacionalização financeira do FUNDEF poderá acarretar distorções na remuneração dos professores, pois aqueles que trabalham no interior podem vir a receber até duas vezes o que ganha um professor da capital.

Observe-se que o censo de educação reveste-se de fundamental importância, na medida em que dele depende o montante de recursos a serem repassados à conta do Fundo, sendo que quaisquer inconsistências nas informações fornecidas poderão redundar em graves desajustes e/ou equívocos na sua operacionalização.

Este enfoque levantado pode alertar os órgãos de fiscalização para possíveis planejamentos de auditorias na sistemática financeira do FUNDEF, em razão dos primeiros levantamentos efetivados nos municípios pernambucanos.

Pelos trabalhos de fiscalização realizados nos municípios da Bahia, pode-se ressaltar que “o salário passou de R\$ 76, no exercício de 1996, para R\$ 297 (de 1ª a 4ª séries), e R\$ 363 (de 5ª a 8ª séries) em 1998. Além dos professores, também são remunerados, com os recursos do FUNDEF, os diretores de escolas e secretários de educação. A Lei de Diretrizes e Bases – LDB, em seu art. 70, autoriza esses pagamentos, no entanto, somente com os 40% restantes dos recursos do FUNDEF”.

19. Em termos conclusivos, foi inserida sugestão no sentido de que o Congresso Nacional, a quem compete julgar as contas do governo, faça recomendação ao Poder Executivo com vistas a modificar o critério de cálculo do limite mínimo de que trata o § 6º do art. 60 do ADCT, a fim de que seja feito com base no total dos recursos destinados para a manutenção e desenvolvimento do ensino e não apenas

sobre os 18% previstos no art. 212, caput, da Constituição Federal nem sobre o valor da Fonte 112.

20.No que toca à competência prevista no art. 3º, § 3º, do Decreto nº 2.264/97 (item 9), a IN/TCU nº 21/98 (art. 3º, §§ 2º e 3º) dispõe que cabe ao Tribunal apreciar contestação formulada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios sobre os coeficientes de distribuição dos recursos do FUNDEF, determinando a revisão quando constatada inconsistência no cálculos dos índices estabelecidos na forma prevista nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 9.424/96 e § 1º do art. 2º do Decreto nº 2.264/97. Sobre o assunto, o TCU já proferiu alguns julgados, a saber: Decisão nº 700/98 – Plenário (Ata 41/98), Decisões nºs 718/98, 719/98 e 720/98 - Plenário (Ata 42/98).

21.Ainda foram apreciados pelo Tribunal processos em que se impugnou o resultado dos censos escolares promovido pelo MEC. As Solicitações foram indeferidas, uma vez que, na forma do art. 2º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 9.424/96 c/c o art. 3º, § 1º, da IN/TCU nº 21/98, cabe ao Ministério da Educação decidir conclusivamente sobre recursos apresentados no que tange ao assunto (Decisões nºs 671/98 e 344/99 – Plenário – Atas nºs 40/98 e 22/99, respectivamente).

22.Antes de finalizar esta instrução, convém registrar que o Supremo Tribunal Federal deferiu, com eficácia ex nunc, até final do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1627-0, o pedido de suspensão cautelar da aplicabilidade e execução da expressão “no prazo de seis meses da vigência deste Lei” inserida no art. 9º da Lei nº 9.424/96, bem assim do trecho “no prazo referido no artigo anterior” do inciso II do art. 10 do mesmo diploma legal. Vê-se, assim, que não há prazo estabelecido para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponham sobre o novo Plano de Carreira e Remuneração do Magistério”.

A instrução a cargo da Assessoria da 6ª SECEX, com a aquiescência do titular da Secretaria, sugeriu que fossem fornecidas à autoridade solicitante as seguintes informações:

“a) o Tribunal, no uso da competência prevista no art. 3º da Lei nº 8.443/92, considerando as disposições legais sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – FUNDEF, notadamente o art. 11 da Lei nº 9.424/96, editou a Instrução Normativa nº 021, de 29/04/98, a fim de disciplinar os procedimentos para fiscalização do cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal, no art. 60 do ADCT e nas Leis nºs 9.394/96 e 9.424/96, no âmbito federal;

b) o art. 1º da referida instrução normativa prescreve que a fiscalização do cumprimento da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos federais na manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como de complementação, pela União, aos recursos dos Fundos a que se refere o § 1º do art. 60 – ADCT e da aplicação de recursos pela União prevista no § 6º do mesmo artigo, será realizada mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, relatórios, dados

e informações pertinentes. Para tanto, o Tribunal deve examinar prioritariamente, na prestação de contas anual do Presidente da República, o cumprimento do previsto no art. 73 da Lei nº 9.394/96 e no art. 11 da Lei nº 9.424/96, mediante análise de registros contábeis, de demonstrativos mensais gerenciais atualizados e do Balanço Geral da União, e, ainda, mediante realização de diligências, inspeções e auditorias, consoante art. 4º da IN/TCU nº 21/98;

c) nas contas do governo de 1998, cujo parecer prévio foi aprovado na Sessão de 15/06/99 (Ata nº 24/99 - Plenário), o Tribunal consignou informações sobre a aplicação dos recursos do FUNDEF, inclusive no que tange à criação dos conselhos municipais e estaduais de que trata o art. 4º da Lei nº 9.424/96, tendo se valido de esclarecimentos prestados pelos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e de levantamento de informações efetuado em 10 estados da Federação (Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Pará, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Ceará, Bahia, Piauí e Alagoas), englobando 132 escolas urbanas e 132 escolas rurais em 66 municípios;

d) o Tribunal, nos termos do art. 3º, §§ 2º e 3º, da IN/TCU nº 21/98, tem apreciado contestações formuladas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios sobre os coeficientes de distribuição dos recursos do FUNDEF, determinando a revisão quando constatada inconsistência nos cálculos dos índices estabelecidos na forma prevista nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 9.424/96 e § 1º do art. 2º do Decreto nº 2.264/97, consoante, por exemplo, os seguintes julgados: Decisão nº 700/98 – Plenário (Ata 41/98), Decisões nºs 718/98, 719/98 e 720/98 – Plenário (Ata 42/98);

e) não há prazo definido para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponham sobre o novo Plano de Carreira e Remuneração do Magistério, uma vez que o Supremo Tribunal Federal deferiu, com eficácia ex nunc, até final do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1627-0, o pedido de suspensão cautelar da aplicabilidade e execução da expressão “no prazo de seis meses da vigência desta Lei” inserida no art. 9º da Lei nº 9.424/96, bem assim do trecho “no prazo referido no artigo anterior” do inciso II do art. 10 do mesmo diploma legal”.

Submetida a matéria à SEGECEX, a Secretária-Geral manifestou-se de acordo com as proposições da 6ª SECEX, propondo um pequeno aditamento no sentido de que seja enviada ao solicitante cópia do Relatório apresentado pelo Ministro Bento Bugarin acerca das Contas do Governo do exercício de 1998.

É o Relatório.

VOTO

Recentemente amplos setores da sociedade brasileira têm procurado se informar sobre os resultados da aplicação dos recursos destinados ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, demonstrando cada vez mais que a Educação vem assumindo um lugar realmente de destaque nas preocupações nacionais.

Desta feita, examina-se solicitação de informações formulada pelo Senhor Senador Ademir Andrade, Segundo Vice-Presidente do Senado Federal, objetivando conhecer os resultados dos levantamentos realizados pelo Tribunal no que se refere à aplicação dos recursos do FUNDEF e também informações sobre o cumprimento do prazo para a criação de planos de carreira e criação dos conselhos municipais e estaduais.

Julgo ser de especial importância o atendimento às solicitações da espécie, porque existem alguns pontos na legislação instituidora do FUNDEF que têm trazido certas dificuldades ao Tribunal de Contas da União para promover a fiscalização da aplicação dos recursos federais destinados à complementação daqueles estados que não alcançam o valor mínimo definido nacionalmente.

Assim, aproveitarei esse ensejo para consignar breves considerações a respeito desse assunto, destacando que o principal problema atinente às dificuldades supracitadas está no fato de que os recursos do FUNDEF são em sua maioria (mais de 95% no exercício de 1998) oriundos de impostos estaduais e municipais, os quais convergem para um só fundo juntamente com os recursos federais destinados àqueles estados para os quais são feitas complementações (apenas 08 estados em 1998). As remissões aos textos legais instituidores do FUNDEF feitas a seguir evidenciarão bem o fato, demonstrando que a fiscalização da aplicação dos recursos se encontra altamente subdividida.

A instituição do FUNDEF se deu com as alterações feitas no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 12/09/96, determinando a constituição de um fundo de natureza contábil criado no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal (§ 1º, art. 60 do ADCT), que poderá vir a ser complementado com recursos da União, conforme prescreve o § 3º do art. 60 do ADCT que estipula a complementação dos recursos do FUNDEF *“sempre que em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente”*.

De acordo com as disposições constitucionais, a União atua de forma complementar, cabendo ao Tribunal de Contas da União fiscalizar a aplicação apenas da parcela relativa a essa complementação. No exercício de 1998, o FUNDEF contou com um volume de recursos superior a treze bilhões de reais, estando incluída nesse valor a complementação feita pela União para 08 Estados de mais de quatrocentos milhões de reais. Assim, parcela substancial de recursos do FUNDEF não está sujeita à fiscalização deste Tribunal, ficando essa atribuição a cargo dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios e dos conselhos estaduais e municipais de que trata o art. 4º da Lei nº 9.424/96, incumbidos de exercerem o acompanhamento e o controle social sobre a repartição, a transferência e a aplicação dos recursos do Fundo.

Quanto aos Tribunais de Contas, o art. 11 da Lei nº 9.424/96, instituidora do FUNDEF, determina que: *“os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios, criarão mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal e desta Lei...”*.

Neste Tribunal, os procedimentos para a fiscalização do cumprimento das prescrições do art. 212 da Constituição Federal, do art. 60 do ADCT e das Leis nºs 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e 9.424/96, **no âmbito federal**, estão consubstanciados na Instrução Normativa nº 21/98, que no seu art. 1º preconiza que: “*a fiscalização do cumprimento da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos federais, na manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como de complementação, pela União, aos recursos dos Fundos a que se refere o § 1º do art. 60 – ADCT e a aplicação de recursos pela União a que se refere o § 6º do mesmo artigo serão realizadas mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, relatório, dados e informações pertinentes*”.

O art. 4º da IN nº 21/98 estabelece que: “*a SECON [Secretaria de Contas e Transferências Governamentais] examinará prioritariamente, na prestação de contas anual do Presidente da República, o cumprimento do previsto no art. 73 da Lei nº 9.394/96 e no art. 11 da Lei nº 9.424/96, mediante análise de registros contábeis, de demonstrativos mensais gerenciais atualizados e do Balanço Geral da União, e, ainda, mediante realização de diligências, inspeções e auditorias*”.

Em consonância com o disposto na IN nº 21/98, o Ministro Bento José Bugarin fez consignar no Relatório das Contas do Governo relativas ao exercício de 1998 um tópico específico sobre os resultados dos levantamentos de informações realizados por este Tribunal em dez Estados, fiscalizando 132 escolas urbanas e 132 escolas rurais em 66 municípios, bem como os dados obtidos com pesquisa feita junto aos 27 Tribunais de Contas dos Estados e aos 06 Tribunais de Contas Municipais. A remessa ao ilustre solicitante de um exemplar da Ata nº 24 da Sessão Extraordinária realizada em 15 de junho de 1999, em que o Plenário deste Tribunal aprovou o parecer sobre as Contas do Governo do exercício de 1998, atenderá a maior parte da solicitação.

Quanto ao cumprimento do prazo para a criação de planos de carreira, fixado no art. 9º da Lei nº 9.424/96, outro ponto constante da solicitação feita pelo ilustre Parlamentar, devem ser prestadas as informações ressaltadas pela 6ª SECEX no sentido de que o Supremo Tribunal Federal deferiu, com eficácia *ex nunc*, até final do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1627-0, o pedido de suspensão cautelar da aplicabilidade e execução da expressão “*no prazo de seis meses da vigência desta Lei*” constante do citado artigo, bem como do trecho “*no prazo referido no artigo anterior*” do inciso II do art. 10 do mesmo diploma legal.

Por fim, relativamente ao prazo definido pela lei para criação dos conselhos de acompanhamento e controle social, que é de 180 (cento e oitenta) dias, de acordo com o art. 4º da Lei nº 9.424/96, cumpre salientar que as informações solicitadas aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, quando da análise das Contas do Governo de 1998, não foram conclusivas, impossibilitando o atendimento, desde logo, à solicitação quanto a esse aspecto. Entretanto, entendo que o Tribunal deva requisitar ao Ministério da Educação informações atualizadas a respeito desse ponto, para posterior comunicação ao ilustre parlamentar.

Feitas essas considerações, Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à consideração deste Plenário.

DECISÃO Nº 666/99 - TCU - PLENÁRIO ¹

1. Processo: TC-009.206/1999-0
2. Classe de Assunto: VII – Solicitação de informações
3. Interessado: Senador Ademir Andrade, Segundo Vice-Presidente do Senado Federal
4. Entidade: Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério - FUNDEF
5. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 6ª SECEX
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. levar ao conhecimento do Senhor Senador Ademir Andrade, Segundo Vice-Presidente do Senado Federal, as informações abaixo a respeito do acompanhamento que este Tribunal vem exercendo sobre a aplicação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, bem como sobre o prazo fixado no art. 9º da Lei nº 9.424/96, relativo ao novo plano de carreira que deveria ser instituído pelos Estados, Distrito Federal e Municípios:
 - 8.1.1. o Tribunal, no uso da competência prevista no art. 3º da Lei nº 8.443/92, considerando as disposições legais sobre o FUNDEF, notadamente o art. 11 da Lei nº 9.424/96, editou a Instrução Normativa nº 021, de 29/04/98, a fim de disciplinar, no âmbito federal, os procedimentos para fiscalização do cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal, no art. 60 do ADCT e nas Leis nºs 9.394/96 e 9.424/96;
 - 8.1.2. o art. 1º da referida instrução normativa prescreve que a fiscalização do cumprimento da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos federais na manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como de complementação, pela União, aos recursos dos Fundos a que se refere o § 1º do art. 60 – ADCT e da aplicação de recursos pela União prevista no § 6º do mesmo artigo, será realizada mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, relatórios, dados e informações pertinentes. Para tanto, o Tribunal deve examinar prioritariamente, na prestação de contas anual do Presidente da República, o cumprimento do previsto no art. 73 da Lei nº 9.394/96 e no art. 11 da Lei nº 9.424/96, mediante análise de registros contábeis, de demonstrativos mensais gerenciais atualizados e do Balanço Geral da União, e, ainda, mediante realização de diligências, inspeções e auditorias, consoante art. 4º da IN/TCU nº 21/98;
 - 8.1.3. nas contas do governo de 1998, cujo parecer prévio foi aprovado na Sessão de 15/06/99 (Ata nº 24/99 - Plenário), o Tribunal consignou informações sobre a aplicação dos recursos do FUNDEF, inclusive no que tange à criação dos conselhos municipais e estaduais de que trata o art. 4º da Lei nº 9.424/96, tendo se valido de esclarecimentos prestados pelos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e de levantamento de informações efetuado em 10 estados da Federação (Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Pará, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Ceará, Bahia, Piauí e Alagoas), englobando 132 escolas urbanas e 132 escolas rurais em 66 municípios;

¹ Publicada no DOU de 13/10/1999.

8.1.4. o Tribunal, nos termos do art. 3º, §§ 2º e 3º, da IN/TCU nº 21/98, tem apreciado contestações formuladas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios sobre os coeficientes de distribuição dos recursos do FUNDEF, determinando a revisão quando constatada inconsistência nos cálculos dos índices estabelecidos na forma prevista nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 9.424/96 e § 1º do art. 2º do Decreto nº 2.264/97, consoante, por exemplo, os seguintes julgados: Decisão nº 700/98 – Plenário (Ata 41/98), Decisões nºs 718/98, 719/98 e 720/98 – Plenário (Ata 42/98);

8.1.5. não há prazo definido para que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponham sobre o novo Plano de Carreira e Remuneração do Magistério, uma vez que o Supremo Tribunal Federal deferiu, com eficácia ex nunc, até final do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1627-0, o pedido de suspensão cautelar da aplicabilidade e execução da expressão “no prazo de seis meses da vigência desta Lei” inserida no art. 9º da Lei nº 9.424/96, bem assim do trecho “no prazo referido no artigo anterior” do inciso II do art. 10 do mesmo diploma legal;

8.2. encaminhar ao Senhor Senador Ademir Andrade um exemplar da Ata nº 24 da Sessão Extraordinária realizada em 15 de junho de 1999, em que o Plenário deste Tribunal aprovou o Parecer Prévio sobre as Contas do Governo relativas ao exercício de 1998, ressaltando que no item 6.6 do Relatório produzido pelo Senhor Ministro Bento José Bugarin estão consignadas substanciais informações sobre o FUNDEF;

8.3. solicitar ao Senhor Ministro de Estado da Educação que adote providências junto ao órgão competente daquele Ministério no sentido de que, no prazo de 30 (trinta) dias, sejam enviadas ao Tribunal informações atualizadas sobre a criação dos conselhos de acompanhamento e controle social, previstos no art. 4º da Lei nº 9.424/96, indicando se estão funcionando regularmente e a data de criação dos mesmos;

8.4. remeter ao solicitante cópias desta Decisão e do Relatório e Voto que a fundamentaram, esclarecendo que tão logo o Ministério da Educação atenda a requisição de informações sobre a criação dos conselhos de acompanhamento e controle social, os dados lhe serão encaminhados.

9. Ata nº 43/99 - Plenário

10. Data da Sessão: 29/09/1999 - Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Humberto Guimarães Souto (Relator), Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

IRAM SARAIVA
Presidente

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Ministro-Relator

ATOS NORMATIVOS

RESOLUÇÃO Nº 121/99 - TCU¹

Dá nova redação ao § 1º do art. 12 e acrescenta-lhe o § 4º; acrescenta o § 1º ao art. 29 e renumera seu parágrafo único para § 2º; dá nova redação ao art. 49 e acrescenta os §§ 1º a 3º ao art. 67 do Regimento Interno.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 1º, inciso X, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c o art. 1º, inciso XVI, de seu Regimento Interno aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15 de junho de 1993, resolve:

Art. 1º. Dá nova redação ao § 1º do art. 12 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União e acrescenta-lhe o § 4º, com a seguinte redação:

“§ 1º. Os Auditores serão também convocados para substituir Ministros, para efeito de quorum, sempre que os titulares comunicarem, ao Presidente do Tribunal ou da Câmara respectiva, a impossibilidade de comparecimento à Sessão ou caso se faça necessário em virtude de alegações de suspeição ou impedimento. (NR)

§ 2º. ...

§ 3º. ...

§ 4º. Além do comparecimento às Sessões de Câmara para relatar processos a que estejam vinculados, os Ministros Titulares poderão atuar em outra Câmara de que não sejam membros efetivos em situações excepcionais decorrentes de ausência e/ou impossibilidade de convocação dos Auditores. (NR)”

Art. 2º. O art. 29 do mesmo normativo fica acrescido do § 1º, com a seguinte redação, renumerando-se o parágrafo único para § 2º:

“§ 1º. Caso o quorum indicado no caput venha a ser comprometido em virtude de alegações de suspeição ou impedimento de um ou mais Ministros, o Presidente retirará o processo de pauta e retornará com o mesmo para discussão e votação em uma próxima sessão, quando se dará início a nova votação acerca da matéria. (NR)

§ 2º. Nenhuma Sessão poderá ser realizada sem a presença do representante do Ministério Público junto ao Tribunal, exceto nas hipóteses a que se refere o caput deste artigo. (NR)”

Art. 3º. O art. 49 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 49. O Ministro que se declarar impedido ou em suspeição não participará da discussão e da votação do processo. (NR)”

¹ Publicada no DOU de 09/08/1999.

Art. 4º. O art. 67 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União fica acrescido dos §§ 1º a 3º, com a seguinte redação:

“§ 1º. Na hipótese de falta de quorum referido no caput deste artigo, originada pela declaração de impedimento ou suspeição de um ou mais membros, o Presidente da Câmara respectiva retirará o processo de pauta, e solicitará à Presidência do Tribunal a convocação, em uma próxima sessão, de Auditores em número suficiente para o fim específico de recomposição de quorum, a fim de que haja deliberação dos processos em que foram suscitadas as declarações, quando se dará início a nova votação acerca da matéria. (NR)

§ 2º. A convocação dos Auditores, a que se refere o parágrafo anterior será feita, preferencialmente, entre aqueles que já atuam na respectiva Câmara e, em situações excepcionais, poderá ser utilizada a prerrogativa prevista no § 4º do art. 12 deste Regimento. (NR)

§ 3º. A deliberação de que trata o § 1º deste artigo dar-se-á ao início da sessão para a qual houve a convocação. (NR)”

Art. 5º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 4 de agosto de 1999.

Iram Saraiva
Presidente

RESOLUÇÃO Nº 122/99 - TCU¹

Dá nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 114, e ao art. 120, revoga o § 3º do art. 114 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, resolve:

Art. 1º Os parágrafos 1º e 2º do art. 114 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 114...

§ 1º O Procurador-Geral é o Chefe do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, terá mandato de dois anos, permitida a recondução, tendo tratamento protocolar, direitos e prerrogativas correspondentes aos do cargo de Ministro do Tribunal. (NR)

§ 2º Em caso de vacância do cargo de Procurador-Geral, o Presidente do Tribunal encaminhará ao Presidente da República lista contendo o nome de todos os integrantes da carreira do Ministério Público, por ordem de antigüidade e com a indicação dos seus respectivos cargos.” (NR)

Art. 2º O art. 120 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 120. O Procurador-Geral baixará as instruções que julgar necessárias, definindo as atribuições dos Subprocuradores-Gerais e Procuradores, disciplinando os critérios de promoção dos Procuradores e dos serviços internos do Ministério Público junto ao Tribunal.” (NR)

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Fica revogado o § 3º do art. 114 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de agosto de 1999.

Iram Saraiva
Presidente

¹ Publicada no DOU de 13/08/1999.

RESOLUÇÃO Nº 123/99 - TCU¹

Dá nova redação aos arts. 77 e 78 do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15 de junho de 1993.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, resolve:

Art. 1º Os arts. 77 e 78, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Administrativa nº. 15, de 15 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 77. As pautas das Sessões Ordinárias e das Extraordinárias de caráter reservado serão organizadas pelos Secretários do Plenário, da Primeira e da Segunda Câmaras, sob a supervisão do Presidente do respectivo Colegiado, observada a ordem de antigüidade dos Relatores.(NR)

§ 1º As listas destinadas à constituição de pauta serão elaboradas sob a responsabilidade dos Relatores, observadas as classificações dos grupos e classes previstos no § 4º deste artigo e no art. 42 ou, se for o caso, no art. 74, e entregues à Secretaria-Geral das Sessões com antecedência mínima de seis dias úteis da Sessão.(NR)

§ 2º As pautas das Sessões serão disponibilizadas pela Secretaria-Geral das Sessões, em meio eletrônico, aos Gabinetes dos Ministros, dos Auditores e do Representante do Ministério Público junto ao Tribunal no quinto dia útil antecedente às Sessões.(NR)

§ 3º As pautas das Sessões serão divulgadas mediante a afixação em local próprio e acessível do edifício-sede do Tribunal bem como encaminhadas para a publicação no Diário Oficial da União, após dois dias úteis da sua elaboração.(NR)

§ 4º Para efeito da organização de pauta, os processos serão divididos em dois grupos, assim constituídos:

I- Grupo I: processos em que o Relator acolhe em seu Voto as conclusões dos pareceres coincidentes do titular da Unidade Técnica e do Representante do Ministério Público, ou do único parecer emitido por um dos referidos órgãos;

II- Grupo II: processos em que o Relator discorda das conclusões dos pareceres coincidentes ou do único parecer emitido, bem como aqueles processos em que as conclusões dos pareceres são divergentes, e os que não contêm parecer.

§ 5º A critério do Relator, podem ser classificados entre os do Grupo II, pela relevância da matéria, os processos enquadráveis no Grupo I.

§ 6º A inclusão em pauta de processo do Grupo I somente será feita se, a juízo do Relator, não puderem ser adotadas, por despacho singular, as medidas saneadoras previstas no art. 140, ou constarem de Relação para votação na forma do art. 79 deste Regimento.

¹ Publicada no DOU de 13/08/1999

§ 7º Serão disponibilizados em meio eletrônico, pelo Gabinete do Relator, com antecedência mínima de três dias úteis da Sessão de julgamento e apreciação dos processos ao Presidente, aos Ministros, aos Auditores, ao Representante do Ministério Público, à Secretaria-Geral das Sessões, os arquivos dos Relatórios e, facultativamente, os dos Votos e dos textos dos respectivos Acórdãos ou Decisões propostos ao respectivo Colegiado.(NR)

§ 8º Ressalvado o disposto no § 9º deste artigo, os processos cujos Relatórios não forem enviados eletronicamente à Secretaria-Geral das Sessões no prazo previsto no § 7º deste artigo serão automaticamente excluídos da pauta e incluídos na pauta da Sessão seguinte.(NR)

§ 9º O Gabinete do Relator que pretenda incluir processos em pauta ou disponibilizar Relatórios e Votos fora dos prazos previstos nos §§ 1º e 7º, respectivamente, deverá encaminhar justificativa para a inclusão ou distribuição, endereçada à Presidência do respectivo Colegiado, para deliberação.(NR)

§ 10. A inclusão em pauta fora do prazo previsto no § 1º somente será deferida se for possível a sua publicação com a antecedência de quarenta e oito horas da Sessão.

§ 11. As eventuais substituições no conteúdo dos Relatórios, Votos, Acórdãos, Decisões, Pareceres e Projetos, procedidas pelo Relator após o vencimento do prazo previsto no § 7º deste artigo, deverão ser distribuídas mediante cópia impressa da página alterada. .

§ 12. O processo será automaticamente excluído da pauta e incluído na pauta da Sessão seguinte, se a substituições no conteúdo a que se refere o parágrafo anterior alterar o mérito da peça distribuída.

§ 13. Será disponibilizado em meio eletrônico antecipadamente ao Presidente, aos Ministros, aos Auditores, ao Representante do Ministério Público, à Secretaria-Geral das Sessões, o arquivo de projeto ou proposta, com a respectiva justificação, quando se tratar de Enunciado de Súmula, Instrução Normativa, Resolução ou Decisão Normativa.

Art. 78. Salvo o disposto no parágrafo único do art. 63 deste Regimento, excluir-se-á processo da pauta mediante requerimento do Relator endereçado ao Presidente, que dará conhecimento ao respectivo Colegiado por meio de anotação na pauta disponibilizada em meio eletrônico”.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor após trinta dias da data de sua publicação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de agosto de 1999.

Iram Saraiva
Presidente

RESOLUÇÃO Nº 124/99 - TCU¹

Ratifica a adesão do Tribunal de Contas da União ao *Memorandum* de Entendimentos entre os Tribunais de Contas dos Países de Língua Portuguesa e ao *Memorandum* de Entendimentos entre as Entidades Fiscalizadoras Superiores dos Países do Mercosul, dispõe sobre a representação do Tribunal nas comissões criadas mediante Acordo de Cooperação ou *Memorandum* de Entendimentos firmado pelo Tribunal de Contas da União com Entidades Fiscalizadoras Superiores de outros países e revoga a Resolução nº 257, de 12 de dezembro de 1991.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, e

CONSIDERANDO a necessidade em ratificar a adesão do Tribunal de Contas da União ao *Memorandum* de Entendimentos entre os Tribunais de Contas dos Países de Língua Portuguesa e ao *Memorandum* de Entendimentos entre as Entidades Fiscalizadoras Superiores dos Países do Mercosul;

CONSIDERANDO a necessidade em fixar a forma de representação do Tribunal nas Comissões Mistas de Cooperação instituídas pelos referidos *Memoranda* e por todos os demais acordos de cooperação firmados pelo Tribunal de Contas da União com entidades fiscalizadoras superiores de outros países;

CONSIDERANDO a assinatura, em 29 de junho de 1995, do *Memorandum* de Entendimentos dos Tribunais de Contas dos Países de Língua Portuguesa, com vistas ao estabelecimento de cooperação na área de controle e fiscalização entre as Entidades Fiscalizadoras Superiores de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe; e

CONSIDERANDO a instituição, pelo *Memorandum* de Entendimentos dos Tribunais de Contas dos Países de Língua Portuguesa, da Comissão Mista de Cooperação Técnica, Científica e Cultural desses Tribunais, com competência para desenvolver todas as ações de cooperação entre eles, inclusive aquelas a cargo da Comissão Permanente para implementação do Acordo de Cooperação Científica, Técnica e Cultural firmado com o Tribunal de Contas de Portugal,

CONSIDERANDO a assinatura, em 26 de julho de 1996 do *Memorandum* de Entendimentos das Entidades Fiscalizadoras Superiores do MERCOSUL, com vistas ao estabelecimento de cooperação na área de controle e fiscalização entre a Auditoria Geral da Nação (Argentina), o Tribunal de Contas da União (Brasil), a Controladoria

¹ Publicada no DOU de 23/08/1999.

Geral da República (Paraguai) e o Tribunal de Contas da República Oriental do Uruguai;

CONSIDERANDO a instituição, pelo *Memorandum* de Entendimentos das Entidades Fiscalizadoras Superiores do MERCOSUL, da Comissão Mista de Cooperação Técnica, Científica e Cultural dessas Entidades, com competência para desenvolver todas as ações de cooperação entre elas, inclusive aquelas a cargo da Comissão Permanente Multinacional com vistas à auditoria externa do Mercosul;

Resolve:

Art. 1º. Fica ratificada a adesão do Tribunal de Contas da União ao *Memorandum* de Entendimentos entre os Tribunais de Contas dos Países de Língua Portuguesa e ao *Memorandum* de Entendimentos entre as Entidades Fiscalizadoras Superiores dos Países do Mercosul.

Art. 2º. A representação do Tribunal de Contas da União nas comissões instituídas por Acordo de Cooperação ou *Memorandum* de Entendimentos firmado pelo Tribunal de Contas da União com Entidades Fiscalizadoras Superiores de outros países será exercida por Ministros ou Ministros-Substitutos, designados pelo Presidente.

Art. 3º. Fica revogada a Resolução nº 257, de 12 de dezembro de 1991.

Art. 4º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de agosto de 1999

Iram Saraiva
Presidente

DESTAQUE

SAUDAÇÃO DO MINISTRO BENTO JOSÉ BUGARIN AO DR. GUILHERME PALMEIRA, NA SESSÃO SOLENE DE POSSE NO CARGO DE MINISTRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Ministro Bento José Bugarin

Neste momento de gala para o Tribunal de Contas da União, em que recebemos e empossamos o Ministro Guilherme Palmeira, ao saudá-lo em nome da Corte, por gratificante deferência do Presidente Iram Saraiva, reporto-me aos idos de 40 e me vem à memória a cidade de São Miguel dos Campos, do nosso querido Estado de Alagoas, quando conheci de perto a ilustre família Palmeira e a brilhante trajetória do Senador Ruy Palmeira, uma das personalidades mais expressivas da política alagoana.

Naquela época, São Miguel dos Campos vivia uma fase de intensa movimentação político-partidária, dividida radicalmente entre as candidaturas do General Eurico Gaspar Dutra e do Brigadeiro Eduardo Gomes à Presidência da República, na primeira eleição presidencial direta após o longo período discricionário inaugurado com a Revolução de Trinta, seguido pela efêmera Constituição de 1934 e pelo regime ditatorial do Estado Novo, e que só findaria em 1945.

Os Palmeira, sob a liderança de Ruy Palmeira, formavam na linha de frente da luta pela redemocratização do País e institucionalização do Estado de Direito, nas fileiras aguerridas da União Democrática Nacional, cujo lema inspirador ostentava a eterna vigilância como preço da liberdade.

Certamente foi nessa empolgante fase da história alagoana e brasileira que, ainda menino, Guilherme Palmeira forjou sua têmpera política e apreendeu pela lição paterna os primeiros sinais do entusiasmo e dedicação que assinalariam sua enaltecida atuação político-administrativa.

Atuação essa também fortemente marcada pela influência liberal e humanística do vibrante tribuno Demócrito Gracindo e dos eminentes homens públicos Comendador Palmeira e Vice-Governador Miguel Palmeira.

A inarredável vocação para servir ao seu Estado e ao seu povo levou-o cedo aos árduos caminhos da militância político-partidária e do exercício das funções públicas.

Tendo nascido em Maceió, em 25 de dezembro de 1938, Sua Excelência diplomou-se Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade Nacional de Direito da antiga Universidade do Brasil, hoje Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 1963.

No ano de 1966 elegeu-se pela primeira vez Deputado Estadual em Alagoas, tendo sido reeleito em 1970 e 1974. Assim, exerceu por 12 anos consecutivos o mandato de Deputado Estadual, período em que desempenhou as funções de Presidente e de 1º Secretário da Assembléia Legislativa. De 1977 a 1978, foi

Secretário de Estado da Indústria e do Comércio, função na qual se destacou por grandes realizações em prol do desenvolvimento econômico de Alagoas.

Em 1979, Guilherme Palmeira assumiu o Governo do Estado, onde permaneceu até 1982, para dali, consagrado por uma administração dinâmica e realizadora, ser conduzido pelo povo alagoano ao Senado Federal.

Teve atuação senatorial brilhante, de 1983 a 1991, quando ocupou o cargo de Primeiro Vice-Presidente e integrou as Comissões de Constituição e Justiça e de Finanças, sendo que de 1989 a 1990 exerceu o cargo de Prefeito de Maceió, de onde retornou ao Senado para novo mandato, de 1991 a 1999.

Nesse segundo período como Senador da República pelo Estado de Alagoas, Guilherme Palmeira participou das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Relações Exteriores e Defesa Nacional, exerceu a Vice-Liderança do Partido da Frente Liberal, do qual foi um dos fundadores, e foi Vice-Presidente do Grupo Brasileiro da União Interparlamentar.

Representou o Congresso Nacional e o Senado Federal em inúmeros congressos, simpósios e conferências nacionais e internacionais, tendo chefiado as Delegações Parlamentares Brasileiras que participaram das reuniões da Assembléia-Geral das Nações Unidas em Nova York, em 1997 e 1998, e das reuniões da FAO em Roma e da UNESCO em Paris, ambas em 1998.

Entre os principais discursos pronunciados no Senado cumpre ressaltar os relativos ao Parlamentarismo, ao Nordeste Brasileiro, ao Centenário de Graciliano Ramos, ao Centenário de Pontes de Miranda, à Reforma Tributária, ao Banco do Brasil e a Dívida Social, ao Problema Fundiário e a Taxação das Terras Improdutivas, à Distribuição de Renda no Brasil e as Desigualdades Regionais, ao Papel da Justiça na Economia Globalizada, à Crise nas Universidades Brasileiras, entre tantos outros, sempre voltados para a análise de fatos da realidade econômica, social, cultural e política de Alagoas e do Brasil.

Publicou as seguintes obras: Liberação de Crédito Agrícola: um apelo ao Banco do Nordeste; Em Defesa de Alagoas; o Setor Elétrico Brasileiro; Previdência: por uma verdadeira Reforma; A Crise na Bacia Leiteira Alagoana; Alagoanos sempre Lembrados; A sociedade Alagoana Unida contra a Violência; e Tributo a Alagoas.

Em sua brilhante atuação parlamentar, tanto nos projetos de lei apresentados quanto nos discursos proferidos e nos livros publicados, está sempre presente a preocupação com a terra natal, seus problemas e suas riquezas, assim como com seus filhos ilustres, no campo da literatura, das artes, da ciência jurídica e da política.

Foi agraciado com as seguintes condecorações, entre outras: Medalha “Pedro Álvares Cabral”, da Sociedade Geográfica Brasileira; Grã-Cruz da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, do Tribunal Superior do Trabalho; e a Comenda de Grande Oficial da Ordem do Congresso Nacional.

Sua vinda para este Tribunal, portanto, significa o enriquecimento e fortalecimento das atividades de Controle Externo da Administração Federal, por seus conhecimentos jurídicos e administrativos, por sua vivência política, por sua

experiência executiva como Prefeito e Governador, por sua sensibilidade social e por seu espírito liberal e democrático.

Ministro Guilherme Palmeira:

Vossa Excelência ingressa nesta Corte em um momento extremamente rico da vida político-administrativa do Brasil, em que grandes transformações estruturais estão sendo implementadas, no marco de um ideário reformista de profundas repercussões econômicas e sociais.

Nesse cenário de renovação, particularmente a partir da Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União passou a ter um universo muito maior de atribuições, embora o grande desafio hoje não seja o controle da enorme quantidade de órgãos, entidades e atos de gestão que passaram a ser fiscalizados, mas a adequação ao novo enfoque dessa fiscalização, que, necessariamente, teve de ser amoldada aos rumos inovadores traçados pela Carta Magna.

A criação das Agências Reguladoras, das Agências Executivas e das Organizações Sociais e a exigência de planos estratégicos de desenvolvimento institucional e de contratos de gestão, assim como os meios indiretos de prestação de serviços públicos, por intermédio de concessões, permissões e autorizações, passaram a estabelecer novas relações jurídicas entre o Estado, agora essencialmente regulador, e os cidadãos, beneficiários desses serviços.

Nesse sentido, a transmutação do Estado Empresário para o Estado Liberal e, em curto espaço de tempo, para o Estado Social, em que se exige da Administração Pública atuação voltada para a satisfação das necessidades do cidadão, produziu reflexos imediatos e contundentes no exercício do Controle Externo, porquanto ficaram sob forte pressão os interesses difusos e coletivos, que passaram a requerer tutela cada vez mais segura e eficiente.

O Tribunal de Contas da União apresenta-se como o instrumento de estatura constitucional com que conta o cidadão para a defesa dos interesses da coletividade, na medida em que atua como a *longa manus* da própria sociedade no controle da Administração Pública.

Note-se, porém, que não se trata apenas de verificar se os recursos arrecadados pela União, oriundos direta ou indiretamente de tributos federais, estão sendo aplicados dentro dos limites legais. A nação exige mais que isso. Requer a aplicação eficiente desses recursos e espera a conversão dos impostos que paga em benefícios que melhorem sua qualidade de vida.

Percebe-se que as reformas por que passou e ainda passa a sociedade brasileira impuseram, de modo contínuo e inexorável, a revisão das formas de controle, visando a dar ênfase à avaliação dos resultados alcançados em relação às metas fixadas. Exemplo disso são as auditorias operacionais voltadas para a avaliação de programas públicos, por meio das quais é possível verificar se as decisões de governo estão, de forma eficiente e eficaz, sendo colocadas em prática pela Administração Pública e,

principalmente, se os resultados planejados estão efetivamente sendo atingidos, no tempo e modo esperados.

Cabe observar que referida preocupação se amolda à inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que inseriu a eficiência entre os princípios constitucionais, ao lado da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, além de se adequar à atual tendência do Governo Federal no sentido de viabilizar uma Administração Pública menos burocrática e mais gerencial, nos termos preconizados no “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, editado em 1995, devendo ser ressaltado que, quanto maiores a autonomia e a flexibilidade operacional dos órgãos públicos, maior também a necessidade de um TCU forte e independente, dotado dos imprescindíveis recursos financeiros e humanos e capaz de atender às expectativas da coletividade.

Adicionalmente é de se acentuar que referida Emenda Constitucional, além de ter previsto a elaboração de lei de defesa dos usuários de serviços públicos, estabeleceu também que outra lei disciplinará as formas de sua participação na Administração Pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, assegurando-se a manutenção de serviços de atendimento à população e a avaliação periódica, externa e interna, de sua qualidade, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo e a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública.

Evidencia-se assim que permanece primordial aquilo que a sociedade sempre almejou relativamente à Administração Pública, a saber, a melhoria da qualidade dos serviços públicos, a fixação de preços adequados e compatíveis com os níveis econômicos da população, a diminuição dos custos pela modernização e racionalização dos procedimentos e o atingimento de patamar efetivo de economicidade.

No entanto, não podemos esquecer que as sucessivas crises econômicas, em que pese a recente estabilidade monetária proporcionada pelo Plano Real, têm causado significativo impacto nos indicadores sociais medidos pelos diversos institutos de pesquisa. Calcula-se, conforme recentes notícias veiculadas pela imprensa, que o resgate da dívida social no Brasil exigiria o aporte de recursos da ordem de 800 bilhões de dólares, quantia equivalente a quase todo o produto interno bruto do País.

Portanto, é imprescindível, antes de tudo, que os recursos públicos sejam bem aplicados, visando ao alcance de metas previamente estabelecidas. Sem a definição clara de objetivos não há como a comunidade cobrar dos gestores os resultados das políticas públicas empreendidas.

Ministro Guilherme Palmeira:

A missão do TCU é desafiadora, e esta Corte, certamente, poderá contar com a cultura e a inteligência de Vossa Excelência na busca de soluções modernas que

possibilitem aos cidadãos dispor de um Tribunal de Contas da União sempre melhor e mais efetivo.

Faz-se mister, por outro lado, o permanente e estreito entrosamento entre o Tribunal, como órgão executor das atribuições inerentes ao Controle Externo, e o Congresso Nacional, na qualidade de titular desse controle.

Esse relacionamento deve estreitar-se cada vez mais. Tenho certeza de que o ingresso de Vossa Excelência neste Tribunal será de valia inestimável para o processo de aproximação entre as instituições constitucionalmente incumbidas do Controle Externo. Sua enorme vivência parlamentar e seu profundo conhecimento dos interesses e das peculiaridades do Poder Legislativo, aliados à experiência dos demais Ministros que integram este Plenário, contribuirão, certamente, para discussão e implantação de novas propostas de aperfeiçoamento que levem à indispensável coordenação de atividades entre o Congresso Nacional, suas Casas e esta Corte, de modo a podermos continuar, juntos, a cumprir nossa alta missão de zelar pelo bom e regular emprego dos recursos públicos.

Ministro Guilherme Palmeira:

Ao assumir a cadeira de Ministro neste Tribunal, tem Vossa Excelência o privilégio de suceder a um grande homem público, dos mais ilustres e dedicados que já passaram por esta secular instituição republicana.

O Ministro Homero Santos, recentemente aposentado, legou a esta Casa um magnífico acervo de realizações que o TCU sempre lembrará com orgulho e ostentará como exemplo para todos quantos tiverem a honra de aqui exercer suas atividades. Fazemos esse registro com muita emoção, para manifestar a esse querido e admirado companheiro todo o nosso apreço por suas extraordinárias virtudes como cidadão, profissional e amigo.

Ministro Guilherme Palmeira:

Seja bem-vindo ao Tribunal de Contas da União, que o recebe de braços abertos e se regozija com sua posse.

Desejamos-lhe todas as felicidades e alegrias nessa nova etapa de sua vitoriosa existência, extensivas aos seus amigos e familiares, que aqui vieram trazer o prestígio de suas presenças, especialmente a sua esposa, Dona Susana, e a seus filhos Rui e Solange.

DISCURSO PROFERIDO NA CERIMÔNIA DE POSSE DO DR. GUILHERME PALMEIRA NO CARGO DE MINISTRO DO TCU

Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado

Ministro Guilherme Palmeira.

Vossa Excelência inicia hoje mais uma etapa de sua vitoriosa vida pública. Traz para o Tribunal de Contas da União a experiência de Prefeito Municipal, Deputado Estadual, Secretário de Estado, Governador de Estado e Senador da República.

Órgão técnico, por excelência, não prescinde este Tribunal da experiência administrativa nem da sensibilidade social de seus membros para decidir da forma que melhor atenda ao interesse público.

A esse respeito, Ministro Guilherme Palmeira, Vossa Excelência assume tarefa tão nobre quanto difícil. Ocupar o cargo decorrente da aposentadoria do Ministro Homero Santos é missão quase impossível de ser cumprida. Pessoa de trato fácil, de relacionamento cortês, o ilustre filho de Uberlândia, que, como bom mineiro, sabe muito bem como cativar todos que com ele convivem, muito dignificou o cargo que ora passa a ser ocupado por Vossa Excelência.

||

Em momentos como este, nunca é demais lembrar e frisar os ideais e os princípios que fundamentam e justificam a existência de uma instituição como o Tribunal de Contas da União. É nesses ideais e nos exemplos históricos daqueles que souberam colocá-los em prática, que buscamos força para superar as adversidades e cumprir bem o vasto rol de atribuições que nos é confiado.

O Tribunal de Contas nasceu dos ideais republicanos de igualdade, moralidade, impessoalidade. Prestar contas de seus atos à sociedade não é favor daquele que gere recursos públicos. É dever constitucional num Estado democrático de direito, onde não deve haver espaço para o arbítrio dos que se encontram no poder.

Nenhum Estado moderno prescinde da fiscalização da atividade pública - função indispensável à democracia.

No Brasil, o titular dessa função é o Congresso Nacional, que tem no sufrágio popular a forma mais pura de legitimidade.

Mas também por vontade da mesma Constituição, o controle externo é exercido por órgão técnico, que desfruta de independência na condução de seus trabalhos, não se subordinando a qualquer outro ente estatal.

E assim deve ser. Auxiliar do Congresso na função de controle externo, deve o TCU aperfeiçoar os mecanismos que o permitam prontamente atender às solicitações

do Parlamento, conservando, entretanto, sua independência e autonomia funcional. Inconcebível um controle externo diretamente subordinado à vontade da maioria. Se assim o fosse, fatalmente passaria esta Corte a ser instrumento de opressão e retaliação às minorias políticas e de mera homologação dos atos praticados por aqueles que compõem a maioria.

Fruto do gênio de Rui Barbosa, nosso sistema de controle de gastos públicos aperfeiçoou-se em todos os textos constitucionais, chegando ao estágio atual, definido pela vigente Constituição, de 1988. Uma Corte que atua em auxílio ao Congresso Nacional, mas possuindo seus membros as garantias dos magistrados. Jamais submetidos às disputas partidárias. Essa a melhor fórmula, dentre as várias existentes, a ser utilizada no controle de gastos públicos.

O Tribunal deve ser o aparelho capaz de traduzir a linguagem técnica e complexa da contabilidade, das licitações, das concessões e permissões de serviços públicos, dos sistemas financeiros, informando à sociedade - e a seus legítimos representantes - os erros e acertos dos que administram a coisa pública, possibilitando, dessa forma, que se corrijam os rumos.

III

Ministro Guilherme Palmeira.

Seguindo a tendência mundial, processa-se hoje no Brasil profunda reforma na estrutura do Estado.

Em países como Inglaterra, França e Alemanha, as reestruturações verificadas justificaram-se especialmente pela crise do *Welfare State* ou do *Etat Providence*, caracterizada pelo esgotamento da capacidade do Estado de assegurar satisfatoriamente a todos direitos sociais básicos, como saúde, educação e previdência. O que se verificou naqueles países, entretanto, foi muito mais a privatização de empresas estatais do que a redução dos benefícios sociais prestados pelo Estado.

No Brasil, - todos concordam - não se pode falar em crise do *welfare state*, simplesmente porque, aqui, nunca atingimos o Estado do bem-estar social. Ainda que encontremos, na Constituição e na legislação infraconstitucional brasileira, farta previsão de direitos sociais - saúde, educação, previdência, seguro-desemprego -, o Estado brasileiro não foi capaz de universalizar sua prestação.

No entanto, quaisquer que sejam as causas - políticas, ideológicas, fiscais -, o fato é que hoje passamos por profundas reformas na estrutura do Estado brasileiro.

De acordo com o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, publicado pelo Governo Federal em 1995, os serviços não-exclusivos do Estado - que incluem a prestação dos benefícios sociais - serão transferidos ao setor público não-estatal, buscando-se maior parceria com a sociedade e maior controle social direto, por meio da participação da sociedade na gestão dos entes que prestarão aqueles serviços.

Por outro lado, nobre Ministro, a produção de bens e serviços para o mercado - aí incluídos os setores de transportes, energia e telecomunicações - vem sendo transferida para o setor privado, por meio das privatizações.

O TCU tem estado atento a essas mudanças. Fiscal do processo de privatização, assegurando à sociedade a lisura dos atos praticados, sabe o Tribunal que, uma vez transferidos para o setor privado os serviços públicos até então prestados pelo Estado, torna-se indispensável consolidar e aperfeiçoar os mecanismos que permitam efetivamente assegurar à população a quantidade e a qualidade dos serviços a preços justos, cumprindo, na prática, o que determina o ordenamento jurídico.

Sabedor do relevante serviço que prestará à sociedade nessa área, o Tribunal tem buscado preparar os seus servidores, procurando torná-los aptos a acompanhar os processos de privatização e, posteriormente, o cumprimento das metas pactuadas com as concessionárias, relativas a investimento, qualidade dos serviços e preços.

Fundamental, igualmente, que o Tribunal esteja preparado para avaliar o desempenho das próprias Agências Reguladoras de cada setor objeto de concessão, contribuindo para que aquelas autarquias cumpram o seu importante papel social.

IV

Além das dimensões continentais de nosso País, a necessária descentralização dos recursos públicos tem dificultado sobremaneira a tarefa de fiscalização dos gastos públicos.

Para responder às diversas demandas sociais que lhe são apresentadas, o Tribunal deve buscar formas de aperfeiçoamento do controle da administração pública; deve buscar instrumentos que melhor permitam a participação popular e da sociedade organizada no processo de fiscalização.

Verifica-se, no mundo desenvolvido, a tentativa do Estado de se aproximar do chamado terceiro setor, o setor público não estatal, o setor das organizações não governamentais.

A participação popular e da sociedade organizada depende primordialmente da boa educação do seu povo, remédio para muitos males e que, num País de enorme exclusão social como o Brasil, é ainda privilégio de poucos.

Apesar dessas dificuldades, o que se percebe é um crescente sentimento de cidadania na sociedade brasileira, que é, hoje, mais participativa e reivindicatória de seus direitos, exigindo dos agentes públicos - parlamentares, governantes, juízes, administradores - comportamento ético e correção em seus atos.

Deve o Tribunal abrir-se para a sociedade, ampliando e estimulando as formas de participação popular, buscando a interação com as organizações não governamentais, como já tem procurado fazer o próprio Poder Executivo, em alguns segmentos, por meio da descentralização da gestão dos gastos públicos.

Para isso existe a tecnologia, a informática, a INTERNET. A informação favorece a democracia. Estimula a participação.

E o Tribunal, capitaneado pelo seu Presidente, o Ministro Iram Saraiva, tem dado firmes passos nesse sentido. Exemplo concreto de transparência de sua atuação, e como forma de resposta à população brasileira, é a inclusão, na página do TCU na INTERNET, de demonstrativos das “Contas Públicas”, contendo informações sobre tributos arrecadados, transferências constitucionais, execução orçamentária de Municípios, Estados e da União.

∨

Ministro Guilherme Palmeira.

Este Tribunal presta relevantes serviços à sociedade deste País. Mas muito mais há ainda por fazer. Vivemos em uma sociedade de grande exclusão social. Os desafios são grandes e as vitórias que são obtidas para a realização do interesse público decorrem sempre de grande esforço de todos os que atuam junto a esta Corte de Contas: servidores, membros do Ministério Público e Ministros. Devemos sempre lutar para o primado da justiça, do bem estar social. Devemos lutar para que o Brasil torne-se uma sociedade mais justa e mais democrática.

Bem-vindo, Ministro. Que Deus o ilumine. Que em sua nova e importante função continue Vossa Excelência a prestar importantes serviços ao povo brasileiro.

DISCURSO DE POSSE

Ministro Guilherme Palmeira

Senhor Presidente, Ministro Iram Saraiva,
Senhor Ministro Bento José Bugarin,
Senhores Ministros,
Senhor Procurador Geral,
Senhores Auditores,
Senhoras e Senhores Servidores deste Tribunal,
Minhas Senhoras, Meus Senhores,

Agradeço as generosas palavras com que acaba de saudar-me o eminente ministro Bugarin, e as referências, imerecidas muitas delas, do Senhor Procurador-Geral. o Dr. Lucas Rocha Furtado. Considero uma honra a investidura no cargo de membro deste egrégio Tribunal e um privilégio ocupar nesta Casa a vaga do ministro Homero Santos que acaba de se aposentar, depois de uma brilhante e fecunda vida pública em que teve a oportunidade de demonstrar, como representante do povo mineiro no Congresso Nacional, como Vice-Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente desta Corte, as qualidades e virtudes pessoais que todos admiramos. Estou certo de não desmerecer, nesta nova etapa de minha vida, a confiança em mim depositada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso e pelo Senado da República que me indicou e pela Câmara dos Deputados que ratificou a escolha de meu nome para integrar esta veneranda instituição, compondo a representação constitucionalmente reservada à indicação do Poder Legislativo, no exercício de sua nobre missão de controle externo da administração, exercida com o auxílio desta Corte.

Considero uma grata e feliz coincidência tomar assento nesta Casa, no ano do sesquicentenário de nascimento de Rui Barbosa que, na qualidade de Ministro da Fazenda do governo provisório, sob a presidência do Marechal Deodoro, propôs a criação deste Tribunal, antes mesmo que a Constituição republicana de 1891 o elevasse à dignidade constitucional, por iniciativa da comissão do Congresso Constituinte, como esclarecem João Barbalho em seus eruditos “Comentários” e Agenor de Roure na obra “A Constituinte Republicana”. Guardo, com especial carinho, a hoje rara plaquete editada em 1949, contendo os pronunciamentos feitos nesta Corte, ainda no Rio de Janeiro, pelo então presidente Ministro Rubem Rosa e pelo Procurador Leopoldo Cunha Melo, na sessão de 5 de novembro daquele ano, em que se inaugurou no plenário o retrato do grande brasileiro e se incorporou ao acervo histórico do Tribunal, a cópia da Exposição de Motivos firmada pelo Ministro da Fazenda, de que resultou o Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890, instituindo, nas palavras do manuscrito, um “Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesa da República”.

A circunstância do ato de criação do Tribunal ter sido firmado pelo Marechal Deodoro, me impõe o dever de prestar minha homenagem a dois ilustres alagoanos que honraram as tradições de meu Estado como políticos e integrantes desta Corte, o ex-Senador Silvestre Péricles de Góes Monteiro e o também ex-Senador Freitas Cavalcanti, este companheiro de lutas democráticas do meu inesquecível pai, o ex-Senador Rui Palmeira e meu amigo pessoal e familiar tendo ambos precedido, como Ministros, a presença não menos ilustre e admirada do Ministro Bento José Bugarin, de quem também me orgulho de ser conterrâneo e, a partir de agora, colega. Espero seguir estes honrosos exemplos, superando minhas deficiências pessoais com dedicação, zelo e permanente empenho. A consulta a esses pronunciamentos de meio século serviu para ilustrar-me quanto à importância política do controle legal da despesa pública no Estado de Direito democrático, preconizada desde o Império pelas figuras históricas do marquês de Barbacena, do deputado, senador e cinco vezes ministro da Fazenda Manoel do Nascimento Castro e Silva e por uma das maiores expressões da política e da economia do Brasil Império, o 2º Visconde e Marquês de Caravelas, Manoel Alves Branco, autor da primeira tarifa alfandegária protecionista que leva o seu nome. Não é menos significativa, por outro lado a relevância doutrinária desse controle democrático, pregada por dois dos maiores juristas do Império, o Marquês de São Vicente, José Antônio Pimenta Bueno, autor de “Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império” e do Visconde do Uruguai em seu “Tratado de Direito Administrativo”, em que pregou, inclusive, a instituição das Cortes provinciais de contas. Foram, portanto, antigas e arraigadas aspirações que só a República materializou, como penhor do zelo para com os deveres cívicos da cidadania em nosso país.

Todos nós sabemos, e V. Exas. mais do que eu, do avanço que representou para a evolução do Estado brasileiro, a instituição de um sistema de controle da exação no emprego dos recursos públicos e de gestão do patrimônio nacional, sensivelmente ampliado a partir da Constituição vigente, de cuja elaboração participaram alguns dos eminentes titulares que hoje têm assento neste Tribunal, como é o caso de S. Exas. os Ministros Adylson Mota, Humberto Souto, nosso Presidente Iram Saraiva e Valmir Campelo. Esta Casa acumulou, ao longo desses mais de cem anos de existência, um vasto e rico acervo de contribuições para o aprimoramento da vida pública e da gestão política e administrativa do país. Os que antes da nobilitante função hoje desempenhada nesta Corte exerceram mandatos legislativos, integrando a representação nacional, como é também o caso do eminente Ministro Adhemar Ghisi, seguramente têm exata noção da enorme responsabilidade que pesa sobre o desempenho e a eficácia da missão institucional do Tribunal de Contas da União, acompanhada sempre com interesse pelas duas Casas do Congresso Nacional. Mas não é menor nem menos relevante a percepção que de suas atividades têm aqueles que nos precederam, tendo desempenhado cargos e funções públicas, tanto na esfera estadual e federal, como os Ministros Marcos Vinícios Vilaça, Bento José Bugarin e Walton Alencar Rodrigues, na medida em que conseguiram aliar à condição de homens públicos, uma proficiente atividade tanto no magistério

universitário, quanto na vida intelectual, acrescentando-lhes uma experiência que seguramente tem sido não só útil, mas também imprescindível ao exercício de suas brilhantes carreiras nesta Casa.

A estas contribuições, reconhecidas de todos nesta Corte, juntam-se, de um lado, a experiência teórica e prática, nos vários campos do Direito dos Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e José Antônio Barreto de Macedo, e do outro, a qualificação profissional do jovem Ministro-Substituto Benjamin Zymler. Sei, ademais, que nossa missão não se cumpre sem a indispensável e insubstituível colaboração do Ministério Público junto ao Tribunal, hoje sob a direção do Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, pelos srs. Subprocuradores Gerais e Procuradores que a integram.

Esta enumeração não estaria completa, porém, se não destacasse aqui a diligência, o zelo, a competência, o preparo e a dedicação do qualificado corpo técnico do Tribunal, de suas Secretarias Gerais, de suas Inspetorias, de seus Auditores e do corpo funcional auxiliar que nos propicia apoio administrativo. Tenho a convicção de que a soma de tantas experiências torna mais ágil, mais eficiente e mais amena a tarefa constitucional que nos compete cumprir. O reconhecimento de estarmos dotados dos meios materiais e dos recursos humanos necessários à nossa atuação, no entanto, não me exime de destacar a importância e a necessidade de darmos efetivo cumprimento ao disposto no § 4º do art. 71 da Constituição Federal, no que se refere ao encaminhamento ao Congresso Nacional dos relatórios trimestrais de nossas atividades prescrito nesse dispositivo. Da mesma forma, creio imprescindível, para o efetivo cumprimento do disposto no § 2º do art. 74 do texto constitucional vigente, a aprovação da competente lei regulamentar, no que respeita ao direito que têm, como partes legítimas, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal.

Já se deu alguns passos essenciais no aprimoramento de nossos objetivos, com o extraordinário trabalho realizado no levantamento das obras públicas inacabadas ou sob suspeição, no que tange às diretrizes para a elaboração da lei orçamentária anual, que tem sido um valiosíssimo instrumento auxiliar do Congresso Nacional e de sua Comissão Mista de Orçamento. É de se esperar que a discussão do projeto de lei de responsabilidade fiscal, ora em fase de elaboração no âmbito do Executivo, venha a se transformar num mecanismo a mais de controle da eficiência, da legalidade e da legitimidade do emprego da gestão dos recursos públicos. A experiência do Tribunal nessa matéria será de enorme significado para o eventual aprimoramento do projeto, quando de sua tramitação no Congresso Nacional.

Senhor Presidente,
Senhores Ministros,

Não desejo nem tenho o direito de alongar-me em considerações para as quais V. Exas. estão certamente mais qualificados e mais aptos do que eu, iniciante neste novo desafio. Não posso furtar-me, porém, ao dever de algumas considerações finais,

no que tange à necessidade urgente que têm as instituições públicas brasileiras de contribuir para darmos um salto qualitativo em nosso sistema político, quanto ao aprimoramento do regime democrático. Sempre entendi que o exercício da democracia exige mais do que o simples cumprimento das normas legais. O Estado de Direito impõe mais do que isto. Ninguém discute o fato de dispormos hoje de instituições políticas democráticas. Mas isto não significa que sejamos uma democracia. É indispensável lembrar que eleições periódicas são apenas um procedimento para se chegar à democracia. Em outras palavras, são um requisito necessário, mas não suficiente para o exercício democrático do poder. Eleições democráticas, ensina a teoria normativa da democracia, devem ser livres e competitivas. Da mesma forma, a existência de instituições formalmente democráticas, no que respeita à sua investidura, não consomem nem esgotam o que constitui o regime democrático. Temos que distinguir a legalidade ou legitimidade formal da investidura, da legitimidade material que se consuma no exercício e no desempenho dessas instituições, colocadas a serviço da coletividade, da comunidade, do conjunto de cidadãos às quais estão destinadas a servir, para que a democracia se realize, se consume e se complete. Em outras palavras, devem atender aquilo que o filósofo Niklas Luhman chamou de “legitimação pelo procedimento”. As instituições públicas do país precisam legitimar-se perante o povo brasileiro, por seu adequado e eficaz desempenho. Sobretudo porque é dos cidadãos e contribuintes que provém a já insuportável carga fiscal acima de 30% que sustenta todo o aparato do Estado e alguns de seus conhecidos desperdícios e até a opulência que alguns exibem, em contraste com tantas carências reconhecidas por todos em nossa desigual sociedade.

Todas as pesquisas de opinião pública, coletadas e sistematizadas ao longo dos últimos vinte anos demonstram, de forma evidente e incontestável, que as instituições do Estado brasileiro são as que desfrutam de menor credibilidade, de menor confiabilidade e portanto de menor legitimidade perante a opinião pública do nosso país. Quando confrontadas com outras instituições, como a Igreja, a Universidade ou a Imprensa, por exemplo, mostram o que os especialistas chamam de uma “imagem social do poder” desgastada, deteriorada, fragilizada e distante das aspirações coletivas. Tudo isto está, constata-se aqui e em outras partes do mundo, de forma quase generalizada, relacionado com uma crescente distância dos padrões éticos do exercício do poder por seus titulares, em todos os níveis e esferas, dos procedimentos morais aceitos e exigidos pela sociedade. Por outro lado, o requisito de eficiência do setor público e das instituições que lidam com o público, é sabida e reconhecidamente baixo, precário, deficiente e voltado, em grande parte, para os seus próprios objetivos organizacionais e não para os seus objetivos institucionais.

Temos que admitir e aceitar que o processo participativo exige de todos nós que exercemos qualquer parcela de poder e de eventual autoridade de que estejamos investidos, humildade e conformidade com os desígnios, os julgamentos e os valores cultivados por essa entidade informe, de certa forma indefinível, mas soberana que é a opinião pública, preponderante em todo e qualquer regime democrático. Por isso temos, em certo sentido, que voltar à origem do significado da essencial distinção

entre o poder público e privado que na versão original se denominava o direito do estado contrapondo-se ao direito do cidadão, e segundo a qual no âmbito público é proibido tudo o que não está expressamente permitido, ao contrário da esfera privada em que é permitido tudo o que não está expressamente proibido. É na raiz desta questão fundamental que se acentua a distância que hoje, lamentavelmente parece já não separar a ética da responsabilidade, a que se referia Max Weber, da ética da convicção. Só assim, seremos capazes de transitar da democracia representativa que temos, para a democracia participativa que queremos. E este é, seguramente, um dos muitos desafios a serem enfrentados por esta veneranda e respeitada instituição, com obstinação, serenidade, equilíbrio e bom senso. Este é o meu compromisso que, de público, reafirmo perante Vossas Excelências.

Muito obrigado.

ÍNDICE

- A** Acordos de cooperação – 278
Aposentado – 224
Atraso em pagamento – 166
- B** Banco do Brasil – 161
Bugarin, Bento José – 161, 283
- C** Câmara dos Deputados – 82
Campelo, Valmir – 224
Cargo
 atribuições – 275
 posse – 283, 288
Cargos
 acumulação – 75
Cavalcanti, Augusto Sherman – 17
CHESF – 59
Concessionária – 166
Congresso Nacional – 230
Consulta – 82, 166
Conta de energia elétrica – 166
Contas – 17
Contas já julgadas – 59
Convênio – 117
Cooperação
 acordos – 278
CPMI – 230
Crime – 50
- D** Delegacia do MF/PE – 224
DNER – 135
- E** Educação – 230, 256
EFS – 278
Eleições
 período – 141
Elevadores
 modernização – 161
Embargos de Declaração – 135

Energia elétrica
conta – 166

F Falecimento – 224
Falecimento de gestor – 17
Fiscalização – 256
Fiscalização ambiental – 198
FUNDEF – 256
Furtado, Lucas Rocha – 288

G Gestão – 50
Ghisi, Adhemar Paladini – 75

H História
Ministério Público – 28
Horas extras – 141

I IBAMA – 198
Imposto – 135
Indenizações ao Erário – 82
Inspeção – 59
Instituição financeira – 50

L Licitação – 117, 161
Língua portuguesa – 278
Lordello, Gustavo Magalhães – 28

M Macedo, José Antonio Barreto de – 198
MAer – 166
Mandato – 275
Meio ambiente – 198
Mercosul – 278
Ministério Público – 28, 275
Motta, Adylson – 82
Multa moratória – 166

O Óbito – 224
Oliveira, Leonardo Henrique Mundim Moraes – 50
Orçamento – 230

P Pagamento – 141
Palmeira, Guilherme – 230, 283, 288, 292
Pedágio – 135
Pedido de Reexame – 75
Período eleitoral – 141
Português – 278
Posse
 cargo – 292
Prestação de Contas – 117
Processo de contas – 17

R Regimento Interno – 273, 275, 276
Relatoria – 273
Relatório de Auditoria – 141
Relatório de Auditoria de Desempenho – 198
Reposições ao Erário – 82
Representação – 59, 161
Rocha, Lincoln Magalhães da – 82, 117
Rodrigues, Walton Alencar – 59, 135

S Segurança jurídica – 59
Serviços – 141, 161
Servidor – 82, 224
Sevidor – 75
Solicitação de Informações – 256
Souto, Humberto Guimarães – 256
STJ – 75
Substituição – 273
SUFRAMA – 117

T Tarifa – 135
TCU – 278

Pauta das sessões – 276
Regimento Interno – 273, 275, 276
Tomada de Contas Especial – 224, 230
TSE – 141

V Vilaça, Marcos Vinícios Rodrigues – 166

Z Zymler, Benjamin – 141