

**REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

**REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Pede-se Permuta * Pidesse Canje * Man Bittet um Austausch * 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: (061) 340-3215 e 340-3217

Fundador

Ministro Iberê Gilson

Supervisor

Ministro Humberto Guimarães Souto

Conselho Editorial

José Antonio Barreto de Macedo, Walton Alencar Rodrigues, Rosângela Paniago Curado Fleury, Eugenio Lisboa Vilar de Melo, Ricardo de Mello Araújo e José Nagel

Divisão de Programação, Pesquisa e Publicações

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões

Serviço de Editoração e Publicações

Francisco Raul Felix de Sousa Ramos

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 de Almeida Saraiva, Presidente
Humberto Guimarães Souto, Vice-Presidente
Adhemar Paladini Ghisi
Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça
Homero Santos
Bento José Bugarin
Valmir Campelo
Adylson Motta

Ministros-Substitutos

José Antonio Barreto de Macedo
Lincoln Magalhães da Rocha
Benjamin Zymler

Ministério Público

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

A Revista do Tribunal de Contas da União é uma publicação oficial da Corte Superior de Contas. Nela, são apresentadas decisões e acórdãos do órgão máximo do País na fiscalização dos Poderes da República, bem como trabalhos de colaboradores a respeito de assuntos de interesse do controle externo e da administração pública em geral.

De periodicidade trimestral, a Revista publica as principais decisões tomadas pelo TCU no julgamento das contas dos administradores responsáveis por bens e valores públicos, bem como o resultado de inspeções, auditorias, representações e denúncias.

Veículo informativo e orientador sobre detalhes da legislação específica, é leitura indispensável, como fonte de pesquisas, para estudiosos e responsáveis pela condução de órgãos dos Governos Federal, Estadual e Municipal.

Por força de seu regulamento, a Revista do TCU é supervisionada pelo Ministro-Vice Presidente, com o auxílio do Conselho Editorial, que foi renovado para o exercício de 1999. Assim, as edições ainda pendentes, referentes aos períodos de abril a junho, julho a setembro e outubro a dezembro do ano de 1998, já foram apreciadas por seu novo Conselho.

Nomes expressivos têm colaborado para o êxito editorial de nossa publicação, fazendo-se sempre presentes em suas edições. E muito nos honra a grande procura de tantas eméritas personalidades do Brasil e do exterior para a divulgação de seus trabalhos.

Palestras e trabalhos técnicos, preferencialmente inéditos, que abordem temas sobre os Tribunais de Contas, Controle Externo, Administração Pública, Direito Público, Finanças e Auditorias no Setor Estatal, podem ser encaminhados ao Serviço de Editoração e Publicações, do Instituto Serzedello Corrêa, que os submeterá ao Conselho Editorial para seleção e publicação.

O atual Conselho Editorial espera colaborar, cada vez mais, para o aprimoramento da qualidade e do conteúdo informativo da Revista, de forma a torná-la um instrumento sempre útil e orientador para todos aqueles comprometidos com a gestão de recursos públicos.

Humberto Guimarães Souto
Vice-Presidente
Supervisor da Revista

DOCTRINA **13**

QUESTÕES DE CONTROLE. CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS NO BRASIL: VISÃO ATUAL E PROSPECTIVA Benjamin Zymler	15
O INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER Jatir Batista da Cunha	43
SUBCONTRATAÇÃO E CESSÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO Leon Frejda Szklarowsky	47
O STATUS JURÍDICO DA CÂMARA DE CONTAS DA FEDERAÇÃO DA RÚSSIA Norair D. Pogossian	61

ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TCU **69**

UFBA - COBRANÇA DE MULTAS POR ATRASO NO PAGAMENTO DE TARIFAS ÀS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS - Consulta Ministro-Relator Valmir Campelo	71
ECT - DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONSTANTE DE CONTRATO DE FRANQUIA - Recurso de Reconsideração Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi	74
BB - EXIGÊNCIA DE FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS A AUDITORIA DO TCU - Pedido de Reexame Ministro-Relator Bento José Bugarin	99
INSTRUMENTOS FIRMADOS COM ORGANISMOS INTERNACIONAIS PARA A CONTRATAÇÃO INDIRETA DE PESSOAL E DE EMPRESAS DE CONSULTORIA - Relatório de Auditoria Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha	115
SFC - RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS, MEDIANTE CONVÊNIOS, A ORGANISMOS INTERNACIONAIS - Apartado Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo.....	138
UNIFAP - INFORMAÇÕES SOBRE GESTÃO DO TITULAR ANTERIOR NO CARGO DE REITOR - Solicitação de Instauração de Tomada de Contas Especial Ministro-Relator Valmir Campelo	145

ICC - ACUMULAÇÃO DE EMPREGO EM SUBSIDIÁRIA DE EMPRESA DE ECONOMIA MISTA COM CARGO PÚBLICO EM ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL - Denúncia Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva	149
TCU - ENVIO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES DA RELAÇÃO DE NOMES DOS RESPONSÁVEIS QUE TIVERAM SUAS CONTAS JULGADAS IRREGULARES - INELEGIBILIDADE - Projeto de Resolução Lincoln Magalhães da Rocha	160
TSE - PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS EM EXCESSO - Pedido de Reexame/ Denúncia (ostensiva) Ministro-Relator Iram Saraiva	188
PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DO MEARIM/MA - DÉBITO IMPUTADO A SUCESSORES - Recurso de Reconsideração Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça	206
CODOMAR - INCLUSÃO DE RESPONSÁVEL EM LISTA DE INELEGÍVEIS - Embargos de Declaração em Prestação de Contas Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça	216
BBTUR - EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL E APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO ÂMBITO DE SUBSIDIÁRIA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - Recurso de Divergência (art. 234 do RI/TCU) e Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial) Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva	231
STJ - LICITANTE INABILITADO EM TOMADA DE PREÇOS - Representação Ministro-Relator Bento José Bugarin	242
CRM/TO - ADMISSÕES SEM CONCURSO PÚBLICO - Relatório de Auditoria Ministro-Relator Jose Antonio Barreto de Macedo	253

ATOS NORMATIVOS DO TCU

259

INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 021, DE 29 DE ABRIL DE 1998 Dispõe sobre os procedimentos para a fiscalização do cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal, no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT e nas Leis nºs 9.394/96 e 9.424/96 no âmbito federal	261
INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 022, DE 06 DE MAIO DE 1998 Dispõe sobre alteração do artigo 27 da Instrução Normativa TCU nº16/97	265

DECISÃO NORMATIVA TCU Nº 019, DE 24 DE JUNHO DE 1998
Aprova procedimentos destinados à viabilização do ressarcimento ao erário, mediante desconto em folha de pagamento, de débitos ou multas apurados em Acórdãos Condenatórios do Tribunal de Contas da União 266

RESOLUÇÃO TCU Nº 113, DE 20 DE MAIO DE 1998
Estabelece procedimentos para envio à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral de relação de nomes de responsáveis que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível, e dá outras providências 268

DESTAQUE **270**

DISCURSO DE SAUDAÇÃO PROFERIDO PELO MINISTRO ADHEMAR GHISI POR OCASIÃO DA POSSE DO PROCURADOR GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU WALTON ALENCAR RODRIGUES 273

DISCURSO DE POSSE DO PROCURADOR WALTON ALENCAR RODRIGUES NO CARGO DE PROCURADOR GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU 278

ÍNDICE **281**

DOUTRINA

QUESTÕES DE CONTROLE. CONTROLE DAS FINANÇAS PÚBLICAS NO BRASIL: VISÃO ATUAL E PROSPECTIVA¹

Benjamin Zymler²

1. Introdução 2. Controle: definição e noções gerais 3. Controle da Administração Pública: fundamentos, princípios norteadores e tipologia: "3.1. fundamentos 3.2. princípios norteadores 3.3 - tipologia 4. Controle da Administração Financeira e Orçamentária 5. Modelos de Controle Financeiro no mundo contemporâneo 6. Controle Externo no Brasil 7. Dados Gerenciais do TCU 8. O papel do controle interno no processo de controle 9. A reforma do Estado e a questão do controle 9.1. O Plano Diretor da Reforma do Estado 9.2. Organizações sociais e agências autônomas 10. Do Controle no Novo Modelo de Aparelho do Estado 11. Conclusão

1. Introdução

Gostaria de externar, de início, a emoção em retornar à minha cidade natal e particularmente a este aprazível local - a Praia Vermelha -, onde, entre 1974 e 1978, no prédio ao lado desta renomada Escola de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, no Instituto Militar de Engenharia, tive a honra de complementar minha formação universitária. Quis o destino que, 20 anos depois, o Aspirante a Oficial R/2 da arma de Engenharia pudesse, já como Bacharel em Direito e Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União, retornar a este recanto, que evoca as melhores lembranças da juventude.

É de registrar, inicialmente, o amplo espectro do tema proposto: Questões de Controle conjugado com o objetivo colimado pelo Curso de Política, Estratégia e Alta Administração do Exército - processos de gerência na organização pública na atualidade brasileira. Sob pena de abordar tão rico assunto de forma perfunctória, ou de delongar-me em aspectos de somenos interesse, impõe delimitar o conteúdo da análise a ser efetuada.

Sabe-se que tanto a Direção (Gerência) quanto o controle são funções administrativas clássicas, e, portanto, visceralmente correlacionadas. Minha formação profissional, entretanto, ligada ao controle das finanças públicas, como ex-Analista de Finanças e Controle Externo e Ministro-Substituto do TCU, exige que seja acentuada a questão do controle dos recursos públicos em detrimento de análise por menorizada sobre o aspecto gerencial da Administração Pública.

-
1. Palestra proferida na Escola Superior do Comando do Estado Maior das Forças Armadas - Rio de Janeiro/RJ, em 09/07/98.
 2. Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União

Nesse intuito, começarei por definir, preliminarmente, a função administrativa de controle, sob a ótica da Teoria Geral da Administração. Na mesma seqüência, serão expostas noções gerais de controle, situando-o no contexto da Administração Pública, bem como expondo a tipologia a que se submete na doutrina administrativista.

Em seguida, pretendo expor um panorama do sistema de controle financeiro e orçamentário dos recursos públicos em nosso País, conferindo especial ênfase à atividade de controle externo, levada a cabo pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, apresentando as formas e os momentos em que se exerce a atividade controladora. Como ilustração, serão apresentados dados quantitativos do controle, extraídos do Relatório Anual de Atividades do TCU, de 1997.

O papel do controle interno na atividade fiscalizadora do Estado será, de igual forma, retratado neste tópico, onde, sucintamente, farei uma breve exposição do inter-relacionamento deste com o controle externo, bem como de sua reestruturação na Administração Federal.

Outra questão merecedora de destaque consiste na Reforma do Estado Brasileiro - da transição do Estado Burocrático para o Estado Gerencial. Esse novo contexto traz, de forma inexorável, reflexos nas sistemáticas de controle do Poder Público, particularmente ao evidenciar as deficiências do Direito Administrativo como ferramenta de controle da nova Administração Pública.

2. Controle: definição e noções gerais

A Escola Clássica da Teoria Geral da Administração, capitaneada por Henri Fayol (1841-1925), oferta abordagem conceitual amplamente aceita, que adotarei como regra, segundo a qual caracterizam-se como funções administrativas as atividades de *planejar, organizar, dirigir e controlar*.

Essas funções constituem os elementos da Administração que integram o chamado *processo administrativo*. Dito processo verifica-se "*em qualquer trabalho do administrador em qualquer nível ou área de atividade da empresa*".³

A seu turno, as funções administrativas integram o elenco das demais funções essenciais da gerência: *funções técnicas, funções comerciais, funções financeiras, funções contábeis e funções de segurança*. No entanto, a magnitude das funções administrativas levam à crença de que estas concentram-se na cúpula das organizações, o que, na verdade, não ocorre. Em todos os níveis organizacionais verifica-se a prática da atividade administrativa e, por via de consequência, tem lugar o controle.

3. CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 4^a ed., São Paulo, Makron Books do Brasil, 1993, p.104.

4. *idem. ob. cit., p. 251*

Para Chiavenato, o controle como função administrativa consiste na "*definição de padrões para medir desempenho, corrigir desvios ou discrepâncias e garantir que o planejamento seja realizado.*"⁴ A finalidade do controle, para o citado autor, é garantir que a consecução dos resultados daquilo que foi planejado, organizado e dirigido se ajuste, tanto quanto possível, aos objetivos estabelecidos.

Para tanto, o controle desenvolve-se, via de regra, em quatro fases: *estabelecimento de metas, observação do desempenho, comparação do desempenho com as metas estabelecidas e ação corretiva.*

Nesse sentido, tem-se no controle o instrumental do qual se valem as organizações para avaliar suas ações e, ao final do processo, propor as medidas que se fizerem necessárias para correção de desvios na consecução dos objetivos organizacionais.

3. Controle da Administração Pública: fundamentos, princípios norteadores e tipologia

3.1. Controle da Administração Pública: fundamentos

A moldura constitucional dada ao Estado Brasileiro guarda como princípio fundamental a separação dos Poderes do Estado, assentado na forma tripartite consagrada por Montesquieu, em seu "Do Espírito das Leis". O art. 2º da Constituição Federal assim reza:

"Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Em evolução à concepção clássica, a tripartição dos Poderes não mais implica a idéia de que cada Poder constituído cinja-se apenas ao desenvolvimento das atividades que lhe sejam precípuas - atividades administrativa, jurisdicional e legislativa atribuídas, respectivamente, aos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, de forma exclusiva. A divisão orgânica dos Poderes, hodiernamente, firma-se em função de suas competências predominantes.

Sobre o assunto, assevera o constitucionalista José Afonso da Silva que "atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência e harmonia dos poderes."⁵

Como conseqüência disto tem-se que, a par da divisão organicista de funções entre os órgãos dos Poderes da União, calcado sobretudo na independência que lhes reveste, remanesce um conteúdo híbrido de competências comuns nas demais esferas de atuação de cada Poder Estatal. Exemplificando, um Tribunal Estadual,

5. SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 110/111.

órgão integrante do Judiciário, ao editar seu Regimento Interno, exerce, *lato sensu*, função legislativa. De igual modo, classifica-se como função administrativa - típica, portanto, do Executivo - a organização de Secretaria, pelo mesmo órgão.

Cumpra frisar, todavia, que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Com o fito de evitar a eventual preponderância de um Poder sobre outro, em detrimento dos governados, engendrou-se no constitucionalismo moderno um sistema classicamente denominado de *freios e contrapesos*.

Mediante essa sistemática, o texto constitucional delega aos poderes do Estado competências que, finalisticamente, impedem o exercício desmedidamente arbitrário e abusivo do poder. É nesse contexto que melhor se visualiza a harmonização entre os Poderes estatais.

Essas considerações importam na colocação do tema, pois o molde constitucional adotado pelo Estado Brasileiro afigura-se como terreno fértil ao desenvolvimento de mecanismos de controle do Estado, situado não apenas no âmbito do próprio aparelho estatal, como também no corpo social que o integra, como veremos adiante. Tudo isso dentro de uma visão Republicana do Estado Brasileiro, cuja Constituição elege a prestação de contas dos agentes públicos, que cuidam da *res publica*, como princípio sensível, ou seja, princípio cuja violação enseja a intervenção federal ou estadual (art. 34, VII, *d*, e art. 35, II).

A questão do controle prende-se de maneira ontológica à necessidade de *transparência* no exercício do poder do Estado, exercido, hegemonicamente, pela Administração Pública, inserida no Poder Executivo.

Na medida em que fornecem limites à atuação do Estado, faz-se oportuno visualizar os princípios que regem a Administração Pública.

3.2. Controle da Administração Pública: princípios norteadores

Compreendendo-se a Administração Pública como instrumento de viabilização de Governo, é desejável que se imponha aos órgãos instituídos para desincumbirem-se de seus misteres a submissão aos princípios constitucionais insculpidos no art. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último inserido pela novíssima Emenda Constitucional n° 19/98), princípios estes basilares no Estado Democrático de Direito, servindo assim como parâmetro à atividade de controle.

Defluem desses princípios vários outros, dentre os quais destaco o princípio da razoabilidade e/ou proporcionalidade. Conquanto não expresso no Estatuto Maior, seu afloramento ocorre em vários dispositivos constitucionais. Quanto a esse princípio, ensina a professora Lúcia Valle Figueiredo:

"... não há outro meio de se aferir a legalidade de certos atos administrativos, a não ser pelo metro da razoabilidade

Impende a aferição da pertinência com a conseqüente correlatividade entre o ato emanado e seu pressuposto fático. Se houver qualquer possibilidade de competência discricionária, deverá esta também se submeter ao controle da legalidade. Em outras palavras: determinadas necessidades administrativas, a serem implementadas, fazem com que, inexoravelmente, para controle do ato praticado, tenha-se de inferir a congruência lógica entre a atuação administrativa e a necessidade invocada.”⁶

Importa, também, trazer a lume dois outros princípios retores da Administração Pública: 1) o da supremacia do interesse público sobre o privado e 2) o da indisponibilidade do interesse público. A esses princípios o eminente professor e jurista Celso Antônio Bandeira de Mello atribui a condição de fonte matriz do sistema jurídico-administrativo, pertinente ao “*corpo de órgãos não personalizados que compõe a chamada Administração em sentido orgânico*”.⁷

A esse propósito, é pertinente destacar a fricção existente entre o instrumental disponibilizado pelo Direito Administrativo, que pressupõe, como visto, a existência de um “interesse público” identificável objetivamente, e o novo quadro evolutivo pelo qual passa o Estado Brasileiro. Como é sabido, o Governo Federal vem implementando reformas tendentes a uma redefinição do papel estatal, mediante uma gradativa redução de sua participação no processo produtivo e no campo social, seja por intermédio de privatizações de empresas públicas, seja mediante transferência de atribuições a agências autônomas e a órgãos públicos não-estatais, como é o caso das organizações sociais, instituídas pela recente Lei nº 9.637/98.

A nova Administração Pública que se delineia orienta-se, sobretudo, em princípios de eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos que lhe incumbem. Em conseqüência, a descentralização de serviços não-exclusivos do Estado para o particular investe o ente não-estatal na posição de agente.

Em vista do dualidade assumida pelo ente privado prestador de serviço público-que se submete, preponderantemente, a regime jurídico de direito privado e que não se insere no corpo do Estado -, mostra-se difícil, na prática, a caracterização do elemento objetivo do interesse público.

De outro lado, a nova forma de atuação do Poder Público, que enfatiza o processo administrativo como método prevalente, dificulta a pressuposição de um “interesse público” *a priori*. Ao contrário, o interesse público deve-se revelar no caminhar do processo.

6. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública, 1ª ed.*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 8/9.

7. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo, 8ª ed.*, São Paulo, Malheiros Ed., 1996, p. 25.

Analisemos esta questão mais detidamente. A crescente complexidade do mundo moderno, que vem exigindo a atuação disciplinadora da Administração Pública, tem criado sérias dificuldades no relacionamento entre Estado e sociedade. Reconheça-se, inicialmente, que o sistema jurídico - nas suas componentes administrativa, jurisdicional e legiferante - não é capaz de acompanhar a rapidez das mudanças que se processam na sociedade.

Dessa forma, como acentuado por Gunther Teubner,⁸ ao tratar das alternativas sugeridas por diversos autores para dirimir conflitos entre o Direito e outros subsistemas sociais, tendem os ordenamentos jurídicos, ao revés de buscar regulamentação substantiva detalhada, a contemplar normas principiológicas mais genéricas e abstratas. Em particular, o Direito Administrativo, de forma a mitigar o aumento do nível de indeterminação do Direito e garantir ao administrado a defesa contra o agigantamento estatal, deve acentuar as normas adjetivas, que modelem a existência de um processo equilibrado entre a Administração e os cidadãos.

3. 3. Controle da Administração Pública: tipologia

Passo a expor a tipologia dos controles incidentes sobre a Administração Pública. Adotarei o critério do *agente controlador* para distinguir as espécies e modalidades de controle. Sob esse enfoque, o controle opera-se nas seguintes modalidades:

1 - quanto ao objeto:

1.a. controle de legalidade: Verifica a conformidade do ato administrativo, ou dos demonstrativos contábeis, com as normas que o regem. É exercitável pelos três Poderes, cabendo apenas assinalar que, ao passo em que é exercido de ofício no Executivo, no Legislativo e no Judiciário condiciona-se, respectivamente, à previsão constitucional e a propositura da ação pertinente.

1.b. controle de mérito: Afere o atingimento de metas, com base em parâmetros de conveniência e oportunidade do ato praticado. Em sentido estrito, concebe-se o mérito do ato administrativo como a conveniência e a oportunidade em que foi praticado. Nesse sentido, o controle do ato é privativo da Administração. É de ressaltar que o controle de mérito incide tão-somente nos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária do agente, porquanto o ato vinculado (aquele praticado em estrita observância às prescrições legais) não comporta a valoração de conveniência ou oportunidade em sua prática. A lei prescreve quando e como devem ser praticados.

8. TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*, Fundação Calouste Gubenkian, Lisboa, 1989, pp. 220/221.

1.c. controle de gestão: Controle eminentemente finalístico. Tem por objeto verificar a performance da administração, em termos de produtividade, gestão etc. Em síntese, consiste no controle de resultados. Em regra, é praticado pelo Executivo, estando também a eficiência da gestão contemplada pelo controle externo, de titularidade do Poder Legislativo.

2 - quanto ao momento em que se realiza:

2.a. controle prévio: Realiza-se antes do aperfeiçoamento do ato administrativo, como sua condicionante.

2.b. controle concomitante: Efetua-se durante a implementação da medida ou do ato. Tem por objetivo verificar a regularidade de sua formação.

2.c. controle subsequente, ou a posteriori: Tem lugar após concluída a prática do ato ou adoção da medida. É também designado por controle corretivo, uma vez que tem a finalidade de corrigir eventuais defeitos que viciam o ato, podendo levar, inclusive, à declaração de sua nulidade.

3 - quanto à amplitude:

3.a. controle de ato: Incide sobre atos específicos, tomados isoladamente.

3.b. controle de atividade: Abrange um conjunto de atuações do órgão controlado.

4. quanto ao modo de desencadear-se:

4.1. controle de ofício: É aquele exercido por iniciativa do próprio agente.

4.2. controle por provocação: É realizado em atendimento a solicitações de pessoas, entidades ou associações.

5 - quanto ao posicionamento do órgão controlador:

5.1 - Controle Interno: Nesse ponto, faz-se necessário caracterizar o controle interno como gênero do qual constituem espécies o controle administrativo e o sistema de controle interno estatuído no art. 74 da Constituição Federal.

O controle administrativo, também denominado controle intra-organico, controle intra-administrativo, cujo escopo específico será visto adiante, é modalidade de controle exercido pela Administração que tem por finalidade principal, da oportunidade e do mérito do ato administrativo.

O controle administrativo tem, ainda, por finalidade estimular a ação dos órgãos, verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e verificar a eficácia das medidas na solução de problemas.

O poder-dever de autotutela da Administração sobressai da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não

se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Do teor da referida Súmula, verifica-se que, dentre o instrumental que a Administração dispõe para proceder ao controle interno de sua atuação, encontra-se a anulação dos seus atos contrários à legalidade, e a revogação daqueles cuja a análise do mérito tenha indicado a conveniência em suprimi-lo.

O Poder Público dispõe, ainda, de outros meios para exercer o controle interno de seus atos. São eles: a fiscalização hierárquica, os recursos administrativos, as inspeções, as auditorias e as correições, a supervisão, os pareceres vinculantes, o *ombudsman* etc.

Quanto ao controle financeiro e orçamentário, a cargo do Sistema de Controle Interno, a ele será dispensado tratamento pormenorizado logo adiante.

5.2 - Controle externo: É o controle exercido por órgãos alheios ao Poder Executivo. O controle externo pode ser exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo.

O controle jurisdicional compreende a apreciação de atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e, até mesmo, da omissão da Administração.

A proteção judiciária assegura a incolumidade do princípio da legalidade que orienta a atuação dos poderes públicos. Quanto ao alcance desse mecanismo controlador, é de destacar a crescente tendência de ampliação do controle jurisdicional, que vem propiciando enfocar a ação administrativa não mais pela ótica da legalidade e da constitucionalidade formal apenas. Passam a constituir objeto de apreciação pelo Judiciário os motivos e os fins do ato administrativo, não como conseqüências da discricionariedade e mérito, mas sim como elementos integrantes da legalidade.

O controle externo exercido pelo Poder Legislativo desdobra-se em duas vertentes: o controle político, realizado pelas Casas Legislativas, e o controle técnico, que abrange a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Eis alguns instrumentos dos quais dispõe o Congresso Nacional, por suas Casas ou Comissões, para levar a efeito sua função controladora:

- pedidos escritos de informação: no âmbito federal, podem os parlamentares solicitar informações por escrito aos Ministros de Estado, a serem encaminhados pela Mesa de cada Casa. O não atendimento a pedidos dessa natureza, no prazo de 30 dias, importa em crime de responsabilidade;
- convocação para comparecimento: a Constituição Federal obriga o comparecimento de Ministros de Estado às Casas do Congresso, ou a qualquer de suas comissões, para prestar, pessoalmente, informações previamente solicitadas. De igual sorte, o não-comparecimento configura crime de responsabilidade;

- comissões parlamentares de inquérito: são comissões constituídas para fiscalização e controle da Administração, podendo ser integradas por Membros da Câmara, do Senado ou de ambas as Casas;
- fiscalização direta a que se refere o inciso X do art. 49 da C.F.: segundo o citado dispositivo constitucional, compete privativamente ao Congresso Nacional " *fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta*". Saliente-se que, por ser genérico em demasia, esse dispositivo constitucional é, na realidade, dotado de pouca eficácia;
- aprovações e autorizações de atos do Executivo: algumas decisões do Executivo têm sua eficácia condicionada à aprovação do Congresso Nacional;
- sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa: instrumento de controle de pouco uso efetivo, adotado nos casos de extrapolação da competência regulamentar ou de competência legislativa delegada pelo Congresso Nacional ao Poder Executivo, na forma do art. 68 da Lei Maior.

4. Controle da Administração Financeira e Orçamentária

Vimos, até o momento, o vasto instrumental de que se serve o Poder Legislativo para exercer, de forma geral, o controle externo da Administração Pública. Cumpre agora focalizar o controle parlamentar sob o viés constitucional da " *fiscalização contábil, financeira e orçamentária*", tal como capitulada nos arts. 70 a 75 da Carta de 1988.

Corolário do regime democrático de governo, o controle da Administração Pública pelo Poder Legislativo tem preponderado em boa parte dos Estados modernos. Em tese, é nos Parlamentos que a democracia representativa aflora como fonte real de poder, na medida em que seus titulares são sufragados como representantes do povo, e em nome dele exercem seus mandatos.

É a representatividade de interesses de diversos segmentos sociais, verificada nos Parlamentos, em geral, que justifica a legitimidade do controle parlamentar. Aí reside seu conteúdo político, que de uma forma indireta permite a ação fiscalizadora do povo, por intermédio de seus representantes eleitos.

Esta vertente do controle parlamentar, desempenhando a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, denomina-se, em sentido estrito, **controle externo**.

Com precisão, o já referido doutrinador José Afonso da Silva, citando Alfredo Cecílio Lopes, assevera ser o controle externo "coerente com o Estado Democrático de Direito, como se infere destas palavras de Alfredo Cecílio Lopes: ' somente

9. SILVA, José Afonso da. *ob. cit.*, p. 684.

quando vigem os princípios democráticos em todas as suas conseqüências - e entre elas das mais importantes é a consagração da divisão dos poderes - e é o orçamento votado pelo povo através de seus legítimos representantes, é que as finanças, de formal, se tornam substancialmente públicas, e a sua fiscalização passa a constituir uma irrecusável prerrogativa da soberania popular' ".⁹

A meu ver, aí se situa um dos aspectos de maior relevância na atribuição do controle externo da administração financeira e orçamentária do Legislativo: ser este o Poder autorizador das despesas públicas, por meio da aprovação da Lei Orçamentária. A esse propósito, trago as palavras de Charles Debbasch (*in Science Administrative - Administration Publique, apud* Eduardo Lobo Botelho Gualazzi):

10

"A execução do orçamento pelos serviços administrativos deve ser objeto de controle constante. Em primeiro lugar, porque as despesas e as receitas somente existem na medida em que hajam sido autorizadas pelo orçamento. (...). O controle deve, então, permitir assegurar-se o respeito às prerrogativas parlamentares. Deve igualmente velar no sentido de evitar-se a dilapidação do dinheiro público, pois é autorizado pela representação nacional para prover às necessidades de interesse geral. Importa verificar que não sejam desviados para fins particulares. Trata-se, enfim, de assegurar-se que a execução das despesas e das receitas se encontrem em harmonia com a política econômica da Nação" (Grifei).

Nesse ponto, permito-me abrir um parênteses para situar o controle da execução orçamentária no rol de garantias dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais dos cidadãos encontram-se plasmados, em enumeração não exaustiva, nos arts. 5º, 7 e 14 da Constituição Federal, que abrangem eles não apenas os direitos individuais, sociais e políticos, mas também os direitos coletivos, os transindividuais e os difusos, imanescentes às pessoas ligadas por interesse comum ou circunstâncias de fato.

O professor Ricardo Lobo Torres, em sua densa obra "O Orçamento na Constituição"¹¹ preleciona que os direitos fundamentais encontram-se intimamente ligados às finanças públicas, dependendo, inclusive, para sua integridade e defesa, da higidez e do equilíbrio das finanças públicas. Para o citado mestre, os dispêndios com os serviços públicos voltam-se inteiramente para os direitos humanos, neles encontrando seu fundamento e validade. Em relação aos direitos individuais, basta mencionar a contraposição existente entre o Estado instituidor de tributos e a liberdade do cidadão, tomada em acepção material. Além disso, em relação aos direitos sociais, a mera garantia do mínimo existencial, por parte do Estado, externada por meio das prestações no campo da educação,

10. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*, 1a ed. , São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, pp. 28/29.

saúde e assistência social, bem como a tutela a direitos difusos, tais como meio-ambiente e patrimônio cultural, exigem substancial aporte de recursos públicos.

Na medida em que o Tribunal de Contas da União exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, assume ele relevante papel no controle da segurança dos direitos fundamentais. Assim diz o professor Ricardo Lobo Torres, a respeito do assunto:

"O Tribunal de Contas é uma das garantias institucionais da liberdade no Estado Liberal. Juntamente com outros órgãos, como o Banco Central, garante os direitos fundamentais mercê de sua posição singular no quadro institucional do País. O rígido sistema de separação de poderes já não serve para lhe explicar a independência e a responsabilidade. Mesmo sem aderir ao extremismo das doutrinas que o consideram um 4º Poder, o certo é que desborda ele os limites estreitos da separação dos poderes, para se situar simultaneamente como órgão auxiliar do Legislativo, da Administração e do Judiciário."¹²

5. Modelos de controle financeiro no direito comparado

Ensina o professor Gualazzi que o controle externo legislativo ou parlamentar corporifica-se em cinco tipos principais, a saber: anglo-saxônico, latino, germânico, escandinavo e latino-americano.

O modelo anglo-saxônico, utilizado na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, na Irlanda, em Israel e em outros Estados anglófonos da África e Ásia, compõe-se de um órgão monocrático (controlador geral), auxiliado por um ofício revisional, que a ele se subordina hierarquicamente. Este órgão é indicado pelo Parlamento, devendo a ele reportar-se em relação aos resultados de sua atuação.

O modelo latino compõe-se de um órgão colegiado incumbido de funções de controle e funções jurisdicionais. Em regra, exerce apenas o controle de legitimidade. É o modelo adotado na Itália, França, Bélgica, Romênia e vários Estados francófonos africanos. Aqui, princípio extremado da tripartição dos poderes, típica do constitucionalismo francês, impede que haja uma conexão direta entre o órgão de controle do Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Nas República Federal da Alemanha e Áustria, encontra-se o modelo germânico. Neste modelo, o órgão de controle possui estrutura colegiada, com garantias de independência judiciária asseguradas aos seus integrantes. Exerce apenas atribuições de controle e algumas de natureza consultiva, em relação ao Parlamento e ao Governo. No modelo escandinavo, o controle exerce-se por meio de uma série de órgãos, entre os quais os revisores parlamentares e o ofício de revisão. Os primeiros detêm funções de controle sobre a execução do orçamento e são nomeados, normalmente em número de cinco, a cada legislatura. O ofício de revisão tem competência exclusiva para verificar a eficácia administrativa e

11. Torres, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*, 1a ed., São Paulo, Editora Renovar, 1995.

12. Idem. *ob. cit.*, p. 279.

propor medidas corretivas dos problemas apontados. Destaca-se, ainda, na Suécia, a figura do *ombudsman*, que é eleito em nome do Parlamento para supervisionar o modo pelo qual todos os agentes públicos aplicam a lei, incluindo-se os juízes e altos funcionários, representando contra os que agem de modo ilegal ou que negligenciem seus deveres.

Em toda a América Latina difundiu-se o modelo latino-americano, em que o controle externo é exercido pelas Controladorias Gerais ou pelos Tribunais de Contas, como é o caso do Brasil. Distintamente do modelo latino, em que o contencioso administrativo é proposto perante corpo de magistrados não integrantes do Poder Judiciário, que dizem o direito com força de coisa julgada, os Tribunais de Contas e as Controladorias não têm competências jurisdicionais, e estão situadas dentro da órbita do Poder Legislativo.

A razão por que predominam modelos segundo os quais o controle externo centra-se no Poder Legislativo, amparado, geralmente, por órgão técnico auxiliar, é de fácil compreensão. É cediço que a representatividade política traz implícita a contraposição de uma miríade de interesses, de grupos ou corporações. Um controle eminentemente político da execução orçamentária traria os mesmos efeitos do embate das forças representadas na arena política, do qual deve resultar sempre a vitória de uma maioria, que impõe os rumos políticos do país.

É de observar, quanto a isto, que a democracia não consiste apenas no governo da maioria, mas sim no governo da maioria, respeitados os direitos das minorias. Posto isto, resulta claro que o controle da Administração Pública não se deve revestir apenas de cunho político. O contrário poderia resultar na inexistência de padrões objetivos de controle e, em conseqüência, na atenuação dos critérios de fiscalização dos recursos públicos geridos por responsáveis politicamente afinados com a maioria, ou repassados para regiões que estejam submetidas à esfera de influência dos partidos majoritários.

Assentada essa premissa, mostra-se necessário o estabelecimento de um núcleo técnico que propicie ao Legislativo apoio no exercício do controle externo, dotado de competências para operacionalizar a fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Nesse contexto, no ordenamento jurídico pátrio, insere-se o papel coadjuvante do Tribunal de Contas da União, no cenário do controle externo exercido pelo Congresso Nacional.

6. Controle externo no Brasil

O controle externo exercido pelo Congresso Nacional sobre a administração financeira e orçamentária assenta suas bases no art. 70 da Constituição Federal, cujo texto, já com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 19, assim prescreve:

"Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções

e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie, ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.”

A Constituição Federal consagrou a expressão controle externo em referência àquele efetuado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, a teor do art. 71 do Texto Maior, *in verbis*:

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

As competências constitucionais do TCU dividem-se em parajudiciais e fiscalizadoras. A função parajudicial é desempenhada quando o Tribunal julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, nos processos de tomada e prestação de contas anual ou tomada de contas especial, bem assim quando aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares, para fins de registro.

As demais competências constitucionais do TCU, de natureza fiscalizadora, assim se resumem:

- fiscalizar as aplicações de subvenções e a renúncia de receitas.
- realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional;
- fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais;
- fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios;
- prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas;
- aplicar sanções e determinar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
- apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades;
- fixar os coeficientes dos fundos de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e às prefeituras.

Dentre as missões institucionais que a Constituição confere ao Tribunal, é de mencionar aquelas de cunho técnico-opinativo, das quais destacam-se: a apreciação e emissão de parecer prévio sobre as contas anuais do Presidente da

República e a emissão de pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas não autorizadas. Esta comissão, mencionada no § 1º do art. 166 da Lei Maior, tem como atribuições examinar e emitir parecer sobre os projetos de leis orçamentárias e sobre as contas prestadas pelo Presidente da República, além de exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária.

Além desse rol, a legislação infraconstitucional atribui ao TCU outras competências extravagantes, senão vejamos:

- a Lei nº 8.031/90, revogada pela Lei nº 9.491/97, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização incumbiu o TCU do acompanhamento dos processos de privatizações e de concessões de serviços públicos;
- o Estatuto Jurídico das Licitações e contratos administrativos - Lei nº 8.666/93, possibilitou a representação ao TCU de qualquer irregularidade na sua aplicação;
- a Lei nº 8.730/93 atribuiu ao Tribunal a competência de verificar a legalidade e legitimidade da evolução patrimonial constante nas declarações de bens e rendas a ele apresentadas pelos ocupantes de cargos, empregos ou funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
- a Lei nº 9.452/97, que determinou a obrigatoriedade de que sejam notificadas as câmaras municipais, quando houverem sido liberados recursos federais para os respectivos municípios, facultou às referidas câmaras representarem ao TCU sobre o descumprimento da citada Lei.

O TCU tem sede no Distrito Federal e compõe-se de nove ministros, nomeados pelo Presidente da República, dos quais indica um terço, mediante aprovação do Senado Federal, e dois terços indicados pelo Congresso Nacional.

Em seus impedimentos e afastamentos, são os Ministros do TCU substituídos por Auditores do Tribunal, que são em número de três, sendo nomeados pelo Presidente da República, após aprovados em concurso de provas e títulos.

Junto ao Tribunal funciona um Ministério Público especializado, composto por um Procurador-Geral, três Subprocuradores-Gerais e quatro Procuradores.

O apoio técnico e administrativo do Tribunal de Contas da União incumbe à sua Secretaria, que se compõe de cinco unidades básicas: Secretaria-Geral de Controle Externo, Secretaria-Geral das Sessões, Secretaria-Geral de Administração, Secretaria de Controle Interno e Instituto Serzedello Corrêa, este encarregado da seleção e treinamento de servidores. Vinculadas à Secretaria-Geral de Controle Externo estão trinta e seis Secretarias de Controle Externo, sendo dez situadas em Brasília e as demais nas capitais dos estados.

7. Dados gerenciais do TCU:

A seguir serão apresentados alguns dados gerenciais extraídos do Relatório Anual das Atividades do TCU que permitem visualizar a atuação do Tribunal no exercício de 1997.

- Sessões realizadas: o Tribunal funciona de 17 de janeiro a 16 de dezembro, reunindo-se em sessões ordinárias e, quando necessário, em extraordinárias, sempre com a presença do representante do Ministério Público junto ao Tribunal.

Em 1997, o Tribunal realizou 187 sessões, sendo 120 ordinárias e 67 extraordinárias, como demonstrado no Quadro nº 1:

QUADRO Nº 1
Sessões Realizadas

COLEGIADO	TIPO DE SESSÃO			TOTAL
	ORDINÁRIA	EXTRAORDINÁRIA		
		Pública	Reservada	
Plenário	44	10	48	102
1ª Câmara	41	2	1	44
2ª Câmara	35	4	2	41
TOTAL	120	16	51	187

- Deliberações aprovadas ou expedidas: em sua função judicante, o Tribunal expede acórdãos - quando se tratar de decisão definitiva em processos de tomadas ou prestações de contas e ainda de decisão que resulte na imposição de multa em processos de fiscalização - e decisões - nos demais casos.

No exercício de 1997, o total de deliberações aprovadas encontra-se no Quadro nº 2:

QUADRO Nº 2
Acórdãos e Decisões Aprovados

COLEGIADO	ACÓRDÃOS	DECISÕES
Plenário	282	905
1ª Câmara	593	344
2ª Câmara	757	365
TOTAL	1.632	1.614

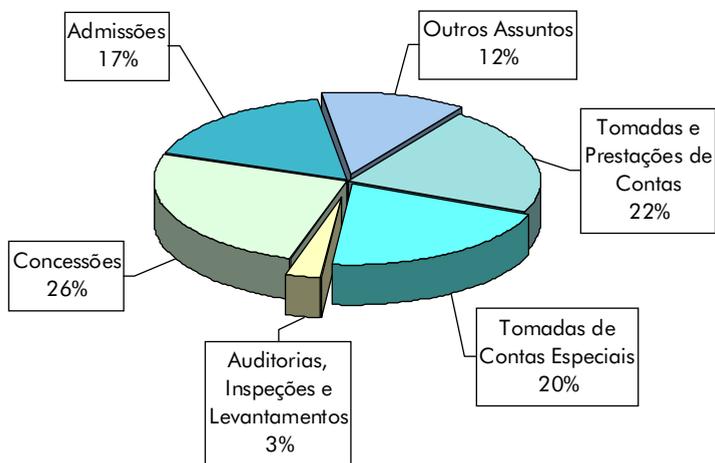
- Processos julgados ou apreciados: o Quadro nº 3 apresenta, por classe de assunto, as quantidades de processos julgados ou apreciados em 1997.

QUADRO Nº 3
Processos Julgados ou Apreciados

CLASSE DE ASSUNTO	1997
Levantamentos, Inspeções e Auditorias	460
Tomadas e Prestações de Contas Anuais	3.164
Tomadas de Contas Especiais	2.979
Admissões de Pessoal	2.521
Aposentadorias	2.963
Pensões Civis	630
Pensões Militares	64
Reformas	63
Denúncias	179
Consultas	25
Recursos	416
Representações	329
Administrativos	491
Outros Assuntos	365
TOTAL	14.649

O gráfico nº 1 ilustra a distribuição dos processos julgados ou apreciados no período, agrupados pelas principais classes de assuntos.

GRÁFICO Nº 1
Distribuição dos Processos Julgados e Apreciados



- Condenação de responsáveis: dentre as competências institucionais do TCU, inclui-se a aplicação de penalidades aos responsáveis por ilegalidades ou irregularidades nos atos de gestão. As sanções previstas nas normas constitucionais, legais e regimentais incluem desde a aplicação de multa e devolução do débito apurado, até afastamento provisório do cargo, solicitação do arresto da declaração de indisponibilidade dos bens de responsáveis julgados em débito, declaração de inidoneidade de licitantes e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal. Mencione-se, ainda, a possibilidade da Justiça Eleitoral declarar inelegível, na forma da Lei Eleitoral, candidato que tenha suas contas rejeitadas pelo TCU nos 5 anos que antecedem o pleito.

É de salientar que a cominação das referidas penalidades não excluem a aplicação das sanções penais e administrativas pelas autoridades competentes, em virtude da independência das instâncias administrativas e judiciais.

No exercício de 1997, o TCU apreciou 14.649 processos, dentre os quais 6.143 referem-se a tomadas e prestações de contas e tomadas de contas especiais. Deste total, 1.071 foram julgadas irregulares, que condenaram os respectivos responsáveis ao recolhimento de débitos ou pagamentos de multas.

As contas julgadas irregulares, bem como as demais condenações pecuniárias, distribuem-se como mostrado no quadro nº 4.

QUADRO Nº 4
Condenação de Responsáveis

CONTAS IRREGULARES/ ORIGEM DOS RECURSOS	QUANTIDADE	
	Processos	Responsáveis
Convênios, Acordos e Ajustes	697	779
Subvenções, Auxílios e Contribuições	56	60
Royalties do Petróleo e Fundo Especial	113	113
Outros	205	302
TOTAL DE CONTAS IRREGULARES	1.071	1.254
Outras condenações	47	91
Processos arquivados por economia processual	6	8
TOTAL GERAL	1.124	1.353

- Apreciação de denúncias, consultas e representações: em 1997, o TCU apurou 179 denúncias, das quais 35 (19%) foram consideradas improcedentes ou não-acolhidas e 144 (81%) ensejaram determinações aos responsáveis ou às unidades técnicas do próprio Tribunal, para a adoção de providências em suas respectivas esferas de atuação.

- Solicitações do Congresso Nacional: o inciso VII do art. 71 da Constituição Federal dispõe que compete ao TCU "*prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre auditorias e inspeções realizadas.*"

Em 1997, foram acolhidas pelo Tribunal 70 solicitações oriundas do Congresso Nacional, dentre as quais 31 referentes a informações sobre trabalhos e 39 referentes a pedidos de realização de auditorias e de fornecimento de cópias de relatórios e informações diversas.

- Contas do Presidente da República: dentre as competências do TCU, uma de grande magnitude é a prevista no inciso I do art. 71 da Constituição Federal: "*apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento*".

O julgamento das contas do Presidente da República é efetuado pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 49, inciso IX da Constituição Federal. O TCU limita-se à emissão de parecer prévio, o qual deverá ser conclusivo quanto à regularidade dos documentos que retratam a gestão do Governo Federal e quanto à legalidade das operações contábeis decorrentes da execução dos programas e projetos.

- Auditorias e inspeções: Mediante consulta aos Ministros Relatores das Listas de Unidades Jurisdicionadas, o Tribunal elabora planos específicos de audi-

torias, os Planos Semestrais de Auditoria, que, em seguida, são apreciados pelo Plenário em sessões extraordinárias de caráter reservado.

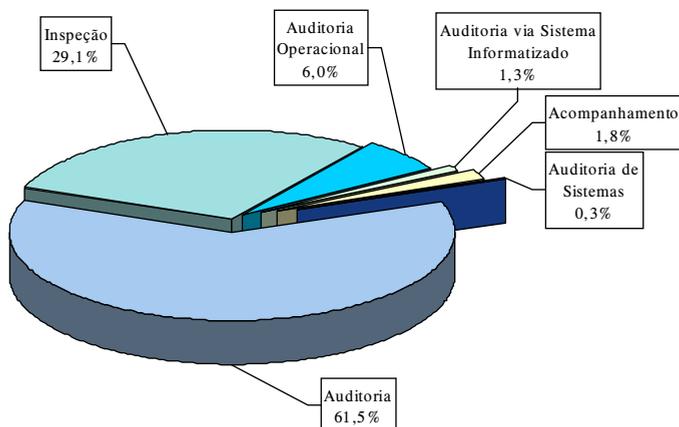
Em 1997, foram planejadas 577 auditorias, sendo 358 aprovadas para o 1º semestre e 219 para o 2º.

Por iniciativa do Plenário, das Câmaras ou dos próprios Relatores, pode, independentemente de programação, ser determinada a realização de inspeções para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias quanto à legalidade e à legitimidade de fatos e atos administrativos. Também podem ser determinadas pelos Colegiados auditorias adicionais.

No exercício de 1997, o TCU realizou 855 fiscalizações, das quais 462 constantes dos Planos Semestrais, 384 extraplanos e 9 realizadas em órgãos e unidades situadas no exterior.

O Quadro nº 5 apresenta as fiscalizações iniciadas em 1997, discriminadas por modalidades.

GRÁFICO Nº 2
Distribuição das Fiscalizações Iniciadas



QUADRO Nº 5
Fiscalizações Iniciadas no Exercício de 1997

MODALIDADE	INICIADAS			
	Plano	Extraplano	Exterior	TOTAL
Acompanhamento	-	15	-	15
Auditoria	403	114	9	526
Auditoria de Sistemas	3	-	-	3
Auditoria Operacional	45	6	-	51
Auditoria via Sistema Informatizado	11	-	-	11
Inspeção	-	249	-	249
TOTAL	462	384	9	855

O gráfico nº 2 representa em percentuais a distribuição das fiscalizações discriminadas no quadro anterior.

Sensível à emergência de nova geração de direitos tutelados pela Constituição de 1988, o Tribunal incluiu em seu rol de atividades fiscalizadoras a auditoria ambiental. Essa nova vertente do controle tem por escopo principal o desenvolvimento de trabalhos de auditorias em entidades e órgãos públicos cuja atuação possa causar impacto no meio ambiente.

Encontra-se em fase de desenvolvimento, sob responsabilidade da Secretaria de Auditorias e Inspeções do Tribunal - SAUDI -, projeto que dará início à atuação do TCU na área de controle da gestão ambiental de responsabilidade do Governo Federal.

Outra nova área na qual vêm desenvolvendo-se técnicas e metodologias possibilitadoras do alargamento do espectro do controle externo é a avaliação de programas governamentais. As técnicas de avaliação de programas buscam fornecer informações sistêmicas sobre as ações do governo, tecendo uma matriz entre os meios disponibilizados, os fins propostos e os resultados obtidos. Essa nova modalidade de auditoria encontra-se em fase de operacionalização por intermédio de sete projetos-pilotos nas áreas de saúde, educação, meio ambiente, defesa infraestrutura e receita. Três dos referidos projetos fazem parte do Plano de Metas "Brasil em Ação".

- Atos sujeitos a registros: como já vimos, o TCU tem a competência constitucional de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões das administrações direta e indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

O Quadro nº 9 discrimina a quantidade de atos apreciados ao longo de 1997.

QUADRO N° 9
Atos de Admissão e de Concessão Apreciados

SISTEMA	REGISTRO	ADMIS- SÕES	APOSENTADORIAS E REFORMAS	PENSÕES CIVIS E MILITARES	TOTAL
CONVENCIONAL	CONCEDIDO		2.311	570	2.881
	DENEGADO		50	7	57
	SUBTOTAL		2.361	577	2.938
INFORMATIZADO	CONCEDIDO	19.109	5.069	1.467	25.645
	DENEGADO	4	22	1	27
	SUBTOTAL	19.113	5.091	1.468	25.672
TOTAL		19.113	7.452	2.045	28.610

- Acompanhamento de privatizações e de concessões e permissões de serviços públicos: a Lei nº 9.491/97, que substituiu a Lei nº 8.031/90, ao regular o Programa Nacional de Desestatização - PND, atribui ao TCU a incumbência de acompanhar os processos de privatizações, mediante o exame da documentação enviada pelo gestor do Fundo Nacional de Desestatização- o BNDES -, fiscalizando-os sob a ótica da legalidade, legitimidade e economicidade.

Afigura, também, no rol de atribuições do Tribunal, o acompanhamento de processos de concessões de serviços públicos e de obras públicas e de permissões de serviços públicos.

No ano de 1997, o TCU acompanhou os processos de privatização, no todo ou em apenas alguns estágios ainda, das seguintes entidades:

- Companhia Vale do Rio Doce - CVRD;
- Mineração Caraíba Ltda.;
- Indústria Carboquímica Catarinense S.A;
- Companhia Petroquímica do Nordeste S.A - COPENE;
- Companhia Siderúrgica Nacional - CSN;
- Petroflex - Indústria e Comércio S.A;
- Banco Meridional do Brasil S.A;
- Aço Minas Gerais S.A - Açominas;

Foram apreciados os processos relativos à outorga da Concessão do Serviço Móvel Celular - Banda "B", referente à área 7, e à liquidação da Companhia Lloyd Brasileiro - Lloydbrás.

O TCU acompanhou, também, os procedimentos legais que antecedem a privatização de Furnas Centrais Elétricas, Eletrobrás e Eletrosul, bem como realizou auditoria na Eletrobrás para verificar os estudos de modelagem do setor elétrico, executados por empresas de consultoria, sob supervisão do Ministério das Minas

e Energia. Outrossim, foi dado início ao acompanhamento dos processos de privatização dos portos.

- Fiscalização de atos, contratos, convênios e similares: a fiscalização da aplicação de recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estados, ao Distrito Federal e a municípios, incumbe ao TCU, ante o que dispõe o art. 71, inciso VI da Constituição.

Procede-se a esta fiscalização de forma eventual, através do exame das prestações de contas dos órgãos repassadores dos recursos, cujos processos, na hipótese de irregularidades, são encaminhados ao Tribunal pelos órgãos setoriais de controle interno, a quem compete a fiscalização sistêmica desta espécie de transferência de recursos federais. Em casos de denúncias ou se constatados indícios de irregularidades, são realizadas auditorias e inspeções.

Verificada a omissão no dever de prestar contas ou a não comprovação da aplicação dos recursos, compete ao órgão setorial de controle interno a instauração de tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, encaminhando o processo ao Tribunal para julgamento.

8. O papel do controle interno no processo de controle

Deflui do Texto Constitucional que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, será exercida mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Diferentemente das constituições passadas, a Carta Política de 1988 estatui que os três Poderes da União manterão, de forma integrada, sistema de controle interno dentro de suas respectivas estruturas administrativas. Com isso, foi conferida maior autonomia aos Poderes Legislativo e Judiciário, acentuando as características de harmonia e independência entre os Poderes.

Além do apoio ao controle externo, a Lei Maior estabelece como finalidades do controle interno a avaliação das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal; o exercício do controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; o controle do endividamento federal e a elaboração da programação financeira do Tesouro Nacional.

Conquanto autônomo, é inegável a função preparatória que, em alguns casos, o controle interno exerce em relação ao controle externo. Nesse sentido, saliente-se que nos normativos pertinentes aos processos de contas, são elencados dentre os elementos necessários ao exame das tomadas e prestações de contas, o relatório e o certificado de auditoria emitidos pelo controle interno setorial. Ademais, a organização desses processos cumpre às CISETs, que, após analisá-los

e sobre eles se manifestarem, encaminham-nos ao TCU. Repise-se, ainda, que diante da constatação de qualquer irregularidade ou ilegalidade, impõe-se aos responsáveis pelo controle interno dar imediata ciência ao Tribunal, sob pena de solidariedade.

Como visto, o controle interno não se restringe ao controle da legalidade, da verificação da conformidade da realização da despesa e da receita e às normas vigentes. Desenvolve-se, também, sob o prisma da eficácia e da eficiência da gestão financeira, orçamentária e patrimonial, exercendo o controle da economicidade, representado pelo equilíbrio entre o mínimo de custo e o máximo de benefício.

É de ressaltar, por oportuno, a existência de sobreposição de funções de controle entre os sistemas de controle interno e externo. Tal se dá sobretudo em razão da falta de normativos que enfoquem globalmente o processo de controle. O que se tem, na prática, são procedimentos estanques que, muitas vezes, pela sua desarmonia, dificultam e postergam as ações fiscalizatórias.

9. Reforma do Estado e controle

9.1 - O Plano Diretor da Reforma do Estado

A abordagem do tema "controle", ao meu ver, não poderia prescindir da análise dos novos moldes institucionais trazidas pelas recentes reformas procedidas no âmbito da Administração Pública Federal.

A reforma do aparelho estatal vem sendo implementada de acordo com o Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado, na reunião de 21 de setembro de 1995.

O Plano foi elaborado por determinação do Presidente da República para definir objetivos e estabelecer diretrizes para a reforma da Administração Pública Brasileira, reorganizando as estruturas da Administração com ênfase na qualidade e produtividade do setor público.

Pretendeu-se criar condições para o desenvolvimento de uma Administração Pública calcada em conceitos de administração e eficiência, orientada para o controle de resultados. Essa nova Administração teria o cidadão como "*cliente privilegiado*" dos serviços públicos prestados pelo Estado, atendendo-o por intermédio de uma atuação mais descentralizada, através de parcerias com entidades não-estatais.

Sob a ótica do controle, importa-nos os objetivos gerais colimados com a implementação da Reforma, considerados dentro do novo quadro institucional que se delinea. Faz-se necessário, entretanto, sejam postos alguns conceitos firmados no citado Plano Diretor, concernentes à estrutura do aparelho estatal, bem assim à forma de propriedade pública não-estatal, senão vejamos:

- a) Núcleo Estratégico: É o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e,

no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros de Estado e seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação de políticas públicas. É o Governo, propriamente dito.

- b) Atividades Exclusivas: Compõem-se dos serviços que só o Estado pode realizar, que decorrem dos poderes de fiscalizar, regulamentar e fomentar. Tem-se como exemplo: a cobrança e fiscalização dos impostos, a previdência social básica, o subsídio à educação básica etc. Serão executados pelas chamadas agências autônomas.
- c) Serviços não-exclusivos: Setor em que o Estado atua concomitantemente com outras organizações não-estatais, prestando serviços concernentes a direitos humanos fundamentais, como saúde e educação. As instituições estatais atuantes neste setor não tem o poder de Estado. É o caso de universidades, hospitais, museus etc. Tais serviços seriam prestados pelas organizações sociais
- d) Produção de bens e serviços para o mercado: Área das atividades econômicas empresariais, voltadas para o lucro, mas que ainda permanecem no Estado.
- e) Propriedade pública não-estatal: Trata-se de um tertium genus agregado à dicotomia clássica entre propriedade privada e propriedade estatal. É constituída pelo patrimônio das organizações sociais sem fins lucrativos, voltadas diretamente ao atendimento do interesse público, cuja propriedade não pertence a indivíduo ou grupo algum. Cabe salientar que as formas de propriedade têm adequação diferida para cada setor do aparelho estatal.
- f) Contrato de gestão: É o meio pelo qual o núcleo estratégico e as entidades que não executam as atividades e os serviços não-exclusivos do Estado estabelecerão as metas, quantitativas e qualitativas, e os meios de atingimento destas. É instrumento de educação, controle e sanção dos entes descentralizados e auxiliares do Estado.

Nessa ordem de idéias, destaco as seguintes metas perquiridas no Plano Diretor:

- aumento de governabilidade do Estado, orientando suas ações para o atendimento e satisfação dos "*cidadãos-clientes*";
- limitação da ação estatal àquelas funções que lhe sejam próprias, preordenando os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para a iniciativa privada;
- transferência para estados e municípios das ações de caráter local, remanescendo à União somente as ações de caráter emergencial;
- transferência das ações de caráter regional para os estados, de maneira a proporcionar uma maior parceria entre os estados e a União.

9.2 - Organizações sociais e agências autônomas

A moldura institucional na qual teria lugar a Reforma já viceja entre nós, com a edição da Lei n° 9.637, de 15 de maio último, e do Decreto n° 2.487, de 2 de fevereiro do ano em curso. Estes diplomas legais dispõe, respectivamente, sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, criando o Programa Nacional de Publicização, e sobre a qualificação de autarquias e fundações como agências executivas, estabelecendo critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão.

O ineditismo destas formas organizacionais marca uma nova fase no panorama institucional no Brasil, inaugurada pelo Programa Nacional de Desestatização - PND -, que vem logrando reduzir a participação do Estado na produção voltada para o mercado.

Por intermédio desta nova tipologia de entidades, garantir-se-á significativa redução nas componentes burocráticas verificadas no setor de atividades exclusivas do Estado, bem como a maciça diminuição da presença estatal na prestação de serviços não-exclusivos, tudo dentro de uma nova perspectiva de eficiência e aferição de resultados.

Como é sabido, o Estado Social não tem condições de atender satisfatoriamente aos múltiplos serviços públicos de interesse coletivo que lhe incumbem. A idéia de "publicização" decorre da possibilidade desses serviços serem executados por entes públicos não-estatais, como associações ou consórcios de usuários, fundações e organizações não governamentais sem fins lucrativos, sempre sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Não se deve pensar em retorno ao antigo Estado Liberal. Ao contrário, tem-se um novo Estado Social que chama a sociedade, por intermédio das organizações privadas, a colaborar na consecução dos fins sociais do Estado.

O Programa Nacional de Publicização tem por escopo a qualificação como organizações sociais (OS), de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º, *caput*, da Lei n° 9.637/98).

A organização assim qualificada absorverá atividades e serviços prestados por instituições ou órgãos públicos federais, que serão extintos para esse fim. A organização social poderá incorporar o patrimônio e o acervo do órgão extinto.

O órgão deliberativo máximo das OS será o Conselho de Administração, cuja composição deve observar o disposto na Lei, de forma que 20 a 40% de membros natos sejam representantes do Poder Público, 20 a 30% de membros natos sejam representantes da sociedade civil, definidos pelo estatuto, 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, até 10% de membros indicados ou eleitos na forma do estatuto, e, no caso de associação civil, até 10% eleito dentre os membros ou associados.

A Lei nº 9.637/98 dispõe, expressamente, que, juntamente com o programa de trabalho, deverão estar explícitas no contrato de gestão, as metas a serem atingidas e os critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de desempenho.

A qualificação de autarquia ou fundação pública como agência executiva, tal como preconizada no Decreto nº 2.487/98, condiciona-se à celebração de um contrato de gestão e a elaboração de planejamento estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos (art. 1º, § 1º, *a e b*).

A adoção desse modelo viabiliza a atribuição de maior liberdade para administrar recursos humanos, materiais e financeiros colocados à disposição da entidade, com vistas à consecução das metas quantitativas e qualitativas previamente estabelecidas no contrato de gestão.

A descentralização relativa conferida às agências autônomas propicia a substituição da Administração Pública burocrática, pautada pela rigidez e controles *a priori* dos processos, pela Administração Pública gerencial, calcada no controle *a posteriori* dos resultados.

Com sua atuação voltada para a satisfação do cidadão-cliente, as agências autônomas tendem a engendrar mecanismos de participação popular na elaboração e avaliação de políticas públicas. Veja-se as recentes medidas adotadas pela agência reguladora do setor de energia elétrica - ANEEL, que, a partir da crise de abastecimento de energia elétrica no Rio de Janeiro, vem exigindo dos concessionários presteza e rapidez no atendimento dos pleitos dos consumidores.

No entanto, a consolidação dessa transição traz implícita a necessidade de uma evolução institucional-legal, de maneira a remover os constrangimentos existentes que impedem a adoção de uma administração ágil e com maior grau de autonomia, capaz de enfrentar os desafios do Estado moderno.

É o que se verifica no projeto das agências executivas que, sem embargo de já se encontrarem disciplinadas pelo Decreto nº 2.487/98, demandam, ainda, profundas reformas no sistema jurídico, de sorte a livrá-las da rigidez imposta pelo atual regime de direito público, que se lhes impõe.

É de mencionar, entretanto, a recentíssima edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que cria condições institucionais prévias para a flexibilização das relações jurídicas no âmbito do Poder Público, além de prescrever meios de exercício do controle social sobre a prestação de serviços públicos, como se verifica do teor de seu art. 3º, *in verbis*:

"Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

.....
'§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

.....

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.' "

10. Do controle no novo modelo de aparelho do Estado

Do breve perfil traçado acerca do que sejam as organizações sociais e agências executivas, percebe-se que suas concepções apresentam-se indissociáveis da idéia de controle de resultados. Ademais, encontram-se as OS vinculadas a um regime normativo que lhes impõe maiores restrições e amplia o espectro de controle do Estado, se comparado ao atual regime jurídico aplicável às entidades privadas de utilidade pública.

Nessa ordem de idéias, é forçoso convir que o mero deslocamento de atividades ou serviços, dos órgãos ou entidades da administração federal para as OS, promove, por si só, um ambiente de competição regulado pelo Estado que estimula o controle social, exercido pelo cidadão-consumidor, sobre a oferta de bens e serviços de interesse coletivo custeada pelo Estado e promove a melhoria da eficiência e da qualidade da prestação dos serviços de interesse público.

Paralelamente, outro controle social se faz sentir na administração das OS, em razão da composição pluralista e da obrigatoriedade de renovação dos membros do conselho de administração, que equilibram eventuais interesses corporativos que possam sobressair.

Tanto as organizações sociais quanto as agências executivas sujeitam-se a controle externo de resultados, periódicos e *a posteriori*, tendo por fim a verificação do cumprimento do contrato de gestão. Em regra, tal controle será exercido pelo Ministro titular da Pasta supervisora, no caso das agências autônomas, e pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, no caso de organizações sociais.

A seu turno, o Controle Externo, a cargo do Poder Legislativo, deverá se adequar a essa nova realidade. Para tanto, deve considerar, prioritariamente, a

substancial redução do espectro normativo a que se submetem os entes estatais, tendência insofismável no modelo proposto.

Como já vimos anteriormente, o deslocamento da prestação de serviços públicos para entes não-estatais vem marcado pela não-submissão destes ao regime jurídico de direito público. A flexibilização que daí advém possibilita a adoção de um sistema de Administração Pública gerencial, livre das amarras da burocracia e do exagerado normativismo inerente ao regime jurídico de direito público.

Em consequência disto, deve o sistema jurídico limitar-se ao estabelecimento de normas de caráter principiológico e procedimental, permitindo com isso maior dinamismo e diversidade nas relações jurídicas infraestatais e nas estabelecidas entre o Estado e a sociedade.

Nesse contexto, o controle da legalidade cede espaço ao controle teleológico ou finalístico. A aferição de resultados e, sobretudo, a satisfação do usuário serão a tônica da atividade controladora dos setores externos ao núcleo burocrático do Estado.

Essa orientação para os resultados se pautará em parâmetros concretos, objetivados no contrato de gestão. O padrão avaliador a ser utilizado pelo Controle Externo passa a ser o conteúdo e o fiel cumprimento do contrato de gestão, pois nele devem estar fixados adequadamente os objetivos e metas da entidade, bem como os critérios e parâmetros de avaliação quantitativa e qualitativa (indicadores de desempenho).

Em suma, cumpre ao controle externo fiscalizar concomitantemente as ações de supervisão e direção do núcleo estratégico e a gestão das agências executivas e das organizações sociais.

11. Conclusão

Tivemos a oportunidade de rapidamente descrever os mecanismos de controle da Administração Pública nos Estados Constitucionais contemporâneos e, particularmente, no Brasil. Em especial, mencionamos o controle financeiro e orçamentário implantado em nosso País, especificamente o controle externo titularizado pelo Congresso Nacional e exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O sistema de controle externo, tal como concebido no Brasil e na maioria dos países, deriva da necessidade de conjugar a legitimidade democrática do Parlamento com a imparcialidade de órgão técnico, que exerce competência fiscalizatória a partir de padrões objetivos de cunho técnico-jurídico.

É de reconhecer a multiplicidade das formas de controle exercidos sobre os atos de gestão financeira dos recursos públicos no Brasil. Além do controle jurisdicional, devem ser mencionados os sistemas de controle interno e externo, além do controle social exercido diretamente pelos cidadãos e pelas sociedades civis.

Tal diversidade deve exigir a busca de racionalização das ações de controle, no sentido de evitar a sobreposição de funções e permite a sincronização dos diversos esforços de fiscalização.

De forma prospectiva, buscou-se definir os pilares do controle de contas públicas que advirá do novo Estado que emerge da Reforma implementada pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

O INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER

Jatir Batista da Cunha¹

De acordo com a mais abalizada doutrina, são pressupostos recursais intrínsecos subjetivos: a legitimidade e o interesse.

A legitimidade é referente à titularidade ativa e passiva da ação. A cada pessoa não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Cada um deve propor as ações relativas aos seus direitos. De igual modo, nem todos podem interpor recursos nos processos em andamento. Somente as partes, os terceiros interessados e o Ministério Público.

Enrico Tullio Liebman define a legitimidade da seguinte forma (*in: Manual de direito processual civil*. v. 1, 4ª ed. Tradução e notas: DINAMARCO, Cândido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 155):

"A legitimação para agir é pois, em resumo, **a pertinência subjetiva da ação**, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo".

O interesse é a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido. Assim, na fase recursal, para configurar o interesse, em regra, a parte deve demonstrar que o recurso há de lhe ter proveito de ordem prática.

Consoante ensina Liebman (*idem, ibidem*):

"O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial. Pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo".

A legitimidade do Ministério Público para a interposição de recursos decorre da lei.

Especificamente, com relação ao MP/TCU, a legitimidade para interpor Recurso de Reconsideração e Recurso de Revisão está estabelecida nos artigos 33 e 35 da Lei n.º 8.443/92, respectivamente. A legitimidade para opor Embargos de Declaração está expressa no artigo 34, parágrafo único, da mesma lei. No caso de Pedido de Reexame, a legitimidade foi atribuída pelo artigo 33 da citada lei, aplicável à hipótese por força do disposto no parágrafo único do seu artigo 48.

Tais disposições espelham-se no artigo 499, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil - CPC, a seguir transcrito. Ressalta-se que o CPC, consoante o

1. Subprocurador-Geral do Ministério Público Junto ao TCU.

Enunciado n.º 103 da Súmula de Jurisprudência do TCU, aplica-se, análoga e subsidiariamente, ao processo administrativo deste Tribunal.

"Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público."

.....
"§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei."

Nas palavras de Nelson Nery Junior:

"A Lei legitimou o Ministério Público para recorrer, quer haja sido parte quer funcionado no processo como *custos legis*. Naturalmente, não há necessidade de o Ministério Público haver efetivamente funcionado nos autos como fiscal da lei para que se legitime a recorrer, como a primeira leitura do texto poderia sugerir, mas basta ter havido a possibilidade de fazê-lo" (*in: Teoria geral dos recursos*; princípios fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 255).

No mesmo sentido, assevera José Carlos Barbosa Moreira (*in: Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 299):

"(...) o Ministério Público, ainda quando não tenha legitimidade para propor a ação, funcionando no processo unicamente como *custos legis*, sempre a tem, contudo, para recorrer (art. 499, § 2º)" - destaque nosso.

Relativamente ao segundo pressuposto recursal subjetivo, é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que o interesse do Ministério Público para recorrer decorre da legitimidade, consoante demonstram os sólidos ensinamentos de Nelson Nery Junior, transcritos a seguir (**in**: Ob. cit. p. 267-269):

"Com relação ao interesse processual, que no procedimento recursal corresponde em certa medida ao interesse em recorrer, há uma peculiaridade repetidamente ao Ministério Público. O poder que a parte privada tem de exigir a tutela jurisdicional é um *posterius* em relação ao interesse. Isto quer significar que o poder deriva do interesse processual, da necessidade de ingresso em juízo. No que pertine ao Ministério Público, o interesse processual deriva do poder (legitimidade) que o legislador lhe outorgou para o exercício da ação civil. Em outras palavras, o interesse está pressuposto (*in re ipsa*) na própria outorga da legitimação: foi ele identificado previamente pelo próprio legislador, o qual, por isso mesmo, conferiu a legitimação.

A razão de ser da participação do Ministério Público no processo civil, quer como autor da ação civil pública (art. 81, CPC), quer como *custos legis* (art.

82, CPC), é sempre o interesse público, do qual ele é, no Brasil, o tutor natural. Daí decorre a consequência de afirmar-se, com absoluto acerto, que o interesse recursal não se constitui para ele em pressuposto de admissibilidade do recurso.

Ao ingressar no processo, quer na função de parte, quer na de fiscal da lei, o Ministério Público está atuando na defesa do interesse público. Conforme referido acima, ao lhe ser outorgada legitimação para agir ou intervir em determinado processo, já se lhe reconheceu previamente o interesse. É porque há interesse é que o Ministério Público está legitimado a recorrer (art. 499, CPC). Interessa sempre à sociedade, que a decisão da causa onde haja interesse público, seja tomada de modo mais aproximado possível da justiça ideal, sem vício de procedimento ou de juízo" (destacamos).

E conclui o eminente processualista (idem, p. 269):

"É por isso que o Ministério Público não precisa demonstrar em que consistiria a utilidade prática que adviria para ele do provimento do recurso" (destacamos).

Dessa forma, não há para o Ministério Público a obrigação de demonstrar expressamente o interesse na interposição do recurso.

Inferese, por conseguinte, que a própria pretensão, em razão da relevância do tema, por si só, já justificaria o interesse do Ministério Público em recorrer, diante da sua nobre missão de *custos legis*.

Outra questão que merece ser comentada, por pertinente ao tema, é a ausência, na legislação específica do TCU, de um recurso assemelhado aos "embargos infringentes".

Dispõe o artigo 530 do Código de Processo Civil, *in limine*:

"Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória".

Para Nelson Nery Junior (Ob. cit., p. 369), "o objetivo dos embargos infringentes é fazer com que prevaleça o voto vencido, na medida da divergência entre os julgadores". Assim, "pela interposição dos embargos infringentes fica devolvido o conhecimento de toda a matéria objeto da divergência para o órgão *ad quem*" (idem, *ibidem*).

Dessarte, tendo havido voto vencido, é natural que a parte ou o Ministério Público queira ver a matéria novamente apreciada, possivelmente com maior profundidade, ainda que pelo mesmo órgão julgador.

De se ressaltar que a utilização, pelo Ministério Público, do Recurso de Reconsideração, do Recurso de Revisão ou do Pedido de Reexame com tal finalidade encontra amparo em um princípio maior, o "duplo grau de jurisdição", que, no dizer de Perrot (*apud* NERY JUNIOR, Nelson. Ob. cit. p. 35), constitui "*garantia fundamental de boa justiça*".

E complementa, com propriedade, Nelson Nery Junior.(Ob. cit. p. 36):

"E, no Brasil, é a própria constituição que dá a tônica, os contornos e os limites do duplo grau de jurisdição".

No que concerne às razões recursais, de fato e de direito, deve-se salientar que tem sido praxe nos tribunais judiciais, quando da oposição de "embargos infringentes", o recorrente adotar a fundamentação do voto vencido.

Ora, o fato de o voto ser vencido não implica dizer que não seja válido, por seus fundamentos.

Tal se justifica, freqüentemente, à luz dos robustos e judiciosos argumentos muitas vezes apresentados pelo Relator, ao prolatar o seu voto, mesmo que não acolhido pela maioria.

Nesse contexto, apenas a pretensão do Ministério Público de ver a questão novamente examinada, ainda que pela mesma Corte julgadora, por si só, justificaria a interposição do recurso.

Merece comentários, por fim, a questão atinente aos efeitos em que deve ser recebido o recurso interposto pelo Ministério Público.

Nesse particular, cabe ponderar novamente com os ensinamentos do processualista Nelson Nery Junior (Ob. cit. , p. 385):

"Como o regime dos recursos é matéria de direito processual, normalmente as regras sobre os efeitos em que deve ser recebido o recurso são de ordem pública, não podendo as partes sobre elas dispor" (destacamos).

Verifica-se, pois, que a regra não é absoluta.

Logo, atuando como fiscal da lei, na condição de legítimo tutor do interesse público, conforme anteriormente afirmado, entendemos que pode o Ministério Público, em determinadas e específicas situações e em caráter excepcional, solicitar o recebimento do recurso com o efeito meramente devolutivo ou com ambos os efeitos.

Tal se justificaria pela necessidade de atribuição ao recurso do efeito que melhor atendesse à finalidade pública, em razão das circunstâncias, da eficácia da medida ou da prudência necessária naquele momento, tendo-se em vista a natureza da matéria discutida no processo.

Foram esses os pontos que julgamos relevante ponderar, de forma a contribuir para o debate respeito de tema atual e momentoso, no âmbito desta Corte de Contas.

SUBCONTRATAÇÃO E CESSÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Leon Frejda Szklarowsky¹

A Lei de Licitações e Contratos - Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, regula a matéria, objeto do questionamento, nos artigos 72 e 78, inciso VI.

O artigo 72 dispõe que:

"O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração."

O artigo 78 comanda:

"Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão

ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;..."

Doutrina

O contrato é o assentimento de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, na expressão genial de Ulpiano, e tanto Aristóteles, quanto Kant e, modernamente, a escola de Kelsen, consideram o contrato uma norma criada por particulares, mas, na precisa conceituação de Clovis Bevilacqua, é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

É a associação de duas ou mais vontades, o acordo de duas ou mais pessoas, tendo em vista determinado objeto, e sua validade pressupõe necessariamente a pessoa capaz, objeto lícito e forma prescrita e não proibida por lei. Neste sentido, Washington de Barros Monteiro.

No direito contratual público, o conceito de contrato não difere substancialmente, a não ser pela só presença da Administração Pública, que derroga normas de direito privado, conforme as lições de Hely Lopes Meirelles e da doutrina proeminente. A formalidade, contudo, é essencial e não pode ser negligenciada. Dada a supremacia de poder, a contratante adquire certas prerrogativas, em vista do interesse público, respeitadas os direitos da contratada, que pode ser a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública, abrangendo esta a administração direta e a indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal

1. Professor e Subprocurador - Geral da Fazenda Nacional aposentado.

e dos Municípios, incluindo todas as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (artigo 6º, incisos XIV e XV, da Lei 8666/93).

O contrato administrativo é, em regra, por sua natureza, pessoal, daí por que, cumprindo preceito constitucional, através da licitação, a Administração Pública examina a capacidade e a idoneidade da contratada, cabendo-lhe executar pessoalmente o objeto do contrato, sem transferir as responsabilidades ou subcontratar, a não ser que haja autorização da contratante. Suas cláusulas e as normas de direito público regem-no diretamente, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, numa perfeita miscigenação e sincronia.

Contrato pessoal, contudo, não significa necessariamente personalíssimo. A instabilidade, na execução do contrato, advém do interesse público, daí por que, no discurso do Ministro José Augusto Delgado,

"não se pode conceber contrato administrativo sem ser condicionado ao interesse público, Este não se apresenta imutável" (cf. Revista de Direito Público 62/123 e segs.).

Observa ainda o autor que, na execução do contrato administrativo, a responsabilidade é da própria pessoa com quem se contratou, todavia essa regra admite exceções e, fundado, no magistério de Marcelo Caetano, indica, com tranquilidade, que:

"a execução do contrato pode prosseguir por pessoa diferente daquela com quem inicialmente foi estipulado quando as prestações não tiverem por objeto serviços de caráter pessoal e a Administração consinta na substituição, tendo em conta as exigências legais relacionadas com a capacidade e a idoneidade do concessionário ou do sucessor" (cf. op. e p. cit.).

Também Carlos Roberto Pellegrino, escudado na melhor doutrina, inclina-se por esse entendimento (cf. Revista de Direito Público, 92/139).

Eis aqui nascendo a verdadeira simbiose entre o direito público e privado, que Guillermo Andrés Muñoz descreve, com muita sensibilidade, e rechaça a divisão esotérica entre o direito público e privado, porque tais dogmas sofrem, na atualidade, violenta crise e conclui que é muito difícil sustentar a romana contraposição entre o direito público e privado, calcada na idéia de um Estado regulado por princípios especiais e opostos aos do direito privado (cf. Revista de Direito Público, 91/19-27).

Deste pensar é também o procurador e escritor Marcos Juruena Villela Souto, quando escreve que o contrato administrativo vai abeberar-se na fonte do direito privado, mais precisamente na teoria geral dos contratos, para captar seus elementos essenciais aos quais vais justapor suas prerrogativas que lhe marcam

as características (cf. Licitações & Contratos Administrativos, ADCOAS, Esplanada, 2ª edição, I/170).

Hely Lopes Meirelles confirma que o contrato administrativo é realizado intuitu personae, porquanto visa sempre a pessoa jurídica ou física do contratado, mas nada impede que o contratado confira partes da obra e certos serviços técnicos a artífices ou a empresas especializadas, porque, aduz, se o contrato é pessoal, nem sempre é personalíssimo, visto que:

"Modernamente, a complexidade das grandes obras e a diversificação de instalações e equipamentos dos serviços públicos exigem a participação de diferentes técnicos e especialistas, o que fica subentendido nos contratos desse tipo" (cf. Licitação e Contrato, 11ª edição atualizada por Eurico Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes, Malheiros, 1996, p. 189).

O direito brasileiro é bastante incisivo, permitindo o artigo 72 do diploma legal, sob comento, a subcontratação de partes da obra, serviço e fornecimento, até o limite admitido em cada caso pela Administração.

A dúvida crucial, que se antepõe ao intérprete, é, exatamente, com relação à expressão partes, todavia, este dispositivo deve ser interpretado em comunhão com o inciso VI do artigo 78.

É princípio assente de hermenêutica que o dispositivo a ser interpretado deve ser comparado com outros do mesmo repositório ou de leis diferentes, porém tendo o mesmo objeto. Leciona Carlos Maximiliano, alicerçado na melhor doutrina (Coelho da Rocha, Borges Carneiro, Trigo de Loureiro e Carlos de Carvalho):

"Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço."

O entrelaçamento de um princípio com outros é de fundamental importância, ou, como informa o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, "o Direito, como sistema é uno. Não admite contradição lógica. As normas harmonizam-se" (cf. Direito & Justiça, **Correio Braziliense**, Brasília, 14.4.97).

Desde Celso, em Roma, emitir parecer ou julgar a lei, separadamente, ao invés de fazê-lo em conjunto, é extremamente condenável, porque contrário ao direito. Sabe-se, com Saredo, que não se presumem dispositivos contraditórios, devendo as palavras harmonizarem-se entre si (cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, de Carlos Maximiliano, Livraria Freitas Bastos, 6ª edição, 1957, pp. 164 e 172).

Subcontratação

À primeira vista, a lei somente permitiria a subcontratação de algumas partes do objeto do contrato (e não a totalidade), se interpretado isoladamente o artigo 72, friamente, sem o auxílio do inciso VI do citado artigo 78. Não obstante,

ambos os preceitos entrelaçam-se, intimamente, e não podem ser analisados, isoladamente.

Se a contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, pode subcontratar partes, até o limite admitido em cada caso, pela Administração (artigo 72) e o inciso VI do citado artigo 78 cataloga como motivo para rescisão do contrato a subcontratação total ou parcial do seu objeto, não admitida no edital e no contrato, é curial que a subcontratação total é consentida. Do contrário, este inciso não estaria fazendo referência à subcontratação total, visto que a lei não contém palavras inúteis, tendo estas sempre algum significado. Há que se descobrir, portanto, o porquê de sua permanência no texto.

A conclusão insofismável é de que a lei realmente não obsta a subcontratação total da execução do contrato, nem tampouco a cessão (transferência) total ou parcial, com o que está de acordo Diógenes Gasparini, ao avisar que:

"o Estatuto Federal Licitatório vai mais além e admite a subcontratação total (toda a execução do contrato passa para um terceiro sem que o subcontratante se desvincule do contrato) do objeto e a cessão (transferência total ou parcial dos direitos decorrentes do contrato a terceiro, com o cedente desvinculando-se no todo ou em parte do contrato cujos direitos foram cedidos), se essas operações estiverem previstas e reguladas no edital. Observe-se que o Estatuto Federal Licitatório só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação, total ou parcial, e a cessão e a transferência, total ou parcial, se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório, essas operações são válidas, desvinculando-se ou não, em parte ou por completo, o contratado do contratante. Não cabe, assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém não selecionado por esse procedimento, acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública"(cf. Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, 1995, pp. 396/7).

Adilson Abreu Dallari, ao tratar de contrato de obra pública, estuda, com profundidade, esta tormentosa questão, ainda que sob o regime jurídico do Decreto 73.140, de 9.11.73, que não difere basicamente do direito atual, e conclui:

"desde que haja prévia aquiescência da Administração, não há por que impedir-se a transferência de contrato realizado com esta, mesmo que com dispensa de licitação, pois, *in casu*, nem se propõe a questão da licitação" (cf. Cadernos Fundap, publicação da Fundação do Desenvolvimento Administrativo, nº 11, de julho de 1985, pp. 27 a 38).

O inciso VI do artigo 78 é bastante rico em conteúdo, porque, ao contrário do artigo 72, arrola outras hipóteses, além da subcontratação, que se não confunde com aquelas. E, mais, pressupõe que no edital e no contrato a Administração já preveja esta faculdade.

Portanto, duas são as condições substantivas: admissão do *quantum* e previsão no edital e no contrato. Já o artigo 72 é mais singelo e ficará vazio, se não se fizer a estreita comunhão com aquele preceito.

A doutrina, em uníssono, autoriza a subcontratação da execução do objeto do contrato, conquanto alguns autores o façam com restrição, não permitindo a subcontratação total, senão apenas parcial, desde que prevista obrigatoriamente no edital e no contrato, com o apoio da mais Alta Corte de Contas da União e do Estado de São Paulo.

Sem dúvida, o contrato administrativo é pessoal, sem ser personalíssimo, e a lei permite que, excepcionalmente, a contratada transfira ou ceda a terceiros, a execução do objeto, dada a concentração, racionalização e especialização de atividades.

A subcontratação ou o cometimento a terceiros de partes da execução do objeto e de suas obrigações contratuais é, pois, perfeitamente lícita, desde que haja previsão desta faculdade no edital e no contrato, até o quantitativo admitido pela contratante.

A contratada responde perante a contratante pela execução total do objeto contratado e não há qualquer relação entre a contratante e a subcontratada, de modo que, também, pelos atos ou omissões desta, ela é plenamente responsável. A responsabilidade da contratante é plena, legal e contratual.

Nada impede que haja subcontratações sucessivas ou simultâneas, como por exemplo, a subcontratação concomitante da parte hidráulica e da parte de alvenaria e da parte elétrica ou das fundações. E é o que ocorre com frequência.

O saudoso tratadista Hely Lopes Meirelles, interpretando a lei vigente, consente que a contratada defira, sob sua inteira responsabilidade, a execução de alguns serviços técnicos e especializados a terceiros ou a consórcios de pessoas jurídicas ou físicas, conquanto possam ser solidariamente responsáveis, pela parte executada, na forma avençada (cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 20ª edição, 1995, p.p. 211/2122, e *Licitação e Contrato Administrativo*, cit.).

Marçal Justen apregoa que a Administração, caso a caso, faça uma avaliação da conveniência de propiciar a subcontratação, segundo os limites prefixados (cf. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, AIDÊ Editora, 4ª edição, 1996, p. 416). Carlos Pinto Coelho Motta adverte que o tema, efetivamente, é polêmico, quanto ao quantitativo (cf. *Eficácia nas Licitações e Contratos*, Del Rey, 1994, pp. 230/1). Caio Tácito assegura que, por ser contrato realizado, *intuitu personae*, a subcontratação deve estar prevista no contrato ou no termo aditivo e no caderno de encargos ou instrução de serviço, recebendo total aprovação de Toshio Mukai (cf. *O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos*, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 78).

Jessé Torres Pereira Júnior, em alentado comentário ao artigo 72, deduz que é proibida a subcontratação total do contrato, mas admite a subcontratação parcial, desde que previsto no edital e no contrato (cf. *Comentários à Lei das*

Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, Rio, 1995, 3ª edição, pp. 450 a 453). Nem outro é o pensamento de Roberto Ribeiro Basilli, ao afirmar que a contratada poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, mediante prévia aquiescência da Administração, e segundo os limites fixados, remanescendo sua responsabilidade legal e contratual, perante esta, inclusive no que tange à subcontratação (cf. Contratos Administrativos, Malheiros Editores, 1996, p.p. 103/104), destacando-se, ainda, autores do porte de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, que comungam da mesma opinião.

Floriano Azevedo Marques Neto ilustra, com muita propriedade, a hipótese de a Administração contratar uma empresa, para executar uma ponte, e afiança que não se está pretendendo que ela execute, por si própria, todos os serviços que compõem tal obra, o que seria absolutamente inviável, não importando, pois, se as fundações se fizerem por subcontratada, empresa especializada, porque a contratada responderá por vícios que advierem e a relação da Administração será sempre com esta, diretamente (cf. parecer, *in* Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ de São Paulo, número 2, de fevereiro de 1996,

Outra regra de ouro, diz respeito à precisão e clareza, com que devam ser descritas as condições para a execução dos contratos, consubstanciadas nas cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades, tudo em consonância com os termos da licitação e da proposta a que ficam vinculados. Mesmo os contratos, que tiveram a dispensa ou a inexigibilidade declaradas, ficam sujeitos aos termos do ato que os autorizou e da proposta. Nada escapa ao seu controle.

Assim, o artigo 66 traça um mandamento essencial, mandando as partes cumprir as cláusulas convencionadas e as normas desta lei, porque o contrato é lei entre as partes, respondendo cada qual pelas consequências de seu descumprimento, total ou parcial.

O diploma legal, sob comento, no artigo 78, VI, traz à colação, além da subcontratação, outros institutos, como a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, a fusão, cisão ou incorporação, que se não confundem entre si, porque totalmente distintos.

Faz-se necessário um exame, ainda que ligeiro, dessa cláusula legal.

A fusão, a incorporação e a cisão, em face da legislação vigente, podem operar-se entre sociedades de tipos iguais ou diferentes, não discrepando do projeto de alteração da lei das sociedades anônimas, enviado à sanção do Presidente da República (cf. redação final do Projeto de Lei da Câmara nº 106, de 1996 (nº 622, de 1995, na Casa de origem).

A incorporação ocorre, conforme a Lei 6404, de 1976, quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede em todos os seus direitos e obrigações. É uma espécie do gênero fusão, conquanto seja tratada pelo direito pátrio, de forma singular.

Lecliana Ricardo Barreto Silva que na transformação há a presença de uma só pessoa jurídica e naquela há a participação de pelo menos duas ou mais pessoas jurídicas, não importando o tipo de sociedade (cf. Comentários a Lei das Sociedades

por Ações, co-edição Instituto dos Advogados de São Paulo - Editora Resenha Tributária, 1986, volume 5, p. 378).

A fusão caracteriza-se pela comunhão de duas ou mais sociedades, para a formação de uma nova, que lhes sucederá em todos os seus direitos e obrigações.

Na cisão, uma companhia transfere parcela de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, de sorte que a sociedade cindida se extingue, se houver versão total de seu patrimônio, ou divide-se o seu capital, se a versão for parcial.

A sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações que se referem ao ato da cisão, mas, se ocorrer a extinção, no caso da cisão, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida, sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

Wilson de Souza Campos Batalha alerta que, nas simples transferências de parcelas do ativo, mediante pagamento do preço, à vista ou a prazo, as sociedades existentes ou constituídas *ad hoc*, não se caracteriza a cisão (cf. Direito Processual Societário, Forense, 1986, p. 250).

Já a sub-rogação resulta da lei ou da convenção (artigos 985 a 990 do Código Civil). Sub-rogar é colocar uma coisa em lugar de outra ou uma pessoa substituindo outra, numa relação jurídica e Washington De Barros Monteiro recorda que, na sub-rogação pessoal, à pessoa sub-rogada ficam garantidos os mesmos direitos e ações que cabiam àquela (cf. ainda Clovis Bevilacqua, Código Civil dos Estados Unidos Comentado, Livraria Francisco Alves, 1955, volume IV/115-119). Arnaldo Wald sustenta também que a sub-rogação pode ser legal e convencional, conforme o caso (cf. Parecer, publicado nos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Editora dos Tribunais 17/57).

Cessão do contrato

A cessão opera-se pela transferência ou substituição da contratada por outra. O cessionário coloca-se na posição da contratada, assumindo sua postura.

A pessoa do contratado substitui-se para todos os efeitos, sub-rogando-se o cessionário em todos os seus direitos e obrigações, ou, como ensina o douto Carlos Pinto Coelho Motta, citando o escritor Eduardo Garcia de Enterría, o direito espanhol distingue entre cessão e subcontratação, de sorte que a legislação específica o admite, tanto em matéria de obras, quanto em matéria de serviços.

Cessão deriva do latim *cessio*, com o significado de ceder, traspassar, e Plácido e Silva conceitua-a, segundo a boa técnica jurídica, como:

"o contrato, a título oneroso ou gratuito, pelo qual a pessoa titular de créditos ou de direitos, transfere a outra esses mesmos créditos ou esses mesmos direitos, com abstração das coisas sobre que recaem. Quer isto significar que, em regra, a cessão não se mostra um contrato especial, isto é, não se indica uma obrigação, mas, particularmente, o cumprimento dela, em vista

do que se motiva e se autoriza a convenção, que vem garantir ao credor do cedente (salvo o caso de cessão gratuita) a existência jurídica e válida de seu crédito" (cf. Vocabulário Jurídico, Forense, Rio, 1982, I/419).

E José Naufel define-a como :

" o ato pelo qual uma pessoa transfere para outrem um ou mais direitos de quem é titular" (cf. Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, José Konfino - Editor, Rio, 1959, 2a edição, I/ 316-317).

O advogado mineiro Alcy Taylor Da Costa, examinando a cessão do contrato com a Administração, para o Departamento de Obras Públicas do Estado de Minas Gerais DEOP - MG, ratifica o pensamento dominante de que esse tipo de contrato é pessoal mas nem sempre personalíssimo, dado que:

"Nos dias atuais, a complexidade e o gigantismo de algumas obras estatais, a velocidade a elas imprimida para atendimento do interesse público impõem uma relação dinâmica entre as partes permitindo essa participação" (cf. parecer inédito aprovado pelo seu diretor - geral, engenheiro Rodrigo Octavio Coutinho Filho, em 8 de março de 1996, e recebeu o *placet* do tratadista Carlos Pinto Coelho Motta).

A advogada Maria Elizabeth Martins Costa do Amaral, neste mesmo parecer, arrimada nas preleções de Sílvio Rodrigues e Silva Pacheco, conclui com inteira segurança, que :

"a cessão de contrato é instituto de direito com existência jurídica amplamente aceita; que existe previsão legal para a mesma, conforme demonstram os citados art. 78, inciso VI, da Lei 8666/93 e art. 27 da Lei 8987/95; posição doutrinária favorável, e consuetudinária prática por parte das Administrações na aplicação deste instituto do Direito Privado nos Contratos Públicos; concluo ser perfeitamente cabível a sua utilização, na certeza de que nenhum impedimento ou objeção quanto a sua legalidade poderá ser questionada por parte de terceiros se efetivada na forma prescrita legal e doutrinária" (cf. Parecer DEOP - MG cit.).

Com paciência de verdadeira ourivesaria, Jayme Rigueira, chefe da Procuradoria daquele órgão, infere que:

"a cessão, via de regra, se processa após algum tempo e por consequência do surgimento de fatos supervenientes e que deixam claro, de certa forma, a impossibilidade material do prosseguimento da obra com o contratante original. No longo caminho que temos perlustado, na pesquisa diuturna do direito e suas nuances, não nos deparamos com um só dispositivo legal que impusesse normas impeditivas ao instituto da cessão do contato administrativo, nos limites consagrados na lei." (cf. parecer cit.).

Floriano P. Azevedo Neto, discorre, com extremada sensibilidade, acerca da possibilidade jurídica de sub-rogação, nos direitos advindos de parcela de contrato de execução de obra pública, sem que se caracterize burla ao artigo 37 da Constituição Federal. E o estudo da cessão do contrato também não fica sem uma ampla apreciação.

Como exceção trata da sub-rogação, da transferência e da cessão de contrato administrativo, traçando ampla distinção entre esses institutos. Com Planiol e Silvio Rodrigues, infere referir-se a primeira mais especificamente "à cessão de crédito a partir do pagamento de dívida por terceiro" (cf. Consulta, in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Revista dos Tribunais, 13/191-213).

Este autor, citando vasta doutrina e alicerçado na monografia de Dimas de Oliveira César, aceita o conceito de substituição de um sujeito por outro, como titular da relação contratual e não descarta poder a contratada proceder a cessão do contrato, desde que, com expressa anuência da Administração contratante, isto por que, para que o impedimento ocorra, mister se faz que cláusula proibitiva esteja inserida no contrato.

Mas acrescenta Floriano Azevedo, mesmo que possível a cessão, por não estar configurada a obrigação personalíssima, a Administração só há de concordar se tiver certeza de que a cessionária está forrada das condições técnicas, financeiras, jurídicas e econômicas (cf. consulta cit.).

A autorização dependerá sempre das circunstâncias e de cada caso, em particular.

Marçal Justen apresenta um exemplo, realmente, digno de consideração, ao afirmar que, numa locação, a cessão do contrato, não produzirá qualquer prejuízo para a contratante (cf. op. cit., p. 433). Pode-se acrescentar, sem qualquer temor, que a cessão, se feita com anuência e prevista no edital e no contrato, efetivamente nenhum prejuízo trará.

Destarte, juridicamente, não há impedimento, conforme deflui da cristalina seta indicativa do inciso VI do artigo 78 do vigente diploma legal, que erige como transgressão administrativa a cessão ou transferência total ou parcial, não admitidas no edital e no contato. A *contrario sensu*, nenhum óbice existe, guardado o quantitativo previsto no edital e no contrato.

Assim, a obrigação *intuitu personae*, que caracteriza quase todos contratos administrativos, não se confunde com a obrigação personalíssima, própria de apenas alguns contratos, como por exemplo, um contrato referente a uma obra de arte, uma narração evocativa de um feito, contratada com um escritor de talento indiscutível e especializado em determinado assunto e a realização de uma pintura, por um pintor renomado. Nestes casos, obviamente, proibida estará a cessão, vez que o talento e o próprio eu do artista deverão estar presentes. E não se transmitem.

Direito Comparado

No Direito Comparado, os autores, em uníssono, conferem ao contrato com a Administração características singulares, agasalhadas com prerrogativas, advindas das cláusulas extravagantes e fixam o caráter pessoal, na execução do contrato. Entretanto, nem por isso deixam de traçar algumas exceções, que cabem perfeitamente.

Marienhoff, com o apoio de Bielsa, Jèze, Véase e Laubadère, defende as limitações que lhe são impostas, não obstante, permite a cessão e a subcontratação, se a Administração consentir expressamente (cf.. Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edición acualizada, Abeledo - Perot, Buenos Aires, III - A/316-317).

José Roberto Dromi registra que, em princípio, esses contratos devem ser executados pessoalmente pela contratada, mas consente na cessão e na subcontratação ou contração derivada, se a Administração autorizar, expressamente (cf.. La Licitación Pública, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p.p. 54/55), em harmonia com o pensamento de Manuel Maria Diez (cf. Manual de Derecho Administrativo, com a colaboração de Tomás Hutchinson, Editorial Plus Ultra, 4ª edición, Buenos Aires, 1/353) e de Berçaitz. Este renomado autor mostra que esses contratos, em regra, não podem ser transferidos, contudo não se opõe à subcontratação parcial, se houver autorização da Administração, a qual até pode ser útil a esta e indispensável à contratante, o que se faz correntemente (cf. Teoría General de los Contratos Administrativos, Depalma, 1980, pp. 354/355).

Jurisprudência

As Cortes Superiores de Contas têm-se pronunciado, com muita ênfase, acerca destes temas, de significativa importância, não se omitindo na sua prerrogativa constitucional de zelar pela coisa pública.

O Tribunal de Contas da União tem pautado sua jurisprudência, no sentido de que a subcontratação parcial é lícita, se prevista no edital e no contrato.

O Relator, Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, com a aquiescência do Pleno, determinou que o contrato fosse firmado nos exatos termos do artigo 72 da Lei 8666/93, vale dizer, concordou com a subcontratação, desde que observados a norma legal e os termos contratuais, ainda que realizada após a licitação (cf. Decisão 128/94, Ata 8/94, Processo TC 012262/93-5, in DOU de 28.3.94, p. 4515).

Na decisão 305/96, o Pleno convenceu-se da tese esposada pelo Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, não admitindo a subcontratação, porque não prevista no edital e no respectivo contrato. Neste havia proibição peremptória de subcontratação (cf. Ata 14/96, Processo TC 018257/95, data da Sessão: 29.5.96, in DOU de 17.6.96). *Ex contrario*, permite-se.

O Ministro-Relator, Lincoln Magalhães da Rocha, citando as lições de Hely Lopes Meirelles, teve seu voto aprovado pelo Plenário, ao assentar que a subcontratação somente é possível, se for prevista no edital e no contrato, e desde

que trate de partes da obra e referentes a certos serviços técnicos realizados por empresas especializadas, sob a responsabilidade integral do contratado (cf. Decisão sigilosa 207/96, Ata 15/96, Processo TC 014318-95-4 e TC 750014-96-2 (Representação), *in* DOU de 29.4.96, p. 7321).

Ainda o Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, em decisão adotada pelo Plenário, insurgiu-se contra a subcontratação, porque realizada sem a anuência da contratada (cf. Acórdão sigiloso 165/95, Ata 54/95, Processo 013245/93-7, *in* DOU de 15.12.95, p. 21196), o que corrobora a tese de que lícita é a subcontratação, se resguardada pela previsão no edital e no contrato, como quer a lei.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pela Primeira Câmara, considerou legal o contrato, visto que a subcontratação fora prevista, em cláusula contratual e autorizada pela Fepasa e pelo Banco Mundial, por meio de aditamento. Conquanto regido pelo Decreto - lei 2300/86, dada a similitude com a atual lei, este acórdão tem plena atualidade (cf. ata da 34ª sessão ordinária de 27.9.93, DOE de 5.10.93, pp. 38-41, Relator Substituto de Conselheiro Luiz Olavo de Macedo Costa e Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga), assim também o aditivo e a despesa foram julgados legais (cf. DOE de 8.11.94, p.55 e 4.11.95, p. 56).

Esse mesmo Tribunal, pelo Pleno da Segunda Câmara, em acórdão relatado, pelo Substituto de Conselheiro, Carlos Borges de Castro e com a presença dos Conselheiros, Renato Martins Costa e Edgard Camargo Rodrigues, julgou ilegal a subcontratação de serviços, porque esta ocorreu antes da adjudicação do objeto à vencedora do certame e porque não houve prévia autorização da Prefeitura - contratante, contrariando o item 16.2 do edital, bem como a cláusula 8, parágrafo único do contrato e ainda em face das publicações extemporâneas, pois "a recorrente não apresentou a data real da assinatura do ajuste da subempreitada ou outra prova conclusiva, prejudicando, assim, a credibilidade das afirmações feitas a respeito". Não se opôs, portanto, à subcontratação, desde que se conforme com a lei e, *ipso facto*, com o contrato e com o edital.

O Conselheiro Renato Martins Costa deixou claro em seu lúcido voto que a ilegalidade do certame ficou evidenciada porque essa subcontratação se dera 36 dias antes da adjudicação à empresa vendedora (cf. TC1464/006/92, DOE de 23.5.96, pp. 21/22, republicado em 24 seguinte, pp. 43/44). Também aqui ficou evidenciado que a oposição se deu tão somente porque não se conformou com as exigências da lei.

O Relator, Substituto de Conselheiro, Carlos Alberto de Campos, em seu precioso pronunciamento, relatando o processo TC 5239/026/91, na Primeira Câmara, teve o aval unânime de seus pares, julgando legais a concorrência, o termo de sub-rogação, transferindo o contrato firmado mediante o sub-rogação, e as despesas deles decorrentes. Trata-se de contrato de construção entre a Secretaria da Saúde e a Mendes Júnior, transferido à Construtora Estoril (decisão publicada no DOE de 23.6.93, p.p. 59-60, acórdão publicado no DOE de 14.7.93, p. 35).

O Pretório Paulista julgou legais o termo de cessão contratual com sub-rogação em direitos e obrigações "transferindo todos os direitos e obrigações de-

correntes do contrato e seus eventuais aditivos” e as despesas dele decorrentes. Trata-se, *“in casu*, de contrato de construção de prédio de delegacia (decisão publicada no DOE de 24.5.95, p. p. 21 a 23, e acórdão publicado no DOE de 15.6.95, p. 34, ata da sessão extraordinária da Primeira Câmara, realizada em 16.5.95 - TC 56480/033/88, Relator: Cláudio Ferraz de Alvarenga, acompanhado dos Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues e Carlos Alberto de Campos).

Na sessão ordinária do Tribunal Pleno, realizada em 22.3.95, o Plenário, por votação unânime, presentes os Conselheiros Cláudio Ferraz de Alvarenga, Relator, Antonio Roque Citadini, Edgard Bittencourt Carvalho, Edgard Camargo Rodrigues, Fulvio Julião Biazzi e Renato Martins Costa, conheceu do recurso ordinário e, considerando as razões apresentadas pela origem, esclarecendo que o anexo V do edital (minuta do contrato) na sua cláusula VI, permitia expressamente a cessão do contrato, desde que com o consentimento da contratante, exigência que foi cumprida, deu-lhe provimento para o fim de, reformando o v. acórdão recorrido, julgar legais a tomada de preços, o contrato, o termo de cessão e transferência, os termos de aditamento de folhas 179 e 195 e as despesas decorrentes (cf. decisão publicada no DOE de 23.5.95, p.p. 17-20, republicada no DOE do dia seguinte, p.p. 13-15; acórdão publicado no DOE de 11.10.94, p. 33, TC 23495/026/92).

No Processo TC 67764/033/88 - DOP 6689387, a Corte de São Paulo, ensinou ser nulo o contrato verbal com a Administração, alicerçado no artigo 51 , § 1º., do Decreto - lei 2300/86 (idêntico ao atual diploma legal - cf. artigo

86 do mencionado decreto - lei c/c o artigo 31 da lei paulista 6544/89). Entrementes, no contrato de construção de prédio da delegacia de Monte Alto, a Primeira Câmara, na sessão ordinária realizada em 12.9.95, pelos votos dos Conselheiros, Cláudio Alvarenga, relator, Fúlvio Julião Biazzi, presidente, e Edgard Camargo Rodrigues, decidiu julgar legais o termo de cessão contratual com sub-rogação em direitos e obrigações, os termos de aditamento, o termo de recebimento definitivo etc. (acórdão publicado no DOE de 27.9.95, p. 19).”

Este Tribunal Maior de Contas do Estado, sem dúvida, contemplou a subcontratação, a sub-rogação e a cessão do contrato, com sustentação na lei federal (nacional, no que diz respeito aos princípios gerais) e na lei paulista.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por unanimidade, chancelou a validade da sub-rogação de contrato, desde que prevista no ordenamento convocatório. (cf.Consulta nº. 108746-1/93. Sessão de 26.8.93, Relator Luiz Baccharini, *in* Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ano XI, nº. 3, p.223).

Conclusão

O contrato com a Administração Pública centra-se primacialmente na Lei nº 8666, de 1993 e suas alterações posteriores, aplicando-se-lhe, supletivamente, as disposições de direito privado (Código Civil, Código Comercial, Lei das Sociedades por Ações, Lei de Locação de Imóveis Urbanos etc.) e a teoria geral dos contratos, e rege-se, basicamente, pelas suas cláusulas e pelas normas de direito público. O contrato, essencialmente formal, vincula-se obrigatoriamente ao edital ou ao instrumento convocatório e deverá espelhar com precisão as condições, direitos e obrigações das partes contratantes. É escrito e submete-se às rígidas regras desta lei, permitindo-se excepcionalmente o contrato verbal, se de pequenas compras, de pronto pagamento, feitas em regime de adiantamento, e que não ultrapasse o limite previsto no artigo 23, II, a, desse diploma.

O contrato com a Administração Pública é, em regra, pessoal, não obstante, a lei comentada permite, que, na execução do contrato, a contratada subcontrate ou ceda (transfira) partes da obra, serviços ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso.

A lei paulista é mais generosa e faculta, sem prejuízo das responsabilidades legais e contratuais, a subcontratação de parte da obra, serviço ou fornecimento, na forma do pactuado na cláusula própria, ou independentemente dessa previsão, nos limites fixados, caso a caso, pela Administração (artigo 69 da Lei de 22 de novembro de 1989).

A contratada, apesar da subcontratação consentida, legal e contratualmente, até os limites previstos, continua com total responsabilidade legal e contratual.

A cessão e a sub-rogação não foram rejeitadas, porque encontram sustentação no direito positivo.

Interpretando a lei vigente, a doutrina não se tem furtado de marcar sua posição, com relação a este tema, que não é novo. A lei anterior, o Decreto - lei nº 2300, de 1986, continha normas idênticas.

Também a lei que rege as concessões e permissões, de obras e serviços públicos - Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995, consagra o mesmo princípio.

Alguns autores admitem, a subcontratação total, sem qualquer restrição, conquanto exijam esteja, expressamente, prevista esta faculdade no edital e no contrato. A aquiescência da contratada é, pois, condição *sine qua non*.

Entretanto, predomina o entendimento doutrinário, de que a subcontratação pode fazer-se, mas apenas de partes do objeto (não a totalidade, somente até o quantitativo descrito no edital e no contrato), desde que admitida, no edital e no contrato.

As outras modalidades também são autorizadas, mas sempre com vistas ao edital e ao contrato.

A regra vigente - artigo 72 - permite a subcontratação até o limite admitido, em cada caso, isto é, deverão o edital e o contrato descrever o limite autorizado

para a subcontratação, sem prejuízo da responsabilidade da contratada, que remanesce incólume.

O inciso VI do artigo 78 distingue as hipóteses de transgressão, e impõe a exigência da previsão no edital e no contrato, corroborando o artigo 72, e não rejeita, antes coonest a cessão e as outras modalidades ali previstas, desde que inseridas no edital e no contrato, segundo o quantitativo neles previsto.

O Tribunal Maior de Contas da União admite a subcontratação de parte, não de todo o objeto, desde que haja previsão no edital e no contrato, até o limite nele estipulado.

A seu turno, a cessão e a sub-rogação do contrato não é defesa, segundo as preleções de abalizados doutrinadores, se prevista no edital e no contrato, contando com a autorização da contratante.

Esta é também a orientação dos Tribunais Paulista e Mineiro, que admitem expressamente a cessão e a sub-rogação.

Concluindo:

Subcontratação, na linguagem da Lei de Licitações e Contratos - Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, é o cometimento a terceiros de partes da execução do objeto do contrato.

A subcontratação não se confunde com a associação da contratada com outrem, nem com a cessão, transferência, fusão, cisão ou incorporação.

A subcontratação está submetida à regência da Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores, bem como às disposições do direito privado, subsidiariamente.

A subcontratação de um contrato de obra, serviço ou fornecimento perfeitamente líc

A subcontratação é permitida, desde que esteja prevista expressamente no edital e no contrato, até o limite ali consignado e a responsabilidade originária da contratada permanece inalterada.

A cessão do contrato administrativo é lícita e conforma-se com a melhor doutrina e com o direito vigente. A interpretação do inciso VI do artigo 78 da Lei 8666/93 conduz, insofismavelmente, a essa conclusão.

A cessão poder ocorrer, desde que prevista no edital e no contrato, de conformidade com o quantitativo ali consignado, cessando a responsabilidade da contratada.

A sub-rogação pode ocorrer, nas mesmas condições da cessão.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem-se pautado, no sentido de proibir a subcontratação total e, *ipso facto*, aquiescer na subcontratação de partes (não a globalidade) do objeto do contrato, exigindo a sua previsão no edital e no contrato, até o limite consignado.

Alguns tribunais estaduais têm manifestado, iterativa e torrencialmente, sua plena aquiescência à subcontratação, à sub-rogação e à cessão do contrato.

O contrato entre a contratada e a subcontratada faz-se diretamente entre estas, conquanto fiquem mantidos os vínculos entre a contratante e a contratada e total responsabilidade desta.

O STATUS JURÍDICO DA CÂMARA DE CONTAS DA FEDERAÇÃO DA RÚSSIA¹

Norair D. Pogossian²

A implantação na prática do princípio de divisão dos poderes levou a uma mudança radical no status jurídico da maioria dos órgãos do poder estatal. Isso refletiu-se em maior grau na situação do Parlamento - a Assembléia Federal. Sem nos entregarmos a uma análise geral da situação jurídica desse órgão representativo do poder, que já foi objeto da atenção de muitos cientistas da Rússia³, nos deteremos com mais detalhe em apenas um de seus aspectos, a existência de poderes de controle no Parlamento.

Anteriormente, nas condições de domínio do sistema administrativo-impositivo de gestão do país e da teoria de "plenos poderes" dos Sovietes (*como eram denominadas as duas casas do Parlamento, nota do tradutor*), a questão da necessidade de se entregar aos órgãos representativos de poder os poderes diretos de controle sequer era aventada. Por si só se supunha que essas funções pertenciam aos comitês executivos e Conselhos de Ministros, formados respectivamente pelos Sovietes e aos mesmos subordinados.

A introdução do princípio de divisão de poderes privou os órgãos representativos de poder até mesmo do direito que lhes pertencia formalmente de controlar os órgãos do poder executivo. Tal possibilidade foi mantida no Parlamento Federal apenas de uma forma indireta através do mecanismo de aceitação, pela câmara baixa da Assembléia Federal, da candidatura do Presidente do Governo (*Primeiro-Ministro, N. do T*), pela introdução da chamada "hora do governo" nas reuniões plenárias da Duma de Estado e pela aprovação do orçamento na forma de Lei Federal. Sobre esse último ponto devemos nos deter em particular.

Como se sabe, o orçamento federal é uma forma, estabelecida por Lei Federal, de criação e dispêndio de recursos financeiros com a finalidade de garantir a realização das tarefas e funções estatais da Federação da Rússia⁴. Na realidade, por detrás dessa formulação abstrata escondem-se os impostos, pagos pelos

1. Artigo publicado na revista "Iurist", nº 10, outubro/1997, especialmente traduzido do russo para o Tribunal de Contas da União pelo professor Roberto W. S. Ferreira, Brasília, março de 1998).
2. Inspetor-Chefe da Câmara de Contas da Federação da Rússia, Mestre em Ciências Jurídicas, Docente.
3. Kozlova E.I. e Kutafin O.E., Direito Constitucional da Rússia, Moscou, 1995; Baglay M.V. e Gabritchidze B.N., Direito Constitucional da Federação da Rússia, Moscou, 1966; Direito Constitucional da Federação da Rússia, sob a redação de O.E.Kutafin, Moscou, 1966; e outros.
4. Projeto de Código Orçamentário da Federação da Rússia (artigo 6).

cidadãos e pessoas jurídicas, os salários dos professores e médicos, o financiamento de programas sociais, o desenvolvimento da cultura e muitas outras coisas sem as quais não pode existir o Estado moderno.

É natural que a maioria dos cidadãos da Rússia não fique indiferente quanto à formação e, principalmente, o destino dos recursos do orçamento federal. A única forma de sua atuação nesse processo é a atividade orçamentária do Parlamento. Não é por acaso que a aprovação do orçamento, a cada ano, se transforme num agudo embate entre o governo e ambas as casas do Parlamento. Com isso nenhuma das partes tenta negar a importantíssima função social do orçamento, mas cada qual o aprecia de sua maneira.

Mas é muito pouco aprovar um bom orçamento. Muito mais importante é controlar para onde foram efetivamente destinados seus recursos e quão eficientemente eles foram empregados. A complexa estrutura do orçamento federal, a grandiosidade dos recursos que nele circulam e o caráter multi-finalístico de sua utilização transformam o controle efetivo da utilização dos recursos orçamentários em uma tarefa séria, capaz de ser conduzida apenas por profissionais de alta classe. Além disso, a execução das funções de controle por uma parcela de deputados do Parlamento levaria a um afastamento dos mesmos de sua atividade principal - a atividade legislativa. Foram essas as concepções tomadas pelos autores da atual Constituição da Federação da Rússia, ao introduzir nela o instituto do órgão superior de controle financeiro, amplamente empregado pela jurisprudência estrangeira e até então desconhecido pela ciência e prática nacionais⁵.

Todavia, o surgimento de um novo órgão exige a definição de seu papel na realização de funções do Estado e de seu lugar no sistema dos outros órgãos do poder estatal. De acordo com a Constituição, a Câmara de Contas é um órgão formado pelas Câmaras do Parlamento em bases paritárias (artigos 102 e 103). Pelo mecanismo de formação a Câmara de Contas lembra as comissões de concórdia formadas pelas Câmaras do Parlamento, com a única diferença de que dela fazem parte não deputados, e sim especialistas independentes, os auditores (Ministros, na acepção do TCU. N. do T.). O artigo 1º da Lei Federal "Sobre a Câmara de Contas da Federação da Rússia" complementa essa característica com a menção à subordinação da Câmara de Contas à Assembléia Federal⁶, diferentemente do Plenipotenciário para os Direitos Humanos na Federação da Rússia, que é também designado e dispensado da função pela Duma de Estado, mas não se subordina a nenhum órgão do Estado ou autoridade⁷.

À primeira vista parece que a Câmara de Contas é um órgão de controle do Parlamento Federal. Todavia, o parágrafo 2º do artigo 1º da Lei em análise rechaça

5. Pogossian N.D., *Jurisdição dos Órgãos Superiores de Controle Financeiro (a experiência estrangeira)*, revista *Direito e Vida*, 1977, No 11.
6. *Coletânea de Legislação da Federação da Rússia*, 1995, Nº 3, artigo 167.
7. *Lei Constitucional Federal "Sobre o Plenipotenciário para os Direitos Humanos na Federação da Rússia (artigo 2)*, *Coletânea de Legislação da Federação da Rússia*, Nº 9, artigo 1011.

essa pressuposição com a indicação da independência organizacional e funcional da Câmara de Contas. O artigo 10 reforça essa situação, ao definir que a Câmara de Contas estrutura o seu trabalho com base em planos e programas anuais e correntes, os quais são formulados a partir da necessidade de *garantir um amplo e sistemático controle do cumprimento do orçamento federal considerando todos os tipos e vertentes da atividade da Câmara de Contas*.

As vertentes dessa atividade estão definidas no artigo 2º da Lei e a ela se relacionam:

- a organização e realização de controle sobre o oportuno cumprimento dos artigos do orçamento federal e do orçamento federal dos fundos supra-orçamentários;
- a determinação da eficiência e coerência dos dispêndios de recursos públicos e da utilização de propriedade federal;
- a avaliação da fundamentação dos projetos do orçamento federal e dos orçamentos federais dos fundos supra-orçamentários;
- peritagem financeira dos projetos de leis federais e de outros atos jurídico-normativos que prevejam dispêndios de recursos orçamentários;
- análise dos desvios dos índices estabelecidos do orçamento federal e dos orçamentos federais supra-orçamentários;
- controle da legalidade e oportunidade da movimentação dos recursos do orçamento federal e dos fundos federais supra-orçamentários e de instituições de crédito da Federação da Rússia; e
- fornecimento regular ao Conselho da Federação e à Duma de Estado de informações sobre o andamento da execução do orçamento federal.

É evidente que a implementação da lista completa das tarefas citadas garante um controle complexo do andamento da execução do orçamento da Federação da Rússia. Todavia, aquele mesmo artigo 10 da Lei Federal estabelece um mecanismo de contagem de determinações e solicitações à Câmara de Contas de diferentes órgãos do poder estatal. Com isso devem ser incluídos como de execução obrigatória nos planos e programas de trabalho da Câmara de Contas as determinações do Conselho da Federação e as da Duma de Estado, além das solicitações de ao menos a quinta parte do total de deputados (membros) de cada uma das Câmaras do Parlamento. Quanto às determinações do Presidente da República, dos comitês e comissões das Câmaras da Assembléia Federal, dos deputados (membros) do Parlamento individualmente, do Governo e dos órgãos do poder estatal dos entes da Federação, elas são de exame obrigatório na formulação de planos e programas de trabalho da Câmara de Contas. Uma decisão favorável à questão de inclusão delas no plano depende do Colegiado da Câmara de Contas.

Assim, durante o ano de 1995 foram realizadas pela Câmara de Contas 294 medidas de controle, aí incluídas 69 (cerca de ¼ do total) por incumbência e determinação das Câmaras da Assembléia Federal e de outros órgãos do poder estatal. O volume apurado dos danos atingiu 6.153 bilhões de rublos (cerca de 8,5% do orçamento federal de 1995). Em 1996 foram realizadas pela Câmara de Contas 429 medidas de controle (quase vez e meia a mais do que no ano anterior), aí incluídas 110 (mais de 1/4 do total e vez e meia a mais do que no ano precedente). O volume apurado dos danos já atingiu 9.073 bilhões de rublos (2% do orçamento federal de 1996, mas em valores absolutos quase uma vez e meia maior do que em 1995).

Também os números comprovam o trabalho da Câmara de Contas: com base nos fatos apurados de violação da disciplina orçamentária em 1996 foram realizadas 240 representações (contra 191 em 1995) e 280 pareceres conclusivos (contra 228) para as estruturas interessadas⁸.

Se por um lado esses indicadores são testemunhas da alta eficiência da atividade da Câmara de Contas, por outro a realização de tarefas concretas e solicitações dos órgãos do poder afasta os auditores da Câmara de Contas da realização de um controle amplo e complexo do andamento da execução do orçamento federal. E, finalmente, nem todas as violações da disciplina financeiroorçamentária apuradas foram oportunamente eliminadas e os culpados punidos.

A questão consiste em que, na condição de órgão controlador, a Câmara de Contas não apenas está privada da possibilidade de eliminar as violações apuradas e de punir os culpados através de seus próprios meios, como também não possui em absoluto um sistema eficiente de atuação sobre os órgãos e autoridades sob controle. A única coisa que ela pode fazer é encaminhar aos órgãos do poder na Federação da Rússia, aos dirigentes das empresas, instituições e organizações fiscalizadas *representações e prescrições* para a adoção de medidas visando eliminar as violações apuradas, a indenização do dano causado ao Estado e a responsabilização das autoridades culpadas de violação da legislação da Federação da Rússia e por má administração (artigo 23 da Lei).

Não é que o autor esteja conclamando à modificação do sistema vigente dos órgãos judiciais apenas pelas fiscalizações realizadas pelos auditores da Câmara de Contas. Todavia, ainda de acordo com o artigo 23 da Lei, no caso de apuração - durante a fiscalização ou inspeção - de peculato ou outros abusos, a Câmara de Contas é obrigada a enviar imediatamente o material sobre eles aos órgãos judiciais.

Trata-se de uma outra coisa: ao dispender somas tão colossais como os recursos do orçamento federal surge com freqüência o problema não de um roubo direto (embora, indubitavelmente, seja necessário combater isso), mas o da ineficiência de sua utilização. A prática demonstrou que a simples transferência de muitas empresas estatais deficitárias para outra forma de propriedade (via de

8. As cifras foram lançadas com base no relatório oficial da Câmara de Contas da Federação da Rússia dos anos citados.

regra, a iniciativa privada) levou a um profundo aumento da eficiência em sua atividade e sua transformação não só em rentável, mas em altamente lucrativa.

A experiência de trabalho dos órgãos superiores de controle financeiro fora da Rússia mostra que o fundamento de sua atividade não é tanto o combate aos crimes, mas sim o trabalho metódico voltado para a elevação da eficiência do financiamento orçamentário. Isso se realiza não apenas nos limites da execução dos orçamentos concretos, mas também na atividade de criação legislativa, na qual a Câmara de Contas não tem direito de participar.

Quanto ao conteúdo da própria atividade de controle da Câmara de Contas, este provoca uma série de indagações. Em primeiro lugar, se a Câmara de Contas é um órgão de controle da Assembléia Federal, então sua atividade deve ser plena e amplamente subordinada a essa função e se concentrar apenas no controle do orçamento federal e dos fundos supra-orçamentários. Se a Câmara de Contas é um órgão controlador do andamento da execução do orçamento por incumbência de todos os participantes do processo orçamentário - Parlamento, Presidência e Governo -, então por que estes não dispõem de poderes idênticos com relação às atribuições à Câmara de Contas? E se partirmos da necessidade de um controle amplo e complexo dos dispêndios dos recursos orçamentários, então nenhum dos órgãos mencionados deve ter o direito de dar incumbências obrigatórias à Câmara de Contas. Ou será necessário dividir esse órgão em dois: um serviço de inspeção e controle junto ao Parlamento (ou Presidente), que realize o controle externo da execução do orçamento por determinação dos órgãos acima mencionados; e uma subdivisão de controle e inspeção do Ministério das Finanças ou do Banco Central, que garanta o controle interno da execução objetiva e oportuna de todos os artigos de receita e despesa do orçamento.

Permanece também problemática a questão de relacionar a Câmara de Contas a qualquer dos ramos existentes do poder estatal. Se a estrutura administrativa da Rússia propusesse a separação do poder de controle na forma de um ramo independente, então não existiria o problema com a inclusão da Câmara de Contas nos órgãos que a formam. Todavia, como se sabe, o poder estatal na Federação da Rússia se divide, conforme o artigo 10 da Constituição, em três ramos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ressaltamos mais uma vez que a existência da Câmara de Contas junto a qualquer órgão do poder que seja (Parlamento, Presidência ou Governo) também retiraria o citado problema, uma vez que o Presidente - até mesmo a despeito de não fazer parte de nenhum dos ramos do poder estatal - é o portador do poder estatal na Rússia de conformidade com o artigo 11 da Constituição.

A aspiração à identificação da Câmara de Contas com um dos ramos do poder estatal tem um sentido não apenas teórico-científico, mas também prático. A questão é que, na opinião do autor, a Câmara de Contas da Federação da Rússia, juntamente com as Câmaras de Contas dos entes da Federação -onde essas foram criadas - deve ser não somente um órgão do Estado, como decorre do sentido da

Lei Federal em vigor, mas um órgão do poder estatal, ou seja, dispor de poder específico com relação aos órgãos e autoridades a eles sujeitos.

Para dar um maior peso às decisões da Câmara de Contas e elevar a eficiência geral de sua atividade é necessário, a nosso ver, dotá-la do direito de interromper a execução daquelas decisões sobre as quais foi dada por ela uma prescrição até que tenha sido recebida uma resposta motivada à mesma. É natural que essas decisões da Câmara devam estar submetidas a revisão por via judicial.

A bem da justiça é necessário ressaltar que tal força jurídica seja destinada apenas às prescrições da Câmara de Contas que tenham sido tomadas por esta em comum acordo com a Duma de Estado, no caso de serem apurados no objeto de verificação violações à atividade administrativa, financeira, comercial ou outra, causadoras de dano direto e imediato ao Estado, ou no caso de reiterado descumprimento ou de cumprimento indevido das prescrições editadas a esse propósito pela Câmara de Contas (artigo 24 da Lei).

Esse artigo da Lei provoca uma série de questões. Em primeiro lugar, não fica claro como a independência organizacional e funcional da Câmara de Contas se liga com a necessidade de obrigatório entendimento com a Duma de Estado quanto à decisão de interromper todas as operações da empresa objeto da fiscalização. Em segundo lugar, por que semelhante entendimento pode ser realizado apenas com uma das Câmaras da Assembléia Federal, se a própria Câmara de Contas é formada pelas duas casas do Parlamento em bases paritárias?

Em terceiro lugar, é patente a ampla explanação pela Lei dos poderes da Duma de Estado, estabelecidos pela Constituição, o que coloca em dúvida a própria constitucionalidade da Lei examinada. Além disso, do texto da Lei não fica claro de que forma deve ocorrer o entendimento dessa decisão com a Duma de Estado. A própria Constituição prevê apenas uma forma - a adoção de resoluções da Duma de Estado por maioria de votos do efetivo total dos deputados. O Regimento Provisório da Câmara de Contas da Federação da Rússia, assim como o Regimento da Duma de Estado de nenhum modo determinam a forma de adoção dessa decisão pela Duma. Mas parece bastante inócuo o procedimento de suspensão de todas as operações financeiras do órgão administrativo em concreto exclusivamente pelo acordo com a maioria dos deputados da Câmara baixa do Parlamento Federal. Surge ao mesmo tempo a questão da objetividade de semelhante decisão.

Em quarto lugar é amplamente sabido que a Duma de Estado não possui o *status* de pessoa jurídica. Isso significa que a decisão acordada com ela sobre a suspensão das operações financeiras não pode ser questionada por via judicial, o que contradiz a norma da Lei em exame. Além disso, não se pode excluir a possibilidade de utilização por inescrupulosos auditores individuais da Câmara de Contas desse poder com a finalidade de punir os órgãos administrativos "insubordinados", além do mais nas condições em que essa decisão não esteja sujeita a recursos.

A análise da experiência do trabalho se órgãos semelhantes nos Estados estrangeiros mostra que a lei deve definir de forma bastante precisa a pertinência

do órgão superior de controle financeiro a este ou àquele ramo do poder estatal, Legislativo, Executivo ou Judiciário. Sendo que a favor da ligação da Câmara de Contas da Federação da Rússia a um dos ramos mencionados do poder estatal podem ser lançados argumento tanto a favor como contra.

Com referência à realidade da Rússia, parece-nos que a Câmara de Contas deva continuar como órgão de controle do Parlamento. Não apenas em função do status representativo desse último, mas com a finalidade de reforçar sua posição no conjunto por via da ampliação do volume de poderes de controle. Com isso a Câmara de Contas, pela forma de sua atividade, deve ser aproximada a um órgão judicante para a elevação do nível de independência, objetividade e transparência de seu trabalho.

Pensa-se, em resumo, que isso trará um grande efeito a toda sua atividade, o que não pode deixar de se refletir positivamente sobre todo o estado da economia da Rússia, o reforço da disciplina orçamentária e o desenvolvimento de relações de mercado.

ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TCU

**UFBA - COBRANÇA DE MULTAS POR ATRASO NO
PAGAMENTO DE TARIFAS ÀS CONCESSIONÁRIAS DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**
Consulta

Ministro-Relator Valmir Campelo

Grupo II - Classe III - Plenário

TC-015.170/97-7

(c/ 01 volume)

Natureza: Consulta

Entidade: Universidade Federal da Bahia - UFBA

Interessado: Reitor da Universidade Federal da Bahia

Ementa: Consulta formulada pelo Reitor da Universidade Federal da Bahia sobre cobrança de multas por atraso no pagamento de tarifas às concessionárias de serviços públicos. Não conhecer da presente consulta, ante a ausência dos requisitos legais e regulamentares para sua admissibilidade (art. 1º, XVII, Lei nº 8.443/92 e arts. 216 e 217 do RI/TCU). Dar ciência ao consulente do inteiro teor da Decisão a ser adotada pelo Tribunal, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam. Arquivar o presente processo.

RELATÓRIO

Examina-se no presente processo consulta formulada pelo Magnífico Reitor da Universidade Federal da Bahia, Sr. Luiz Felipe Perret Serpa, relativa à cobrança de multas por atraso no pagamento de tarifas às concessionárias de serviços públicos, no caso para fornecimento de energia elétrica.

02. A SECEX/BA, instruindo o feito, esclarece que:

"... a autoridade consulente, ameaçada pela Companhia de Eletricidade da Bahia - COELBA, de corte de energia elétrica nas unidades administrativas da Universidade, por débitos decorrentes de acréscimos moratórios por atraso de pagamento (fl. 5), solicita desta Corte de Contas parecer a respeito, pois entende 'ser absolutamente incabível tal cobrança, por juridicamente desassistida'.

A UFBA, inclusive, ingressou em juízo com Ação Cautelar contra a COELBA, no intuito de impedir a suspensão do fornecimento de energia, tendo sido

deferido seu pedido, como demonstrado pela documentação anexa às fls. 63/75.

Parece-nos, entretanto, que a consulta não atenda aos requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo Regimento Interno, pois a autoridade consulente não se inclui entre aquelas previstas nos incisos I a IV do art. 216 da citada legislação, e versa sobre caso concreto, em desacordo com o art. 217 do mesmo Regimento, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao Sr. Luiz Felipe Perret Serpa.

Porém, se a Egrégia Corte entender que esta preliminar possa ser superada, submetemos o assunto à consideração superior propondo que se responda ao Magnífico Reitor da Universidade Federal da Bahia que a orientação predominante do TCU é pelo não cabimento do recolhimento de multas por atraso no pagamento de tarifas das concessionárias de serviços públicos, por falta de norma legal que autorize tal procedimento, a exemplo das Decisões proferidas nos TC's 275.394/88-3, 015.644/90-1, 005.791/91-0, 007.087/93-4 e 004.142/94-2".

03. O Sr. Secretário de Controle Externo da SECEX/BA manifestou-se de acordo com as conclusões da instrução.

É o Relatório.

VOTO

04. Como se observa do Relatório que acabo de apresentar, a autoridade consulente não se inclui entre aquelas previstas nos incisos I a IV do art. 216 do Regimento Interno e a consulta versa sobre caso concreto.

05. Nesse sentido, ante o disposto no art. 217 da referida norma regimental, entendo que o Tribunal está impedido de conhecer da consulta, devendo, portanto, o processo ser arquivado após comunicação ao consulente.

06. Entretanto, considerando que o Tribunal já se manifestou sobre a matéria em várias oportunidades, sou de opinião, ainda, que, a título de colaboração com o Magnífico Reitor, deva-se encaminhar-lhe cópia da Deliberação a ser adotada, bem como de seus fundamentos.

Ante todo o exposto, Voto no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este Colendo Plenário.

DECISÃO Nº 187/98-TCU- PLENÁRIO¹

1. Processo nº TC- 015.170/97-7

1. Publicada no DOU de 05/05/98.

2. Classe de Assunto: (III)- Consulta formulada pelo Reitor da Universidade Federal da Bahia sobre cobrança de multas por atraso no pagamento de tarifas às concessionárias de serviços públicos.

3. Interessado: Reitor da Universidade Federal da Bahia

4. Entidade: Universidade Federal da Bahia - UFBA

5. Relator: Ministro Valmir Campelo

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: SECEX/BA

8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - não conhecer da presente consulta, ante a ausência dos requisitos legais e regulamentares previstos para sua admissibilidade (art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92 e arts. 216 e 217 do Regimento Interno do TCU);

8.2 - levar ao conhecimento do interessado o inteiro teor desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam;

8.3 - arquivar o presente processo.

9. Ata nº 13/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 22/04/1998 - Ordinária.

11. Especificação do quorum:

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Bento José Bugarin, Valmir Campelo (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Benjamin Zymler.

11.2. Ministro com voto vencido: Bento José Bugarin.

Homero Santos
Presidente

Valmir Campelo
Ministro-Relator

ECT - DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONSTANTE DE CONTRATO DE FRANQUIA Recurso de Reconsideração

Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi

Grupo II - Classe VI - Plenário

TC-006.706/96-7

Natureza: Recurso de Reconsideração

Responsáveis: Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho

Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Ementa: Recurso de Reconsideração interposto em processo de Tomada de Contas Especial instaurada pelo descumprimento de cláusula constante de contrato de franquia assinado com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Considerações acerca da natureza jurídica da avença. Assunto não inserido na competência do Tribunal de Contas da União, uma vez que não cabe a esta Corte apreciar processos que tratem exclusivamente de débitos decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais acordadas sob o manto do direito privado, assim entendidas também aquelas inerentes aos contratos de franquias celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Conhecimento do recurso, provimento e insubsistência da TCE.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a minudente instrução de lavra do AFCE Elson Rodrigues da Silva Junior, endossada pelos Sr. Diretor de Divisão e Sr. Secretário da 10ª SECEX:

"Versa a espécie sobre Recurso de Reconsideração interposto pelos Srs. Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho contra o Acórdão nº 217/97 da 2ª Câmara, com vistas a modificar aquele *decisum*, com base nos fatos e fundamentos expostos na peça recursal de fls.01/08 do volume I dos autos.

I - Histórico

2. Os recorrentes são sócios-gerentes da empresa Quick Express Serviços Postais LTDA, que, por meio do instrumento colacionado às fls. 30/45 do

volume principal dos autos, celebrou contrato de franquia empresarial com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

3. A ECT, entendendo que a empresa franqueada atrasou e se omitiu no acerto de contas relativo ao período de 15.04.96 a 16.05.96, instaurou a tomada de contas especial, que consiste no presente feito.

4. O Acórdão nº 217/97 da 2ª Câmara julgou irregulares as contas dos recorrentes e imputou-lhes a multa prevista no art.58, I, da Lei 8.443/92, no valor de R\$ 1.500,00. O voto do eminente Ministro Fernando Gonçalves, que embasou sobredito Acórdão, fundamentou-se na alínea "c" do inciso III do art.16 da Lei nº 8.443/92.

II - Admissibilidade

5. O documento de fls. 120 comprova que o Sr. Walter Bezerra de Sá Neto fora cientificado da decisão no dia 13.06.97. Quanto ao segundo recorrente, embora não haja nos autos comprovação efetiva da data em que tomou ciência do *decisum*, é de presumir a tempestividade do recurso, eis que o documento de fls. 119 comprova ter sido enviada para endereço equivocado a comunicação processual que o cientificava da decisão. Dessa forma, tendo sido o recurso interposto em 26.06.97, é de reconhecer a sua tempestividade para ambos os recorrentes.

6. Não obstante tenham os recorrentes nominado a peça impugnatória como recurso de revisão, parece-nos de melhor alvitre que seja recebida como recurso de reconsideração, haja vista que é o primeiro recurso interposto contra o Acórdão nº 217/97 da 2ª Câmara e que é também remédio jurídico adequado à impugnação de decisão proferida nesta espécie de processo. Ademais, se conhecido como recurso de revisão, haveria, no futuro, impossibilidade de interposição dessa modalidade recursal, ainda que venha a ser constatada alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 35 da Lei nº 8.443/92, eis que estaria precluso aquele direito.

III - Mérito

7. Irresignados com o Acórdão 217/97 da 2ª Câmara, que lhes imputou a multa do art.58, I, da Lei 8.443/92, no valor de R\$1.500,00, os recorrentes alegam, em suma, que:

7.1 a franquia de correios da ACF Samambaia II, desde o início de vigência do contrato, revelou-se negócio antieconômico e de difícil administração;

7.2 os acertos de contas eram feitos semanalmente, postergando-se, quando absolutamente inviável, o repasse do saldo disponível em favor da ECT;

7.3 sempre que ocorria esse atraso, a franqueada pagava o ônus do atraso;

7.4 em 29.04.95, o saldo a favor da ECT atingiu R\$ 3.823,39, não podendo ser repassado em sua totalidade, o que gerou o débito objeto deste feito;

7.5 a reação da ECT foi a suspensão do fornecimento de material, o que retirou toda a possibilidade de equilíbrio financeiro da franqueada;

7.6 os balancetes insertos às fls. 22/29 dos autos retratam fielmente a situação financeira mencionada;

7.7 o relatório dos tomadores de contas não aponta outro fato além da existência de débito que, referindo-se impropriamente à omissão na prestação de contas no período de 15.04.95 a 16.05.95, em verdade resultou de diferenças entre os valores que deveriam ter sido repassados e os que efetivamente o foram;

7.8 os documentos de fls. 09/130 do volume I dos autos comprovam que não houve omissão de prestação de contas;

7.9 o fechamento súbito da agência e as decisões que a precederam, tomadas pela ECT, produziram impacto nocivo à situação da franqueada, obrigando-a a novos encargos, como os trabalhistas decorrentes das rescisões das relações de emprego;

7.10 por absoluta falta de meios, a dívida corrigida elevou-se a R\$ 5.597,12;

7.11 a dívida foi paga em 04.11.96, o que se comprova pelo documento de fls.90;

7.12 os documentos de fls.163/164 atestam que os negócios de franquia eram antieconômicos;

7.13 a ECT, por ocasião da rescisão contratual, não restituiu à franqueada a quantia depositada a título de taxa de garantia, no valor de R\$ 2.000,00;

7.14 espera ver reconhecido o seu direito de reaver tal quantia;

7.15 provado que os recorrentes deixaram de repassar à ECT, no prazo prescrito, importâncias devidas, sem, contudo, ter agido por má-fé, eis que não o fizeram em proveito próprio, mas premidos por circunstâncias resultantes do próprio negócio, esperam a reforma do julgado; e

7.16 por fim, requerem seja dada ciência do que for decidido ao Departamento de Polícia Federal, com vistas a instruir processo que lá tramita.

III.1 - Da natureza jurídica do contrato celebrado

8. O único vínculo existente entre a empresa franqueada e o Poder Público, representado pela ECT, consiste no contrato de franquia celebrado. Assim, para que se verifique haver possibilidade de o TCU aplicar multa à

franqueada, impende que se busque identificar a natureza jurídica da avença celebrada entre as partes.

9. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, embora por definição legal seja empresa pública, tem personalidade jurídica de direito privado. Hely Lopes Meirelles assim dispõe ao estudar as empresas públicas, *in verbis*:

'Vale-se tão-somente dos meios da iniciativa privada para atingir seus fins de interesse público'; e

'quando explorar atividade econômica, deverá operar sob as normas aplicáveis às empresas privadas, sem privilégios estatais...'

(Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Ed., Malheiros - 1993, p.326/328)

10. Dos textos acima transcritos, constata-se que a empresa pública deve, em regra, utilizar na consecução do interesse público específico para o qual foi criada os instrumentos de direito privado.

11. O ordenamento positivo não assegura vantagens às empresas públicas em detrimento das privadas. Se assim não fosse, não haveria razão nem justiça em atribuir-lhes personalidade de direito privado.

12. A dúvida que fica nos autos refere-se a ser o contrato típico de concessão, ou se esse reveste-se de características que lhe confirmam natureza mais próxima da esfera do direito privado.

13. O voto do Relator reproduziu parte do voto do eminente Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira exarado no processo TC - 013.889/94-0 - Relatório de Auditoria Operacional realizada na ECT com o objetivo de avaliar seu sistema de franquias -, que a seguir transcrevemos, *in verbis*:

'... contrato de franquia celebrado entre a ECT e terceiros representa verdadeiro ato administrativo que aquela Empresa Pública firma na condição de outorgada de serviço público. Situação esta que sob a ótica do disposto no art. 175 da Carta Magna deve efetivar-se por meio de concessão ou permissão...'

14. Cabe esclarecer que o contrato de franquia não pode ser entendido como ato administrativo típico ou unilateral. Na definição do Mestre Hely Lopes Meirelles, ato administrativo é:

'toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria'

(Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Ed., Malheiros - 1993, p.133)

15. O autor explicita que essa definição é restrita ao ato administrativo típico. Ainda segundo Hely Lopes Meirelles, os atos administrativos bilaterais são os contratos administrativos.

16. Dessa forma, o ato administrativo a que se refere o ilustre Ministro Paulo Affonso não pode ser outro, senão o ato bilateral - contrato -, não se caracterizando como ato administrativo típico ou em sentido estrito. Até mesmo, porque a concessão, segundo o ordenamento positivo, se dá, em regra, por contrato.

17. Assim, parece claro que o contrato de franquia objeto do feito representa verdadeira manifestação bilateral de vontades. Importa, portanto, saber qual era a intenção das partes quando da celebração do contrato, em especial qual era o posicionamento que a franqueada entendia ter naquele momento.

18. Com efeito, valendo tanto para os ajustes administrativos quanto para os de direito privado, a interpretação dos contratos não pode prescindir dos aspectos objetivo e subjetivo. Deve-se examinar tanto o ato negocial e suas cláusulas quanto a intenção das partes. Assim, o ato de exegese do contrato não deve limitar-se à análise literal de seus termos. Impende que se busque a manifestação volitiva das partes para dar-lhe efeitos jurídicos.

19. Quanto à interpretação de contratos, Maria Helena Diniz assevera que:

'O contrato, por ser originário de declaração de vontade, requer, como a lei, uma interpretação, dada a possibilidade de conter cláusula duvidosa ou qualquer ponto obscuro ou controvertido. A interpretação do contrato é indiscutivelmente similar à da lei, podendo-se até afirmar que há certa coincidência entre as duas. Aplicam-se, por isso, à hermenêutica do contrato princípios concernentes à interpretação da lei, embora a tarefa do intérprete do contrato encontre certas dificuldades que o hermeneuta da lei não terá de enfrentar, pois, enquanto a hermenêutica assume feição objetiva por ter de eliminar dúvidas e ambigüidades que afetam a lei, a interpretação exerce, concomitantemente, função objetiva e subjetiva, já que além de analisar o contrato e suas cláusulas, deverá examinar a intenção comum das partes contratantes.'

(Cf. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º Volume, Saraiva, 1995, p.56)

20. Nesse sentir, o que se verifica é que a franqueada entendia estar diante de um contrato regido pelas normas de direito privado, haja vista que, da interpretação do contrato, o que exsurge é que não há como enquadrar o ajuste firmado como concessão de serviço público.

21. O contrato de concessão de serviço público deve, obrigatoriamente, conter cláusulas que disponham sobre intervenção, reversão e encampação.

No caso sob exame, essas cláusulas não se fazem presentes no contrato. É lícito presumir que se não há possibilidade de encampação, é porque não há concessão. Não parece cabível admitir concessão de serviço público em que o Poder Público não possa afastar o concessionário e assumir a prestação dos serviços utilizando-se, inclusive, dos bens pertencentes ao concessionário.

23. Da análise do contrato celebrado, verifica-se que foi cobrada taxa de franquia e taxa de publicidade. Isso descaracteriza a concessão e aproxima o pacto do direito privado. Nos contratos de concessão não há possibilidade de o Poder Público instituir taxa, a ser paga pelo concessionário, pelo simples uso do 'nome'. A taxa de franquia nada mais é do que um pagamento a ser feito para que se possa utilizar um nome comercial ou uma marca. No caso concreto o nome comercial e a marca *CORREIOS*.

24. Outro relevante aspecto se funda no fato de que foi exigida uma caução do franqueado. Tal exigência revela a essência puramente mercantil da avença. Se o contrato fosse de concessão de serviço público, talvez não houvesse necessidade de caução, pois as relações comerciais se estabeleceriam apenas entre a franqueada e os usuários do serviço público, o que afastaria, de forma geral, a possibilidade de prejuízo ao Erário e, por via de consequência, a necessidade inafastável de caução.

25. Nas concessões de serviço público, não há vínculo comercial entre o poder concedente e o concessionário. No caso do contrato de franquia celebrado, o vínculo, ao reverso, é estritamente comercial. Tanto é assim que havia pagamentos efetuados pela franqueada à ECT em decorrência dos serviços prestados aos usuários.

26. A previsão contratual de multa, no valor de 10%, em caso de atraso no repasse das verbas devidas é outro ponto que demonstra a natureza comercial do pacto. Em contratos de concessão não há previsão de multa por atraso no repasse de verbas, porque, simplesmente, não há verbas a serem repassadas.

27. De um modo geral, o sistema de franquia parece não se coadunar com a exigência de modicidade das tarifas que deve nortear as concessões de serviços públicos. Quando o Poder Público defere a particular, por meio de concessão, a exploração de serviço público, a tarifa a ser fixada deve buscar a modicidade. Na franquia, a tarifa deixa de ser módica, pois, além de cobrir os custos em que incorre o concessionário para a prestação do serviço, abriga os custos referentes ao pagamento pela utilização de uma marca.

28. Não podemos esquecer que o contrato celebrado é um contrato de franquia empresarial, cujo objeto precípua se constitui na cessão do direito de uso da marca *CORREIOS*. Ressalte-se que os contratos de franquia empre-

sarial são regidos, atualmente, pela Lei nº 8.955, de 15.12.94, que é norma eminentemente de direito privado. Embora tenha sido o contrato celebrado no curso da *vacatio legis* da Lei nº 8.955/94, é de entender que o ordenamento jurídico, ao reconhecer a necessidade de regulamentação desse tipo de pacto, o tratou como sendo de direito privado.

29. A afirmação de que o contrato fora celebrado durante a vacância da Lei nº 8.955/94 se faz necessária porque, ainda que a assinatura do contrato tenha se dado em 20.12.94 e que a publicação do texto legal date de 15.12.94, essa somente entrou em vigor, por disposição expressa de seu texto, 60 dias após a publicação.

30. Outro ponto que corrobora o entendimento de que se deve analisar o ajuste por um ângulo bem próximo das normas de direito privado é a publicação da Lei nº 8.987/95, ocorrida logo após a celebração do contrato.

31. Assim estabelece o art. 25 do mencionado diploma legal, *in verbis*:

"Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º omissis

(grifos nossos)

32. Sem embargo de reconhecer que essa Lei também não integrava o ordenamento positivo à época da celebração do contrato, é de cristalino entendimento que houve esforço legislativo no sentido de reconhecer que relações jurídicas como a que ora se analisa devem ser interpretadas com base no direito privado.

33. A ECT é, em última análise, concessionária de serviço público. O contrato foi, indubitavelmente, firmado para o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço concedido. Nesse caso, como bem afirma o § 2º acima transcrito, os contratos celebrados entre a concessionária e terceiros - entre a ECT e a empresa franqueada -, devem reger-se pelas normas de direito

privado, não se estabelecendo nenhuma relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente - entre a empresa franqueada e a União.

34. O mencionado diploma legal - Lei nº 8.987/95 - disciplinou de formas distintas a prestação de atividades inerentes ao serviço concedido e o instituto da concessão ou da subconcessão.

35. Os §§ 2º e 3º do art. 25 trataram da prestação de atividades inerentes ao serviço concedido. Por sua vez, o art. 26 abordou a subconcessão. Assim dispõe o art. 26 da Lei nº 8.987/95, *in verbis*:

'art. 26 - É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º - A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º - o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.'

36. Note-se que a lei estabeleceu distinção entre a prestação de atividades inerentes e a subconcessão. Destarte, é possível haver prestação de atividades inerentes ao próprio serviço público sem que, contudo, fique caracterizada a subconcessão. O intérprete não pode tratar de forma igual aquilo que a lei diferenciou.

37. Portanto, impende delimitar aquilo que, segundo a lei, seria desenvolvimento de atividade inerente ao serviço concedido e aquilo que seria subconcessão de serviço público.

38. Começemos pela subconcessão. Nesse instituto, a prestação da totalidade dos serviços subconcedidos fica a cargo exclusivo da subconcessionária. O § 2º do art. 26 da Lei nº 8.987/95 afirma que a subconcessionária se sub-rogará em todas as obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão. Trazendo o exame do texto legal para o caso sob exame, para que ficasse caracterizada a subconcessão, necessário seria que a franqueada prestasse, dentro dos limites da subconcessão, a totalidade dos serviços. Não poderia haver participação da ECT na prestação dos serviços subconcedidos.

39. É forçoso reconhecer que a empresa franqueada não prestava toda a gama de serviços oferecidos pela ECT. Muito menos realizava todas as tarefas necessárias à completa execução da porção dos serviços que oferecia. Como exemplo, a franqueada recebia as correspondências postadas, mas não efetuava as entregas aos destinatários, que era serviço prestado exclusivamente pela ECT.

40. A ECT permaneceu, por todo o tempo da execução do contrato, vinculada à prestação dos serviços que foram, em parte, repassados à franqueada. Não houve independência da franqueada na prestação dos serviços. Estava, na prestação dos serviços aos usuários, sempre vinculada à ECT. Tanto que usava a marca CORREIOS. Logo, o contrato celebrado não se trata de subconcessão.

41. O próprio instituto da franquia parece ser incoerente com a concessão de serviços públicos. Como já mencionado, a franquia é própria do direito privado. No contrato de concessão, a concessionária opera por conta própria. No contrato de franquia, como se sabe, a operação do negócio por parte do franqueado é totalmente vinculada ao franqueador.

42. Não há como negar que a lei admitiu o desenvolvimento de atividades inerentes ao próprio serviço concedido por meio de contratos com terceiros. O caso sob exame encaixa-se perfeitamente nessa hipótese.

43. Não se pode afastar a interpretação literal da palavra inerente. Segundo o famoso dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, *inerente* é o '*que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa*'. Assim, quando a lei valeu-se daquela palavra, queria mesmo admitir a prestação de parcela do serviço concedido por terceiros, sem que, com isso, ficasse caracterizada a subconcessão.

44. O recebimento da correspondência e o desenvolvimento das outras atividades acometidas à franqueada não caracterizam subconcessão, eis que são apenas parcelas de um todo, que corresponde à totalidade do serviço público concedido à ECT.

45. A contratação para o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço público concedido caracteriza-se pelo fato de que a contratada permanece vinculada à contratante durante a execução do contrato. Esse vínculo não é apenas jurídico, mas contempla o aspecto fático da execução dos serviços. As duas empresas realizam os serviços lado a lado, como, aliás, é típico dos contratos de franquia.

46. Dessa análise, resulta a conclusão de que uma das diferenças marcantes entre a subconcessão e o contrato com terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes ao próprio serviço concedido se verifica na execução dos serviços. Na primeira, a subconcessionária presta os serviços de forma autônoma, monta a sua estrutura da forma que melhor lhe aprouver, obviamente, desde que garanta a qualidade dos serviços, e executa os serviços de forma independente. Na segunda, os serviços são prestados de forma totalmente vinculada ao que estabelece a empresa contratante, que tem ingerência direta sobre a forma pela qual a contratada irá operacionalizar as suas atividades.

47. Como se sabe, as franqueadas pela ECT não entregam correspondência, não transmitem telegramas - apenas recebem - e não realizam uma série de tarefas que são necessárias ao cumprimento da parcela da prestação do serviço público que realizam conjuntamente com a ECT.

48. Como último aspecto a demonstrar que o contrato celebrado não pode ser considerado como sendo de concessão ou subconcessão, mencione-se o tratamento que se deve dar às tarifas nesses tipos de contrato e o que ocorreu no caso sob exame.

49. Nas concessões, a tarifa é fixada com base nos custos em que incorre o concessionário, de forma a assegurar-lhe pequena margem de lucro, observada a modicidade dos preços a serem pagos pelos usuários. Se o contrato sob exame fosse de concessão ou subconcessão, as tarifas deveriam ter sido fixadas com base nos custos em que incorria a franqueada. Todavia, isso não ocorreu. A franqueada cobrava dos usuários o preço estabelecido pela ECT. Note-se que esse preço nada mais era do que a própria tarifa fixada para a ECT, ou seja, era calculado com base nos custos da ECT e não da franqueada. Assim, o que havia, como forma de remunerar a franqueada, nada mais era do que um percentual da tarifa da ECT, que não guardava nenhuma correlação com os custos daquela. Reforça-se, pois, a tese de que o contrato era mesmo comercial, não se caracterizando concessão ou subconcessão, haja vista que não houve fixação de tarifas com base nos custos da empresa franqueada.

50. Por todo o exposto, parece-nos que o contrato celebrado não é, de fato, concessão ou subconcessão de serviço público, sendo que sua natureza jurídica aproxima-se daquela típica dos acordos comerciais regidos pelas normas de direito privado.

III.2 - Da possibilidade de o tcu aplicar multa à franqueada

51. Determinada a natureza jurídica do contrato, importa saber se a empresa franqueada ou se seus sócios-gerentes encontram-se adstritos à competência do Tribunal de Contas da União.

52. Considerando a natureza eminentemente privada do contrato de franquia celebrado, não se faz, s.m.j, possível que o TCU aplique multa ou mesmo fiscalize a atividade econômica da franqueada. A razão é bastante singela. O franqueado não se encontrava na gestão da *res* pública. A empresa contratada tinha como único vínculo com o Poder Público o contrato de natureza privada. Somente para melhor elucidar a questão, a ingerência do TCU nos negócios da franqueada, com a conseqüente aplicação de multa, equivale, com as devidas ressalvas, a aplicar multa a uma empresa contratada para vender um veículo à ECT e que deixa de entregar o bem. A atuação do TCU em casos dessa natureza deve, s.m.j, limitar-se a compelir a Empresa

Pública - *in casu*, a ECT - a adotar as medidas cabíveis para o cumprimento do pactuado.

53. As contas foram julgadas irregulares e a multa foi aplicada, segundo o voto do Relator, com supedâneo na alínea "c" do inciso III do art. 16 da Lei nº 8.443/92, que assim estabelece, *in verbis*:

'c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico'

54. Se a empresa Quick Express Serviços Postais LTDA não geria a coisa pública, não poderia sequer ter instaurada contra si tomada de contas especial. Exceção deve ser feita para eventual prejuízo causado ao Erário, que, no caso sob exame, não se concretizou, pois o dinheiro somente passava a ser público quando de sua entrega à ECT, haja vista que a franqueada não operava por meio de concessão pública.

55. Quando da celebração do contrato, dada sua natureza de direito privado, a franqueada se havia em uma relação de coordenação com a ECT. O Estado, ao instituir a ECT com personalidade jurídica de direito privado e ao permitir que essa empresa celebrasse contratos de natureza comercial, abriu mão, de certa forma, da superioridade em relação ao particular, que lhe é imanente. Nesse diapasão, não parece haver propriedade na instauração da tomada de contas especial, também, por demonstrar uma retomada unilateral de prerrogativa, que foi, inicialmente, desconsiderada, com vistas a atrair o particular à celebração de acordo que interessava ao Poder Público.

56. Ainda que admissível a tomada de contas especial, a multa também ficaria descaracterizada. Como já dito se não havia gestão de coisa pública, não há falar em ato de gestão - obviamente público - antieconômico ou ilegítimo.

III.3 - Do não cabimento da multa ainda que se admita estar a franqueada sujeita à fiscalização do TCU

57. Admitindo, por hipótese e também porque esse pode ser o entendimento do Tribunal, que a empresa franqueada esteja gerindo coisa pública e que, portanto, esteja sob a esfera de atuação do TCU, cabe verificar se há propriedade na aplicação da multa cominada aos recorrentes. Até mesmo porque, nessa possibilidade centra-se a tese impugnatória do *decisum*.

58. Quando se estabelece um negócio, deve-se ter por inerente o risco de insucesso da atividade empresarial. Assim, a ECT, quando da celebração do ajuste, tinha pleno conhecimento de que haveria a possibilidade de fracasso, o que, inevitavelmente, conduziria ao atraso no recebimento daquilo que lhe era devido.

59. Os documentos colacionados pelos recorrentes às fls. 09 *usque* 130 do volume I dos autos comprovam a veracidade de suas afirmações no sentido de que não houve omissão na prestação de contas no período em questão. O que se deu foi o repasse a menor das verbas devidas à ECT, fato esse que é incontroverso nos autos.

60. Reconhecendo a dívida para com a ECT, a franqueada quitou suas obrigações pecuniárias, com os devidos consectários, no dia 04.11.96 (fls. 90).

61. O insucesso econômico e financeiro do negócio está sobejamente comprovado na documentação trazida aos autos pelos recorrentes, em especial comprova-se, ainda, pelos documentos de fls. 22/29, que já integravam a tomada de contas especial.

62. Diante desse insucesso, a franqueada não teve como saldar tempestivamente suas obrigações. Como se sabe, uma empresa tem, além dos débitos a quitar com seus fornecedores, diversos encargos, como salários, tributos, contribuição previdenciária, FGTS e outros.

63. O empresário que se depara com esse tipo de situação terá, lamentavelmente, que descumprir algumas de suas obrigações pecuniárias. No caso sob exame, não houve retenção dolosa dos valores a serem repassados à ECT. Simplesmente a franqueada, em face de seus diversos encargos, não foi capaz de honrar tempestivamente esse repasse.

64. Sendo o insucesso da atividade empresarial admissível desde a celebração do contrato de franquia, parece, *data maxima venia*, medida de extremo rigor aplicar multa aos responsáveis que, por motivos alheios à sua vontade, deixaram de saldar em dia seus compromissos. Sobretudo, porque pagaram também a multa contratual relativa a atraso nos repasses.

65. A aplicação de multa pelo TCU neste processo reveste-se de elementos que lhe conferem o aspecto de constrangimento indireto a que a empresa franqueada, diante de insucesso econômico, salde as obrigações para com a ECT antes mesmo de quitar seus débitos trabalhistas e tributários. Além de arcar com a multa contratual decorrente do atraso, suportará o pagamento da multa imputada pelo TCU. Se poderá estar, por via indireta, obrigando o empresário, fracassado em seu negócio, a privar seus empregados de verba de natureza alimentar.

66. Não se quer aqui dizer que a franqueada estivesse desobrigada de pagar o que deve. Até mesmo porque, segundo o contrato, o risco da atividade empresarial era somente seu. O que se afirma é que a obrigação se resolveria com o pagamento dos valores atrasados com os seus devidos consectários contratuais, o que já foi feito.

67. A tudo soma-se o fato de que para que seja aplicada qualquer penalidade, e a multa aplicada pelo TCU é indubitavelmente apenação, necessário se faz a demonstração de dolo ou de pelo menos culpa por parte do agente.

68. Se entendermos que os responsáveis geriam a coisa pública, eles seriam agentes públicos. A responsabilidade do agente público é sempre subjetiva. Como tal, para que se verifique, importa estarem presentes os quatro elementos caracterizadores desse tipo de responsabilidade, que são: o ato danoso; o dano; a relação nexo-causal entre o ato e o dano; e culpa em sentido amplo - dolo ou culpa em sentido estrito.

69. O ato danoso está presente - não repassou os valores -, o dano também - a ECT teve prejuízo -, a relação nexo-causal entre o ato e o dano é evidente. Todavia, não há culpa nem dolo devidamente demonstrados nos autos. Como se depreende dos autos, e note-se é fato incontroverso, a falta de pagamento se deu por conta do insucesso empresarial, que não se pode atribuir à imprudência, imperícia, negligência ou má-fé, pelo simples fato de não haver nos autos nenhuma prova nesse sentido. Ausente, pois, a culpabilidade, não se pode apenar os responsáveis, ainda que se entenda estarem aqueles gerindo coisa pública.

70. A aplicação de multa ficaria incoerente. Se não geriu coisa pública, não está sob a jurisdição do TCU. Logo, não pode ser multado. Se geriu coisa pública, é agente público. Logo, para que haja multa, necessária se faz a demonstração da culpabilidade. Como não foi demonstrada, não pode ser multado.

71. Ademais a aplicação de multa pelo TCU configura verdadeiro *bis in idem*. Os responsáveis foram duplamente multados. Pagaram a multa contratual pelo atraso no pagamento à ECT e estão instados a pagar a multa imposta por esta Casa.

III.4 Da devolução da taxa de garantia à franqueada

72. Quanto ao pedido formulado no sentido de que a ECT devolva à franqueada a taxa de garantia, o TCU não é o foro adequado ao atendimento do pedido, razão pela qual não se há que pronunciar nesse sentido. Devem, pois, os recorrentes buscar o foro competente, com vistas a ver satisfeita sua pretensão.

III.5 Do pedido para que seja cientificada à Polícia Federal do teor do que vier a ser decidido

73. No que tange ao pedido para que seja dada ciência à Polícia Federal do que vier a ser decidido nessa fase recursal, não cabe atendê-lo. Não há dever de ofício para o TCU no sentido de informar àquele órgão o teor de

suas decisões. Se os recorrentes entendem pertinente que o aqui decidido venha a constar de inquérito que lá tramita, devem diligenciar, por conta própria, no sentido de convencer a autoridade policial competente a que solicite ao TCU as informações que julgar necessárias.

Conclusão

'Ex positis', submeto os autos à consideração superior, propondo:

I) que seja conhecida a peça impugnatória de fls. 01/08 do volume I dos autos como recurso de reconsideração, por preenchidos os requisitos legais e regulamentares de admissibilidade aplicáveis à espécie;

II) que, no mérito, lhe seja dado provimento, para tornar insubsistente a tomada de contas especial instaurada contra os Srs. Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho;

III) sucessivamente, entendendo o Tribunal que a empresa franqueada e seus sócios-gerentes geriam a coisa pública e que, portanto, estão sujeitos à jurisdição desta Corte, que, no mérito, seja o recurso provido, para julgar regulares com ressalva as contas dos responsáveis e excluir a multa que lhes fora aplicada, dando-se-lhes quitação; e

IV) a sua remessa, via Ministério Público/TCU, ao eminente Ministro Adhemar Paladini Ghisi, Relator do feito."

2. O Ministério Público, representado nos autos pelo Dr. Jatir Batista da Cunha, assim opinou quanto ao essencial:

"A respeito da competência deste Egrégio Tribunal para apreciar Tomada de Contas Especial instaurada em razão de irregularidades incorridas por celebrante de contrato com a ECT visando a prestação de serviços postais e telemáticos mediante o sistema de franquia, transcrevemos, por oportuno, o seguinte trecho do Voto do eminente Ministro Fernando Gonçalves, exarado nos autos do TC-010.050/95-7: 'Daí que não se está a tratar de mero 'repasso de recursos', mas antes de situação em que particular investe-se, por conta de delegação estatal, na função de prestador de serviços públicos, passando a utilizar, guardar e administrar dinheiros, bens e valores igualmente públicos, e, de conseguinte, obrigando-se a deles prestar contas (Constituição Federal, art. 70, parágrafo único)', Acórdão nº 095/96-TCU-Plenário, Ata nº 25/96."

3. Arrimado exclusivamente nesse entendimento, o *Parquet* dissentiu da proposta apresentada pela 10ª SECEX, propondo o conhecimento da peça apresentada como recurso de reconsideração, opinando, no mérito, pelo seu não provimento, mantendo-se os termos do Acórdão condenatório.

É o Relatório.

VOTO

As alegações produzidas pelos recorrentes fundam-se, basicamente, no fato de que os atrasos nos pagamentos por ele efetuados em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos decorreu da precária situação econômico-financeira vivenciada pela franqueada, não existindo má-fé ou outro fato que pudesse conduzir à irregularidade de suas contas, máxime após a quitação da dívida que detinham com aquela empresa pública, ainda que essa tenha ocorrido a destempo.

2. Reconheço que as alegações me levaram a refletir acerca da possibilidade de terem esses Senhores suas contas julgadas irregulares, exclusivamente pelos fatos constantes dos autos. As ponderações trazidas pela 10ª SECEX me levaram ao aprofundamento do assunto, sobretudo no que tange às questões preliminares, que passo a discutir.

3. Inicialmente, incumbe-me esclarecer um ponto que considero de fundamental importância para a perfeita compreensão do recurso a ser apreciado por este Colegiado: a presente Tomada de Contas Especial foi instaurada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pelos "constantemente atrasos e omissão na prestação de contas" da Agência Franqueada Quick Express Serviços Postais Ltda - Samambaia II, "causando um prejuízo à ECT no valor de R\$ 3.698,26". Tal afirmação, no entanto, é enganosa: as prestações de contas foram apresentadas tempestivamente pela franqueada. Ocorre, entretanto, que as importâncias por ela devidas à ECT, discriminadas nas prestações de contas, não foram repassadas ao tempo certo, em face de seus frequentes prejuízos operacionais, devidamente demonstrados nos balancetes integrantes da prestação de contas. Feita essa breve observação, passo à análise dos fatos.

I . Do Contrato

4. O denominado Contrato de Franquia Empresarial celebrado entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (franqueadora) e a Quick Express Serviços Postais Ltda (franqueada) tinha por objeto "ceder à franqueada o direito de uso da Marca "Correios", na Agência de Correio Franqueada, para prestar exclusivamente atendimento e comercialização de serviços e produtos prestados ou vendidos pela franqueadora (...)".

5. O item 5.7 da Cláusula Quinta estipulava que os produtos, formulários e materiais necessários à execução dos serviços seriam supridos à franqueada pela ECT.

6. Nos termos da Cláusula Sexta do Contrato de Franquia Empresarial (itens 6.1 e 6.2), o acerto de contas seria efetuado semanalmente, consistindo tal acerto no "fechamento do demonstrativo semanal da arrecadação da ACF, com repasse desta arrecadação à franqueadora", sendo a franqueada comissionada de acordo com os percentuais previstos na Cláusula Sétima daquele Contrato.

7. O item 6.1.4. da mencionada Cláusula Sexta ("Do Acerto de Contas"), previa que "na hipótese de não haver o repasse da arrecadação, parcial ou total, de quaisquer quantias a favor da Franqueadora, nos termos deste Contrato, inclusive por erro de informação nos demonstrativos, nas datas previstas, a Franqueada pagará a referida quantia à Franqueadora, corrigida pela variação da Taxa Referencial (TR) ou, na falta desta e nesta ordem pelo IGP/M ou pelo índice oficial que vier a substituí-la, ocorrido entre a data do vencimento da obrigação e a data do seu efetivo pagamento, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, além de multa de 10% calculada sobre o valor corrigido".

8. Por seu turno, a Cláusula Nona ("Da Rescisão"), previa, em seu item 9.3, que a reincidência no descumprimento pela franqueada de qualquer das cláusulas contratuais autorizava a aplicação de multas sucessivas e progressivas, de 10%, 20% e 30% da comissão da franqueada, além de implicar no descredenciamento da franqueada e na rescisão do contrato.

9. A análise das mencionadas cláusulas contratuais demonstra não apenas a natureza mercantil da avença, mas também a antecipada previsibilidade de uma eventual ocorrência de atrasos nos repasses devidos pela franqueada à franqueadora. A ECT sabia, desde o início, que havia a possibilidade de ocorrerem atrasos nos repasses que lhe eram devidos, tanto assim que previu, contratualmente, a aplicação de multas e outras formas de punição usualmente utilizadas nos pactos da espécie.

10. Resta claro, portanto, que a Quick Express, ao deixar de repassar os valores devidos à ECT, incorreu no descumprimento de cláusula contratual, sujeitando-se exclusivamente à aplicação das penalidades antecipadamente previstas e acordadas.

II - Dos motivos que conduziram ao atraso no cumprimento das obrigações acordadas

11. Conforme foi trazido ao conhecimento deste Tribunal quando da realização de auditoria operacional levada a efeito na ECT com o intuito de verificar a implantação do sistema de franquias (TC-013.889/94-0, Decisão nº 601/94-Plenário), a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, sentindo a necessidade de ampliar sua rede de atendimento sem que incorresse em novos custos, optou pela adoção do sistema de "franchising", atualmente bastante utilizado na comercialização de produtos diversos. No entanto, o fez de forma açodada, consoante se demonstra pelos excertos que a seguir transcrevo, do Relatório que antecedeu ao Voto proferido pelo Relator daqueles autos, Exmo. Sr. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira:

"Em pouco mais de três anos foram instaladas 1.737 agências franqueadas, em todas as Unidades de Federação, nas capitais e no interior. Assim, a ECT ampliou em 32,5% a sua rede de atendimento e se tornou a maior franqueadora do Brasil. Da forma empírica e

desordenada como foi efetuada essa implantação, não se pode afirmar que as agências foram criadas nos locais onde havia demanda ou se foram instaladas em lugares próximos a agências existentes, proporcionando concorrência com a própria ECT (há casos comprovados)."

.....

"O sistema de "franchising" foi implantado sem qualquer estudo prévio de custos, que determinasse a sua viabilidade econômica."

.....

"A tabela de remuneração das Agências de Correio Franqueadas foi elaborada de maneira totalmente empírica, não tendo sido considerado o principal fator: o custo dos serviços prestados pelos terceiros."

12. De tudo isso, se extrai que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, contrariamente a outras empresas franqueadoras, consentiu na abertura de franquias que tinham pouca ou nenhuma possibilidade de sucesso financeiro. Tal fato foi, em grande parte, responsável pela existência de diversos dos processos de tomadas de contas especiais que vem sendo protocolizados nesta Casa, envolvendo agências franqueadas.

13. Especificamente quanto ao presente caso, está devidamente evidenciado que a ausência de repasses por parte da Quick Express foi motivada pela insolvência que atingia a firma, conforme demonstram os diversos formulários de prestação de contas mensais acostados aos autos, em que o somatório das despesas diversas (aluguel, luz, telefone, salários e encargos sociais, etc.) superava a receita de serviços. Assim, a ausência de repasse não constituiu uma atitude imotivada por parte dos administradores da Quick Express; não houve a deliberada intenção de burla aos Correios, mas a impossibilidade fática de serem efetuados os pagamentos devidos. Para que fossem efetuados em dia os pagamentos à ECT, teriam que ser relegadas a um segundo plano despesas essenciais ao funcionamento da firma, a exemplo dos pagamentos de água, luz, aluguel e salários, o que conduziria ao encerramento das atividades da franqueada e à sua falência, situação que, em tese, não interessava a nenhuma das partes - franqueada e franqueadora.

III. Da natureza jurídica da franquia concedida pela ECT

14. Nos termos de Jorge Pereira Andrade, "franquia é o contrato pelo qual uma empresa industrial, comercial ou de serviços, detentora de uma atividade mercadológica vitoriosa, com marca ou nome comercial notórios (franqueadora), permite a uma pessoa física ou jurídica (franqueada), por tempo e área geográfica exclusivas e determinadas, o uso de sua marca, para venda ou fabricação de seus produtos e/ou serviços, mediante uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento de vendas." (*in* Contratos de Franquia e Leasing, 1ª ed., pp. 22).

15. Carlos Alberto Bittar salientou que a franquia comercial tem o mesmo caráter associativo da concessão mercantil, possuindo, também, vínculo meramente contratual (*in* Contratos Comerciais, 1ª ed. Pp. 223). Afirmou, mais, que "a *ratio*, ou a causa, na franquia é a utilização econômica autorizada, sob remuneração própria e assistência técnica, de bem intelectual integrante do aviamento de outrem, empresário comercial disposto a expandir seus negócios, com a aproveitamento da expressão e do potencial por ele adquirido publicamente".

16. Ainda valendo-nos da doutrina, Maria Helena Diniz, em seu Tratado Teórico e Prático dos Contratos, caracteriza a franquia como um "contrato bilateral, consensual, oneroso, de execução continuada e atípico". Ensina-nos, ainda, que a franquia, "por não estar regulada em lei, rege-se-á por normas estipuladas em cláusulas contratuais de tipos variados, de acordo com a natureza, a importância dos produtos e os interesses das partes".

17. A atenta leitura da doutrina especializada demonstra de forma clara que as franquias estão a constituir modalidade própria de contrato, atípico, posto não dispor de regulamentação específica, mas que possui características específicas que as distinguem das demais espécies contratuais. Não há que se confundir o contrato de franquia empresarial com outras modalidades de negócios jurídicos, em especial com o contrato de concessão de serviço público, *data maxima venia* daqueles que já defenderam posicionamento diferente nesta Corte.

18. No contrato de concessão de serviço público, a Administração transfere integralmente a terceiros a execução dos serviços; o Estado delega o encargo de fazer funcionar o serviço público a outrem, que será remunerado exclusivamente pelos usuários, mediante o pagamento de tarifas. Tal, entretanto, não ocorre com as agências franqueadas: são remuneradas pela ECT (e não pelos usuários), a partir de percentuais incidentes sobre os serviços, consoante tabelas previamente acordadas; atuam especificamente em determinado segmento e não realizam, por si só, a totalidade das tarefas (no caso concreto, a Quick Express recebia as correspondências postadas, mas não efetuava as entregas, que continuavam a cargo da ECT).

19. Outra diferença marcante entre os dois institutos (contratos de franquia e contratos de concessão de serviço público) diz respeito à independência na forma de atuação da prestadora dos serviços: enquanto o contrato de franquia impõe à franqueada condições até certo ponto inflexíveis, que vão desde a forma de apresentação dos empregados (utilização de uniformes) à padronização do produto final, com verificações periódicas de qualidade e a exigência de prestações de contas em intervalos bastante curtos (no caso em exame, semanais), os contratos de concessão deixam ao alvedrio do concessionário a forma de execução dos serviços, desde que o serviço público concedido seja realizado a contento. No pacto ora examinado, a Quick Express seguia a regras rígidas, não dispondo de flexibilização para executar as tarefas rotineiras.

20. Mais ainda: consoante destacado pela Instrução, a ECT cobrou da Quick Express valores a título de taxa de franquia e taxa de publicidade, ônus inexistentes

nos contratos de concessão. Aliás, tais taxas foram cobradas somente pela utilização do nome "Correios"; nas concessões não existe a utilização, por parte da concessionária, do nome de terceiros. Ao contrário, a utilização de um nome ou "marca" é uma das características dos contratos típicos de franquia. Tal diferença é nítida quando se aplica a um exemplo prático: veja-se que na área de telefonia, que agora começa a ser descentralizada mediante a abertura de novos contratos de concessão, as empresas concessionárias utilizam seus próprios nomes, sendo grande seu interesse em uma maior divulgação de sua empresa (p.e., na Região Centro-Oeste a empresa concessionária é a Americel, que faz propaganda própria).

21. Finalmente, valendo-me do bom exemplo utilizado pela 10ª SECEX, vale lembrar que as tarifas, nos casos de concessão de serviços públicos, são fixadas com base nos custos incorridos pelas concessionárias, de forma a assegurar-lhe pequena margem de lucro. Tal, contudo, não ocorreu neste caso, uma vez que o próprio Tribunal, ao apreciar os autos do processo TC-013.889/94-0 (mencionado no item 9 deste Voto), destacou que as tarifas pagas às franqueadas foram fixadas com base nos custos incorridos pela própria ECT, e não naqueles inerentes às efetivas prestadoras dos serviços, motivo que, aliás, levou diversas franqueadas a fecharem suas portas (como é o caso presente).

22. Assim, em face de todo o exposto, claro me parece que nesse caso somente se possa definir como concessionária de serviço público a própria Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: ela é a responsável pela execução dos serviços postais e telemáticos, remunerando-se diretamente a partir dos beneficiários dos serviços, pelas tarifas que arrecada, fixadas em função de seus custos operacionais.

23. Espero, assim, ter podido reforçar os lúcidos argumentos trazidos aos autos pela 10ª SECEX e demonstrar o equívoco cometido em situações pretéritas, quando se pretendeu dar aos contratos de franquia celebrados pela ECT tratamento idêntico àquele dispensado aos casos de concessão de serviços públicos, deixando assente que aqueles são contratos que estão a constituir modalidade específica e complexa em nosso direito comercial, regendo-se exclusivamente pelas cláusulas neles insertas.

24. Aliás, pode-se mesmo afirmar que as avenças celebradas entre a ECT e as empresas franqueadas caracterizam os chamados "contratos de direito privado da administração" que, segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Melo, regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo direito privado, não caracterizando, *in casu*, um contrato administrativo típico (*in* Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed., pp. 202/4).

IV. Da competência do Tribunal de Contas da União

25. Creio que chegado esse ponto de nosso Voto, está pacífico que o único motivo que levou à instauração desta tomada de contas especial foi o inadimplemento de exigência contratual, ou em outras palavras, o descumprimento de um contrato. Resta saber se o simples descumprimento de

um contrato submetida o franqueado à jurisdição deste Tribunal ou se, contrariamente, como defende a 10ª SECEX, o TCU não teria competência para aplicar ao responsável multa, como o fez no Acórdão nº 217/97-2ª Câmara, ora recorrido.

26. O art. 71, ao estabelecer as competências deste Tribunal, discriminou, em seu inciso II:

"II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público."

27. A atenta análise do dispositivo constitucional revela a existência, no mesmo comando, de duas situações distintas:

- a) "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal...", situação indiscutivelmente aplicada com exclusividade aos denominados "gestores" públicos que têm a obrigação de apresentar, anualmente, suas contas ao Tribunal: são as chamadas tomadas e prestações de contas ordinárias;
- b) "...e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público". É este o comando que possibilita que terceiros, desvinculados da Administração Pública, estejam sujeitos à jurisdição do Tribunal. Façamos, pois, um exame mais detalhado de sua construção: "...perda, extravio ou outra irregularidade...".

28. Ora, claro está que o legislador constituinte não jurisdicionou ao Tribunal qualquer pessoa que traga prejuízo ao erário, mas apenas aqueles que o façam mediante o cometimento de *irregularidade*. E nem pode ser outra a interpretação do referido dispositivo, uma vez que, se não existe irregularidade, somente será cabível a reparação civil do dano, tarefa afeta à justiça comum. Ao Tribunal somente cabe a apreciação das situações em que, além da reparação civil, exista a possibilidade de que sejam atribuídas ao responsável sanções de outra natureza, especificadas em nossa Lei Orgânica, a exemplo da aplicação de multas e da declaração de inidoneidade do licitante fraudador.

29. Imaginar diferente é pretender que sejam encaminhadas ao Tribunal, na forma de Tomadas de Contas Especiais, todas as situações em que o erário, de alguma forma, sofra prejuízo, o que seria, além de desprovida de propósito, operacionalmente inviável. Veja-se, por exemplo, que o erário sofre prejuízo por todo e qualquer aluguel devido e não pago, em função da ocupação, por terceiros, de imóveis da União e de suas entidades integrantes da Administração Indireta; por todos os empréstimos bancários não honrados (ainda que não haja qualquer

fraude em sua concessão); por cheques especiais não cobertos ou com limite ultrapassado; pela colisão, provocada por terceiros, em veículos de sua frota. Ora, tais prejuízos não decorrem de irregularidade; não podem, portanto, sujeitar-se à apreciação desta Casa.

30. Já tive a oportunidade de defender nesta Corte, em mais de uma oportunidade, a tese de que não configura hipótese para instauração de tomada de contas especial o descumprimento de cláusula contratual legitimamente acordada, exceto quando verificado ato ilícito decorrente de ação ou omissão de agente público, ocasiões em que fui acompanhado pelo Colegiado (TC-249.071/94-0, Dec. 97/96 - 2ª Câmara e TC-625.024/97-4, Dec. 031/98, Plenário). Creio que tal solução deva ser aplicada, também, ao caso concreto que agora se examina, sendo, nessa linha, insubsistente a presente TCE, por ausência de pressupostos de constituição.

V - Do mérito das contas

31. Deixando assente meu entendimento de que a questão em tela não deve ser apreciada por esta Corte, pelos argumentos que já explicitarei neste Voto, passo ao exame de mérito do recurso, caso rejeitada a preliminar de incompetência.

32. As contas dos responsáveis foram julgadas irregulares, tendo-se-lhes aplicado, na ocasião, multa, com fulcro no art. 58, I, da Lei nº 8.443/92. Dentre os "Consideranda" do Acórdão condenatório, afirma-se que "o recolhimento tempestivo do débito só tem o condão de sanar os autos caso seja reconhecida a boa fé do responsável e não tenha sido constatada nenhuma outra irregularidade nas contas". Ora, consoante bem explicitado pela 10ª SECEX, a ACF Quick Express não praticou qualquer irregularidade; a intempestividade no repasse das quantias devidas à ECT decorreu de seu insucesso econômico, conforme comprovado nos autos e já mencionado neste Voto (itens 11/13). Não se pode dizer que agiu de má-fé aquele que deixa de recolher determinada quantia em virtude da impossibilidade econômica de fazê-lo.

33. Mais ainda, não creio que seja medida de justiça punir-se, com a aplicação de multa e a pecha de irregularidade, àqueles cuja única "culpa" foi a de ingressar em empreitada mal-sucedida (e assim o foi pela inépcia da ECT na implantação do sistema de franquias), presumindo então que se encontravam sob a égide do direito privado e que responderiam por suas obrigações nos termos do contrato pactuado, com as penalidades ali previstas, como de fato o fizeram ao quitar a dívida mediante o pagamento dos valores atrasados acrescidos dos consectários contratuais.

34. Nessa linha de raciocínio, ainda assim o recurso deveria ser provido, para serem as contas julgadas regulares com ressalvas, hipótese, entretanto, que deixo de consignar no Acórdão que submeto à consideração do Colegiado em face do acolhimento da preliminar.

Ante o exposto, com as devidas vênias por dissentir do Ministério Público, entendo procedentes as preliminares suscitadas pela 10ª SECEX e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ministro Bento José Bugarin

Conforme sobejamente demonstrado tanto no Relatório como no Voto do Relator, Ministro Adhemar Paladini Ghisi, trata-se de relações reguladas por disposições contratuais quanto a direitos, obrigações e também penalidades. Nesse sentido, entendo que compete ao TCU verificar se a ECT está aplicando as devidas punições quando o caso requer.

2. Portanto, da mesma forma que o Relator, acolho a preliminar suscitada.

3. Preocupa-me, porém, o mérito deste processo, pois, conforme se depreende da Declaração de Voto apresentada pelo Ministro José Antonio Barreto de Macedo, entende S. Exa. que "o fato de os responsáveis haverem recolhido as importâncias devidas não tem, por si só, o condão de regularizar as contas (cf. art. 153, §§ 4º e 5º, do Regimento Interno do TCU)".

4. "Concessa venia", não consigo ver como imputar responsabilidade pelo insucesso de uma atividade empresarial, que, conforme comprovado por esta Corte nos autos de Relatório de Auditoria, foi incentivada pela ECT, sem qualquer planejamento nem estudos de viabilidade econômica. Não raros são os casos em que a franqueada faz concorrência com a franqueadora, por existirem agências muito próximas, o que demonstra a forma desordenada com que foi implantado o sistema de franquias da ECT.

5. Não desejo com essas afirmações excluir a possibilidade de ocorrência de irregularidades. Ressalto, no entanto, que no processo ora em exame, segundo consta do Relatório e do Voto do Relator, não se constataram irregularidades, mas tão-somente a inviabilidade econômica do empreendimento, o que implicou o inadimplemento do franqueado em relação às suas obrigações contratuais.

6. Diante disso, é de se perguntar qual a irregularidade cometida pelo responsável para justificar medida tão rigorosa desta Casa, aplicando-lhe a multa do art. 58 da Lei Orgânica.

7. O fundamento para a multa aplicada foi a alínea "c" do inciso III do art. 16 da LOTCU.

8. No entanto, não consta do Relatório apresentado pelo Relator nem da Declaração de Voto do Ministro-Redator menção ao ato de gestão antieconômico ou ilegítimo praticado pelo franqueado.

9. Ora, todas as Decisões devem ser fundamentadas não apenas nos dispositivos legais mas também e principalmente nos fatos motivadores do Acórdão. Pelo que se depreende do que se discute neste processo, posso concluir pela ausência da descrição do fato antieconômico.

10. Assim afirmo porque aceitar o inadimplemento contratual, nos moldes em que ocorreu, como irregularidades soa-me impróprio, pois se tratava de atividade empresarial que recebeu a anuência da ECT e que obviamente apresentava os riscos a ela inerentes.

11. Se alguém praticou ato antieconômico, inclino-me a aceitar que foi a própria ECT, ao implantar um amplo sistema de franquia sem planejamento nem estudo de viabilidade econômica, o que, lembre-se, é procedimento obrigatório para todo e qualquer franqueador, pois ao franqueado cabe usar a marca do franqueador, motivo pelo qual cumpre a este se preocupar com a viabilidade do negócio daquele a fim de evitar que a quebra do franqueado atinja a imagem ou a saúde financeira do franqueador.

12. Portanto, entendo que independentemente da preliminar suscitada - a qual, conforme já afirmado, acolho, seguindo o Voto do Relator -, o Acórdão recorrido merece ser reformado, a fim de tornar insubsistente o julgamento pela irregularidade e também a multa aplicada.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotado o Acórdão submetido a este Plenário pelo Relator, Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Todavia, caso rejeitada a preliminar, VOTO por que seja reformado o Acórdão recorrido, tornando insubsistentes o julgamento pela irregularidade e a multa aplicada, e por que seja a presente Tomada de Contas Especial julgada regular com ressalva.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha

Trata-se de recurso interposto pelos Srs. Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho relativamente à decisão contida no Acórdão nº 217/97 - TCU - 2ª Câmara.

A peça instrutiva, após minudente inquirição acerca da natureza jurídica do termo celebrado entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e os indigitados, opina pelo conhecimento da peça impugnatória como recurso de reconsideração, e, no mérito, que este Tribunal torne insubsistente a Tomada de Contas Especial instaurada contra os responsáveis, caso reconhecida a natureza eminentemente privada do contrato de franquia celebrado. Alternativamente, sugere que se o Tribunal entender que a empresa franqueada e seus sócios-gerentes geriam a coisa pública e que, portanto, estão sujeitos à jurisdição desta Corte, seja o recurso provido, para julgar regulares com ressalva as contas dos responsáveis e excluir a multa que lhes fora aplicada, dando-se-lhes quitação (fls. 123 a 137). O Sr. Diretor da 1ª Divisão Técnica e o Sr. Secretário da 10ª SECEX manifestaram-se de acordo com essas proposições.

A respeito da competência deste Egrégio Tribunal para apreciar Tomada de Contas Especial instaurada em razão de irregularidades incorridas por celebrante de contrato com a ECT visando a prestação de serviços postais e telemáticos me-

diante o sistema de franquia, transcrevemos, por oportuno, o seguinte trecho do Voto do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES, exarado nos autos do TC-010.050/95-7: *"Daí que não se está a tratar de mero 'repasse de recursos', mas antes de situação em que particular investe-se, por conta de delegação estatal, na função de prestador de serviços públicos, passando a utilizar, guardar e administrar dinheiros, bens e valores igualmente públicos, e, de conseguinte, obrigando-se a deles prestar contas (Constituição Federal, art. 70, parágrafo único)";* Acórdão nº 095/96 - TCU - Plenário, Ata nº 25/96.

Parece-nos incontestado a obrigatoriedade desses particulares, celebrantes de avença com a citada empresa pública, de prestar contas dos recursos geridos, consoante estabelecido na Magna Carta (cf. art. 70, parágrafo único) e na própria Lei Orgânica deste Tribunal (cf. art. 8º), sujeitando-os, desse modo, à ação fiscalizadora desta Egrégia Corte, bem como, às sanções cabíveis pela malversação na gerência desses recursos.

No que pertine aos argumentos apresentados (fls. 01 a 08 do volume 1), observa-se que os recorrentes insistem em afirmar que a suspensão do fornecimento de material pela ECT foi fator decisivo para o desequilíbrio financeiro do empreendimento, impossibilitando a liquidação do seu débito para com a franqueadora, quando, na verdade, esta TCE originou-se de débito referente ao produto de venda dos materiais que já se encontravam em poder dos responsáveis, anteriormente à suspensão levada a efeito pela citada empresa pública.

Assim sendo, o mero recolhimento do débito não tem o condão de afastar a irregularidade praticada pelos responsáveis, que consistiu na ausência da prestação de contas, caracterizando a retenção indevida de numerário, sanada tão-somente após a instauração de inquérito na Polícia Federal, conforme evidenciam os documentos acostados às fls. 88 a 90 e 93 a 96.

Posto isso, e com as vênias de praxe à proposição da Unidade Técnica, manifestamo-nos pelo conhecimento do presente Recurso de Reconsideração, na forma do disposto nos artigos 32, inciso I, parágrafo único; e 33, ambos da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhe provimento, devendo, portanto, ser mantidos os termos do V. Acórdão condenatório.

Quanto às solicitações contidas nos itens 31 e 32 da petição apresentada (fls. 01 a 08 do volume I), manifestamos nossa anuência às proposições formuladas pelo Sr. Analista insertas às fls. 136 (itens 72 e 73).

ACÓRDÃO Nº 59/98-TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-006.706/96-7
2. Classe de Assunto: VI - Matéria remetida pela Câmara
3. Responsável: Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho
4. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

1. Publicado no DOU de 11/05/98.

Vinculação: Ministério das Comunicações

5. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi.

6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha

7. Unidade Técnica: 10ª SECEX

8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão nº 21/97-TCU-2ª Câmara, prolatado em processo de tomada de contas especial instaurada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pelos constantes atrasos e omissão na prestação de contas da Agência Franqueada Quick Express Serviços Postais Ltda. - Samambaia II.

Considerando as questões preliminares suscitadas pela 10ª SECEX, no que tange à natureza da avença e à competência deste Tribunal;

Considerando que a relação mantida entre a AFC Quick Express Serviços Postais Ltda. e a Empresa Brasileira decorria de contrato de franquia empresarial;

Considerando que as obrigações assumidas em decorrência desse contrato regem-se exclusivamente pelas normas do direito privado;

Considerando que não configura hipótese para instauração de tomada de contas especial o descumprimento de cláusula contratual legitimamente acordada, exceto quando verificado ato ilícito decorrente de ação ou omissão de agente público;

Considerando que no presente caso não existiu ato ilícito, mas tão-somente o descumprimento de cláusula contratual;

Considerando que a jurisdição do Tribunal de Contas da União não alcança todo e qualquer prejuízo causado ao erário, mas somente aqueles prejuízos decorrentes do cometimento de irregularidade, *ex vi* do item II do art. 71 da Constituição Federal,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fulcro no art. 33 da Lei nº 8.443/92, em:

a) conhecer do presente recurso de reconsideração para, no mérito, considerá-lo procedente, tornando insubsistente o Acórdão nº 217/97-TCU-2ª Câmara;

b) arquivar o presente processo, nos termos do art. 163 do Regimento Interno, por ausência de pressuposto de constituição.

9. Ata nº 15/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 29/04/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Iram Saraiva, Bento José Bugarin, Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zynler.

11.2. Ministro que alegou impedimento: Benjamin Zynler.

11.3. Ministro que votou com ressalva: José Antonio Barreto de Macedo

Homero Santos
Presidente

Adhemar Paladini Ghisi
Ministro-Relator

BB - EXIGÊNCIA DE FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS A AUDITORIA DO TCU Pedido de Reexame

Ministro-Relator Bento José Bugarin

Grupo I - Classe - I - Plenário

TC-625.524/96-9.

Natureza: Pedido de Reexame.

Entidade: Banco do Brasil S/A.

Interessado: Paulo César Ximenes Alves Ferreira, Presidente.

Ementa: Pedido de Reexame da Decisão nº 016/97-Plenário, que fixou prazo para fornecimento de documentos necessários à auditoria em curso. Preliminares de ilegitimidade passiva do responsável e de violação dos direitos de ampla defesa e contraditório superadas ante as competências legais e estatutárias do responsável e ante a observância do devido processo legal. Alegações de sigilo bancário e comercial, de desconexão entre o material solicitado e a atuação do Tribunal e de carência de valor probatório dos documentos solicitados. Conhecimento. Provimento "negado frente à pertinência da solicitação, que encontra amparo na Constituição Federal e na Lei Orgânica do TCU. Fixação de novo prazo para atendimento. Comunicação ao interessado.

RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a informação da 10ª SECEX, endossada pelo Secretário de Controle Externo, que abaixo transcrevo:

“Trata-se de Pedido de Reexame (fls. 01/19) interposto em 27.02.97 pelo Sr. Paulo César Ximenes Alves Ferreira, Presidente do Banco do Brasil S/A, mediante seu procurador (fl. 02), Sr. Orival Grahl, em face da Decisão Plenária nº 016/97, de 29.01.97, em especial na determinação contida no subitem 8.1 (*verbis*):

‘1 - fixar prazo de 15 (quinze) dias, com fundamento no § 1º do art. 42 da Lei n.º 8.443/92 c/c o §1º do art. 208 do Regimento Interno desta Corte de Contas, para que o Presidente do Banco do Brasil S/A, sob pena de aplicação da multa de que trata o inciso IV do art. 58 da citada Lei, adote providências com vistas a que sejam colocados à disposição dos funcionários deste Tribunal, incumbidos de realizar auditoria no Banco:

a) os relatórios de auditoria relativos aos exercícios de 1995 e 1996 elaborados pelos Núcleos de Auditoria de Porto Alegre, Santa Maria e Passo Fundo;

b) a complementação aos documentos fornecidos pelo Banco do Brasil em resposta à solicitação de documentação n.º 03, na forma do subitem 8.1, 'h', da Decisão 465/96 - Plenário, de 31.07.96, Ata n.º 30, de 31 de julho de 1996, DOU de 19.08.1996, pg 15819;

c) cópias dos normativos internos relativos à criação dos NUREC's e posteriores alterações na estrutura desse novo órgão não fornecidas a equipe,

determinação esta oriunda de representação da Equipe de Auditoria deste Tribunal designada pela Portaria-TCU-SECEX/RS n.º 69, de 16.10.96, para realização de Auditoria no Banco do Brasil S/A.

2. Histórico

Mediante representação (fls. 01/18 do volume principal), a equipe de auditoria informa que os relatórios referentes aos trabalhos de auditoria, na área de financiamentos (fl. 06), promovidos pelos núcleos de Auditoria Interna do Banco do Brasil S/A, em Porto Alegre, Santa Maria e Passo Fundo, foram-lhes negados (fls. 07/10), sob o argumento de que os referidos documentos '...exprimem juízo de valor, subjetivo, de interesse exclusivo do Banco, estando, assim, protegidos pelo sigilo comercial e bancário (art. 38 e parágrafos da Lei Complementar à Constituição da República n.º 4595/64)'.

Ditos relatórios conteriam subsídios fundamentais para o desenvolvimento dos trabalhos de auditoria, haja vista as informações, lá constantes, das situações de inadimplência vivenciadas pelas agências bancárias. Além disso, a equipe promoveria verificação de conformidade, no que tange à formalização dos respectivos dossiês.

A partir do exercício de 1995, o Banco do Brasil S/A (BB) criou os Núcleos de Recuperação de Crédito (NUREC's), com o fito de descentralizar a cobrança de dívidas vencidas, antes centralizadas na Superintendência Estadual do Rio Grande do Sul. A equipe requereu, mediante "a Solicitação de Documentação n.º 03/96 (fl. 11), os dossiês relativos aos 25 (vinte e cinco) maiores devedores inscritos na Superintendência Estadual do BB no RS, consoante o relatório do Programa Global de Recuperação de Créditos, de 08.10.96.

Examinados esses e outros dossiês, constatou-se que : a) os autos estavam desorganizados (sem numeração, fora da ordem cronológica, sem protocolo), infringindo-se a determinação constante da Decisão Plenária n.º 456/

96 - Ata 30/96; b) foram entregues cópias xerográficas e incompletas de dossiês em sete amostras; c) havia indícios de censura prévia aos documentos repassados à equipe; d) a resposta às solicitações eram morosas e, em alguns casos, havia negativa, como as informações referentes aos normativos internos relativos à criação dos NUREC's e posteriores alterações nas suas estruturas.

Haja vista estas constatações, a equipe propôs as providências sugeridas à fl. 05 do volume principal. O processo foi encaminhado ao pleno deste Tribunal, por proposta do Ministro-Relator, ante sua relevância (fl. 19 do volume principal), o que originou a Decisão 016/97, ora recorrida.

3. Admissibilidade

A data constante no Aviso de Recebimento (AR) n.º RR 714928032 (fl. 29 do volume principal) - referente ao Ofício TCU-SECEX-RS n.º 44/97, que comunicou ao recorrente da Decisão Plenária n.º 016/97 - é a de 07 de fevereiro de 1997. A interposição do presente recurso (fl. 01) data de 27 de fevereiro de 1997. A assinatura no AR em questão não é do recorrente ou de qualquer de seus procuradores.

Assim, o termo inicial para o cômputo legal de admissibilidade recursal deve ser o da publicação no DOU da decisão recorrida, com fulcro no inciso III do art. 30 da Lei 8.443/92, qual seja 12 de fevereiro de 1997, segundo dados constantes do JURIS/TCU.

Dessa forma, o presente 'Pedido de Reexame' é tempestivo, por estar dentro do prazo legal de 15 *quinze) dias.

Finalmente, o recurso foi interposto pela primeira vez, e sua matéria diz respeito à Seção IV do Capítulo II do Título II da Lei 8.443/92, o que atende ao disposto no art. 48 da Lei 8.443/92.

Está presente nos autos o instrumento de mandato (fl. 02), que legitima a participação do procurador no processo em epígrafe, conforme o art. 13 da Resolução TCU nº 36/95. Devemos, pois, acolher o presente recurso e prosseguir à análise de mérito.

4. Do Pedido de Reexame

4.1 - Preliminarmente, o recorrente argumenta que há ilegitimidade passiva para a efetivação das determinações constantes na decisão recorrida e que houve inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa no feito.

A ilegitimidade decorreria do fato de que a Auditoria Interna do Banco do Brasil (AUDIT/BB) é, por disposição estatutária expressa, unidade vinculada ao Conselho de Administração do banco. Por sua vez, as deliberações do

conselho são por maioria de votos. O recorrente ocupa, tão-somente, a vice-presidência do referido conselho. Dessa forma, a situação supracitada ensejaria a nulidade da decisão recorrida, por ineficaz, haja vista que a determinação referente à disponibilização dos relatórios da auditoria interna dever-se-ia dirigir ao Presidente do Conselho de Administração do Banco do Brasil S/A e não ao recorrente.

Com relação à inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, alega o recorrente que a única oportunidade que foi dada ao BB de se pronunciar nos autos foi no momento de resposta à 'SOLICITAÇÃO DE DOCUMENTOS', requisitada com base em dispositivo legal que não se aplica ao caso. Não houve, também, a devida justificativa para a utilização dos trabalhos de auditoria interna, uma vez que o raio de atuação de uma e outra auditoria se diferem.

4.2- No mérito, o recorrente alega uma série de questionamentos referentes à interpretação das normas sobre sigilo em face do âmbito de atuação institucional deste Tribunal e das determinações emanadas da decisão recorrida.

Primeiramente, afirma que os relatórios de auditoria interna não dizem respeito à gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial do banco. Além disso, as informações lá constantes não refletiriam os atos de gestão do banco e que os mesmos seriam elementos "de auxílio ao administrador, desprovidos de força probatória e com conteúdos subjetivos, incidindo,"pois, sobre eles a proteção legal e constitucional da inviolabilidade e do sigilo.

Os referidos relatórios assemelhar-se-iam às fichas cadastrais de clientes de banco. Nesse diapasão, o recorrente excerta do Parecer AGU/PRO-04/96 o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal (MS nº 2.574-MG, RTJ, 2/249) sobre as fichas cadastrais, assentando que: '...Não há lei que obrigue um banco a exibir o seu fichário cadastral de natureza sigilar e de seu uso privado. Assim é ilegal e pode ser anulada por mandado de segurança a ordem judicial de exibição'.

Reforçando a negativa de disponibilização dos relatórios da AUDIT/BB, cita o art. 213 do CPP, que veda a manifestação de apreciações pessoais, na produção de prova testemunhal, e o art. 363, IV, do CPC, que permite a escusa de exibição de documentos, se desta acarretar divulgação de fatos daquele que tenha o dever de guardar segredo.

Em adendo aos argumentos retrocitados, o recorrente ressalva que '...embora não se possa considerar o problema do sigilo bancário e comercial como o cerne da questão...as manifestações encontradas nos relatórios de auditoria giram em torno de situações que envolvem sigilo bancário e

comercial da instituição'. A Lei 4.595/64 (art. 38) tem *status* de norma complementar, e esta se sobrepõe à Lei Orgânica do TCU (art. 42).

Finalmente, com relação aos dossiês na área de financiamentos, referentes à decisão"recorrida, alega que tal matéria está '... muito distante dos aspectos Constitucionais que habilitam essa Corte a fiscalizar...' e, ainda, que trata de '...matéria de cunho eminentemente administrativo, inserida nos manuais de serviço da instituição'.

5. Do Exame de Mérito

5.1. As preliminares argüidas, reiteradas nos presentes autos sob os mesmos fundamentos, já foram objeto de análise no âmbito dos TCs n.ºs. 019.186/96-7 e 015.699/96; este último já foi, inclusive, julgado por este Tribunal (Fecisão Plenária n.º 538/97, Sessão de 27/08/97, Ata n.º 33/97) que não as acatou. Segue-se uma síntese das conclusões lá exaradas e que se contrapõem às alegações do recorrente:

5.1.1. não houve ofensa ao princípio do contraditório :

a) a equipe de auditoria, ante a recusa de apresentação dos documentos necessários ao prosseguimento dos trabalhos de auditoria, agiu vinculadamente, em estrita observância à lei e às normas de auditoria aplicável. O contraditório se materializou na própria Solicitação de Informações requeridas pela equipe ao Banco do Brasil S/A;

b) por outro lado, o procedimento de auditoria realizado por Unidade Técnica competente deste Tribunal, sob a ótica processual, tem característica semelhante à fase inquisitória no processo penal. Neste contexto, citamos o disposto na ementa do Agravo Regimental em Inquérito n.º 897, de 23.11.94, do Supremo Tribunal Federal (*verbis*) :

'INQUÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. AFRONTA AO ARTIGO 5º, X E XII, DA CF: INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITÓRIO. NÃO PREVALECE. I - A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedente: PET.577). II - O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HHCC 55.447 E 69.372; RE 136.239, inter alia). Agravo regimental não provido.';

Semelhantemente, os trabalhos de auditoria buscam, também, a verdade real dos atos de gestão praticados pelos administradores públicos, fatos estes materializados no Relatório de Auditoria, que é o instrumento que irá subsidiar esta Corte de Contas a emitir um juízo de valor no âmbito de sua jurisdição administrativa constitucional. Ora, se tanto em um"como em outro procedimento, ambos de natureza administrativa, verifica-se o levantamento de dados necessários a um posterior juízo de valor, há

plausibilidade, por analogia, no entendimento de que o princípio do contraditório não deve prevalecer em fase de auditoria realizada pelos órgãos de controle.

5.1.2 também não houve ofensa ao princípio da ampla defesa :

a) constata-se dos autos que as solicitações de informações da equipe de auditoria foram regularmente encaminhadas, contendo, inclusive, referência expressa ao art. 42 da Lei 8.443/92;

b) houve a constituição de advogado, como procurador, para atuar no processo em defesa do recorrente;

c) o recorrente foi regularmente notificado, tendo exercido, inclusive, o direito previsto no art. 08 da Resolução-TCU Nº 36/95 (*verbis*):

'Art. 8º. As partes poderão requerer vista do processo, cópia de peças dos autos e juntada de documentos, mediante expediente dirigido ao Relator, obedecidos os procedimentos previstos neste Capítulo', conforme se depreende às fls. 30/34 do volume principal;

d) finalmente, o presente Pedido de Reexame é prova material de que este Tribunal está a zelar pela observância ao princípio constitucional da ampla defesa.

5.1.3 - Relativamente à ilegitimidade passiva do recorrente para atuar no feito, reiteramos as considerações aduzidas no âmbito do TC n.º 019.186/96-7, no sentido de que HÁ LEGITIMIDADE PASSIVA DO RECORRENTE, pois:

a) o Diretor-Presidente do Banco do Brasil S/A tem poder de '*V- nomear, remover, promover, comissionar, punir e demitir empregados, ...*', conforme o inciso V do art. 26 do Estatuto do BB, compete-lhe, pois, determinar aos administradores do BB no Estado do Rio Grande do Sul a apresentação das informações requeridas pela equipe de auditoria com amparo no princípio hierárquico da administração pública, ante as normas vigentes que obrigam a disponibilização das referidas informações;

b) reza o art. 144, *caput*, da Lei 6.404/76 (*verbis*) :

'Art.144 - No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (art.142, II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.'

Não se tem notícia, e o recorrente não trouxe aos autos, de qualquer deliberação do Conselho Administrativo do BB no sentido de se vedar acesso a este Tribunal aos relatórios da AUDIT/BB. O estatuto, como vimos, é omissivo frente à questão, e a norma supra legitima o recorrente a figurar no pólo passivo.

Acresce-se aos argumentos retro o percuciente despacho exarado pelo Secretário da 10ª SECEX/TCU, Sr. Benjamin Zymler, acerca da ilegitimidade passiva alegada pelo recorrente em outro pedido de reexame, o qual tomamos a liberdade de transcrever :

'PROCESSO: 019.186/97-7

RECORRENTE: Banco do Brasil S.A.

NATUREZA: Pedido de Reexame

DECISÃO RECORRIDA: Decisão nº 15/97 - Plenário

Concordamos com as conclusões do Sr. Analista (instrução de fls. 38/48), corroboradas pelo Sr. Diretor, em substituição, da 1ª Divisão Técnica (fl. 39). Entendemos pertinente, apenas, tecer alguns comentários a respeito da alegação de ilegitimidade passiva do Presidente do Banco do Brasil para atender à determinação deste Tribunal, tendo em vista que a AUDIT/BB, órgão responsável pelo relatório requerido, está vinculada diretamente ao Conselho Administrativo da Instituição.

2. É de ressaltar que o comando contido no subitem 8.1 da decisão recorrida é endereçado à Presidência do Banco do Brasil S.A., órgão superior da Instituição. Para este Tribunal é de menor importância a exata definição do órgão interno competente para dar consecução à determinação alvitada. Isso, porque, conforme bem salientou a instrução, a ordem emanada do Tribunal, para a remessa dos documentos imprescindíveis para o desenvolvimento regular da auditoria, deriva do exercício de competência haurida de fonte legal - art. 42 da Lei nº 8.443/92 -, que não pode ser obstada por normas infralegais.

3. Destarte, parece razoável que o comando seja dirigido ao Presidente do Banco, conhecedor, presume-se, da estrutura interna da Instituição e que, portanto, terá maior facilidade para providenciar os meios necessários ao atendimento da solicitação.

4. Na hipótese de o Presidente do Banco do Brasil demonstrar que outro órgão da estrutura da empresa obstruiu a consecução da determinação oriunda desta Casa, caberá ao TCU, afastada a responsabilidade do recorrente, adotar as medidas cabíveis.

5. No caso concreto, solicitou-se um documento que, eventualmente, foi produzido pela AUDIT, como poderia ter sido elaborado por qualquer outro órgão do Banco do Brasil. Não se está exigindo do Presidente que, violando a estrutura de comando da Entidade, determine ao órgão de auditoria a atuação desta ou daquela forma. A ordem emanada do TCU circunscreve-se à disponibilização de cópia dos trabalhos efetuados na

Agência do Banco em Santiago do Chile. Portanto, não se vislumbra a necessidade de ouvir-se o Conselho de Administração a respeito, porquanto não se requer o uso de específica competência funcional interna.

6. 'Ad argumentandum tantum', se entendêssemos fosse indispensável o pronunciamento do referido órgão, ainda assim, não se tem notícia nos autos de medidas adotadas pelo dirigente, no sentido de providenciar a convocação extraordinária do Conselho para se manifestar sobre o pedido desta Corte, nos termos de sua atribuição estatutária (art. 18, II, do Estatuto do Banco do Brasil S.A.).

7. Reafirme-se que não interessa ao Tribunal, quando requisita documentos de seus 'jurisdicionados', qual o órgão interno que detém as informações solicitadas. Importa, sim, que estas lhes sejam remetidas, dentro do prazo estipulado para o cumprimento da Decisão...'

Diante de todo o anterior exposto, a argüição de ilegitimidade passiva do recorrente no feito carece de fundamento.

5.2. Relativamente ao mérito da questão (subitem 4.2), somos pela insuficiência dos argumentos trazidos aos autos pelo recorrente. Consta-se que não há qualquer elemento novo capaz de reformar a decisão recorrida, mas mera repetição das alegações aduzidas no bojo do pedido de reexame referente ao TC n.º 019.186/96-7.

O recorrente se equivoca ao alegar que as informações constantes dos relatórios da AUDIT/BB não contêm elementos que dizem respeito à gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do órgão. O exame dos controles internos de qualquer entidade 'jurisdicionada' a este Tribunal é um dos itens de verificação de qualquer trabalho de auditoria. O fito do exame reside no fato de que a atuação da AUDIT/BB deve visar: a) à proteção aos ativos do banco; b) à garantia da fidedignidade e integralidade dos lançamentos contábeis; e c) à promoção e avaliação da eficácia, eficiência e economicidade de todas as atividades do banco.

Ressalte-se que ditos relatórios não têm qualquer semelhança com as fichas cadastrais de clientes de banco. Estas dizem respeito aos clientes do banco: aquelas, às atividades do Banco do Brasil S/A.

Com relação ao dever de sigilo que recai sobre as informações dos relatórios de auditoria interna, aos servidores deste Tribunal lhes recai o mesmo dever, conforme o disposto no art. 86, IV, da Lei 8.443/92. Já em relação ao sigilo bancário e comercial que recaem sobre algumas informações dos mesmos relatórios, o próprio recorrente reconhece não ser este o cerne da questão, mas já é assente nesta Corte de Contas que 'o sigilo bancário de que trata o art. 38 da Lei n.º 4.595/64 não se aplica às ações de fiscalizações

do Tribunal de Contas da União, sendo, portanto, inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitados no exercício das diversas espécies de inspeções ou auditorias realizadas pelo TCU, em face das normas constitucionais e legais em vigor (art. 70, caput, e 71, incisos e parágrafos, da Constituição Federal e art. 42 da Lei n.º 8.443/92), sob pena das sanções previstas em lei (§§ 1º e 2º do art. 42 da Lei n.º 8.443/92 c/c o art. 58, inciso IV da mesma Lei), mantendo-se o referido sigilo' - precedentes - Decisões n.ºs. 015/97 (Ata n.º 03 - Plenário), 016/97 (Ata n.º 03 - Plenário), 021/96 (Ata n.º 04 - 2ª Câmara), 0154/96 (Ata n.º 18 - 2ª Câmara), 650/97 (Ata n.º 49 - Plenário), 224/97 (Ata n.º 12 - Plenário) e a Decisão 670/96 (Plenário).

Finalmente, com relação aos dossiês que foram sonegados à equipe de auditoria, na área de financiamentos, aí sim temos a plena eficácia dos dispositivos constitucionais esculpido no parágrafo único do art. 70 c/c inciso II do art. 71 da CF. Ora, de que forma se pode averiguar se os administradores do Banco do Brasil, nas agências de Porto Alegre, Santa Maria e Passo Fundo, estão agindo com o zelo inerente ao exercício de um emprego público, na persecução aos haveres emprestados pelo banco a terceiros inadimplentes? Como se verifica se os referidos dossiês contêm as peças que lhe são inerentes e se estão devidamente autuados? Enfim, o Banco do Brasil está cumprindo determinação disposta na alínea 'h' da Decisão 465/96- Plenário de 31.07.96 ?

5.3. Relativamente à alínea 'c' da decisão recorrida, constatamos que não houve alegação alguma.

Ressalte-se, também, que a AUDIT/BB, conforme o art. 37 do estatuto do BB, '... tem atribuições e encargos definidos na legislação...'; neste diapasão temos, além do art. 42 da Lei 8.443/92, o seguinte :

a) os sistemas de controle internos dos três poderes têm dever de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, conforme o inciso IV do art. 74 da Constituição Federal c/c inciso IV do art. 49 da Lei 8.443/92. O art. 9º da Medida Provisória n.º 1499, sucessivamente reeditada, que organiza e disciplina os sistemas de controle interno do Poder Executivo, reza que:

'Art. 9º - Caberá à Secretaria Federal de Controle, no desempenho das atribuições previstas no art. 2º desta Medida Provisória:

...

VI - avaliar o desempenho e os resultados dos trabalhos de auditoria das entidades da administração indireta;...

Indaga-se, de que forma a Secretaria Federal de Controle poderia 'avaliar o desempenho e os resultados' da AUDIT/BB em inspeções *in loco*, se, para cada seu documento produzido e em cada agência, houvesse a necessidade de se suspender os trabalhos para que fosse solicitado ao Conselho de Administração a autorização de apresentação dos documentos ?

b) neste mesmo sentido o Decreto-lei nº 200/67 reza em seu art. 75:

'Art. 75 - Os órgãos da administração federal prestarão ao Tribunal de Contas, ou suas delegações, os informes relativos à administração dos créditos orçamentários e facilitarão a realização das inspeções de controle externo dos órgãos de administração financeira, contabilidade e auditorias.'

São dispositivos legais que os administradores do Banco do Brasil devem observar para facilitar os trabalhos de auditoria deste Tribunal, sob pena de se configurar a irregularidade prevista na alínea 'b' do inciso III do art. 16 da Lei Orgânica do TCU.

5.4. Verifica-se que o presente pedido de reexame totaliza, recentemente, três recursos advindos de representações de equipes de auditoria deste Tribunal, em que o Banco do Brasil, na pessoa de seus administradores, vem invocando o instituto do sigilo bancário para não disponibilizar documentos necessários aos trabalhos de auditoria.

Há temeridade no referido posicionamento tendo em vista que o Banco do Brasil e os demais entes da administração pública que detêm informações sigilares referentes a operações bancárias possam, desde já ou futuramente, usar de artifícios para sonegar quaisquer documentos que possam conter irregularidades, sob a alegação de que aquele documento contém dado sigiloso e que, por isso, não será franqueado a este Tribunal.

Isso, nada mais é que o auditado se sobrepujar ao auditor, restringindo-lhe o campo de atuação, o que constitui grave ameaça à harmonia dos poderes constituídos, vez que o Congresso Nacional, com o auxílio deste Tribunal, ficará impossibilitado de fiscalizar os demais poderes constituídos.

6. Conclusão

Considerando que o recorrente não trouxe aos autos elementos novos capazes de alterar a Decisão Plenária nº 016/97 deste Tribunal (item 5),

PROPOMOS :

I - conhecer o presente Pedido de Reexame para, no mérito, negar-lhe provimento, com fulcro no parágrafo único do art. 32, art. 33, no art. 42, §§ 1º e 2º, e art. 48 da Lei 8.443/92, mantendo-se o mesmo teor da Decisão recorrida;

II - conceder novo e improrrogável prazo ao Presidente do Banco do Brasil S/A, para que atenda à determinação contida no subitem 8.1 da Decisão Plenária nº 016/97;

III - encaminhar os presentes autos ao Ministério Público/TCU, para sua intervenção regimental;

IV - dar ciência ao Sr. Paulo César Ximenes Alves Ferreira da decisão supra."

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público junto ao Tribunal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Walton Alencar Rodrigues, manifesta-se da seguinte forma:

"Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Presidente do Banco do Brasil/S/A, contra a Decisão nº 16/97 - Plenário, que fixou prazo para o fornecimento de relatórios de auditoria e outros documentos necessários à realização de fiscalização naquela entidade.

Em preliminar, o responsável alega, primeiramente, sua ilegitimidade passiva para atender à determinação, haja vista que, conforme o estatuto da entidade, a unidade de auditoria interna está vinculada ao Conselho de Administração.

Ocorre que essa vinculação visa, exclusivamente, a garantir a necessária independência da unidade de auditoria interna, para examinar a regularidade das operações e a contabilidade das informações, não podendo ser elástica de molde que impossibilite ao Presidente, que detém o poder hierárquico e de gestão, resolver questões administrativas, como a que ora se apresenta.

Somente poderia ser admitida a alegação de impossibilidade de atendimento se houvesse expressa deliberação em contrário do conselho de administração. Como tal não ocorreu, nada obsta a que o Presidente cumpra a determinação, conforme possibilita o artigo 144 da Lei nº 6.404/76.

Ainda em sede preliminar, argüi o recorrente a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por ausência de prévia manifestação do Banco do Brasil.

Todavia, essa alegação não merece prosperar, pois verifica-se que, no decorrer da auditoria, o responsável pelo setor foi instado a apresentar os documentos exigidos e se recusou a atender à solicitação, configurando, assim, a oportunidade do contraditório. Ademais, a própria interposição do presente Pedido de Reexame demonstra o exercício, por parte do recorrente, do direito de ampla defesa e o respeito ao devido processo legal.

Vale ressaltar, ainda, que a decisão adotada, de fixar prazo para colocar à disposição documentos essenciais aos trabalhos de auditoria, representa medida coercitiva de que dispõe este Tribunal para poder desincumbir-se do mister constitucional de realizar auditorias, insculpido no art. 70, inciso IV, da Carta Magna.

No mérito, observa-se que o recorrente fundamenta seu inconformismo em três diferentes razões:

- as informações contidas nos relatórios de auditoria estariam resguardadas pelo sigilo bancário;
- as informações contidas nos relatórios de auditoria têm caráter privativo e reservado, servindo para orientar a gestão interna do Banco, não estando compreendidas no âmbito de atuação do Tribunal; e
- os relatórios de auditoria têm conteúdo subjetivo e, portanto, não têm força vinculante nem probatória.

Quanto à primeira alegação, é de mister frisar, inicialmente, que sigilo bancário é instituto criado para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, não podendo os agentes públicos albergar-se sob o manto do sigilo para evadir-se do dever constitucional de prestar contas do regular uso do dinheiro público. Nesse sentido, esta Corte tem reiteradamente asseverado que 'não se aplica às ações de fiscalização do Tribunal de Contas o sigilo bancário de que trata o art. 38 da Lei nº 4.595/64, sendo inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitados no exercício das diversas espécies de inspeções ou auditorias realizadas pelo TCU, em face das normas constitucionais e legais em vigor, sob pena das sanções previstas em lei' (vide Decisões nºs. 650/97, 224/97, 15/97e 670/96, todas do Plenário).

Conquanto existam decisões, em caráter provisório, que suspenderam o acesso deste Tribunal a informações protegidas pelos sigilos bancário fiscal, o recorrente, em nenhum momento, logrou demonstrar que esses relatórios requeridos pela equipe de auditoria continham informações bancárias de clientes.

Portanto, não merece prosperar a tese de que o sigilo bancário impede o fornecimento das informações requeridas, pois o sigilo bancário deve ceder em face do princípio constitucional de prestação de contas da administração pública, direta e indireta (vide art. 34, VII, *d*, da CF/88). Ademais, mesmo se se vier entender que esta Corte não pode ter acesso a tais dados, o recorrente não demonstrou que essas informações sigilosas estariam presentes nos relatórios de auditoria solicitados.

No tocante ao segundo argumento, é cediço que o exame e avaliação dos controles internos da entidade são tarefas afeitas e imprescindíveis ao controle externo. De outra parte, não há falar-se em caráter privativo e reservado em face do Tribunal de Contas, que é o órgão constitucionalmente encarregado de julgar todos os atos de gestão dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos.

De igual modo, a alegação de que os relatórios de auditoria têm conteúdo subjetivo, sem força vinculante nem probatória (terceiro motivo), não interfere no fato de que eles possam servir de subsídio às auditorias deste Tribunal.

Por fim, vale notar que, se porventura viesse a ser acatada a pretensão do recorrente, estaria sendo subvertida a ordem natural do processo, pois o fiscalizado é que estaria ditando quais documentos seriam de interesse para o órgão fiscalizador.

Assim, entende o Ministério Público que os argumentos apresentados pelo recorrente não são bastantes para modificar a Decisão nº 16/97 - Plenário.

Ante o exposto, o Ministério Público perfilha a proposta uniforme da 10ª SECEX (fls. 33/4), no sentido de o Pedido de Reexame ser conhecido para, no mérito, negar-lhe provimento.

Acrescento que o recorrente alegou que os atos de gestão interna estão '*ao abrigo do direito à privacidade que engloba o direito de não emitir pensamento, na esteira da garantia constitucional moldada no inciso X, do art. 5º, da Carta Política.*'"

É o Relatório.

VOTO

Considerando a tempestividade da apresentação do recurso e que o mesmo foi subscrito por procurador devidamente credenciado pelo representante legal da Instituição recorrente, considero deva ser conhecido o presente pedido de reexame, com fulcro no disposto no art. 48 da Lei nº 8.443/92.

Quanto às questões preliminares levantadas, tenho-as por descabidas, pelo motivos já apresentados pela 10ª SECEX e pela Procuradoria.

Acrescento às ponderações apresentadas que o poder de representar o Banco do Brasil é atributo de seu Presidente e dos Diretores, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 25 do Estatuto do Banco do Brasil. O Conselho de Administração tem natureza deliberativa e não executiva, tanto que compete ao Presidente "*cumprir e fazer cumprir as decisões do Conselho de Administração*" (art. 26, II, do Estatuto do Banco do Brasil). Este fato, por si só, demonstra o equívoco que constituiria o envio de determinação àquele Conselho, como pretende o recorrente, já que as funções executivas do Banco são atribuídas ao Presidente e

Diretores. Desse modo, a via adequada para o endereçamento ao Banco do Brasil das determinações que esta Corte entenda necessárias é, de fato, a autoridade executiva máxima da Instituição, o seu Presidente.

Relativamente ao mérito, observo que este Tribunal depara-se, outra vez, com negativa de fornecimento de documentos solicitados por ocasião da realização de auditoria. Para o exercício regular de suas competências, o TCU vê-se obrigado a rechaçar óbices ao conhecimento de documentos e informações necessários à formação de juízo acerca de atos praticados no âmbito da administração pública, objetos de sua fiscalização.

A conhecida alegação de sigilo bancário volta à pauta, desta feita acompanhada de argumentos ainda menos razoáveis e de todo inaceitáveis.

A 10ª SECEX e o Ministério Público, também no exame de mérito do recurso, houveram-se bem ao demonstrar que a pretensão do recorrente de permanecer se esquivando de fornecer ao Tribunal documentos necessários à auditoria em curso é despropositada.

Faço notar, em complementação à bem elaborada argumentação já apresentada, que a solicitação de relatórios de auditoria interna é usual e perfeitamente pertinente, pois pode trazer importantes contribuições aos trabalhos auditoriais. No caso presente, os relatórios revestem-se de especial importância, uma vez que servirão de paradigma para a verificação do grau de confiabilidade de dossiês entregues à equipe de auditoria do Tribunal com indícios de adulteração.

Ademais, lembro que o exame da atuação dos sistemas de controle interno das entidades auditadas, o que inclui as unidades de auditoria interna, há muito constitui técnica básica de auditoria descrita em todos os manuais do ramo. Tal prática constituía, já em 1972, Norma Geral de Auditoria editada pelo Banco Central do Brasil. As Normas Relativas ao Trabalho do Auditor aprovadas pelo Instituto dos Auditores Internos do Brasil igualmente incluem o estudo e avaliação do sistema de controle interno dentre as normas de auditoria geralmente aceitas. Faço notar, ainda, que o Manual de Auditoria do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Portaria nº 63, de 27/02/96, prescreve o exame de trabalhos do controle interno como técnica de auditoria.

Faz-se oportuna referência ao fato de os relatórios de auditoria não terem valor probante. De fato, é sabido que as conclusões dos relatórios de auditoria, de *per sí*, não constituem prova. O mesmo se aplica às conclusões das equipes de auditoria do Tribunal. O Plenário decidirá sempre com base nas provas objetivas juntadas ao autos, cuja seleção competirá ao Tribunal e não ao ente fiscalizado.

Urge, também, rebater com mais veemência a afirmação de que os trabalhos de auditoria interna referem-se a circunstâncias não sujeitas ao controle desta Corte. Obviamente os relatórios de auditoria interna devem, necessariamente, "dizer respeito", justamente, à gestão contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Banco do Brasil. Se assim não fosse, a ação da unidade certamente estaria de todo irregular, mas também neste caso os documentos deveriam ser

entregues ao Tribunal por força de dispositivos constitucionais e da Lei nº 8.443/92, a qual expressamente dispõe:

"Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto.

§ 1º No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.

§ 2º Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará as sanções previstas no inciso VI do art. 58 desta Lei."

À vista da invocação do direito à privacidade feita pelo recorrente, acrescenta-se que às pessoas jurídicas integrantes da administração pública não assiste tal direito. Muito ao contrário, a Constituição Federal impõe-lhes a observância do *Princípio da Publicidade* (art. 37, caput), o que acarreta, para o administrador, o dever de transparência, a cujo cumprimento se nega o recorrente ao denegar ao Tribunal o fornecimento de documentos úteis ao controle externo.

Por fim, deseja reafirmar que a prerrogativa desta Corte de acessar informações relativas às unidades sujeitas ao controle externo não advém somente do disposto no art. 42 da Lei nº 8.443/92. Decorre, principalmente, do dever de prestar contas (art. 34, VII, "d", da Constituição Federal) e das competências desta Corte, definidas no art. 71 da Carta Política, motivo pelo qual não se admite seja limitada pelos dispositivos infraconstitucionais invocados pelo recorrente.

Ante o exposto, acolhendo os pareceres uniformes lançados nos autos, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

DECISÃO Nº 207/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-625.524/96-9
2. Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame.
3. Interessado: Paulo César Ximenes Alves Ferreira, Presidente.
4. Entidade: Banco do Brasil S/A .
5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.
6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral, em exercício, Walton Alencar Rodrigues.
7. Unidade Técnica: 10ª SECEX.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1. Publicada no DOU de 11/05/98.

8.1. conhecer do presente pedido de reexame, com fulcro no art. 48 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhe provimento;

8.2. conceder novo e improrrogável prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência, para que o Presidente do Banco do Brasil S/A atenda à determinação contida no subitem 8.1 da Decisão nº 016/97-TCU-Plenário, de 29/01/97;

8.3. dar ciência ao recorrente da Decisão ora adotada.

9. Ata nº 15/98 – Plenário.

10. Data da Sessão: 29/04/1998 – Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinicius Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Bento José Bugarin (Relator), Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

11.2. Ministros que alegaram impedimento: Marcos Vinicius Rodrigues Vilaça e Benjamin Zymler.

Homero Santos
Presidente

Bento José Bugarin
Ministro-Relator

INSTRUMENTOS FIRMADOS COM ORGANISMOS INTERNACIONAIS PARA A CONTRATAÇÃO INDIRETA DE PESSOAL E DE EMPRESAS DE CONSULTORIA

Relatório de Auditoria

Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha

Grupo I - Classe V - Plenário

TC-010.642/96-0 (com 03 volumes).

Natureza: Relatório de Auditoria.

Unidades Jurisdicionadas: vinculadas ao:

- Ministério da Educação e do Desporto:
 - Secretaria de Ensino Superior - SESU;
 - Secretaria de Educação Média e Tecnológica - SEMTEC;
 - Secretaria de Educação Fundamental - SEF;
 - Secretaria de Educação Especial - SEESP;
 - Secretaria de Projetos Educacionais Especiais - SEPESPE (em extinção);
- Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal:
 - Secretaria de Recursos Hídricos - SRH.
 - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).
- Secretaria de Coordenação de Assuntos do Meio Ambiente.

Ementa: Relatório de Auditoria. Exame de instrumentos firmados com organismos internacionais voltado para a contratação indireta de pessoal e de empresas de consultoria. Cumprimento das Decisões Plenárias nºs 066/95 e 109/96. Realização de diligências endereçadas aos entes auditados. Juntada de novos documentos ao processo seguida do exame correspondente. Considerações sobre o tratamento que o assunto vem merecendo no âmbito deste Tribunal. Demonstração sobre a necessidade de elaboração de normas disciplinadoras pertinentes. Determinação endereçada ao Ministério da Administração e Reforma do Estado. Encaminhamento de cópia do Relatório, Voto e Decisão.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Relatório de Auditoria realizada nas entidades indicadas no cabeçalho acima, em cumprimento às Decisões Plenárias nºs 066/95 (TC-007.291/

92-2, Ata nº 08/95, Sessão de 22/02/95) e 109/96 (TC-008.440/94-8, Ata nº 09/96, Sessão de 13/03/96), com vistas ao exame de convênios/acordos firmados com organismos internacionais, então em vigor, com ênfase nas questões relativas à contratação de consultores e empresas de consultoria, bem como à contratação indireta de pessoal para serviços de apoio administrativo por esses mesmos organismos.

2. Em decorrência do despacho exarado pelo eminente Ministro Homero Santos (Relator dos processos acima mencionados), no TC-018.026/92-3, os trabalhos de auditoria foram estendidos ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e ao Programa Nacional do Meio Ambiente, coordenado pela Secretaria de Coordenação de Assuntos do Meio Ambiente, do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal.

3. As apurações concernentes à auditoria em apreço, a cargo da zelosa 6ª SECEX, encontram-se consubstanciadas no minudente Relatório (fls. 03 até 60) elaborado pelos Analistas Vera Lúcia de Pinho Borges, na qualidade de Coordenadora, Maria Amélia G. Alves de Almeida e Rogério Assis Carmo, cujo documento apresenta de forma proficiente os resultados dos exames procedidos nos contratos de cooperação com a Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura - UNESCO, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, Organização dos Estados Americanos - OEA, Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura - IICA, Bureau of Reclamation - BUREC e Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD.

4. Do judicioso documento subscrito pela competente Equipe de Auditoria, permito-me extrair, das fartas informações ali consignadas, trechos de substancial relevância, os quais passam a fazer parte integrante deste Relatório, *verbis*:

"3. Breve Histórico

3.1. A assistência técnica prestada pelos organismos internacionais integrantes do sistema das Nações Unidas tem por fundamento o 'Acordo Básico de Assistência Técnica entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e a Organização das Nações Unidas', promulgado pelo Decreto nº 59.308, de 23/09/66, e a 'Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas', promulgada pelo Decreto nº 52.288, de 24/07/63 (fls. 01/15, Anexo I).

3.2. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, a Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura - UNESCO e o Banco Interamericano para Reconstrução e o Desenvolvimento são organismos oficiais do sistema das Nações Unidas, o primeiro na qualidade de 'Organismo Semi-Autônomo' e os outros dois como 'Agências Especializadas'. A diferença entre os dois tipos de organismos consiste em que as 'Agências Especializadas' têm suas ações de cooperação internacional

estabelecidas em acordos adicionais àqueles pactuados diretamente com a ONU.

3.3. Na 'Convenção sobre Privilégios e Imunidades' é estabelecido que os organismos internacionais, incluídas as 'Agências Especializadas', possuem personalidade jurídica própria, a qual situa-se no campo do direito internacional. A esses organismos é atribuída inviolabilidade de suas instalações, arquivos e documentos. São isentos de impostos diretos e direitos alfandegários. Em matéria de comunicações oficiais o tratamento a eles destinados deve ser o mesmo dispensado às missões diplomáticas dos governos estrangeiros. Os funcionários destas Agências gozam de isenção de impostos quanto aos salários e vencimentos dela recebidos.

3.4. No 'Acordo Básico de Assistência Técnica entre o Brasil e a ONU', consta que a prestação de assistência técnica condiciona-se à existência de fundos e baseia-se em pedidos apresentados pelo Governo e aprovados pelos organismos. Prevê o 'Acordo' que a assistência técnica poderá incluir serviços de peritos e qualquer outra forma de assistência técnica que venha a ser acordada entre o país e os organismos. Para os fins do 'Acordo' a expressão 'perito' compreende qualquer pessoal de assistência técnica designado pelos organismos.

3.5. O Banco Interamericano para a Reconstrução e o Desenvolvimento - BIRD ou Banco Mundial foi criado em 27/12/45, com base na Conferência de Bretton Woods em julho de 1944. O BIRD, enquanto agência financiadora do desenvolvimento, concede aos países membros empréstimos destinados ao aprimoramento da economia.

3.6. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD tem por objetivo principal auxiliar os países de baixo rendimento a adquirirem conhecimentos técnicos científicos, contribuindo assim para a utilização, cada vez mais eficaz, dos elementos do crescimento econômico (capitais, mão-de-obra, tecnologia, etc.). A cooperação do PNUD, normalmente, é fornecida a pedido dos governos e de acordo com a urgência de suas necessidades.

3.7. A Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura - UNESCO, criada em 04/11/1946, tem por missão contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacional, promovendo, através da educação, da ciência, da cultura e da comunicação, a colaboração entre as nações assegurando o respeito universal da justiça e da lei, assim como dos direitos e liberdades fundamentais do homem.

3.7.1. O 'Acordo de Cooperação Técnica em Matéria Educacional, Científica e Técnica' entre o Brasil e a Unesco foi assinado em Paris, em 29/01/81, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 13, de 31/03/82, e promulgado pelo

Decreto nº 87.522, de 25/08/82. Inicialmente a duração do Acordo estava prevista por quatro anos podendo ser prorrogada por tácita recondução. A este Acordo aplicam-se as disposições da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas, promulgada pelo Decreto nº 52.288, de 24/07/63.

3.7.2. Considerado o âmbito de atuação da UNESCO, os objetivos do Acordo são :

- a) prestar ao MEC cooperação para o desenvolvimento de atividades consideradas prioritárias pelo Governo;
- b) aperfeiçoamento de pessoal;
- c) estudos de desenvolvimento técnico; realização de pesquisas, informações e planejamento;
- d) reforçar e estreitar a cooperação entre o Brasil e a UNESCO;
- e) desenvolver intercâmbio de informações com países em desenvolvimento.

3.8. Quanto ao Bureau of Reclamation - BUREC, Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura - IICA e a Organização dos Estados Americanos - OEA, embora não pertençam à esfera das Nações Unidas, são também dotados de personalidade jurídica de direito internacional e gozam de 'status', privilégios e imunidades equiparadas às já descritas no subitem 3.3. retro.

3.10. A atuação do IICA junto ao Governo Brasileiro tem respaldo legal no 'Acordo Básico entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura sobre Privilégios e Imunidades e Relações Institucionais', de 17/07/84, aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 216, de 27 de novembro de 1991 e promulgado pelo Decreto 361 de 10/12/91 (D.O.U. de 11/12/91), anexado às fls. 24/35 do Anexo I.

3.11. As imunidades e privilégios dispensados à OEA em suas relações com o Brasil têm amparo no Acordo firmado em 23 de fevereiro de 1988. Especificamente para à cooperação na área de agricultura irrigada aplica-se o 'Acordo para Cooperação Técnica entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos para Execução de um Programa de Desenvolvimento de Agricultura Irrigada', celebrado em 15 de dezembro de 1988."

5. Adiante os analistas discorrem sobre os procedimentos praticados pelos organismos internacionais para a contratação de serviços de consultoria, abor-

dando a matéria didaticamente, com destaque individual para os critérios utilizados pelos órgãos a que se refere o item 3 supra, *in fine* (fls. 07/ 17).

6. As apurações procedidas junto aos órgãos auditados mereceram os pormenorizados registros de fls. 17 (item 5), até 55 (subitem 11.20), com destaque para as verificações nos projetos geridos, conforme retrata a "*Síntese das Ocorrências Verificadas*", reproduzida textualmente a seguir (fls. 55/58):

"12.1 As questões reportadas neste Relatório ratificam a oportunidade dos trabalhos desenvolvidos, na medida em que se constata que a utilização dos acordos internacionais pelos órgãos da Administração Pública tem se constituído em um meio de se contratar pessoal para o desempenho de tarefas típicas das Unidades/Entidades, sem necessidade da realização de concurso público, exigência essa prevista na nossa Carta Magna.

12.1.1A justificativa freqüente para a realização dos acordos de cooperação técnica tem sido a necessidade de acesso a consultorias especializadas, com padrões de qualidade mais elevados, não disponíveis no serviço público.

12.1.2Todavia, tais argumentos ficam desprovidos de qualquer consistência, visto que, além das contratações não se restringirem a especialistas, são raros os consultores estrangeiros contratados, e os nacionais, em sua maioria, são oriundos de instituições públicas das diversas esferas, ou aposentados pela própria Administração Pública que retornam, muitas vezes, aos seus órgãos de origem por intermédio das agências externas.

12.1.3Conforme já demonstrado, cada órgão internacional dispõe de normas e procedimentos que regulam essas contratações, não havendo, portanto, uniformidade nos critérios utilizados, o que de certa forma, contribui para a inobservância dessas disposições por parte dos órgãos executores (Administração), que contam, inclusive, com a anuência dos próprios organismos.

12.1.4A ausência de padronização desses procedimentos revela a necessidade de se estabelecer critérios mais claros e objetivos para orientar a ação de Diretores e Coordenadores, dando-se, inclusive, maior publicidade quando da seleção de pessoal necessário à execução desses projetos, conciliando, é claro, as regras estabelecidas pelos organismos internacionais com as normas internas do País.

12.2.5O assunto em pauta foi abordado nas Sessões de 22.02.95 e 13.03.96 (Decisões nºs 066/95 e 109/96), bem como no relatório sobre as Contas do Governo, relativas ao exercício de 1995, aprovado na Sessão Plenária de 30.05.96, ocasião em que foi formulada recomendação no sentido de que fossem 'aprovadas normas disciplinadoras em relação a celebração de convênios com organismos internacionais, tais como PNUD, IICA, OEA,

PAO, CEPAL, UNICEF, OIT, BIRD e BID, no tocante à contratação de consultores.'

12.1.6 Conforme ressaltado no subitem 12.1 retro, releva notar que o aproveitamento do pessoal contratado para atuar em determinado projeto nas atividades do órgão executor, via organismo internacional, além de se constituir, em muitos casos, em alternativa para suprir a carência de recursos humanos, dispensando-se as exigências e restrições impostas à Administração Pública pela Constituição Federal (concurso público), resulta na contratação de profissionais com salários muitas vezes acima do mercado e no pagamento de Taxa de Administração sobre esses honorários.

12.1.7 Essa situação ficou mais evidente na Secretaria de Recursos Hídricos, dado o reduzido número de servidores públicos, tendo aquela Secretaria comunicado suas dificuldades e carência de pessoal ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, por intermédio do Memo. nº 220/GAB/96, de 20.05.96.

12.1.8 A insuficiência de recursos humanos torna-se mais relevante, quando se percebe que, no caso da Secretaria, a continuidade de suas atividades depende dessa força de trabalho, sendo, portanto, desaconselhável, no momento, uma proposta de determinação mais rigorosa, tal como a rescisão desses contratos.

12.1.9 Não obstante, há uma necessidade de maior conscientização, por parte dos órgãos de governo, de que a situação se agrava e se torna mais preocupante, quando se sabe que essa prática vem sendo adotada pela Administração Pública, de forma generalizada, privilegiando a contratação de profissionais, mediante Acordos Internacionais, selecionados com critérios mais flexíveis e salários mais elevados, em detrimento da classe de servidores públicos, na acepção exata da palavra (concursados).

12.1.10 Assim, a contratação de pessoal, através de organismos internacionais, só se justifica na medida em que os mesmos desempenhem atividades ligadas diretamente aos objetivos acordados, nelas não se enquadrando o exercício de atividades típicas da Administração, por se tratar de contratação de mão-de-obra indireta, em desacordo com o art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

12.1.11 Dessa forma, entendemos oportuno e necessário que se dê conhecimento não só ao Exmo. Sr. Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado, como também, aos demais órgãos que compõem a cúpula do governo das ocorrências apontadas neste Relatório para que, no âmbito de suas competências, adotem as providências que o assunto está a exigir.

13 Outro ponto merecedor de alguns comentários adicionais é a percepção por servidores públicos de remuneração por serviços prestados através de convênios/acordos/ajustes firmados com esses organismos internacionais.

13.1A Lei nº 9.082, de 25.07.95, que versa sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 1996, em seu art. 12, inciso VIII, dispõe expressamente :

'Art.12. Não poderão ser destinados recursos para atender despesas com:

.....

VIII - pagamento a qualquer título a servidor da administração pública por serviços de consultoria ou assistência técnica custeadas com recursos provenientes de convênios, acordos, ajustes ou instrumento congêneres, firmados com órgãos ou entidades de direito público ou privado, nacionais ou internacionais.'

13.1.1 Depreende-se do dispositivo supratranscrito que o legislador, ao vedar aludidos pagamentos, não excepcionando qualquer categoria, limitou as possibilidades de a Administração promover a execução desses projetos, especialmente, daqueles ligados diretamente à área de educação, quando se sabe que os profissionais qualificados e experientes estão, em regra, afetos a instituições de ensino governamentais.

13.1.2 No entanto, entendemos, s.m.j., não alcançados por essa vedação os servidores públicos aposentados, considerando que a estes pode-se aplicar, de forma análoga, o mesmo entendimento dispensado aos ocupantes de cargos comissionados, uma vez que não existe, até o momento, qualquer óbice ao exercício dos referidos cargos por ex-servidores da Administração.

13.1.3 A propósito, cabe consignar que o Supremo Tribunal Federal - STF, nos autos do RE 163.204-6/SP, ao se pronunciar quanto à impossibilidade de acumulação de proventos com vencimentos de cargos efetivos, isto é, cargos de carreira, o Relator do mencionado Recurso, Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso, ressalta '...não estendo a afirmativa em termos radicais, à acumulação de proventos com vencimentos de cargo em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, dado que, com relação a estes, a sistemática é diferente. Esta questão, entretanto, não é objeto da presente ação, de modo que a sua discussão, no caso, não é pertinente.'

13.1.4 Registre-se que a analogia buscada para o caso em comento, deve-se justamente ao fato de que essas contratações são temporárias, logo a remuneração percebida pelos servidores aposentados não é originária de cargos efetivos.

13.2 Quanto à contratação de servidores pertencentes aos quadros do serviço público, estes se revestem de maior complexidade dada a natureza dos próprios serviços.

13.2.1 No que se refere aos contratos de serviço permanente e por produto definido, dada a oportunidade, trazemos à colação o art. 37, inciso XVI, da nossa Lei Maior que, ao vedar a acumulação remunerada de cargos, excetuou, desde que havendo compatibilidade de horário, os casos de dois cargos de professor, um cargo de professor com outro técnico ou científico ou dois cargos privativos de médico.

13.2.2A exigência dessa compatibilidade é, justamente, evitar que os serviços do órgão fiquem prejudicados, e uma vez admitida, sem dúvida alguma, os servidores contratados para esse tipo de serviço não estariam alcançados pela vedação contida na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

13.2.3Como os trabalhos da equipe se restringiram aos órgãos sediados em Brasília, e considerando que os órgãos de origem não estavam incluídos no objeto desta Auditoria, não foi possível fazer a verificação da compatibilidade de horários dos contratados.

13.2.4Conforme descrito nos itens 7.3.3.1 e 7.3.8.1 deste relatório, tais contratos, por vezes, estabelecem período de trabalho superior a 8 horas diárias ou possuem ânimo permanente, não obstante estarem descritos como 'contrato por produto'. A definição da compatibilidade deve ser feita para cada caso individual, confrontando-se o período de trabalho no serviço público com a efetiva carga horária dos contratos de consultoria.

13.2.5Ainda que comprovada a compatibilidade da carga horária, não se pode garantir, em alguns casos, que o serviço contratado tenha sido ou está sendo executado sem prejuízos para as atividades do órgão, isto é, fora do seu período de trabalho.

13.2.6Diante das questões acima expendidas, fica evidente que para se emprestar ao caso em exame, por analogia, as disposições contidas no art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal, é indispensável uma análise apurada que permita definir com objetividade cada situação.

13.2.7Assim, considerando que a Lei de Diretrizes Orçamentárias, ao vedar despesas dessa natureza, não excepcionou qualquer situação, entendemos que se deva solicitar a manifestação das Unidades/Entidades responsáveis por tais contratações."

7. Em termos conclusivos, propôs a Equipe de Auditoria as medidas preliminares a seguir dispostas, as quais foram recepcionadas pelo escalão dirigente da Unidade Técnica (fls. 58/60):

"1) seja solicitada a manifestação das unidades/entidades abaixo descritas sobre a contratação de servidores públicos através de organismos internacionais, tendo em vista a vedação contida no art. 12, inciso VIII, da Lei nº 9.082/95:

a) Secretaria de Educação Fundamental do Ministério da Educação e do Desporto quanto à contratação de : Maria Tereza Perez Soares, Kátia Lomba Braklin, Maria Cecília Cortez C. de Souza, Ives de La Taille, Suely Ângelo Furlan, Marta Rosa Amoroso, Rosely Fishmann, Cristina Filomeno Bastos Cabral, Marina Marcos Valadão, Irene de Araújo Machado, Maria Amábile Mansutti e Iara Sayão pelos projetos 'Parâmetros Curriculares Básicos' e 'BRA/95/014/B/01/99'; Claudia Neiva de Matos, Aldir Santos de Paula, Marilda do Couto Cavalcanti e Terezinha Jesus Machado Matos pelo Projeto BRA/95/014/B/01/99;

b) Secretaria de Educação Especial do Ministério da Educação e do Desporto quanto à contratação de : Jurema Lucy Venturini e José Erasmo Campelo pelos projetos 'Diretrizes Gerais para o Atendimento Educacional aos Portadores de Grandes Potencialidades' e 'Perfil do Financiamento e das Despesas em Educação Especial no Brasil';

c) Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal quanto à contratação de : Oscar de Moraes Cordeiro Neto pelo projeto 'Fortalecimento Institucional à SRH';

d) Secretaria de Coordenação de Assuntos do Meio Ambiente, do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal quanto à contratação de : Aluísio Guimarães, Cláudio Zamprogno, Daniel Duarte Pereira, Luiz Gonzaga da Silva Costa e Ubiratan Porto dos Santos pelo projeto 'Suporte para a Implantação e Avaliação do Programa Nacional para Desenvolvimento do Meio Ambiente' (BRA/90/010/G/01/99).

2) seja solicitado o pronunciamento da Secretaria de Educação Fundamental, no que se refere ao Projeto Nordeste (BRA/95/013), quanto:

a) ao pagamento aos contratados de acréscimo de percentual de 17% sobre os valores previstos na Tabela de Remuneração do PNUD e da hora trabalhada, a título de encargos sociais, em discordância com o estabelecido no item 33 do documento de Assistência Preparatória;

b) à duplicidade na emissão de passagens e pagamento de diárias, no período de 18 a 22.12.95, à contratada Maria Marluce Farias de Oliveira, conforme se verifica nas 'Solicitações de Viagens Domésticas' nºs 411394 e 412716.

3) seja requerido à Secretaria de Recursos Hídricos que se manifeste acerca dos valores pagos aos contratados Dinair Gimenes Ramos (G5-2), Célio Ara-

újo Rocha (PL1-1), Henrique Marinho Chaves (PL4-3) e Juan Carlos Canon (G7-4), tendo em vista que são superiores àqueles referentes aos níveis de classificação da Tabela Remuneratória do IICA, constantes de seus contratos de trabalho.”

8. Acostados aos autos os elementos requeridos junto aos entes auditados (fls. 61/150), o Sr. Analista Marco Aurélio de Souza procedeu a meticoloso exame, merecendo transcrever o que segue:

“2. Uma questão comum às diligências formuladas refere-se à contratação de servidores públicos à conta de acordos firmados com organismos internacionais, tendo em vista a vedação contida no art. 12, inciso VIII, da Lei nº 9.082/95 (LDO/96), mantida no art.11, inciso VIII, da Lei nº 9.293, de 15.07.96, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária para o exercício de 1997 (LDO/97).

2.1 Sobre o assunto, as Unidades apresentaram os seguintes esclarecimentos, em defesa dos procedimentos adotados:

2.1.1 A Secretaria de Educação Fundamental do MEC, às fls. 128/130, expõe, inicialmente, a importância dos projetos desenvolvidos com os organismos internacionais. Em seguida, esclarece que, por sua especificidade, a execução de serviços na área pedagógica depende da conjugação do trabalho de pesquisadores e especialistas, em conjunto com docentes, que vivenciam os problemas do tratamento metodológico do que ensinam e como ensinar. Aduz, ainda, que dada a singularidade desses serviços na área pedagógica, aliada à carência de especialistas no quadro permanente daquela Pasta, torna-se imprescindível o assessoramento de profissionais que detêm conhecimento nessa área. Registra, ainda, que a questão envolve duas situações: a vedação legal mencionada no ofício de diligência e a autorização expressa dos acordos de cooperação firmados, que em seu bojo trazem a previsão de contratação de consultores. Finalizou afirmando esperar que fosse considerada a excepcionalidade da contratação procedida pelos organismos internacionais, por se tratar de questão de interesse e necessidade administrativa, realçando que o desenvolvimento de atividades prioritárias na área educacional depende da colaboração de especialistas, sob pena daquela Pasta ficar impedida de cumprir sua missão.

2.1.2 A Secretaria de Recursos Hídricos do MMARHAL registra, à fl. 77, que de acordo com o Parecer nº 199/96, anexo, emitido por solicitação da Administração do IICA no Brasil, a contratação do consultor mencionado no ofício de diligência é legal. O referido Parecer (fl. 79), após analisar a situação do nominado consultor - que havia firmado contrato por prazo determinado com a Fundação Universidade de Brasília (fls. 83/85) para executar serviços de docência universitária, com jornada de 20 horas semanais, contrato esse já encerrado - conclui que 'tratando a espécie do exercício de cargo de

professor e sendo compatíveis os horários de trabalho com as atividades do cargo técnico, entendo que a contratação realizada pelo IICA é absolutamente legal em face do artigo 37, XVI, letra b, da Constituição Federal' .

2.1.3 A Secretaria de Educação Especial do MEC inicia seu arrazoado (fl.142) afirmando que a contratação de profissionais com formação e/ou experiência em educação para os portadores de necessidades educativas especiais se deve ao fato, dentre outros, dessa modalidade educativa contar com pouquíssimos profissionais habilitados no quadro efetivo do MEC. Em seguida, passa a evidenciar a adequação dos perfis profissionais dos contratados aos objetivos dos projetos desenvolvidos, realçando a contribuição das referidas contratações para a consecução do Plano de Trabalho daquela Secretaria. Finaliza ressaltando que o art. 37, inciso XVI, alínea b, da Constituição excetua a acumulação remunerada de cargos públicos para professores; assim, a seu ver, a vedação contida no art. 12, inciso VIII, da Lei nº 9.082/95 não alcança tais profissionais.

2.1.4 A Secretaria de Coordenação de Assuntos do Meio Ambiente do MMARHAL informa, à fl. 65, que para efetivar qualquer modalidade de contratação são exigidos os seguintes documentos:

a) declaração de próprio punho do candidato, informando que não mantém vínculo empregatício com o serviço público federal, estadual ou municipal; e

b) no caso de funcionários acadêmicos, documento da universidade de origem do candidato autorizando-o a executar os serviços propostos.

2.1.4.1 Informou, ainda, que esses documentos fazem parte do processo de contratação dos consultores, bem como encaminhou cópia das declarações por eles apresentadas, suficientes, segundo o signatário, para eximir o Projeto desenvolvido por aquela Secretaria de quaisquer penalidades constantes do art. 12, inciso VIII, da Lei nº 9.082/95."

(...)

"3. A SEF/MEC foi ainda diligenciada a respeito do acréscimo de 17%, a título de encargos sociais, sobre os valores da hora trabalhada previstos na tabela de remuneração do PNUD, em discordância com o estabelecido no item 32 do documento de Assistência Preparatória (alínea 'b' do ofício de fl. 61). Essa questão foi inicialmente abordada nos itens 7.3.9 a 7.3.11 do Relatório de Auditoria, às fls. 34/35.

3.1 Sobre o assunto, o Sr. Diretor-Geral do Projeto Nordeste esclareceu, às fls. 131/133 que, de acordo com a Lei nº 8.212/91, alterada pela Lei nº 8.540/92, os consultores contratados por organismos internacionais são

considerados autônomos perante a lei brasileira, o que não os isenta do recolhimento dos encargos sociais (a propósito, ver o art. 10, inciso V, alínea 'd', do Decreto nº 2.173, de 05.03.97, que estabelece, como equiparado a trabalhador autônomo, o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social).

3.2 O signatário esclareceu, ainda, que, na construção da tabela de remuneração do PNUD, com o objetivo de evitar uma série de questionamentos por parte dos contratados, e tendo em vista que a mesma tabela é aplicada nas contratações efetuadas pelas Secretarias de Educação dos Estados, optou-se por reduzir, a título de encargos sociais, o percentual considerado adequado. Assim, é que, segundo o signatário, o valor máximo médio da hora/consultoria praticado pelos organismos internacionais foi reduzido de US\$ 37.50 para US\$ 32.00. Quando do pagamento ao consultor, ao valor líquido é acrescido a título de encargo social 17%. Dessa forma, segundo o informante, 'manteve-se o mesmo preço praticado pelos organismos internacionais, uniformizaram-se os procedimentos e evitou-se a celeuma com os contratados'.

3.3 Assim, considerando as razões expendidas pelo Sr. Diretor-Geral do Projeto Nordeste, entendemos esclarecida a questão, sem necessidade de comentários adicionais.

4. O último item da diligência formulada à SEF/MEC (alínea 'c' do ofício de fl. 61) diz respeito à duplicidade na emissão de passagens e diárias, conforme evidenciado nos itens 7.3.13 e 7.3.14 do Relatório de Auditoria, à fl. 35.

4.1 Também respondendo à essa questão, o Sr. Diretor-Geral do Projeto Nordeste apontou as razões que permitiram a ocorrência do fato (fls. 133/134), afirmando que realmente houve a duplicidade de pagamento em relação às diárias, mas não em relação ao bilhete aéreo, que não chegou a ser emitido. O signatário informou que pelas razões que aponta à fl. 134, de novembro de 1995 a maio de 1996, o Projeto foi conduzido com pessoal administrativo insuficiente e um inadequado sistema de controle, mas que, atualmente, a equipe está adequadamente formada e um sistema informatizado, embora ainda provisório, controla pagamentos e viagens, reduzindo fortemente a possibilidade do fato vir novamente a ocorrer (fl. 135).

4.2 Quanto ao pagamento ocorrido, acrescentou o signatário que tão logo recebida a diligência do Tribunal, foi analisada a documentação pertinente e solicitada à contratada a devolução das diárias indevidamente recebidas. A devolução foi efetuada por meio de cheque cuja cópia foi anexada à fl. 140.

4.3 Assim, tendo em vista as justificativas apresentadas pelo signatário, o recolhimento dos valores pagos em duplicidade e as providências adotadas com vistas a evitar a repetição do fato, entendemos possível dar por superada a questão.

5. Outro ponto alvo de diligência, desta feita à Secretaria de Recursos Hídricos do MMARHAL, diz respeito aos valores pagos aos contratados nominados na alínea 'b' do ofício de fl. 62, tendo em vista serem superiores àqueles referentes aos níveis de classificação da Tabela Remuneratória do IICA, constantes de seus contratos de trabalho, conforme evidenciado nos itens 10.8.9 a 10.8.11 do Relatório de Auditoria, à fl. 47.

5.1 Os esclarecimentos apresentados por aquela Secretaria foram no sentido de que a divergência apontada se deve ao fato de os contratados terem sofrido reclassificações por mudança de cargo e funções (fl. 78). Acrescentou que essa reclassificação é resultado do sistema de avaliação de desempenho do IICA, efetuada a cada ano para a categoria de pessoal de serviços gerais e a cada dois anos para a categoria de pessoal profissional local. Esclareceu, também, que essas avaliações possibilitam ao funcionário um incremento de classificação de 1 ou 2 passos. O signatário encaminhou, ainda, os contratos de trabalho dos funcionários, acompanhados das 'Ações de Pessoal', documento interno do IICA que oficializa e aprova as alterações contratuais (fls. 87/127).

5.2 Com esses esclarecimentos entendemos superada a questão, uma vez que a divergência entre os valores inicialmente contratados e os atualmente pagos deveu-se a alterações contratuais supervenientes, devidamente oficializadas e aprovadas."

9. No que se refere às propostas de encaminhamento, o Sr. Analista propugna pelas conclusões de fls. 158/160, vazadas nos seguintes termos:

"I - seja encaminhada cópia da Decisão que vier a ser adotada, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, ao Ministério da Administração e Reforma do Estado, para que adote, na qualidade de coordenador e supervisor dos sistemas de pessoal civil, providências com vistas a:

1) estabelecer normas disciplinadoras da contratação de pessoal à conta de acordos firmados pela Administração com organismos internacionais, que levem em consideração, dentre outros, os seguintes aspectos:

a) na contratação de serviços técnicos especializados:

definir com objetividade e clareza que o serviço a ser executado deve apresentar peculiaridades tais que somente profissional especialmente qualificado, não disponível nos quadros da Administração, possa desempenhá-lo satisfatoriamente, evitando-se a contratação, sob esse fundamento, da pres-

tação de serviços que, mesmo técnicos, sejam rotineiros e comuns (item 2.4.2);

b) na contratação de serviços de apoio, quando prevista nos acordos firmados:

b.1) o pessoal contratado deve ser vinculado a atividades direta e exclusivamente ligadas aos projetos contratantes, não sendo permitido o desvio desse pessoal para o exercício de atividades outras que, mesmo necessárias ou indiretamente relacionadas aos projetos, sejam, na essência, institucionais, evitando-se, assim, a configuração de contratação indireta de mão-de-obra, constitucionalmente vedada;

b.2) deve ser observado o caráter de excepcionalidade de tais contratações, medida extrema a ser usada apenas quando não se puder suprir, por outros meios, as demandas de pessoal existentes e quando, dado o caráter de temporalidade dos projetos e por não se vislumbrar a possibilidade de realocação de pessoal para outros projetos ou atividades da Administração, não se mostrar viável, por razões de ordem técnica, econômica ou administrativa, a criação de cargos ou funções de natureza permanente para o atendimento dessas demandas;

b.3) atentar para o fato de que o número de profissionais contratados deve guardar coerência com a excepcionalidade dessa medida, não se efetuando contratação de pessoal de apoio senão em caráter supletivo, atendo-se às reais necessidades dos projetos acordados (item 2.5.5.3);

c) na seleção de pessoal efetuada pela direção dos projetos:

observar a necessidade de se dar ampla publicidade aos respectivos atos, de forma a garantir maior e mais competitivo afluxo de candidatos e dar transparência a essa atuação administrativa, em respeito ao princípio constitucional da impessoalidade (itens 10.6.14, fl. 44; 10.8.6, fl 47; e 12.1.4, fl. 56).

2) promover estudos objetivando conciliar a vedação contida no art. 11, inciso VIII, da Lei nº 9.293/96 (LDO/97) com a necessidade de se contar com a qualificação e experiência de profissionais pertencentes aos Quadros do Serviço Público na execução de projetos decorrentes de acordos firmados com organismos internacionais (itens 13.1.1, fl. 57 e 2.6.7 desta instrução).

3) dotar os órgãos e entidades da Administração Pública do pessoal de que necessitam para o cumprimento de suas atribuições, dispensando especial atenção à Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, tendo em vista que o número de servidores públicos daquela Secretaria corresponde a apenas 34% de sua força de trabalho, sendo os demais 66% supridos por meio de pessoal

contratado à conta de acordos firmados com organismos internacionais (item 2.5.6).

II - seja determinado aos Órgãos/Entidades abrangidos pela presente Auditoria que, desde logo, passem a considerar, em futuras contratações de pessoal à conta de acordos firmados pela Administração com organismos internacionais, os aspectos elencados no item I.1 retro, se acolhidos, encaminhando-lhes cópia da Decisão que vier a ser adotada, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem.”

10. A Srª Diretora da 1ª Divisão, bem como o Titular da Unidade Instrutiva, em cota singela, manifestam-se favoravelmente às sugestões imprimidas à espécie (fl. 160).

À vista da inexistência de imperativo regimental pertinente e de solicitação deste Relator, o douto Ministério Público -sempre pronto a emprestar seu valioso e abalizado pronunciamento sobre as questões que lhe são submetidas - não oficiou nos autos.

VOTO

Fui designado Relator dos presentes autos em decorrência de sorteio eletrônico realizado com fulcro no disposto no art. 25, *caput*, da Resolução nº 64/96-TCU e no art. 18 da Portaria nº 519/96, alterado pelo art. 1º da Portaria nº 171/97, tendo em vista que a Auditoria em epígrafe abrangeu entidades integrantes das Listas de Unidades Jurisdicionadas a mim atribuídas e ao insigne Ministro Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (fl. 163).

2. A matéria de que se ocupa o presente processo é relevante e há muito tem merecido especial atenção no âmbito desta Corte de Contas, merecendo destacar algumas deliberações alusivas ao tema.

3. Em Sessão Extraordinária de caráter reservado, de 25/05/94, ao apreciar Denúncia acerca de contratações efetuadas mediante convênios firmados entre órgãos públicos e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, resolveu o Tribunal (Decisão nº 339/94, TC-018.026/92-3):

“8.2 - autorizar a 6ª SECEX e a SAUDI a realizarem Inspeção Extraordinária no IBAMA, objetivando apurar os fatos denunciados;

8.3 - autorizar, ainda, a adoção das providências necessárias, pela Secretaria-Geral de Controle Externo, para que as verificações se estendam aos demais Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal;

8.4 - solicitar, em consequência, do Órgão Central de Controle Interno do Poder Executivo, todas as informações e elementos relacionados com as atividades de auditoria que já tenham sido realizadas em decorrência de acordo com o PNUD;”

4. Diante de Denúncia sobre irregularidades na administração de recursos financeiros repassados pelo Governo Federal ao Instituto Interamericano de Cooperação para Agricultura - IICA, o Tribunal determinou à Ciset/MARA que desse ciência, a esta Corte, dos resultados dos trabalhos de auditoria realizados no mencionado órgão, adotando as providências necessárias à fiscalização dos acordos e convênios firmados entre o Ministério da Agricultura e Reforma Agrária (Decisão nº 491/94 - Plenário, TC-006.348/94-7, Sessão sigilosa de 27/07/94).

5. Contudo, por meio da Decisão nº 642/97-Plenário, o Tribunal, em Sessão sigilosa de 29/09/97, considerou improcedente a mencionada Denúncia, firmando orientação sobre o assunto (Ata nº 37/97-Plenário).

6. O TC-014.852/95-0 versa igualmente sobre outra Denúncia, desta feita acerca da contratação de pessoal para serviços de consultoria e apoio por órgãos executores de projetos financiados por organismos internacionais, havendo o Tribunal, após conhecer da peça vestibular por preencher os requisitos de admissibilidade, determinado sua juntada ao TC-018.026/92-3, nos termos da Decisão nº 523/95 - Plenário (Sessão de 11/10/95, Ata nº 46/95).

7. As Decisões nºs 066/95 (Sessão de 22/02/95, Ata nº 08/95) e 109/96 (Sessão de 13/03/96, Ata nº 09/96), que desencadearam os trabalhos em relevo, foram precedidas, ainda, pela Decisão nº 496/94 (TC-008.440/94-8, Sessão de 03/08/94), oportunidade em que esta Corte de Contas, atenta ao assunto, resolveu *"acolher, nos termos dos arts. 178 e 179 do Regimento Interno, o pedido formulado pela Câmara dos Deputados e determinar a realização de Auditoria via SIAFI nos Órgãos Governamentais repassadores de recursos aos Organismos Internacionais, acima relacionados (item 4), com vistas à identificação dos convênios firmados nos últimos três anos, com a Administração Federal (direta, autárquica e fundacional) e do volume financeiro envolvido, objetivando a definição do objeto, a amplitude e o prazo de duração dos trabalhos, bem como a avaliação da conveniência e oportunidade da inclusão das unidades acima indicadas no Plano de Auditoria e Inspeções, deste Tribunal"*.

8. Portanto, diversos questionamentos já foram levados a efeito no âmbito desta Corte de Contas relativamente à contratação de pessoal para serviços de apoio administrativo, contratação de consultores e de empresas de consultoria à conta dos acordos de que se fala.

9. No entanto, as informações levantadas pela Unidade Técnica que apresentou nesta oportunidade, *ex-vi* da Auditoria determinada pelo Colegiado, estabelecem um diagnóstico sobre a matéria, merecendo consignar as apropriadas considerações expendidas no segundo momento pelo Sr. analista Marco Aurélio de Souza, *ipsis litteris* (fls. 152/156):

"2.2 Previamente à análise da questão da contratação de servidores públicos propriamente ditos, entendemos necessário verificar, preliminarmente, a própria viabilidade da contratação de pessoal à conta de acordos mantidos pela Administração com organismos internacionais. A principal questão a analisar é se tal mecanismo constitui forma de contratação indireta de mão-

de-obra, vedada constitucionalmente. Se assim o for, torna-se indiferente o fato de o contratado ser ou não servidor público, pois qualquer contratação estará obstada.

2.3 O problema apresenta características diferenciadas, caso se trate da contratação de consultores, para a prestação de serviços técnicos especializados, ou de pessoal administrativo, para a prestação de serviços de apoio. É essa, pois, a primeira distinção que fazemos para analisar o assunto.

2.4 A contratação de consultores técnicos

2.4.1 É sabido que a Administração Pública nem sempre dispõe, em seus Quadros, de profissionais com a habilitação, o nível de conhecimento e a aptidão técnica necessários a atender, concretamente, às especificidades dos projetos a serem desenvolvidos. Assim, há casos em que se torna imprescindível o assessoramento de profissionais que detêm o conhecimento numa área específica. Nesses casos, nos afigura possível a contratação, posto que, por seus próprios meios, a Administração não teria possibilidades concretas de se desincumbir da missão a ela conferida. É esse, inclusive, o sentido da permissão expressa no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

2.4.2 Isso, porém, não dá à Administração o direito de, sob esse fundamento, contratar, indiscriminadamente, qualquer profissional, a seu arbítrio, para o exercício de serviços que, mesmo técnicos, sejam rotineiros e comuns. É preciso que o serviço apresente peculiaridades tais que somente profissionais especialmente qualificados, não disponíveis em seus Quadros, o possam desempenhar satisfatoriamente. Também é necessário, obviamente, que o contratado tenha, de fato, a especial qualificação exigida pelas singularidades do serviço.

2.4.3 Observados esses pressupostos, não vemos óbice a que se proceda a tais contratações. O que não se pode admitir, todavia, é que esse procedimento seja adotado como meio de "agilizar procedimentos burocráticos presentes na Administração Pública", segundo informado nos próprios documentos de projeto (cf. itens 6.10.2, fl. 26, e 7.2.6, fl. 31). Isso sim se configuraria contratação indireta de mão de obra, vedada constitucionalmente, posto que os contratos se efetivam não pelas especificidades dos serviços, mas como alternativa de burla às disposições legais vigentes.

(...)

2.5 A contratação de pessoal de apoio

2.5.1 Questão que suscita maior polêmica é a da contratação de pessoal de apoio à conta dos acordos firmados com organismos internacionais. O argumento que se põe é que as tarefas executadas, como serviços de secretárias, motoristas, operadores de computador, etc, são típicas dos cargos previstos nos Planos de Classificação de Cargos das unidades/entidades, não apresentando os trabalhos nenhuma especificidade que não possa ser suprida por pessoal dos próprios quadros da Administração, ficando, assim, mais facilmente evidenciada a contratação indireta de pessoal, com infringência às disposições constitucionais que regem o acesso ao serviço público.

(...)

2.5.4 Essa segunda situação nos parece ponto pacífico. Sua prática deve ser coibida, posto que contrária às normas constitucionais que regulam o ingresso no serviço público. Apesar disso, conforme mencionado no item 12.1.9 do Relatório de Auditoria (fl. 56), bem como evidenciado em seus itens 10.4.6 a 10.4.9 (fls. 41/42) e 11.13 (fl 53), " a situação se agrava e se torna mais preocupante, quando se sabe que essa prática vem sendo adotada pela Administração Pública, de forma generalizada..." . Tal procedimento não pode ser considerado aceitável, já que carece de amparo legal, razão por que entendemos oportuna a proposta constante no item 2.5.6.3, 'a', a ser comentada posteriormente.

2.5.5 Situação diferente, todavia, é a que diz respeito aos contratados que, embora exercendo atividades de apoio, o fazem de forma única e exclusivamente destinada aos projetos acordados. A questão que se põe é: tal procedimento também configuraria contratação indireta de mão-de-obra, sendo, portanto, vedado?

2.5.5.1 Na análise dessa questão, dois aspectos nos parecem importantes. O primeiro diz respeito à temporalidade dos projetos, que têm existência determinada, não se constituindo em atividades permanentes, a serem desenvolvidas num lapso temporal indefinido. Nessas condições, não deixa de ser vantajoso à Administração que os profissionais responsáveis por desenvolver essas funções certas e finitas não passem a integrar, ad perpetuum, os Quadros da Administração, mesmo quando, concluídos os projetos, não mais sejam necessários. É esse, aliás, uma das razões que vemos para a contratação temporária de pessoal prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, disciplinada em leis específicas, tal como a Lei n° 8.745, de 09.12.93, que, embora a nosso ver não aplicável ao tipo de contratação sob exame, realça no inciso III de seu art. 2° justamente esse aspecto da temporalidade.

2.5.5.2 Um outro aspecto a se considerar é o caráter excepcional dessas contratações à conta dos acordos firmados com organismos internacionais,

que deve ser uma medida extrema, a ser usada somente quando os Órgãos/ Entidades responsáveis pela execução dos acordos forem incapazes de suprir, por outros meios, as demandas existentes.

2.5.5.3 Com esses aspectos em vista, não vemos óbice a que se proceda à contratação de pessoal de apoio, quando devidamente prevista nos acordos firmados, desde que efetivamente asseguradas as necessidades de:

a) vincular o pessoal contratado a atividades direta e exclusivamente ligadas aos projetos contratantes, não sendo permitido o desvio de pessoal para o exercício de atividades outras que, mesmo necessárias ou indiretamente relacionadas aos projetos, sejam, na essência, institucionais, evitando-se, assim, a configuração de contratação indireta de mão-de-obra, vedada constitucionalmente;

b) observar o caráter de excepcionalidade de tais contratações, medida extrema a ser usada apenas quando não se puder suprir, por outros meios, as demandas de pessoal existente e quando, dado o caráter de temporalidade dos projetos e por não se vislumbrar a possibilidade de realocação de pessoal para outros projetos ou atividades da Administração, não se mostrar viável, por razões de ordem técnica, econômica ou administrativa, a criação de cargos ou funções de natureza permanente para o atendimento dessas demandas;

c) atentar para o fato de que o número de profissionais contratados deve guardar coerência com a excepcionalidade dessa medida, não se efetuando contratação de pessoal de apoio senão em caráter supletivo, atendo-se às reais necessidades dos projetos acordados.

2.5.6 É a inobservância desses requisitos que vem fazendo com que as próprias contratações sejam questionadas, quando, na verdade, a problemática descrita decorre do mal uso que delas se tem feito. A exemplo veja-se: a sucessiva renovação de contratos, que faz as contratações perderem o caráter de temporalidade que as justificavam (itens 11.11, fl. 52 e 10.4.12, fl. 42); o desvio de contratados para o exercício de atividades institucionais (item 11.13, fl. 53); e a incoerência entre o número de contratados e a excepcionalidade de que se deve revestir essa medida, quando se vê, por exemplo, que na SRH/MMARHAL o número de servidores públicos é de apenas 34% da força de trabalho daquela Secretaria, sendo os outros 66% contratados por intermédio de organismos internacionais (item 10.12, fl. 49). É pois esse desvirtuamento de finalidade que deve ser coibido, o que nos leva a fazer, ao final, propostas nesse sentido, inclusive abordando de forma específica essa situação existente na SRH/MMARHAL.

2.6 A contratação de servidores públicos à conta dos acordos

2.6.1 Assim, definidos os casos e limites em que a contratação de pessoal à conta de acordos mantidos pela Administração com organismos internacionais se mostra possível, resta finalmente a analisar a questão que motivou as diligências formuladas, qual seja, a contratação de servidor público em afronta à vedação contida no art. 12, inciso VIII, da Lei nº 9.082/95 (LDO/96), mantida no art. 11, inciso VIII, da Lei nº 9.293/96 (LDO/97). Aliás, nota-se que tal procedimento sempre esteve expressamente vedado pelas LDO anteriores, como se vê nos arts. 17, inciso VIII, da Lei nº 8.447/92; 20, inciso VIII, da Lei nº 8.694/93; e 19, inciso IX, da Lei nº 8.931/94.

2.6.2 Essa questão guarda muitas similaridades com a da acumulação de cargos públicos. Nesse caso, embora não se tendo a ocupação de dois cargos, há a percepção de valores provenientes de duas fontes custeadas, em última análise, pelo Erário. A situação fática também é similar: tanto é inegável serem muitas vezes racionais, necessárias e inevitáveis as acumulações que a própria Constituição, ao estabelecer a regra geral da vedação de acumular, também estabeleceu exceções a essa regra, apontando casos em que considerou a acumulação faculdade permitida e necessária.

2.6.3 Assim, a aplicação incondicional da disposição mencionada da LDO levaria a um fato de certo modo paradoxal: um servidor público, exercendo, por exemplo, as funções de magistério, poderia perfeitamente, pela Constituição, ter acesso a um outro cargo efetivo no serviço público, de natureza técnica ou científica, desde que o ocupasse em caráter permanente (porque efetivo), mas não poderia sob nenhuma hipótese, dada a vedação da LDO, ser contratado em caráter temporário, quando sua experiência e conhecimento fossem imprescindíveis apenas à realização de um trabalho específico, não se justificando, por razões de ordem econômica, técnica ou administrativa, a criação de cargo ou função de natureza permanente para sua execução.

2.6.4 E esse fato não reflete a realidade prática da Administração. Como colocado nas respostas às diligências formuladas, e salientado no item 13.1.1 da fl. 57, "... o legislador, ao vedar aludidos pagamentos, não excepcionando qualquer categoria, limitou as possibilidades de a Administração promover a execução desses projetos, especialmente, daqueles ligados diretamente à área de educação, quando se sabe que os profissionais qualificados e experientes estão, em regra, afetos a instituições de ensino governamentais".

2.6.5 É bem verdade que esses projetos têm características peculiares. Como se vê no item 7.3.8.1 da fl. 34, em alguns casos o tempo de trabalho fixado para as atividades afetas a um consultor é em média 9 horas diárias, por todo o período laboral. Nessas condições, uma pessoa contratada dessa forma não poderá executar a contento um outro cargo público. Mas esse é um problema que não se resolve simplesmente vedando essas contratações.

A solução deve ser buscada por meio de outros mecanismos. Um deles é o da compatibilidade de horários, exigência constitucional para a acumulação de cargos. Sem horários compatíveis e efetivamente cumpridos, seria até mesmo uma violação ao princípio da moralidade admitir-se a dupla remuneração. Essa questão da compatibilidade, aliás, não pode, a nosso ver, limitar-se àquele rigor que se imprime quando do exame prévio do atendimento dos pressupostos legais. É preciso que o efetivo exercício das atribuições seja constantemente verificado pelos órgãos de pessoal da Administração, inclusive fazendo-se cumprir os horários na forma da lei. Essa é tarefa dos responsáveis pelo pessoal, da qual não podem se eximir, sob pena de faltarem com o cumprimento de dever funcional.

2.6.6 Mas observadas essas nuances, somos levados a considerar que a vedação contida na LDO, ao invés de contribuir para a solução dos problemas enfrentados, tem dificultado a execução desses projetos, posto que obstou uma prática que, devidamente normatizada e com limites bem definidos, seria até mesmo de interesse e necessidade dos órgãos executores dos acordos firmados. Em alguns casos, como mencionado nas respostas às diligências efetuadas, o tipo de contratação procedido seria mesmo o único meio de obter, para o serviço público, a concorrência de profissionais de reconhecido mérito e experiência. Não será obstando essa possibilidade que tornará a Administração mais eficiente, mais capaz de produzir os resultados que dela se exigem."

10. De igual forma, a Lei nº 9.473/97, de 22/07/97, ao dispor sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 1998, em seu art. 18, inciso IX, impede que sejam destinados recursos para atender despesas com pagamento, a qualquer título, a servidor da administração pública ou empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, por serviços de consultoria ou assistência técnica custeados com recursos provenientes de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, firmados com órgãos ou entidades de direito público ou privado, nacionais ou internacionais (DOU de 23/07/97, pág 15.801).

11. Conforme assevera o Sr. Analista, no que se refere às contratações da espécie, percebe-se a inexistência de atos normativos de forma a contribuir para o atual quadro existente na Administração Pública, apontado no Relatório de Auditoria precedente, na medida em que, não existindo normas e critérios claros e objetivos para orientar a ação e limitar o poder de discricionariedade dos gestores públicos,

abre-se espaço para um grau excessivo de subjetivismo, capaz de desviar referidas contratações dos princípios que deveriam regê-las.

12. Consoante bem demonstram as informações consignadas nos autos, a questão é complexa, envolvendo diversos aspectos. Tal fato não retira, entretanto, o ônus do esforço gerencial, por parte dos formuladores de políticas públicas relacionadas à matéria, de estabelecer, com a urgência que o caso requer, normas disciplinadoras da contratação de pessoal à conta de acordos firmados pela Administração com organismos internacionais, de modo a uniformizar os procedimentos, ficando claramente estabelecidos os casos e limites em que tais contratações seriam admissíveis.

Finalizando, uma vez cumpridas as Decisões Plenárias nºs 066/95 e 109/96, ao acolher parcialmente as sugestões preconizadas pela 6ª SECEX, louvando a abrangência e a qualidade dos trabalhos levados a termo, Voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao descortino deste Colegiado.

DECISÃO Nº 213/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-010.642/96-0.

2. Classe de Assunto: V - Relatório de Auditoria realizada nos convênios/acordos firmados com organismos internacionais, então em vigor, com ênfase nas questões relativas à contratação de consultores e empresas de consultoria, bem como à contratação indireta de pessoal para serviços de apoio administrativo por esses mesmos organismos.

3. Interessado: Tribunal de Contas da União.

4. Unidades Jurisdicionadas: Secretaria de Ensino Superior - SESU; Secretaria de Educação Média e Tecnológica - SEMTEC; Secretaria de Educação Fundamental - SEF; Secretaria de Educação Especial - SEESP; Secretaria de Projetos Educacionais Especiais - SEPESPE (vinculadas ao Ministério da Educação e do Desporto); Secretaria de Recursos Hídricos - SRH; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; Secretaria de Coordenação de Assuntos do Meio Ambiente (vinculadas ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal).

5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

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 - determinar ao Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE a adoção de providências no sentido de:

8.1.1 - estabelecer normas relativas à contratação de pessoal à conta de acordos firmados pela Administração Pública com organismos internacionais, observando-se, nos casos a seguir especificados, os seguintes aspectos:

1. Publicado no DOU de 11/05/98.

I - na contratação de serviços técnicos especializados, definir com objetividade e clareza que o trabalho a ser executado deve apresentar peculiaridades tais que somente profissional especialmente qualificado, sem vínculo com a Administração Pública, possa desempenhá-lo satisfatoriamente, evitando-se a contratação, sob esse fundamento, da prestação de serviços rotineiros e comuns;

II - na contratação de serviços de apoio, quando prevista nos acordos então celebrados:

a) obrigatoriedade quanto à vinculação do pessoal contratado às atividades direta e exclusivamente ligadas aos projetos contratantes, sendo vedado o desvio desse pessoal para o exercício de atividades outras que, mesmo necessárias ou indiretamente relacionadas aos projetos, sejam, na essência, institucionais, evitando-se, assim, a configuração de contratação indireta de mão-de-obra;

b) observância quanto ao caráter de excepcionalidade de tais contratações, medida extrema a ser utilizada somente quando não se puder suprir, por outros meios, as demandas de pessoal existentes e quando, dado o caráter de temporalidade dos projetos e por não se vislumbrar a possibilidade de realocação de pessoal para outros projetos ou atividades da Administração Pública, não se mostrar viável, por razões de ordem técnica, econômica ou administrativa, a criação de cargos ou funções de natureza permanente para o atendimento dessas demandas;

c) observância no sentido de que o número de profissionais contratados deve guardar coerência com a excepcionalidade da medida, evitando a contratação de pessoal de apoio senão em caráter supletivo, atendo-se às reais necessidades dos projetos acordados;

III - na seleção de pessoal efetuada pela direção dos projetos, obrigatoriedade no sentido de conferir ampla publicidade dos respectivos atos, de forma a garantir maior afluxo de candidatos, dotando-se o respectivo ato de total transparência administrativa, em respeito ao princípio constitucional da impessoalidade;

8.1.2 - dotar os órgãos e entidades da Administração Pública do pessoal de que realmente necessitam para o cumprimento de suas atribuições, dispensando especial atenção à Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, tendo em vista a inferioridade do número de servidores daquela Secretaria em relação ao pessoal contratado à conta de acordos firmados com organismos internacionais;

8.2 - encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam ao Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE e ao Ministério das Relações Exteriores - MRE.

9. Ata nº 15/98 - Plenário

10. Data da Sessão: 29/04/1998 - Ordinária.

11. Especificação de *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Bento José Bugarin, Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha (Relator) e Benjamin Zymler.

SFC - RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS, MEDIANTE CONVÊNIOS, A ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Apartado

Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-003.286/96-7 (c/ 01 Volume Anexo)

Natureza: Apartado.

Responsáveis: Aílton Barcelos Fernandes, Secretário-Executivo, e outros.

Órgão/Entidade: Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária/MAARA (extinto) e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA.

Ementa: Apartado constituído em cumprimento ao item 8.2 da Decisão Plenária n. 109/96 (in Ata n. 09/96 - Plenário). Relatório da Auditoria realizada pela Secretaria Federal de Controle nos recursos federais repassados, mediante convênios, a organismos internacionais, analisado por Unidades Técnicas deste Tribunal. Apuração de falhas/irregularidades. Determinações.

RELATÓRIO

O Tribunal, ao apreciar o TC n. 008.440/94-8 - referente a Relatório da Auditoria realizada pela Secretaria Federal de Controle nos recursos federais repassados a organismos internacionais, sintetizado por equipe de servidores da SAUDI, 40 e 60 SECEX' s - decidiu, entre outras providências (Decisão Plenária n. 109/96, na Sessão de 13.03.96, in Ata n. 09/96, fls. 140/147):

"8.2. autorizar a formação de processos apartados a serem remetidos a cada Secretaria de Controle Externo, de acordo com suas clientelas, para que seja dado prosseguimento ao exame dos fatos apontados pela Secretaria de Auditoria e Inspeções – SAUDI."

2. O presente processo foi constituído para fins de análise das ocorrências verificadas em convênios celebrados entre o antigo Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária/MAARA e diversos organismos internacionais, entre eles FAO, ONU e IICA, em especial o que diz respeito às contratações consideradas irregulares de servidores daquele Ministério pelos referidos Organismos.

3. Instruindo o feito, a 40 SECEX promoveu diligências junto à então Ciset/MAARA, à Secretaria Executiva daquele Ministério e à antiga Secretaria de Desenvolvimento Rural do Órgão (fls. 154/160), bem assim audiência dos Srs. Celso Luiz Claro de Oliveira e Élio José Wolff, ex-Diretores do DENACOOOP/MAARA, Osvaldo Russo de Azevedo e Marcos Correia Lins, ex-Presidentes do INCRA (fls. 162/168).

4. Após detalhado exame dos esclarecimentos encaminhados (fls. 179, 232/475) e razões de justificativa apresentadas (fls. 229/231, 252, 262, 356/359), aquela Unidade Técnica, tendo em vista a existência de 04 Tomada de Contas sobrestadas naquela Unidade aguardando, entre outras decisões, a que for adotada nestes autos (TC's n. 009.427/93-7, 010.018/94-8, 010.108/94-7 e 005.821/95-9), propõe (fls. 500/503):

"I – seja este processo arquivado nesta SECEX para subsidiar o exame das tomadas de contas supracitadas, além da prestação de contas do INCRA, exercício de 1995, TC-005.227/96-8, anexando-se àqueles autos cópia da documentação constante deste processo, relativa àqueles Unidades/ Entidades referentes aos respectivos exercícios;

II – determinar à Secretaria de Desenvolvimento Rural – SDR, que:

a) apresente justificativas e esclarecimentos em face da recomendação feita pela Ciset no item 39 do Relatório de Auditoria de Convênio n. 134/94 (fl. 130 do vol. I), devendo tais justificativas serem apreciadas na Tomada de Contas da SDR, exercício de 1994, TC-005.821/95-9;

b) promova uma melhor e mais eficaz fiscalização nos convênios e/ou acordos firmados com os Organismos Internacionais (fls. 120);

c) solicite somente o serviço ou produto de acordo com os objetivos do convênio firmado com os Organismos Internacionais, no caso IICA, a quem cabe a contratação, cuja despesa deverá ser aprovada pela Secretaria (fls. 121);

d) adote providências no sentido de que a FAO preste contas dos recursos federais a ela repassados de forma a comprovar a legitimidade, propriedade, legalidade e economicidade de sua gerência (fls. 129);

III – determinar ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA para que:

a) tome providências no sentido de que seja instaurada, nos termos do art. 8º da Lei n. 8.443/92, a Tomada de Contas Especial contra o Sr. MARCOS OTÁVIO BEZERRA, CPF n. 851.208.637-87, servidor ativo da Universidade Federal Fluminense, pela simultânea percepção de remuneração pela UFF e pelo IICA (Contrato n. 171/94), nos meses de novembro e dezembro de 1994 (Demonstrativo de Débito às fls. 486);

b) tome providências no sentido de que seja instaurada, nos termos do art. 8º da Lei n. 8.443/92, a Tomada de Contas Especial contra a Sra. SEVY DE BARROS MADUREIRA FERREIRA, pela percepção de remuneração pela Fundação Joaquim Nabuco e pelo PNUD, no período de 17 e 19.10.1994, cujos recursos são provenientes do Acordo de Cooperação Técnica firmado entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA (Demonstrativo de Débito às fls. 487).

IV – determinar à Secretaria Executiva do Ministério da Agricultura e do Abastecimento que tome providências no sentido de que sejam instauradas, nos termos do disposto no art. 8º, da Lei n. 8.443/92, as Tomadas de Contas Especiais contra os seguintes servidores: MILCÍADES MÁRIO SÁ FREIRE DE SOUZA, MARGARETH BRAGA MARLIERE BARBOSA e JÚLIO CÉSAR DE TOLEDO PIZA JÚNIOR, pela percepção de pagamentos efetuados pelo IICA à conta de convênios celebrados com o Ministério, a título de prestação de serviço, quando os mesmos eram ocupantes de cargo em comissão no MAARA (Demonstrativo de Débito às fls. 480/485).

VI – determinar à Secretaria de Controle Interno do Ministério da Agricultura e do Abastecimento – Ciset, que:

a) se pronuncie nas contas da SDR sobre a efetivação ou não da eficaz fiscalização nos convênios e/ou acordos firmados com os Organismos Internacionais;

b) adote as medidas necessárias visando assegurar o cumprimento das determinações para instauração das Tomadas de Contas Especiais de que tratam o inciso III, letras 'a' e 'b', bem como inciso IV, ambos desta instrução, manifestando-se oportunamente, tendo em vista o disposto na IN/TCU n. 13/96, art. 3º."

5. A Procuradoria, instada a se pronunciar a pedido deste Relator (fls. 504), manifesta-se de acordo com tais proposições, "sugerindo, porém, que seja a 40 SECEX orientada a acompanhar, na prestação de contas de 1995 do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, a continuidade do ressarcimento procedido por Francisco Clesson Dias Monte, como indicado no subitem 10.6.4 do parecer instrutório (fls. 499), bem como seja a mesma Unidade Técnica incumbida de verificar, quando do exame das contas de 1992 e 1993, sobrestadas, do DENACOOOP e da Secretaria de Desenvolvimento Rural, a aplicabilidade da medida preconizada no subitem 10.1.4 (fls. 495) e 10.5.4 (fls. 498) da instrução técnica.

6. Importa esclarecer que a medida aludida na instrução técnica e referida no Parecer do douto Ministério Público diz respeito ao possível reflexo, nas contas acima mencionadas, das ocorrências apuradas nestes autos, quais sejam, a realização de despesas sem a devida dotação orçamentária, bem assim o desvio de

função de diversas pessoas contratadas pelos Organismos Internacionais para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais do quadro de pessoal do ex-MAARA, sem vínculo com os objetivos dos projetos inicialmente ajustados.

7. É o relatório.

VOTO

Em diversas ocasiões, este Tribunal manifestou preocupação com a atuação dos organismos internacionais, no âmbito da Administração Pública, tendo em vista que a contratação de servidores públicos por esses organismos, para a execução de atividades concernentes a convênios celebrados com os órgãos federais, tem sido prática comum.

2. No Relatório sobre as Contas do Governo, relativas ao exercício de 1995 (*in* Ata n. 21/96 - Plenário), foi formulada a seguinte recomendação, entre outras:

"d) sejam aprovadas normas disciplinadoras em relação à celebração de convênios com organismos internacionais, tais como PNUD, IICA, OEA, FAO, CEPAL, UNICEF, OIT, BIRD e BID, no tocante à contratação de consultores."

3. Em Sessão de 17.09.97, o Plenário apreciou o TC n. 005.240/96-4, processo apartado constituído, a exemplo destes autos, em decorrência do decidido na Sessão Plenária de 13.03.96 (Decisão n. 109/96). No referido apartado, verificou-se, entre várias ocorrências envolvendo a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República - SAE/PR, aquela referente à contratação de servidores para prestarem serviços técnicos especializados e de consultoria junto a Projetos desenvolvidos pelo PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

4. Na oportunidade, o Relator daqueles autos, Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, ressaltou a relevância de Projetos dessa espécie para o Brasil, bem assim a necessidade de se conhecer "as dificuldades enfrentadas para encontrar pessoas realmente preparadas para desempenhar, a contento, tarefas dessa natureza, que demandam, muitas vezes conhecimentos específicos e de grande responsabilidade" (v. itens 20 e 21 do Voto de Ministro-Relator, fls. 164, *in* Ata n. 36/97).

5. No aludido processo, o Tribunal decidiu (Decisão n. 601/97), com respeito à acumulação de remuneração em que ficou comprovada a compatibilidade de horários e disponibilidade de tempo dos servidores envolvidos, determinar à Diretoria de Administração Geral da Casa Militar da Presidência da República a observância rigorosa das disposições das Leis de Diretrizes Orçamentárias, que proíbem a realização de despesas com o pagamento de servidores da Administração Pública, ou empregados de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, por serviços de consultoria ou assistência técnica, custeados com recursos provenientes de convênios, acordos, ajustes, ou outros instrumentos congêneres,

firmados com órgãos ou entidades de direito público ou privado, nacionais ou internacionais.

6. No presente caso, relativamente à percepção cumulativa de remuneração por parte dos Srs. Milcíades Mário Sá Freire de Souza e Júlio César de Toledo Piza Júnior e Sra. Margareth Braga Marliere Barbosa, além de não haver sido devidamente comprovada a compatibilidade de horários entre as atividades desempenhadas no Ministério da Agricultura e do Abastecimento - MA e no Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura - IICA, tais servidores exerciam cargos em comissão naquele Ministério, estando, portanto, submetidos ao "regime de integral dedicação ao serviço", de conformidade com o disposto no § 1º do art. 19 da Lei n. 8.112/90.

7. Quanto ao Prof. Marcos Otavio Bezerra, releva assinalar que, de conformidade com as "Considerações Gerais" do Contrato de Prestação de Serviços Profissionais de Consultoria firmado com o IICA, o Consultor não poderia exercer cargo público remunerado, figurando no rodapé do mencionado instrumento, declaração neste sentido, por ele assinada (fls. 457/459). Ademais, também neste caso, não restou devidamente comprovada a compatibilidade de horários entre o cargo público de professor e o exercício de consultoria, requisito estabelecido no art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal, para a licitude da acumulação.

8. Assim sendo, considero pertinentes as propostas da 4ª SECEX no sentido de serem instauradas as respectivas Tomadas de Contas Especiais.

9. Por outro lado, no tocante à Sra. Sevy de Barros Madureira Ferreira, tendo em vista que a importância percebida indevidamente, acrescida da correção monetária e dos encargos legais pertinentes, corresponde a 648,32 UFIR's, conforme demonstrativo às fls. 506, encontrando-se, pois, abaixo do limite fixado na IN/TCU n. 18/97 para o corrente exercício (3.000 UFIR's), entendo aplicável o art. 6º, *caput*, da IN/TCU n. 13/96.

Ante o exposto, acolho, no essencial, o parecer da 4ª Secretaria de Controle Externo, com os acréscimos oferecidos pelo Ministério Público e, pois, voto por que seja adotada a decisão que ora submeto à apreciação deste E. Plenário.

DECISÃO Nº 243/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-003.286/96-7 (c/ 01 Volume Anexo).

2. Classe de Assunto: Apartado constituído em cumprimento ao item 8.2 da Decisão Plenária n. 109/96.

3. Responsáveis: Celso Luiz Claro de Oliveira, Élio José Wolff, Osvaldo Russo de Azevedo e Marcos Correia Lins.

4. Órgão/Entidade: Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária/MAARA (extinto) e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA.

5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.

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

1. Publicada no DOU de 20/05/98.

7. Unidade Técnica: 4ª SECEX.

8. Decisão: O Tribunal, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE determinar:

8.1 - à Secretaria de Desenvolvimento Rural – SDR do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, que:

8.1.1 - apresente justificativas e esclarecimentos relativamente às ocorrências envolvendo ajustes com a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura – FAO, as quais foram objeto das ressalvas feitas pela Ciset/MAARA no item 39 do Relatório de Auditoria de Convênios n. 134/94;

8.1.2 - abstenha-se de solicitar serviço ou produto que não se coadune com os objetivos de convênio firmado com os Organismos Internacionais;

8.1.3 - adote providências no sentido de exigir que a FAO preste contas de recursos federais recebidos, por meio de convênios ou instrumentos similares, de forma a comprovar a legalidade, legitimidade e economicidade de sua aplicação;

8.2 - ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA que, com fulcro no art. 8º da Lei n. 8.443/92, promova a instauração de tomadas de contas especiais para apuração da responsabilidade:

8.2.1 - do Sr. Marcos Otávio Bezerra, CPF n. 851.208.637-87, servidor ativo da Universidade Federal Fluminense, pelo débito decorrente da percepção simultânea de remunerações pagas pela UFF e pelo IICA (Contrato n. 171/94), nos meses de novembro e dezembro de 1994;

8.2.2 - da Sra. Sevy de Barros Madureira Ferreira, com observância do disposto no art. 6º, *caput*, da IN/TCU n. 13/96, em decorrência do recebimento indevido de remuneração, no período de 17 a 19/10/94, com recursos provenientes do Acordo de Cooperação Técnica firmado entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD;

8.3 - à Secretaria Executiva do Ministério da Agricultura e do Abastecimento que tome providências no sentido de que sejam instauradas, nos termos do disposto no art. 8º da Lei n. 8.443/92, as tomadas de contas especiais contra os seguintes servidores: Milcíades Mário Sá Freire de Souza, Júlio César de Toledo Piza Júnior e Margareth Braga Marliere Barbosa, pelo débito decorrente da simultânea percepção de remuneração paga pelo antigo Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária - MAARA e pelo Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura - IICA, nos períodos de maio/92, dezembro/91 e maio/julho-92, respectivamente;

8.4 - à Secretaria de Controle Interno do Ministério da Agricultura e do Abastecimento – Ciset/MA, que se pronuncie nas próximas contas da Secretaria de Desenvolvimento Rural daquele Ministério sobre a fiscalização nos convênios e/ou acordos firmados com os Organismos Internacionais.

8.5 - à 4ª SECEX que:

8.5.1 - acompanhe, na Prestação de Contas do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, relativa ao exercício de 1995, a continuidade

do ressarcimento procedido por Francisco Clesson Dias Monte, bem como o reflexo das ocorrências objeto destes autos nas contas sobrestadas do DENACCOOP (exercícios de 1992 e 1993 – TCs n. 009.427/93-7 e 010.018/94-8, respectivamente) e da Secretaria de Desenvolvimento Rural do MAA (exercícios de 1993 e 1994 – TCs n. 010.108/94-7 e 005.821/95-9);

8.5.2 – encaminhe à Secretaria de Desenvolvimento Rural cópia do Relatório de Auditoria de Convênios n. 134/94 (fls. 124/135 do Vol. An. I), com vistas ao atendimento da determinação objeto do subitem 8.1.1 supra;

9. Ata n. 16/98 – Plenário.

10. Data da Sessão: 06/05/1998 – Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Valmir Campelo e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo (Relator).

Homero Santos
Presidente

José Antonio Barreto de Macedo
Ministro-Relator

**UNIFAP - INFORMAÇÕES SOBRE GESTÃO DO TITULAR
ANTERIOR NO CARGO DE REITOR**
Solicitação de Instauração de Tomada de Contas Especial

Ministro-Relator Valmir Campelo

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-775.175/97-8

Natureza: Solicitação de instauração de TCE

Responsável: João Renôr Ferreira de Carvalho (Reitor)

Entidade: Fundação Universidade Federal do Amapá – UNIFAP

Vinculação: Ministério da Educação

Ementa: Solicitação de instauração, pelo TCU, de Tomada de Contas Especial nos setores financeiros e administrativos da Universidade para produzir subsídios a relatório do Reitor ao MEC em relação à gestão de seu antecessor. Instrução da Unidade instrutiva demonstra ausência de fundamentos legais para a admissibilidade do pedido. Com base no art. 6º, c/c art. 5º da Lei nº 8.443/92, o Tribunal decide não conhecer do pleito por falta de base legal à sua admissibilidade. Ciência ao interessado. Anexação dos autos ao TC-775.025/98-4 que encapa relatório de auditoria realizada na Entidade.

Trata-se de solicitação do Reitor da Fundação Universidade Federal do Amapá – UNIFAP para o TCU instaurar Tomada de Contas Especial em todos os setores financeiros e administrativos daquela Universidade. Tal pedido está justificado, pelo solicitante, no fato de ter assumido o cargo de Reitor sem “*transmissão de cargo pelo titular anterior*” e por não dispor de “*elementos suficientes para fazer um relatório circunstanciado ao MEC a respeito da gestão do Prof. (...) que dirigiu a UNIFAP por mais de quatro anos*”.

2. A SECEX-AP analisou os elementos que subsidiam a solicitação, elaborando a instrução de fls. 2/3 dos autos, da qual faço destaque:

“a) Por força de norma constitucional (Art. 71, Inciso II), o Tribunal de Contas da União tem a competência de ‘julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das administração direta e indireta, incluídas as fundações ...’.

b) A mesma competência está inscrita no Inciso I, art. 1º da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU).

c) O art. 3º da citada Lei prescreve que o TCU, no âmbito de sua competência e jurisdição, tem o poder regulamentar, podendo expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições.

d) Relativamente à Prestação de Contas (no caso da UNIFAP é prestação de contas), o art. 2º da Instrução Normativa nº 12/96-TCU determina que a prestação de contas das entidades da administração indireta devem ser encaminhadas ao Tribunal no prazo máximo de 150 dias após o encerramento do exercício. Infere-se, assim, que a prestação de contas deve ser apresentada anualmente e que a sua elaboração é competência do Responsável e não desta Corte de Contas.

e) No que se refere à Tomada de Contas Especial, o art. 8º da Lei nº 8.443/92 define os casos cuja ocorrência demandariam a instalação de tomada de contas especial. Os casos são: Omissão no dever de prestar contas; não comprovação da aplicação dos valores públicos e prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário. A razão apresentada pelo Reitor para solicitar a tomada de contas especial é a falta de transmissão de cargo. Ora, como demonstrado, tal fato não é motivo suficiente para a instauração de uma tomada de contas especial.

f) O mesmo artigo citado no item acima, in fine, determina que 'a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano'.

g) Ainda no uso do seu poder regulamentar, o TCU emitiu a Instrução Normativa nº 13, de 4.12.96.

O parágrafo único do art. 1º desta Instrução informa que a tomada de contas especial 'é medida de exceção, somente devendo ser instaurada após esgotadas as providências administrativas internas com vistas à recomposição do Erário'.

No entendimento do analista, o Reitor, ao tomar conhecimento da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, deve proceder à instalação de comissão de sindicância, inquérito administrativo ou processo administrativo disciplinar, com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano. Esgotadas, na área administrativa, as providências com vistas à recomposição do débito, o Gestor deve solicitar do Controle Interno a instauração de tomada de contas especial. Após a apuração dos fatos pelo Controle Interno, a tomada de contas especial é encaminhada ao TCU.

Ainda no entendimento do analista, a SECEX-AP não pode, também, proceder a inspeção na Entidade, posto que a solicitação não encontra amparo

legal no que dispõe o artigo 205 do Regimento Interno do TCU, uma vez que inexistem na petição dados suficientes para fundamentar a sua realização. Informe-se, no entanto, que a Entidade em tela está sendo auditada por esta SECEX-AP, no período de 19.02 a 09.03.98, com respaldo no Plano de Auditoria do 1º semestre/98, registrado no SPA sob o nº 030024/1998-1, 00003, conforme Portaria SECEX-AP nº 3, de 16.02.98.

Pelo exposto acima, o analista encaminha os autos à consideração superior, com a proposta de indeferimento do pleito do Magnífico Reitor da Universidade Federal do Amapá, posto que não existem fundamentos legais para a sua admissibilidade, dando conhecimento ao interessado do inteiro teor da Decisão que vier a ser proferida."

É o Relatório.

VOTO

3. Está evidenciado, nos elementos que reproduzi no Relatório, que se trata de solicitação indevida para que esta Corte instaure Tomada de Contas Especial na Universidade Federal do Amapá, a fim de gerar elementos para que o atual Reitor utilize-os politicamente contra o seu antecessor.

4. A bem lançada instrução da SECEX-AP demonstra a improcedência do pedido, que não se compatibiliza às finalidades constitucionais desta Corte. Ademais, carece de base legal a sua admissibilidade. Por isso, tomando por referência o disposto nos arts. 6º e 5º da Lei Orgânica desta Corte, acolho a proposta daquela Unidade no sentido do não conhecimento do solicitado por falta de fundamento legal para a sua admissibilidade, dando-se conhecimento ao interessado da deliberação que vier a ser adotada.

5. Ressalvo que entendo pertinente remeter ao interessado, além de cópia da deliberação que for adotada, cópia do Relatório e Voto que a fundamentam, por conterem elementos elucidativos à alta administração da Universidade em causa, bem como determinar a juntada destes autos ao TC-775.025/98-4, que encampa elementos de auditoria realizada naquela entidade e ainda em fase de instrução.

Assim, VOTO por que o Tribunal adote a Decisão, cujo teor submeto à elevada apreciação deste Colegiado.

DECISÃO Nº 242/98-TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-775.175/97-8
2. Classe de Assunto: (VII) Solicitação de instauração de TCE
3. Interessado: João Renôr Ferreira de Carvalho
4. Entidade: Fundação Universidade Federal do Amapá – UNIFAP
Vinculação: Ministério da Educação

1. Publicada no DOU de 20/05/98.

5. Relator: Ministro Valmir Campelo
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX-AP
8. Decisão: Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com base no art. 6º, combinado com o art. 5º, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. não conhecer da solicitação do Sr. João Renôr Ferreira de Carvalho, Reitor da Fundação Universidade Federal do Amapá, para que este Tribunal instaure Tomada de Contas Especial naquela instituição, por ausência de fundamento legal que ampare a admissibilidade do pleito;
 - 8.2. determinar a remessa de cópia desta deliberação, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao interessado e a juntada dos autos ao TC-775.025/98-4.
9. Ata nº 16/98 – Plenário.
10. Data da Sessão: 06/05/1998 - Ordinária.
11. Especificação do *quorum*:
 - 11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Valmir Campelo (Relator) e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

Homero Santos
Presidente

Valmir Campelo
Ministro-Relator

**ICC - ACUMULAÇÃO DE EMPREGO EM SUBSIDIÁRIA DE
EMPRESA DE ECONOMIA MISTA COM CARGO PÚBLICO EM
ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL**
Denúncia

Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva

Grupo II - Classe VII - Plenário

TC-018.855/96-2 (sigiloso)

Natureza: Denúncia

Entidade: Indústria Carboquímica Catarinense S.A. - ICC

Interessados: Identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 35, § 4º, inciso II, da Resolução TCU nº 77/96)

Ementa: Denúncia. Acumulação ilícita de emprego em subsidiária de empresa de economia mista com cargo público em administração municipal. Diligência in loco. Procedência. Audiência. Acolhimento das razões de justificativa. Cancelamento do sigilo. Arquivamento.

RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada ao Tribunal acerca de possível ilegalidade na acumulação de emprego público exercido na Indústria Carboquímica Catarinense S.A. com os cargos de Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Imbituba/SC e de Procurador Jurídico daquele Município (fls. 3/5).

Ouvido em audiência (fl. 73), o denunciado apresentou razões de justificativa (fls. 78/82) que, em síntese, dizem o seguinte:

- a Indústria Carboquímica Catarinense S.A., sociedade controlada por empresa de economia mista (Petrobrás Fertilizantes S.A. - Petrofértil), não se enquadra no rol das espécies societárias definidas nos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal, não havendo ilegalidade no exercício concomitante de um emprego naquela empresa e o cargo de assessor jurídico em órgão municipal;
- atuou como Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Imbituba/SC e como Procurador Jurídico do Prefeito do mesmo Município;
- em ambas as situações foi nomeado por portaria, ocorrendo o exercício dessas funções fora do horário normal de expediente, sem prejuízo às suas atividades na ICC; e

- não recebeu qualquer remuneração pelas funções exercidas na Câmara e Prefeitura Municipal de Imbituba/SC.

A Secex/SC, ao analisar os esclarecimentos, por entender que a ICC, nos termos do inciso III do art. 5º do Decreto-lei nº 200/67, é uma sociedade de economia mista e que por isso seus empregados estão sujeitos à vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos (art. 37, XVII, CF), propõe, em pareceres uniformes (fls. 113/114):

"...determinação à Indústria Carboquímica Catarinense S.A. - ICC, em liquidação, no sentido de serem adotadas as medidas cabíveis para a apuração da gravidade da falta cometida pelo empregado Milton Chukster, que diz respeito à acumulação ilícita de emprego e cargos remunerados na Administração Pública, com o fim da aplicação das sanções previstas na Lei, inclusive daquela constante no art. 482, 'b' da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, se for o caso, comunicando-se esta Corte de Contas sobre as providências levadas a efeito."

O Ministério Público, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, manifesta-se nos seguintes termos (fls. 116/118):

"

Realizada diligência *in loco* pela SECEX/SC, verificou-se efetivamente a acumulação (fls. 19/22), tendo sido determinada e promovida a audiência prévia dos responsáveis (fls. 61/75), que apresentaram razões de justificativa (fls. 76/111).

Apreciando-as, a Unidade Técnica conclui pela irregularidade da aludida acumulação e sugere determinação à Indústria Carboquímica Catarinense no sentido da adoção das medidas cabíveis para apuração da falta cometida pelo empregado, com vistas a aplicação de sanção (fl. 113).

Honra este Ministério Público a audiência solicitada por V. Exª (fl. 115).

De início, concordamos com a Unidade Técnica sobre a elisão da responsabilidade dos dirigentes e ex-dirigentes da ICC, uma vez que alegaram o desconhecimento da referida acumulação (fls. 76, 105, 106, 107, 108, 109, 110/111).

Quanto ao Sr. MILTON CHUKSTER, alega que houve iliceidade no pré-julgamento realizado pelo Tribunal; que a Indústria Carboquímica Catarinense, desde a edição da Lei nº 6.524, de 11.4.78, já não é sociedade de economia mista, mas tão-só sociedade anônima, controlada da Petrobrás Fertilizantes S.A.-Petrofértil, de modo que seus empregados não são alcançados pela vedação constitucional de acumulação de cargos e empregos públicos; que, quando assessor da Prefeitura e da Câmara Municipal de Imbituba/SC, atuava fora do horário de expediente e sem prejuízo das suas atividades na

ICC; que sua nomeação e exoneração nos cargos municipais deram-se por portaria, não se configurando, portanto, relação de emprego com o Município (fls. 78/82).

No que concerne ao pré-julgamento alegado, este de maneira nenhuma ocorreu, tendo sido verificada apenas, em inspeção **in loco**, pela Unidade Técnica deste Tribunal, a ocupação simultânea de cargo e emprego público, objeto da audiência prévia que lhe foi concedida, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Tais medidas antecedem a decisão desta Corte sobre a matéria, que está por vir, estritamente dentro do processo regular, previsto na Lei nº 8.443/92.

Sobre sua atuação, no cargo municipal, fora do horário de expediente da ICC, apesar da alegação, não trouxe aos autos as provas que lhe cabe.

Quanto à não-configuração do vínculo empregatício com o Município, não se vê como acolhê-la. Primeiro, porque não se sabe se o regime escolhido pelo Município para os seus servidores é o celetista ou o estatutário; segundo, porque as portarias (fls. 23 e 30) são de extrema clareza, indicando a ocupação pelo responsável do cargo público municipal, concomitantemente ao emprego na ICC.

No que atina à ICC não ser uma sociedade de economia mista, exsurgem dos autos duas questões. Primeira, seriam os empregados das empresas estatais controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, que não se enquadram no conceito legal de sociedade de economia mista, alcançados pela vedação constitucional de acumulação de cargos, funções ou empregos públicos? Segunda, na hipótese de resposta afirmativa ao primeiro quesito, seria o empregado faltoso, no caso em tela, passível de apenação e qual a pena cabível?

A resposta à primeira pergunta é, segundo pensamos, afirmativa.

A norma estabelecendo a vedação é constitucional (art. 37, incisos XVI e XVII). Conquanto essa norma não estenda expressamente a vedação às empresas estatais controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, não se pode concluir, com base nas definições de empresa pública e de sociedade de economia mista previstas no Decreto-Lei nº 200/67, que os empregados de tais empresas não seriam atingidos por essa vedação.

O equívoco está em se pretender interpretar a Constituição à luz das normas que lhe são inferiores, quando a regra de hermenêutica é justamente oposta, no sentido de que estas normas infraconstitucionais é que devem ser lidas tendo aquela com paradigma.

A Constituição ao referir-se, no art. 37, XVII, a 'autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público'

pretendeu abranger todas as entidades criadas ou assumidas pelo Estado como instrumento de sua ação.

É que a vedação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas é a regra insculpida na Constituição, de maneira que qualquer exceção a essa regra deve ser expressa na própria Constituição, como bem esclareceu o Ministro CARLOS VELLOSO, em seu voto proferido no RE nº 163.204-6/SP, de 9.11.94, ao tratar da matéria de acumulação entre proventos e vencimentos, *in verbis*:

'Não procede a afirmativa de que a Constituição apenas veda a acumulação de cargos públicos. Que a Constituição é expressa no estabelecer tal acumulação, não há dúvida. Partir dessa proibição para a afirmativa no sentido de que a Constituição permitiria a acumulação de proventos com vencimentos, é ir longe demais. O que deve ficar esclarecido é que deveria ser expressa a permissão excepcional, a acumulação de proventos com vencimentos, dado que a proibição está implícita na vedação expressa. É que os proventos decorrem, sempre, de um cargo exercido na atividade. Se a regra é a proibição da acumulação, a permissão, que é exceção, há de ser expressa, há de ser escrita.' (grifou-se).

Ademais, a admissibilidade da acumulação pretendida pelo responsável fere o espírito, a finalidade, da norma constitucional entelada. A inobservância da finalidade da norma fulmina-a em sua essência. Nesse sentido, manifestou-se CARLOS ARI SUNDFELD ('Inadmissibilidade da Acumulação de Cargo Público em Empresa Estatal', Boletim de Direito Administrativo, ano X, nº 4, abril/94, p. 223), *in verbis*:

'Como já se viu, o espírito da regra é evitar o risco de que atividades de relevância pública sejam mal executadas, e de que o Poder Público remunere, direta ou indiretamente, mais de uma vez o trabalho de alguém, em prejuízo evidente para os cofres estatais. É óbvio que o incômodo que a proibição de acumular pretende impedir independe da natureza jurídica ou da estrutura organizacional da entidade empregadora; tanto existe em relação a pessoas de direito público quanto com referência a pessoas de direito privado, seja qual for o rótulo que a legislação lhes imprima.'

Se não bastassem esses argumentos para justificar a impossibilidade da acumulação de cargo público na administração direta com emprego em sociedade anônima controlada, direta ou indiretamente, pelo Estado, acrescente-se que, neste Tribunal, o entendimento é de que tal emprego é público, cuja ocupação submete-se a prévio concurso público. Sendo o emprego público, incide sobre ele o Direito Público, ratificando a inafastabilidade da proibição constitucional de acumular.

Esse entendimento está cristalizado no Enunciado nº 231 da Súmula desta Corte, vejamos:

'A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada'. (grifou-se).

Diante dessas ponderações, portanto, é de concluir que o Sr. MILTON CHUKSTER efetivamente acumulou indevidamente emprego e cargo público.

Não se tem dúvida que a violação da norma constitucional ampara a eventual apenação do responsável. No entanto, que penalidades seriam cabíveis, *in concreto*?

Quanto à aplicação das sanções previstas na CLT, são de competência da Indústria Carboquímica Catarinense, cabendo a ela discricionariamente decidir sobre a matéria, de modo que, para esse fim, convém a comunicação a essa empresa da decisão que vier a ser proferida no caso.

No que pertine à hipótese de restituição pelo responsável dos valores que percebeu em duplicidade, cabem ponderações mais longas.

É de considerar a alegação do responsável, embora sem comprová-la, de que prestou os serviços ao Município, fora do horário de expediente, sem prejuízo de sua atuação na ICC. É que, embora lhe caiba o ônus da prova, não se encontra, nos autos, contraprova cabal da superposição de horários, de modo que a devolução dos recursos poderia configurar o enriquecimento sem causa do Estado, se efetivamente os serviços tiverem sido prestados em horários distintos.

Supondo-se, ainda, a aplicação da pena de devolução de recursos, quais valores deveriam ser restituídos, os percebidos dos cofres municipais ou aqueles recebidos da empresa estatal? Qual o critério a ser utilizado a balizar a devolução, deve-se, por exemplo, restituir o ente estatal que sofreu prejuízo ou, favorecendo o empregado, deve ser ressarcido o ente que pagou os menores valores?

Não temos respostas a estas perguntas. Não sabemos se houve efetivamente prejuízo patrimonial de um dos entes estatais, pois que o responsável alega a prestação de serviços em horários distintos. Por outro lado, refoge a competência desta Corte determinar a devolução de recursos aos cofres Muni-

cipais, que foram percebidos em valores menores, conforme comparação entre as planilhas de fls. 107 e 33/59.

Outrossim, é de ver que a acumulação ilegítima não é atual, pois que cessou em 31.12.96.

Assim, diante dessa situação, pensamos que melhor se afigura a aplicação de multa ao responsável.

Ante o exposto, em face da violação da norma constitucional que veda a acumulação de cargos e empregos públicos, opina este representante do Ministério Público no sentido de que não sejam acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. MILTON CHUKSTER, aplicando-se-lhe a multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92, com fundamento no art. 43, parágrafo único, da referida Lei.

Outrossim, sugere-se o encaminhamento da decisão que vier a ser proferida por esta e. Corte ao liquidante da Indústria Carboquímica Catarinense, para adoção das medidas de sua competência que entender cabíveis.”

É o Relatório.

VOTO

Por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno deste Tribunal a presente denúncia pode ser conhecida.

No mérito, restou comprovada a acumulação ilícita de emprego em subsidiária de empresa de economia mista e de cargo público em administração municipal, que, entretanto, cessou em 27/12/1996, quando o interessado foi exonerado do cargo de confiança que ocupava na Prefeitura Municipal de Imbituba/SC. A Unidade Técnica propõe determinação à Indústria Carboquímica Catarinense S.A. - ICC para a apuração da falta cometida pelo empregado Milton Chukster. Já o Ministério Público, ante as ponderações por ele expendidas, sugere a aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92, ao próprio empregado, ante a violação da norma constitucional que veda a acumulação de cargos e empregos públicos.

A meu ver, entretanto, a multa prevista no dispositivo legal indicado só é aplicável "*aos responsáveis*", assim conceituadas aquelas pessoas que se enquadrem no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, como prevê o inciso VIII do art. 71, também da CF.

Essa penalidade é específica para *ato de gestão* censurável. A acumulação ilícita de cargo e emprego público não pode ser classificada como ato de gestão. Logo, quem a pratica não está sujeito às cominações a que se refere o art. 58 da citada Lei nº 8.443/92. Por esse motivo, com vênias ao Ministério Público, deixo de acolher a sugestão de aplicação da multa ao empregado da ICC – S.A.

Além disso, como está demonstrado no Relatório precedente, o exercício do cargo público na administração municipal, embora ilegal, não causou prejuízo à atuação do empregado na ICC. As declarações do Presidente daquela Estatal (fl. 105) e do Chefe do Setor da Pessoal (fl. 103) confirmam que o Sr. Milton Chukster exerceu, efetivamente, suas atividades laborais naquela Companhia durante o período em que ocorreu a acumulação. Por isso, como assinala o Ministério Público, a devolução dos recursos configuraria o enriquecimento sem causa do Estado.

De outra parte, refoge, também, a este Tribunal, a competência para determinar a devolução dos recursos de que tratam estes autos aos cofres Municipais.

Por isso, e considerando que a acumulação cessou em dezembro de 1996 e, ainda, que as contas da ICC, relativas aos exercícios em que ocorreram as acumulações em tela (1993: TC-674.043/94-4; 1994: TC-650.165/95-0; 1995: 650.205/96-0; e 1996: 650.173/97-0), já foram julgadas, sendo as duas primeiras regulares com ressalvas e as duas últimas regulares com quitação plena, entendo que o encaminhamento adequado para esta denúncia é o arquivamento.

Assim, VOTO por que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à apreciação deste Plenário.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator.

Trata-se de denúncia formulada pelo Sr. JOSÉ LUIZ C. FLAVERCHEN, acerca da acumulação ilegítima de emprego e cargo público, este na Prefeitura e na Câmara do Município de Imbituba/SC, aquele na Indústria Carboquímica Catarinense S/A, pelo Sr. MILTON CHUKSTER (fls. 3/18).

Realizada diligência *in loco* pela SECEX/SC, verificou-se efetivamente a acumulação (fls. 19/22), tendo sido determinada e promovida a audiência prévia dos responsáveis (fls. 61/75), que apresentaram razões de justificativa (fls. 76/111).

Apreciando-as, a Unidade Técnica conclui pela irregularidade da aludida acumulação e sugere determinação à Indústria Carboquímica Catarinense no sentido da adoção das medidas cabíveis para apuração da falta cometida pelo empregado, com vistas a aplicação de sanção (fl. 113).

Honra este Ministério Público a audiência solicitada por V. Exa. (fl. 115).

De início, concordamos com a Unidade Técnica sobre a elisão da responsabilidade dos dirigentes e ex-dirigentes da ICC, uma vez que alegaram o desconhecimento da referida acumulação (fls. 76, 105, 106, 107, 108, 109, 110/111).

Quanto ao Sr. MILTON CHUKSTER, alega que houve iliceidade no pré-julgamento realizado pelo Tribunal; que a Indústria Carboquímica Catarinense, desde a edição da Lei n.º 6.524, de 11.4.78, já não é sociedade de economia mista, mas tão-só sociedade anônima, controlada da Petrobrás Fertilizantes S.A.-Petrofértil, de modo que seus empregados não são alcançados pela vedação constitucional de

acumulação de cargos e empregos públicos; que, quando assessor da Prefeitura e da Câmara Municipal de Imbituba/SC, atuava fora do horário de expediente e sem prejuízo das suas atividades na ICC; que sua nomeação e exoneração nos cargos municipais deram-se por portaria, não se configurando, portanto, relação de emprego com o Município (fls. 78/82).

No que concerne ao pré-julgamento alegado, este de maneira nenhuma ocorreu, tendo sido verificada apenas, em inspeção *in loco*, pela Unidade Técnica deste Tribunal, a ocupação simultânea de cargo e emprego público, objeto da audiência prévia que lhe foi concedida, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Tais medidas antecedem a decisão desta Corte sobre a matéria, que está por vir, estritamente dentro do processo regular, previsto na Lei n.º 8.443/92.

Sobre sua atuação, no cargo municipal, fora do horário de expediente da ICC, apesar da alegação, não trouxe aos autos as provas que lhe cabe.

Quanto à não-configuração do vínculo empregatício com o Município, não se vê como acolhê-la. Primeiro, porque não se sabe se o regime escolhido pelo Município para os seus servidores é o celetista ou o estatutário; segundo, porque as portarias (fls. 23 e 30) são de extrema clareza, indicando a ocupação pelo responsável do cargo público municipal, concomitantemente ao emprego na ICC.

No que atina à ICC não ser uma sociedade de economia mista, exsurge dos autos duas questões. Primeira, seriam os empregados das empresas estatais controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, que não se enquadram no conceito legal de sociedade de economia mista, alcançados pela vedação constitucional de acumulação de cargos, funções ou empregos públicos? Segunda, na hipótese de resposta afirmativa ao primeiro quesito, seria o empregado faltoso, no caso em tela, passível de apenação e qual a pena cabível?

A resposta à primeira pergunta é, segundo pensamos, afirmativa.

A norma estabelecendo a vedação é constitucional (art. 37, incisos XVI e XVII). Conquanto essa norma não estenda expressamente a vedação às empresas estatais controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, não se pode concluir, com base nas definições de empresa pública e de sociedade de economia mista previstas no Decreto-Lei n.º 200/67, que os empregados de tais empresas não seriam atingidos por essa vedação.

O equívoco está em se pretender interpretar a Constituição à luz das normas que lhe são inferiores, quando a regra de hermenêutica é justamente oposta, no sentido de que estas normas infraconstitucionais é que devem ser lidas tendo aquela com paradigma.

A Constituição ao referir-se, no art. 37, XVII, a "autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo poder público" pretendeu abranger todas as entidades criadas ou assumidas pelo Estado como instrumento de sua ação.

É que a vedação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas é a regra insculpida na Constituição, de maneira que qualquer exceção a essa regra

deve ser expressa na própria Constituição, como bem esclareceu o Ministro CARLOS VELLOSO, em seu voto proferido no RE n.º 163.204-6/SP, de 9.11.94, ao tratar da matéria de acumulação entre proventos e vencimentos, *in verbis*:

"Não procede a afirmativa de que a constituição apenas veda a acumulação de cargos públicos. Que a constituição é expressa no estabelecer tal acumulação, não há dúvida. Partir dessa proibição para a afirmativa no sentido de que a Constituição permitiria a acumulação de proventos com vencimentos, é ir longe demais. O que deve ficar esclarecido é que deveria ser expressa a permissão excepcional, a acumulação de proventos com vencimentos, dado que a proibição está implícita na vedação expressa. É que os proventos decorrem, sempre, de um cargo exercido na atividade. Se a regra é a proibição da acumulação, a permissão, que é exceção, há de ser expressa, há de ser escrita". (grifou-se).

Ademais, a admissibilidade da acumulação pretendida pelo responsável fere o espírito, a finalidade, da norma constitucional entelada. A inobservância da finalidade da norma fulmina-a em sua essência. Nesse sentido, manifestou-se CARLOS ARI SUNDFELD ("Inadmissibilidade da Acumulação de Cargo Público em Empresa Estatal", Boletim de Direito Administrativo, ano X, n.º 4, abril/94, p. 223), *in verbis*:

"Como já se viu, o espírito da regra é evitar o risco de que atividades de relevância pública sejam mal executadas, e de que o Poder Público remunerar, direta ou indiretamente, mais de uma vez o trabalho de alguém, em prejuízo evidente para os cofres estatais. É óbvio que o incômodo que a proibição de acumular pretende impedir independe da natureza jurídica ou da estrutura organizacional da entidade empregadora; tanto existe em relação a pessoas de direito público quanto com referência a pessoas de direito privado, seja qual for o rótulo que a legislação lhes imprima".

Se não bastassem esses argumentos para justificar a impossibilidade da acumulação de cargo público na administração direta com emprego em sociedade anônima controlada, direta ou indiretamente, pelo Estado, acrescenta-se que, neste Tribunal, o entendimento é de que tal emprego é público, cuja ocupação submetesse a prévio concurso público. Sendo o emprego público, incide sobre ele o Direito Público, ratificando a inafastabilidade da proibição constitucional de acumular.

Esse entendimento está cristalizado no Enunciado n.º 231 da Súmula desta Corte, vejamos:

"A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a

objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada” (grifou-se).

Diante dessas ponderações, portanto, é de concluir que o Sr. MILTON CHUKSTER efetivamente acumulou indevidamente emprego e cargo público.

Não se tem dúvida que a violação da norma constitucional ampara a eventual apenação do responsável. No entanto, que penalidades seriam cabíveis, *in concreto?*

Quanto à aplicação das sanções previstas na CLT, são de competência da Indústria Carboquímica Catarinense, cabendo a ela discricionariamente decidir sobre a matéria, de modo que, para esse fim, convém a comunicação a essa empresa da decisão que vier a ser proferida no caso.

No que pertine à hipótese de restituição pelo responsável dos valores que percebeu em duplicidade, cabem ponderações mais longas.

É de considerar a alegação do responsável, embora sem comprová-la, de que prestou os serviços ao Município, fora do horário de expediente, sem prejuízo de sua atuação na ICC. É que, embora lhe caiba o ônus da prova, não se encontra, nos autos, contra-prova cabal da superposição de horários, de modo que a devolução dos recursos poderia configurar o enriquecimento sem causa do Estado, se efetivamente os serviços tiverem sido prestados em horários distintos.

Supondo-se, ainda, a aplicação da pena de devolução de recursos, quais valores deveriam ser restituídos, os percebidos dos cofres municipais ou aqueles recebidos da empresa estatal? Qual o critério a ser utilizado a balizar a devolução, deve-se, por exemplo, restituir o ente estatal que sofreu prejuízo ou, favorecendo o empregado, deve ser ressarcido o ente que pagou os menores valores?

Não temos respostas a estas perguntas. Não sabemos se houve efetivamente prejuízo patrimonial de um dos entes estatais, pois que o responsável alega a prestação de serviços em horários distintos. Por outro lado, refoge a competência desta Corte determinar a devolução de recursos aos cofres Municipais, que foram percebidos em valores menores, conforme comparação entre as planilhas de fls. 107 e 33/59.

Outrossim, é de ver que a acumulação ilegítima não é atual, pois que cessou em 31.12.96.

Assim, diante dessa situação, pensamos que melhor se afigura a aplicação de multa ao responsável.

Ante o exposto, em face da violação da norma constitucional que veda a acumulação de cargos e empregos públicos, opina este representante do Ministério Público no sentido de que não sejam acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. MILTON CHUKSTER, aplicando-se-lhe a multa prevista no art. 58, II, da Lei n.º 8.443/92, com fundamento no art. 43, parágrafo único, da referida Lei.

Outrossim, sugere-se o encaminhamento da decisão que vier a ser proferida por esta e. Corte ao liquidante da Indústria Carboquímica Catarinense, para adoção das medidas de sua competência que entender cabíveis.

DECISÃO Nº 278/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-018.855/96-2 (sigiloso)
2. Classe de Assunto: VII - Denúncia.
3. Interessado: identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 35, § 4º, inciso II, da Resolução TCU nº 77/96).
4. Entidade: Indústria Carboquímica Catarinense S.A. - ICC (em liquidação).
5. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado, Subprocurador-Geral.
7. Unidade Técnica: Secex/SC.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 53 e 55, §1º, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. conhecer da denúncia em pauta, por atender aos requisitos previstos no *caput* do art. 213 do Regimento Interno, para considerá-la procedente;
 - 8.2. acolher as razões de justificativa apresentadas e arquivar esta denúncia;
 - 8.3. encaminhar cópia desta Decisão, bem como dos Relatório e Voto que a fundamentam, ao denunciante e ao liquidante da Indústria Carboquímica Catarinense S.A.; e
 - 8.4. retirar a chancela de "sigiloso" dos presentes autos.
9. Ata nº 18/98-Plenário
10. Data da Sessão: 13/05/98-Extraordinária de caráter reservado
11. Especificação do *quorum*:
 - 11.1. Ministros presentes: Iram Saraiva (na Presidência), Carlos Átila Álvares da Silva (Relator), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

Iram Saraiva
na Presidência

Carlos Átila Álvares da Silva
Ministro-Relator

1. Publicada no DOU de 26/05/98.

**TCU - ENVIO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES DA RELAÇÃO DE
NOMES DOS RESPONSÁVEIS QUE TIVERAM SUAS CONTAS
JULGADAS IRREGULARES - INELEGIBILIDADE
Projeto de Resolução**

Lincoln Magalhães da Rocha

Grupo II - Classe VII - Plenário

TC-001.802/98-4 - Administrativo

Natureza: Projeto de Resolução.

Unidade: Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais - SECON.

Interessado: Tribunal de Contas da União.

Ementa: Projeto de Resolução. Iniciativa da SECON mediante elaboração do documento correspondente, sob a forma de Anteprojeto, encaminhado por meio de Representação. Envio pelo Tribunal, aos órgãos competentes, da relação de nomes dos responsáveis que tiveram suas contas julgadas irregulares. Inelegibilidade. Ponderações formuladas pela SEGECEX, com destaque para a questão relativa ao Recurso de Revisão. Inexistência de emendas. Apresentação de Substitutivo pelo Relator preconizando modificação nos arts. 1º, § 2º, 2º, 3º e 4º, § 1º, do Projeto. Alteração de entendimento prevalente no Tribunal. Estudos com vistas à alteração da Lei nº 8.443/92. Aprovação do Projeto e deliberação complementar.

RELATÓRIO

Em exame Projeto de Resolução que estabelece procedimentos para envio à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral de relação de nomes de responsáveis que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível e dá outras providências.

2. O ato normativo proposto acompanha a judiciosa peça proemial, endereçada ao Excelentíssimo Senhor Presidente deste Tribunal (Representação nº 001/98 SECON, de 02/04/98), da lavra do ilustre Titular da Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais, Dr. Carlos Nivan Maia, que consigna, com propriedade, as justificativas abaixo reproduzidas (fls. 01/02):

"A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, publicada no Diário Oficial da União-DOU de 21 seguinte, que estabelece, de acordo com o art.

14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, estatui em seu art. 1º, I, g, *verbis*:

'Art. 1º - São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

.....
g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;'

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92) determina em seu art. 91 que:

'Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.'

Como se sabe, o art. 242 do Regimento Interno repete o dispositivo acima com a mesma redação.

Em conformidade com esses preceitos, o Tribunal tem encaminhado ao Senhor Procurador-Geral Eleitoral e aos Senhores Procuradores-Regionais Eleitorais, antes do prazo de registro de candidaturas, em cada eleição, relação contendo o nome dos responsáveis com contas julgadas irregulares, remetendo também, até a véspera do pleito, relações aditivas e modificativas.

De sua vez, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, publicada no Diário Oficial da União de 1º de outubro de 1997, que estabelece normas para eleições, dispõe em seu artigo 11, *caput* e § 5º que:

'Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

§ 5º Até a data a que se refere este artigo, os Tribunais e Conselhos de Contas deverão tornar disponíveis à Justiça Eleitoral relação dos que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, ressalvados os casos em que a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, ou que haja sentença judicial favorável ao interessado.'

Ora, nos termos do art. 118 da Carta Magna, são órgãos da Justiça Eleitoral:

I – o Tribunal Superior Eleitoral;

II – os Tribunais Regionais Eleitorais;

III – os Juízes Eleitorais;

IV – as Juntas Eleitorais.

Em razão disso, o Tribunal de Contas da União deverá obrigatoriamente, em época própria, ao julgar contas irregulares, depois de transitar em julgado a sua decisão, enviar relação contendo os nomes dos responsáveis por essas contas à Justiça Eleitoral, sem descuidar da remessa dessa mesma Relação ao Ministério Público Eleitoral, face às disposições da Lei Complementar nº 64/90 (art. 3º) e da Lei nº 8.443/92 (art. 91).”

3. Assevera o Sr. Secretário que, tendo em vista as disposições da Lei Complementar nº 64/90 e das Leis nºs 8.443/92 e 9.504/97, aquela Unidade Técnica elaborou o então Anteprojeto de Resolução buscando estabelecer no âmbito desta Corte de Contas, em primeiro lugar, os procedimentos para envio à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral da multicitada relação, em harmonia com as disposições das leis que menciona e, em segundo lugar, procurando fixar sob a mesma égide, a sistemática para atualização do Cadastro que contém os nomes dos responsáveis cujas contas tenham sido julgadas irregulares, que está sob a responsabilidade da SECON.

4. A regulamentação procedimental ora preconizada, sob a forma de Resolução, substituindo assim as Portarias disciplinadoras da espécie até então em vigor, encontra-se vazada nos exatos termos de fls. 04/06, *verbo ad verbum*:

“ANTEPROJETO DE RESOLUÇÃO Nº /98

Estabelece procedimentos para envio à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral de relação de nomes de responsáveis que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível, e dá outras providências.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, resolve:

Art. 1º Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea **g** e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e no art. 11, **caput** e § 5º, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, o Tribunal enviará à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral o nome dos responsáveis

cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, o Tribunal organizará e manterá atualizado Cadastro que contenha o nome dos responsáveis por contas julgadas irregulares.

§ 2º A relação dos nomes contidos no Cadastro a que se refere o § 1º será enviada pelo Presidente do Tribunal à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral no primeiro dia útil do mês de julho do ano em que se realizarem as eleições.

§ 3º Cópia da relação prevista no § 2º será encaminhada, na mesma data, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados.

Art. 2º No caso de eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital, a relação de que trata o § 2º do art. 1º, no tocante à Justiça Eleitoral, deverá ser encaminhada ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais.

Art. 3º No caso de eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, além dos órgãos mencionados no art. 2º, a relação de que trata o § 2º do art. 1º deverá ser encaminhada, quando expressamente solicitada, aos Juízes Eleitorais e às Juntas Eleitorais.

Art. 4º No âmbito do Tribunal, compete à Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais (SECON) organizar e manter permanentemente atualizado o Cadastro a que se refere o § 1º do art. 1º.

§ 1º As Secretarias de Controle Externo remeterão à SECON, no prazo de trinta dias, os processos de tomada ou prestação de contas julgadas irregulares, após transitada em julgado a Decisão, sem que o interessado tenha recorrido.

§ 2º Compete à Secretaria de Controle Externo que instruiu o processo mencionado no parágrafo anterior:

I - atestar sobre a inexistência de erros materiais;

II - juntar ficha(s) de qualificação do(s) responsável(eis), inclusive os solidários;

III - informar se no momento da ocorrência das irregularidades o(s) responsável(eis) exercia(m) cargo(s) ou função(ões) pública(s).

§ 3º A SECON registrará nos autos a que se refere o § 1º deste artigo o vencimento dos prazos recursais com efeitos suspensivos nos termos dos arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 8.443/92, e o caráter definitivo da decisão,

comunicando o fato, em época própria, à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, nos termos do previsto no art. 1º desta Resolução.

§ 4º Após o recebimento dos referidos processos e feita a atualização do Cadastro previsto no *caput* deste artigo, a SECON organizará o competente processo de cobrança executiva, quando cabível, e restituirá os autos à Unidade Técnica de origem para arquivamento.

§ 5º Aplica-se aos processos com decisão pelo arquivamento na forma do art. 93 da Lei nº 8.443/92 e do art. 248 do Regimento Interno o disposto no § 1º deste artigo.

Art. 5º Caberá à SECON o registro atualizado sobre a interposição dos recursos definidos na Lei nº 8.443/92 e no Regimento Interno do Tribunal.

§ 1º As Secretarias de Controle Externo darão conhecimento dos recursos recebidos, em caráter de urgência, à SECON, que aguardará o julgamento do recurso para atualizar os registros devidos.

§ 2º A informação de que trata o parágrafo anterior conterá os seguintes elementos:

I - nome(s) do(s) responsável(veis);

II - tipo de Recurso (art. 32 da Lei nº 8.443/92 e art. 234 do Regimento Interno);

III - o número do Acórdão recorrido, da Ata que contém a Decisão e do processo.

Art. 6º Autorizado o recolhimento parcelado da dívida no acórdão condenatório, sem que o interessado recorra do mérito da decisão, no prazo previsto na notificação, a Secretaria de Controle Externo, após o pagamento da primeira parcela, enviará o processo à SECON que, por sua vez, aplicará o disposto no § 3º do art. 4º e devolverá os autos à unidade técnica remetente, que acompanhará o recolhimento das demais parcelas.

Art. 7º Caso o responsável solicite parcelamento da dívida ou efetue o recolhimento do débito ou multa, dentro do prazo previsto na notificação, sem recorrer do mérito da decisão, a Secretaria de Controle Externo instruirá o processo e o encaminhará à SECON que, após as anotações de praxe, remeterá os autos ao Relator do feito.

Art. 8º Verificada a existência de inexatidão material no acórdão condenatório, a Unidade Técnica Executiva providenciará as correções necessárias, comunicando o fato à SECON para fins de controle.

Art. 9º As informações contidas no banco de dados previsto no art. 1º, **caput**, são de caráter público.

Art. 10. Os casos omissos serão decididos pelo Presidente do Tribunal.

Art. 11. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as Portarias n^{os} 195, de 17 de junho de 1994 e 62, de 27 de fevereiro de 1996, e as demais disposições em contrário."

5. Em complemento à peça vestibular que subscreve, o zeloso Dirigente da SECON evidencia os aspectos de realce no documento acima reproduzido, na forma ora transposta, *ipsis litteris*:

"O art. 1^o contém a determinação essencial do estabelecido pela Lei Complementar n^o 64/90 e Leis n^{os} 8.443/92 e 9.504/97, no que tange à competência do Tribunal de Contas da União para disponibilizar as informações pertinentes tanto ao Ministério Público Eleitoral como à Justiça Eleitoral.

O § 2^o deste artigo estabelece o envio, por Vossa Excelência, da Relação dos nomes contidos no referido Cadastro, para a finalidade prevista no art. 1^o, I, **g**, da Lei Complementar n^o 64/90 c/c o art. 11, *caput* e § 5^o, da Lei n^o 9.504/97, à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, ante o disposto nas Leis n^{os} 8.443/92 (art. 91) e 9.504/97, no primeiro dia útil do mês de julho do ano em que se realizarem as eleições.

Todavia, como é de praxe o envio da Relação ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, mesmo não existindo obrigatoriedade nas normas reguladoras da matéria, o § 3^o do Anteprojeto vem pois oficializar esta deferência da Corte, possibilitando o acesso das informações aos senhores parlamentares.

Por seu turno, o art. 2^o restringe o envio obrigatório da Relação, no que tange à Justiça Eleitoral, ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais, no caso de eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital.

Tal limitação é decorrente do grande número de Juízes Eleitorais e respectivas Juntas, inviabilizando o envio da Relação a todos, devido aos altos custos de confecção e remessa da mesma.

Note-se que a determinação legal estará atendida com o encaminhamento da Relação aos órgãos de hierarquia superior da Justiça Eleitoral.

No caso de eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, o art. 3^o prevê a remessa aos órgãos mencionados no art. 2^o, além de determinar o envio aos Juízes Eleitorais e às Juntas Eleitorais, quando expressamente solicitado.

O art. 4^o, em seu *caput*, mantém na SECON a responsabilidade de organizar e manter atualizado o Cadastro que contenha os nomes dos responsáveis

por contas julgadas irregulares pelo Tribunal. Vale dizer que o mencionado Cadastro vem sendo, permanentemente, atualizado pela Unidade Técnica referida.

Os demais dispositivos reproduzem os preceitos da Portaria nº 62, de 27 de fevereiro de 1996, com os seguintes aperfeiçoamentos:

- A redação do § 1º do art. 4º, que trata da remessa à SECON, pelas SECEXs, dos processos de tomada ou prestação de contas julgadas irregulares, manteve o prazo de envio dos autos em trinta dias, tendo em vista que a remessa intempestiva de processos à SECON poderá acarretar a não inclusão do nome do responsável no Cadastro e conseqüentemente da Relação a ser encaminhada à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, podendo ocasionar também a emissão de Certidões inexatas;
- incluiu-se no inciso II do § 2º do art. 4º à obrigatoriedade da SECEX juntar aos autos ficha(s) de qualificação do(s) responsável(eis), inclusive dos solidários, evitando-se assim, possibilidades de entraves à cobrança judicial;
- incluiu-se na redação do § 3º do art. 4º, em relação à redação anterior, o termo "Justiça Eleitoral", explicitando-se que o vencimento dos prazos recursais referem-se àqueles recursos com efeitos suspensivos nos termos dos arts. 33 e 34, § 2º, da Lei Orgânica do TCU;
- o § 2º do art. 5º discrimina os elementos que deverão constar da informação relativa a recurso recebido – o nome(s) do(s) responsável(veis), o tipo de Recurso e o número do Acórdão recorrido, da Ata que contém a Decisão e do processo;
- o art. 10 remete a solução dos casos omissos ao Presidente do Tribunal. Tal dispositivo terá fundamental importância quando do exame de pedidos de cópia da Relação de responsáveis, prevista no § 2º do art. 1º, por terceiros não contemplados expressamente neste Anteprojeto de Resolução."

6. Ao submeter a aludida Representação ao alvedrio da I. Presidência, a Unidade Técnica o faz por intermédio da Secretaria-Geral de Controle Externo, ocasião em que a SEGECEX, representada pelo seu Dirigente máximo, Dr. José Nagel, em tempo oportuno, assinala quatro questões subjacentes, a saber, *verbis* (fl. 92):

- "1ª) a natureza do normativo a ser adotado na espécie - portaria (conforme estabelecido anteriormente) ou resolução (como está sendo agora proposto);
- 2ª) o tratamento a ser dado aos recursos recebidos contra os acórdãos condenatórios do próprio Tribunal;

3ª) a necessidade ou não do envio à Justiça Eleitoral, por força da edição da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (parágrafo 5º do art. 11), da relação dos que tiveram suas contas rejeitadas por irregularidade insanável; e

4ª) a conveniência de se regulamentar a remessa da mencionada relação também ao Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados).”

7. Aduz o Sr. Secretário que a proposta suscitaria ainda outros questionamentos, os quais estariam relacionados a aspectos meramente formais, notadamente quanto à possível delegação de competência à SECON, em certas hipóteses, para o encaminhamento da relação; a utilização de dados do sistema de sorteio eletrônico de processos para fins de atualização dos registros, em vez de se obter esses dados via SECEXs; e a remessa dos próprios autos à SECON, ao invés das informações serem prestadas pelas SECEXs.

8. Adiante, o Titular da SEGECEX tece considerações sobre as questões enumeradas inicialmente, cujo texto, elaborado com lucidez e proficiência, passo a incorporar a este Relatório (fls. 92/3):

“Primeira Questão

Efetivamente, a matéria em foco, *prima facie*, poderia ser objeto de regulamentação pelo instrumento normativo proposto pela SECON (no caso, Resolução), consoante expressa o art. 80, inciso II, do RITCU:

‘Art. 80. As deliberações do Plenário e, no que couber, das Câmaras, terão a forma de:

.....

II - Resolução, quando se tratar de:

- a) aprovação do Regimento Interno, de ato definidor da estrutura, atribuições e funcionamento do Tribunal, de suas Unidades Técnicas e demais serviços auxiliares;
- b) outras matérias de natureza administrativa interna que, a critério do Tribunal, devam revestir-se dessa forma.”

No entanto, a prática adotada pelo TCU tem sido a da edição de simples portaria sobre o assunto aqui tratado pelo Presidente do Tribunal (cf. Portaria nºs 268, de 24/11/93; 195, de 17/6/94 e 062, de 27/2/96), as quais, justamente, considerando o disposto no art. 91 da Lei nº 8.443/92 e no art. 242 do Regimento Interno do TCU, estabeleceram, nas respectivas abrangências, procedimentos para o envio, ao Ministério Público Eleitoral, da relação de nome de responsáveis.

Da mesma forma, penso, s.m.j., que tal disciplinamento, porque restrito a atribuições afetas às Unidades Técnicas da Secretaria do Tribunal, notadamente a SECON e a SEINF, poderia continuar conservando o citado

nível hierárquico de portaria, inclusive para reduzir o grau de produção normativa que vem sendo requerido ultimamente da parte do Plenário, sobre os mais diversos assuntos e matérias.

Assim, no particular, uma vez submetidos os autos à apreciação do Plenário, poderia ser, simplesmente, depois de deliberadas outras questões suscitadas nos autos, autorizada a Presidência editar ato normativo próprio, dispondo sobre a elaboração e inclusão em lista específica, a ser remetida ao Ministério Público Eleitoral, do nome do administrador público que teve suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas da União, na forma estabelecida no art. 91 da Lei nº 8.443/92 e no art. 242 do Regimento Interno, para os fins previstos no art. 1º, inciso I, alínea "g" e no art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (INELEGIBILIDADE).

Segunda Questão

Dentre os diversos aspectos que o tema suscita, sobressai a compreensão de que a inelegibilidade não constitui pena, e que, por resultar de delito, embora de natureza eleitoral, seu enquadramento (tipificação) sujeita-se a recurso da parte interessada e ao juízo de valor formulado pela Justiça Eleitoral, no tocante aos fatos, pressupostos e fundamentos configuradores ou não da própria inelegibilidade.

No caso específico da rejeição de contas por vício insanável, o ordenamento jurídico admite a suspensão da inelegibilidade pela interposição de recurso e se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, a regulamentação proposta deixa antever, como regra, os desdobramentos na hipótese de interposição de recurso contra o acórdão condenatório.

Deixa, entretanto, de ressaltar a situação peculiar do RECURSO DE REVISÃO, no contexto da processualística do TCU."

9. E, nesse tópico, traz a lume o Sr. Secretário-Geral, exemplificativamente, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, afirmada em diversos pronunciamentos, no sentido de que o Recurso de Revisão - sem efeito suspensivo e de natureza distinta dos demais recursos - não afasta a inelegibilidade (fl. 94).

10. Em termos conclusivos, o Sr. Dirigente consigna as ponderações de fls. 95/6, as quais permito-me expor a seguir, *ipsis verbis*:

"Terceira e Quarta Questões

Quanto aos dois últimos itens, suponho, *data venia*, que a exata interpretação do art. 91 da Lei nº 8.443/92 acarreta conseqüências consideráveis e

altera substancialmente o enfoque anunciado no expediente apresentado pela SECON.

Dispõe o mencionado art. 91 da Lei Orgânica do TCU:

'Art. 91. Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.'

Por sua vez, diferentemente do que consigna a SECON, o art. 242 do Regimento Interno acrescenta um pouco mais ao citado comando:

'Art. 242. Para os fins previstos no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal, com a devida antecedência ou quando solicitado, enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares, por decisão irrecorrível, nos cinco anos imediatamente anteriores à época em que forem realizadas eleições no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.' (grifei).

Está, portanto, expressamente exigido o envio apenas ao Ministério Público Eleitoral, do nome dos responsáveis.

É certo, porém, que nada impede, e até se justifica, a remessa à Justiça Eleitoral e ao Congresso Nacional, não só pela argumentação oferecida pela SECON, como também pela permanente possibilidade de solicitação ao Tribunal de informações e dados, inclusive listas existentes, pelas autoridades e órgãos legitimados.

Acontece, e não se pode perder de vista esta particularidade, que o Tribunal não elabora 'lista de inelegíveis'. Na verdade, a arguição de inelegibilidade, decorrente da aplicação da Lei Complementar nº 64/90, é matéria restrita ao âmbito exclusivo da Justiça Eleitoral, conforme disposto no art. 2º do citado diploma legal:

'Art. 2º Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as arguições de inelegibilidade.' (grifei).

Aliás, a inclusão dos nomes dos responsáveis, cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição, constitui ato meramente declaratório, ou seja: a competência do TCU se exaure na elaboração do banco de dados contendo a relação completa dos nomes de responsáveis passíveis de inclusão na listagem específica e o envio desta ao Ministério Público Eleitoral, por força do art. 91 da Lei nº 8.443/92 e do art. 242 do Regimento Interno do TCU.

Significa dizer, com isso, que, legal e regimentalmente, a remessa da listagem específica, regular e obrigatória, deve ser feita apenas ao Ministério Público Eleitoral, sem prejuízo de torná-la disponível aos órgãos legitimados que venham a promover a devida solicitação.

A expressão posta no art. 11, § 5º, da Lei nº 9.504/97 - "... os Tribunais e Conselhos de Contas deverão tornar disponíveis à Justiça Eleitoral ..." - conduz, s.m.j., a essa mesma conclusão, isto é: TORNAR DISPONÍVEL quer dizer estabelecer estrutura de dados que possam ser gerados a qualquer momento, com antecedência ou quando solicitado."

11. Por determinação da ínclita Presidência, em consonância com o procedimento regimental insculpido no art. 258, o presente processo foi submetido a sorteio eletrônico, processado no dia 22 de abril último, cabendo a este Relator a condução da matéria (fls. 97/8).

12. Na primeira Sessão Plenária realizada após o aludido sorteio (29/04/98), proferi comunicação pertinente, e, pedindo vênia para acolher a sugestão inicial diante do entendimento firmado pela SEGECEX de que a natureza do normativo a ser adotado no caso vertente, ao invés de Resolução, poderia ser Portaria, solicitei fosse providenciada a elaboração do respectivo cronograma, à vista do rito exigido para a espécie (RI, arts. 260, 261 e 264), bem como a distribuição de cópia do Projeto em destaque aos ilustres Pares e aos membros do Ministério Público com vistas aos fins indicados no art. 262 do Regimento Interno (fl. 99).

13. O prazo para apresentação de emendas por parte dos Senhores Ministros e de sugestões dos Senhores Auditores e Procurador-Geral transcorreu *in albis* no dia 07 de maio atual.

PARECER

A relatoria dos presentes autos inaugura, no âmbito do meu Gabinete, as novas atribuições conferidas aos Auditores, uma vez que, por sugestão do eminente Ministro Iram de Almeida Saraiva, ao relatar o TC-004.175/97-2, que resultou na edição da Resolução nº 108/98-TCU, passamos a ser incluídos nos sorteios específicos de que tratam os arts. 13, 14 e 15 da Resolução nº 064/96, que versam sobre recursos e processos administrativos, oportunidade em que, consoante proposta por mim oferecida preliminarmente e consignada nas conclusões do Relator supramencionado, determinou, ainda, o Tribunal que os Auditores passassem a concorrer a sorteios referentes às auditorias realizadas em órgãos ou entidades localizadas no exterior (Sessão Plenária de caráter reservado, de 25/03/98, BTCU nº 20/98, Anexo III, fls. 01/06).

2. De todo pertinente, pela conveniência e senso de oportunidade, a iniciativa da laboriosa Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais, pela elaboração do então Anteprojeto de Resolução, como forma de regulamentar, no âmbito deste Tribunal - desta feita por intermédio de ato

normativo de superior nível hierárquico - preceitos da Lei nº 8.443/92, Lei Complementar nº 64/90 e da Lei nº 9.504/97, relativamente à questão associada à inelegibilidade.

3. A Lei Complementar nº 64/90, alterada pela LC nº 81/91, estabelece casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, sendo seu objetivo primacial, segundo o autor de seu projeto, Senador Jarbas Passarinho, o estabelecimento de "limites éticos de elegibilidade, especialmente no que diz respeito ao exercício de poder; a influência do comando sobre os comandados; o poder de império dos controladores do dinheiro público; ao uso dos meios de comunicação de massa; e aos efeitos espúrios do poder econômico por parte dos que postulam funções eletivas e o exercício da Administração Pública."

4. Por força do art. 91 da Lei nº 8.443/92, bem como do art. 242 do Regimento Interno, ficou este Tribunal jungido à obrigação de enviar ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis por contas julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição, procedimento este que suscitou, no âmbito desta Corte de Contas, discussões acaloradas, culminando com diversas deliberações pertinentes à matéria, as quais, sucintamente, passo a historiar.

5. Em Sessão Plenária de 27/04/94, diante de Representação formulada pela SECON, o Tribunal, acolhendo as conclusões do Relator, eminente Ministro Homero Santos, firmou entendimento de que a remessa do nome do responsável ao Ministério Público não constitui penalidade (TC-007.445/94-6 - Administrativo, Decisão nº 249/94, Ata nº 13/94 - Plenário).

6. Naquela assentada, entendeu, ainda, este Órgão de Controle, que a Lei Complementar nº 64/90, em seu art. 1º, inciso I, alínea "g", ao tipificar como inelegíveis "os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão", delimitou o alcance temporal da inelegibilidade à decisão que rejeitou as contas e não à data da ocorrência dos atos de gestão examinados no processo.

7. De igual modo, concluiu o Tribunal, na mesma oportunidade, que a determinação no Acórdão para a inserção do nome do responsável na Lista Específica, a que alude o art. 91 da Lei nº 8.443/92, é meramente declaratória e sua supressão ou omissão não exclui a obrigatoriedade da comunicação ao Ministério Público Eleitoral.

8. Adiante, em Sessão de 20/07/94, o Tribunal Pleno fixou entendimento de que a inclusão do nome do responsável em Lista Específica para fins da remessa de que se fala só deveria ocorrer quando as contas julgadas irregulares fossem relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, conforme estatui a alínea "g" do inciso I do art. 1º da multicidada Lei Complementar nº 64/90 (TC-018.559/93-0, Decisão nº 464/94 - Plenário, Relator Ministro Adhemar Ghisi, Ata nº 34/94).

9. Ressalte-se que, até então, o Tribunal fazia consignar em seus acórdãos condenatórios item exclusivo referente à inserção do nome do responsável na referida Lista, contudo, diante de estudos relativos ao reexame da matéria, oportunidade em que a ilustre Consultora-Geral, Dr^a Teresinha de Jesus Carvalho, em minucioso arrazoado, abordou o assunto em profundidade, o TCU resolveu abolir o referido procedimento, acolhendo as conclusões do Relator, eminente Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, que, colacionando entendimento reiterado do Tribunal Superior Eleitoral, estabeleceu plena distinção entre delitos de natureza eleitoral e delitos de natureza penal, os quais, conforme afirmou, são julgados em jurisdições diversas (TC-013.965/94-8 - Administrativo, Sessão de 26/10/94, Decisão nº 663/94 - Plenário, Ata nº 41/94).

10. Portanto, entende o Tribunal que a supressão ou omissão do nome do responsável no respectivo aresto não exclui a obrigatoriedade da comunicação ao órgão competente na época adequada.

11. Assim, muitas são as referências nos julgados produzidos nesta Casa, no sentido de que os registros em Listas Específicas representam atos meramente declaratórios, merecendo destaque a afirmação do Senhor Procurador deste MP/TCU, no TC-013.965/94-8: "A argüição de inelegibilidade decorrente da aplicação da Lei Complementar nº 64/90 é matéria de competência específica da Justiça Eleitoral, sendo defeso a esta Corte adentrar o mérito desse tipo de demanda, devendo, portanto, restringir-se aos termos do art. 91 da Lei nº 8.443/92..."

12. E, para concluir o breve panorama ora exposto, impende dizer que referido entendimento, adotado de forma reiterada pelo Colegiado, encontra-se em perfeita sintonia com a Decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "À Justiça Eleitoral compete formular juízo de valor a respeito das irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, vale dizer, se as irregularidades configuram ou não inelegibilidade" (MS nº 22.087-2, Relator Ministro Carlos Velloso).

13. O assunto de que se ocupa o presente processo encontra-se atualmente disciplinado pela Portaria/TCU nº 195/94, que estabelece o *modus operandi* em relação ao envio ao Ministério Público Eleitoral da relação de nomes de responsáveis (fls. 09/10), e pela Portaria/TCU nº 062/96, que dispõe sobre procedimentos para atualização da base de dados que contém os nomes dos administradores em causa (fls. 11/12).

14. Desse modo, em obediência a esses normativos, o Tribunal tem cumprido o disposto no art. 91 de sua Lei Orgânica, sendo que nas épocas oportunas (realização de eleição), a partir do encaminhamento da primeira relação nominal, seguem-se as chamadas Listas Aditivas e Listas Modificadas, à medida em que novos casos vão sendo apreciados pelo Colegiado, excetuando-se, quando do encaminhamento, o nome dos Administradores cujas contas ainda persistam sob apreciação em grau de recurso, de qualquer natureza, no âmbito desta Corte de Contas.

15. A iniciativa do diligente Titular da SECON, no que toca à feitura do instrumento regulamentar *sub judice*, deveu-se à edição da Lei nº 9.504, de 30/09/97 (DOU de 01/10/97, fls. 20/41), que estabelece, em caráter geral, "*normas para as eleições*"; retratando, assim, os desdobramentos dos novos mandamentos constitucionais assentados na Carta Magna, *ex-vi* da Emenda Constitucional nº 16/97 (DOU de 05/06/97).

16. Ocorre que, fazendo alusão à primeira questão suscitada pela SEGECEX, no que se refere à natureza do ato normativo (fl. 92), os pleitos eleitorais então verificados sempre foram precedidos de diplomas legais específicos, como exemplifica a Lei nº 9.100, de 29/09/95 (DOU de 02/10/95), que estabeleceu, com exclusividade, "*normas para a realização das eleições municipais de 03 de outubro de 1996 e dá outras providências*".

17. Com o advento do novel diploma legal, que doravante passou a disciplinar as eleições para todos cargos públicos, entendo que, referendando a preocupação da SECON, a Resolução seria a forma de deliberação mais apropriada para a normatização ora reclamada, *data venia* do posicionamento do nobre Dirigente da SEGECEX, com o supedâneo, inclusive, nas exatas disposições do art. 80 do Regimento Interno.

18. Afinal, como bem salientou o signatário do documento preambular (fls. 01/03), o instrumento que se busca se prestaria à regulamentação, nada menos, de três dispositivos legais, quais sejam, art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar nº 64/90, art. 91 da Lei Orgânica do Tribunal e art. 11, § 5º, da Lei nº 9.504/97, exigindo, segundo penso, a hierarquia alvitada pelo proponente.

19. No que se refere a outras ponderações contrapostas pela Secretaria-Geral, referindo-se agora àquelas elencadas nos itens 3º e 4º de fl. 92 (necessidade ou não de envio da relação à Justiça Eleitoral e conveniência de se regulamentar o encaminhamento ao Congresso Nacional), estaria propenso, de igual forma, com as vênias de estilo, a acompanhar a proposta inicial, à vista da argumentação constante da peça vestibular.

20. A Lei Orgânica do Tribunal foi elaborada já na vigência da Lei Complementar nº 64/90, daí que incorporou em seu texto, a competência a que se refere o art. 91.

21. Já o diploma que estabelece normas para as eleições (Lei nº 9.504/97) é recente e, a prevalecer o disciplinamento na forma ora oferecida, o Tribunal, ao invés de extrapolar sua competência regimental, *data venia*, estaria sim, dando cumprimento ao novo instrumento legal.

22. Quanto à regulamentação da remessa da Lista ao Congresso Nacional, penso que o comando constitucional insculpido no art. 71, *caput*, dá conformidade bastante à proposição aventada.

23. Consoante informações prestadas pela SECON, não constitui fato incomum a solicitação da relação nominal em apreço, por parte dos senhores parlamentares, individualmente.

24. O sempre volumoso documento (na primeira listagem encaminhada por ocasião das últimas eleições - 1996 - constavam 1930 nomes dispostos em mais de 700 páginas), pode ser enviado às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, demonstrando deferência e preservando o salutar relacionamento com o Poder Legislativo, comportando às respectivas Casas, a partir de então, contemplar as eventuais demandas dos Parlamentares acerca do assunto.

25. Afinal, sempre pugnei pela transparência e divulgação das deliberações prolatadas pelo Tribunal de Contas e pelo conseqüente e merecido enobrecimento do exercício das competências a ele cometidas.

26. Dentre as questões destacadas pela SEGECEX, exsurge a afirmação, ressaltada bastante oportunamente, de que a regulamentação proposta não contempla a situação peculiar do Recurso de Revisão, no contexto da processualística do Tribunal (fl. 93, *in fine*), tema sobre o qual impõe-se sejam feitas algumas considerações, dada a sua relevância nestas circunstâncias.

27. Em Sessão Plenária de caráter reservado, realizada em 04/05/94, ao regulamentar a remessa da listagem a que se refere o art. 91 da Lei nº 8.443/92, o Tribunal Pleno, alterando a Decisão nº 249/94 - Plenário, excepcionou o nome daqueles responsáveis *"cujas contas ainda persistam sob apreciação em grau de recurso, de qualquer natureza, no âmbito desta Corte"*, incluindo-se, portanto, o Recurso de Revisão de que trata a Lei nº 8.443/92, em seu art. 35 (Decisão nº 279/94-Plenário, TC-007.445/94-6 - Administrativo, Ata nº 14/94).

28. Para o pleito eleitoral seguinte (1996), a mesma orientação foi observada, ou seja, o Tribunal não incluiu na listagem o nome dos responsáveis pelas contas com recursos, inclusive de Revisão, pendentes de apreciação.

29. Entretanto, conforme oportunamente colacionou o Sr. Dirigente da SEGECEX, de conformidade com a jurisprudência predominante no TSE, o Recurso de Revisão, por ser uma ação *sui generis*, não impede a inelegibilidade, merecendo reproduzir, na íntegra, as deliberações daquela Corte Superior buscadas pela Secretaria-Geral (fl. 94):

"RECURSO Nº 12.007 -Classe 4ª - Relator: Ministro CARLOS VELLOSO - Sessão de 15 /08/94:

'ELEITORAL - PROCESSUAL - REGISTRO DE CANDIDATO - INELEGIBILIDADE - REJEIÇÃO DE CONTAS - RECURSO DE REVISÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: REITERAÇÃO.

I - O chamado 'recurso de revisão', referido no art. 35 da Lei nº 8.443/92, visualizado sob o ponto de vista da teoria geral dos recursos e da teoria geral do processo, *não tem natureza de recurso, mas, sim, de medida capaz de desconstituir uma decisão definitiva*, passada em julgado, tal como ocorre no processo civil, com a ação rescisória, e no processo penal, com a revisão criminal.' (grifei).

RECURSO Nº 12.192 -Classe 4ª - Relator: Ministro MARCO AURÉLIO (Relator designado: Ministro FLAQUER SCARTEZZINI) - Sessão de 10/08/94:

'INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS PELO TCU. RECURSO DE REVISÃO. REGISTRO DE CANDIDATO. INDEFERIMENTO. LC Nº 64/90, ART 1º, I, g. LEI ORGÂNICA DO TCU.

1 - O recurso de revisão previsto no art. 35, da lei nº 8.443/92, diferentemente do recurso de reconsideração elencado no art. 33 do citado diploma legal, que tem efeito suspensivo, ainda que ajuizado antes da impugnação da candidatura, não afasta a inelegibilidade inscrita no art. 1º, I, g da LC nº 64/90 (precedentes: Rec. Nº 12.007 e Rec. nº 12.132, de 3 e 6.8.94).' (grifei).

RECURSO Nº 12.132 -Classe 4ª - Relator: Ministro FLAQUER SCARTEZZINI - Sessão de 06/08/94:

'Registro de candidato. Inelegibilidade. Tomada de Contas Especial. TCU. Decisão. Recurso de reconsideração. Lei nº 8.443/92, art. 33. LC nº 64/90, art 1º, I, g. Inaplicabilidade.

1 - O recurso de reconsideração previsto no art. 33 da Lei nº 8.443/92, por ser dotado de efeito suspensivo, afasta a incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC nº 64/90.' (grifei).

RECURSO Nº 12.111 -Classe 4ª - Relator: Ministro TORQUATO JARDIM - Sessão de 10/08/94:

'INELEGIBILIDADE (LC nº 64/90, art. 1º, inciso I, alínea g).

2. Ressarcimento posterior à decisão do Tribunal de Contas da União e à constituição do débito.

3. O recurso de revisão (Lei Org. TCU, art. 35) não tem efeito suspensivo (precedentes: Rec 12.007, Min. Andrada e Rec. 12.132, Min. Scartezzini, sessões de 3 e 6 de agosto de 1994).

4. Recurso provido para declarar inelegível o recorrido." (grifei).

30. Nesse sentido, merecem ser ressaltados, ainda, pronunciamentos pertinentes à matéria, verificados no âmbito do mesmo Tribunal, os quais, além de corroborar os *decisuns* supramencionados, associam o apelo recursal em destaque à figura da Ação Rescisória, comungando com o mesmo pensamento deste Relator, *verbis*:

"... a revisão ataca decisão irrecurável. Então, na verdade, não se trata de recurso, e, assim, como estamos diante de uma decisão irrecurável do Tribunal de Contas, incide a regra consubstanciada na primeira parte da letra g, inciso I, do art. 1º da LC nº 64/90." (Rec. nº 12.192-MA, Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, fl. 62).

"... o recurso de revisão, na jurisprudência desta Corte, tem natureza da ação rescisória ou da revisão criminal, certo que ambas são aforadas após o trânsito em julgado da decisão." (Rec. nº 12.192-MA, Ministro Carlos Velloso, fl. 64).

"O *Parquet* opina pelo improvimento, estando assim ementado o seu entendimento: 'o instrumento de revisão previsto pelo artigo 35 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, embora relacionado na seção dos recursos e denominado como tal, não é, pela sua natureza mesma, um recurso no sentido processual do termo, mas um mecanismo que, à semelhança da ação rescisória no processo civil e da revisão criminal no processo penal, permite ao interessado, na órbita administrativa do TCU, e desde que se verifique quaisquer das hipóteses previstas pelo legislador para a sua admissibilidade, desconstituir as decisões finais proferidas em processos de tomada ou de prestação de contas" (Rec. nº 12.007-PA, Ministro Diniz de Andrada, fl. 69).

"O 'recurso' a que se refere o recorrente nada mais se trata do que um instrumento de revisão de decisão definitiva. O pressuposto para o ajuizamento do chamado 'recurso' pelo recorrente - recurso previsto no art. 35 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, Lei nº 8.443 - é a existência de decisão definitiva, o que nos leva à conclusão de que a natureza desse recurso é idêntica a de uma ação rescisória, é um procedimento rescisório administrativo, e não um recurso propriamente dito; o pressuposto é de que essa rescisão seja definitiva.

Recurso da decisão do Tribunal de Contas da União é o chamado 'pedido de reconsideração', previsto no art. 33.

Embora arrolado no elenco dos recursos, o instrumento previsto no art. 35, ao ver do Ministério Público Eleitoral, nada mais é do que um pedido de rescisão da decisão definitiva. E a interpretação que o recorrente busca, na verdade, levaria ao absurdo, porque o prazo para essa revisão é de cinco anos. Ao prevalecer tal entendimento, prolatada a decisão pelo Tribunal de Contas da União, rejeitando as contas, aguardar-se-ia o prazo de cinco anos, que é o prazo previsto para essa revisão, para, só então, tornar-se eficaz a referida decisão e gerar a inelegibilidade prevista na letra g, inciso I, art. 1º da Lei Complementar nº 64/90." Grifei. (Rec. nº 12.007-PA, Ministro Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, fl. 75).

"O Poder Judiciário pode rever suas decisões transitadas em julgado em ação rescisória ou em revisão criminal. Nós temos que examinar a questão sobre o ponto de vista da teoria geral dos recursos, da teoria geral do processo. A natureza do ato rotulado de recurso, no art. 35 da Lei nº 8.443/92, é de ação rescisória do processo civil, ou de revisão criminal. Noutras palavras, é de rescisória, nos moldes inscritos no Código de Processo Civil,

ou de revisão, nos moldes do processo penal. Expresso está na lei que se tem decisão definitiva e que se pode interpor à revisão no prazo de 5 anos. Não há recurso com prazo de cinco anos para interposição." Grifei. (Rec. nº 12.007-PA, Ministro Carlos Velloso, fl. 81).

"O aspecto básico está em que os recursos, segundo bem salientou o Ministro Carlos Velloso, têm prazos curtos para interposição. Não há recurso com prazo de cinco anos. O dispositivo lido, consubstanciado na letra g, do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90 fala em decisão irrecorrível. Creio que não se pode considerar revisão como sendo recurso para tornar o julgado do Tribunal de Contas não definitivo, por pendente de uma nova decisão" (Rec. nº 12.007-PA, Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, fl. 84).

31. Portanto, trazida a jurisprudência predominante no âmbito do E. Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que o Recurso de Revisão, pelas suas características peculiares, não impede a inelegibilidade, poder-se-ia passar a encaminhar, também, aos órgãos competentes, os nomes dos responsáveis que se valessem de tal instrumento para a reformulação dos respectivos julgados, uma vez presente a falta de previsibilidade do efeito suspensivo, dotando-se o § 2º do art. 1º da Resolução *sub judice* da seguinte redação:

"Art. 1º. *omissis*

§ 1º. *omissis*

§ 2º A relação dos nomes contidos no Cadastro a que se refere o § 1º será enviada pelo Presidente do Tribunal à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral no primeiro dia útil do mês de julho do ano em que se realizarem as eleições, excetuando, quando do encaminhamento, os nomes dos responsáveis cujas contas ainda persistam sob apreciação, no âmbito deste Tribunal, em decorrência da interposição dos recursos a que se refere o art. 32, incisos I e II, da Lei nº 8.443/92."

32. Neste ponto, não posso deixar de fazer referência ao magistral Voto proferido pelo Senhor Ministro Carlos Átila, onde, diante de um misto de desânimo e de indignação pela lamentável impunidade que compromete a efetividade dos resultados do trabalho fiscalizador desta Casa, com notável brilhantismo, associa o fato Sua Excelência à insuficiência dos preceitos normativos vigentes na Lei Maior e legislação processual pátria, *verbis* (TC-004.831/90-0 e TC-013.262/94-7, Decisão 747/94-Plenário, Ata nº 57/94, Sessão de 07/12/94):

"(...)

Os bons resultados obtidos com tal tipo de 'estímulo' puderam ser observados após a sanção da Lei Complementar nº 64/90, que estipulou a pena de inelegibilidade temporária dos responsáveis cujas contas sejam julgadas irregulares nos cinco anos anteriores à eleição. A pena criada pela referida Lei teve efeito salutar, no sentido de incitar os interessados a atentar para

a gravidade das conseqüências das falhas cometidas na gestão dos recursos públicos. Basta observar o aumento na quantidade de recursos autuados nesta Corte neste ano eleitoral. E, sobretudo, levou inúmeros responsáveis a, após a notificação e ciência da inclusão dos respectivos nomes em lista específica a ser encaminhada ao Ministério Público Eleitoral, apressar-se a comprovar a quitação dos débitos que lhes foram imputados. A Lei Complementar nº 64/90, entretanto, infelizmente já se demonstra também ineficaz, em matéria de punição dos administradores ímprobos. É que a pena de inelegibilidade só se aplica àqueles cujas contas tiverem sido julgadas irregulares, por decisão irrecurável do TCU, adotada nos últimos cinco anos anteriores à eleição de que se trate. Ora, como o prazo para interpor o recurso de revisão de contas é de cinco anos após a decisão, segue-se que a pena é inaplicável. Quando a decisão se torna irrecurável, já não se enquadra no prazo previsto na Lei Complementar nº 64/90 (grifos acrescidos).

É necessário por isso rever as condições de imposição de tal punição. Além disso, é preciso instituir também fatores de pressão, de ordem patrimonial, que induzam o administrador faltoso a quitar logo o débito para com o erário. Tanto a inelegibilidade quanto esses outros fatores coercitivos devem ter, a meu ver, caráter de mandamento constitucional, para que não se pretenda atribuir-lhes pecha de inconstitucionalidade.

Convencido de que esta orientação fortaleceria o controle, propus à Presidência do Tribunal, no ano passado, que fosse sugerida ao Relator da Revisão Constitucional, então em curso, a adoção de emenda aditiva ao § 3º do art. 71 da Constituição, que passaria a ter a seguinte redação (em negrito a adição que sugeri):

'§ 3º. As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou de multa terão eficácia de título executivo, ficando o respectivo responsável inelegível e inabilitado para praticar atos de natureza patrimonial, enquanto não comprovar perante o Tribunal o ressarcimento do débito e o pagamento da multa.' Com o apoio da eminente Ministra Presidente Élvia Lordello Castello Branco, apresentamos a idéia ao Relator do processo revisor, Deputado Nelson Jobim, e ao então Sub-relator, ilustre Senador e hoje Ministro - nosso colega nesta Corte - Iram Saraiva, obtendo de ambos inteira aquiescência à proposição.

A fundamentação da proposta se assenta, essencialmente, na demonstração de que o dispositivo constitucional assim reformulado conferiria às decisões do TCU a desejada e ainda não alcançada eficácia.

De fato: se adotada essa nova redação do § 3º, art. 71, da CF quando o responsável ondenado não pagar seu débito, e esgotados os prazos para recursos com efeito suspensivo, este Tribunal comunicaria,

simultaneamente ao início da ação de cobrança executiva, sua inelegibilidade à Justiça Eleitoral e promoveria, em articulação com a Procuradoria da Fazenda Nacional e demais órgãos competentes na matéria, sua inabilitação para contratar com órgãos públicos nos três níveis da Federação; para movimentar contas bancárias ou negociar com bancos oficiais e particulares; para transacionar com imóveis e veículos nos cartórios e departamentos de trânsito ou em bolsas, etc.

Dessa forma, o faltoso ficaria sob verdadeiro cerco patrimonial, o que o compeliaria a quitar o débito, para ressarcir o prejuízo causado ao erário, e a pagar a multa que lhe tiver sido aplicada.

E, não obstante, estaria plenamente preservado o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição pois o débito estaria sendo cobrado na Justiça.

Trata-se de dispositivo que conferiria caráter fulminante aos acórdãos do TCU e seguramente reduziria o grau de impunidade que hoje provoca tanta indignação na sociedade brasileira, evitando a ocorrência de fatos similares a estes que hoje submeto à apreciação deste Colegiado."

33. E, suscitado o tema quanto à falta de efetividade das decisões do TCU, exemplificada como vimos, e dado os atributos exóticos que permeiam o Recurso de Revisão, conferindo a ele aspectos particularizados da Ação Rescisória, permito-me trazer a baila breves conceitos doutrinários sobre a última, para, ao final, propor a adoção de providências no sentido de promover sua inserção na Lei Orgânica do Tribunal, em substituição ao apelo recursal inscrito no art. 35 do mencionado diploma legal.

34. Na Revista de Processo nº 65, 1992, pág. 255, lê-se que

"segundo Nelson Nery Junior, recurso 'é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada'.

(...)

Dentre as ações autônomas de impugnação, p. ex. tem-se a rescisória, cujo pressuposto básico é uma decisão de mérito transitada em julgado - pressuposto esse bem diferente daqueles exigidos para os recursos que cabem justamente de decisões onde não se formou ainda a coisa julgada!

A ação rescisória vem prevista no art. 485 do CPC, que lhe aponta as hipóteses de cabimento. Trata-se de ação diretamente dirigida aos Tribunais, de natureza constitutiva negativa uma vez que, através dela, busca-se a 'desconstituição de decisão trânsito em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada'."

35. Conforme Carlos Coqueijo Torreão da Costa, **in** Arquivos do Ministério da Justiça, nº 144, pág. 66, "*pela rescisória 'se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada'* (J. C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao CPC, Forense, V, página 95*). *É o ataque à coisa julgada, formada em qualquer grau de jurisdição, irrecorrível até extraordinariamente, enquanto recurso é o ataque à decisão que ainda não transitou em julgado. Portanto, é ação e como tal está prevista constitucionalmente (artigos 119, I, 'm' e 122, I, 'a'). O que importa é que haja coisa julgada formal: a ação rescisória ataca-a'* (PONTES DE MIRANDA, *Comentários, v. VI, p. 215, 1975*). *Mesmo o que perdeu o prazo do recurso pode pedir rescisão (idem, p. 222)*".

36. Ensina Fábio Guedes de Paula Machado que "*a denominada AR é aquela que tem como objeto a desconstituição de um julgado, seja de primeiro grau de jurisdição, seja de segundo grau de jurisdição, sendo pois, condição básica que o referido julgado tenha transitado em julgado, de forma então a não ser possível a interposição de qualquer outro recurso, visto que, pelo nosso ordenamento jurídico, para se combater decisões judiciais, se encontram previstos os recursos e a ação rescisória*" (Revista Jurídica nº 197, março de 1994, pág 21).

37. Ao escrever sobre a Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional, Humberto Theodoro Júnior anota (Revista de Processo, nº 79, 1995, pág. 159):

"Há no direito processual brasileiro duas vias de ataque às decisões judiciais: os recursos e as ações autônomas de impugnação, como a rescisória e a *querella nullitatis*.

O que caracteriza o recurso é ser, na lição de Pontes de Miranda, uma 'impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual da resolução judicial que se impugna' (Tratado das Ações, S. Paulo. Ed. RT. 1974, t. IV, p. 527). Por isso, os recursos atingem as decisões ainda não definitivas, as que ainda não fizeram 'coisa julgada'. Operada esta, as partes não podem mais questionar a solução judicial dentro do processo que se findou, fazendo com que a sentença se tornasse imutável e indiscutível entre aqueles perante os quais foi pronunciada (CPC, art. 476).

Mas como ato jurídico que é, a sentença mesma transitada em julgado pode conter vícios ou defeitos que a tornem nula ou anulável. Seria iniquidade privar o prejudicado de remédio para sanar o grave prejuízo acarretado pela sentença, em tais casos. Por isso, tanto para a sentença nula como para a anulável, há meios impugnativos disponíveis, mesmo após a coisa julgada. Cabe, então, a ação comum declaratória de nulidade, se o caso for de sentença nula *ipso iure* ou inexistente (Humberto Theodoro Jr., Curso de Direito Processual Civil, 16ª ed., Rio, Forense, 1995, v. I, n. 623, p. 648), e cabe a ação rescisória, se a sentença, válida como ato processual, tiver incorrido numa das hipóteses que a tornam desconstituível, segundo a previsão do art. 485 do CPC".

38. Convencido que estou de que a Ação Rescisória deve passar a integrar a Lei 8.443/92 para os fins que se presta, em substituição ao Recurso de Revisão, penso que o assunto mereceria o encaminhamento adequado a partir de aprofundados estudos a serem empreendidos nesta Casa.

39. Abordadas as chamadas questões subjacentes suscitadas pela SEGECEX, não poderia também deixar de discorrer sobre os três outros aspectos levantados por aquela Unidade (fl. 92), iniciando pela possível delegação de competência à SECON, em certas hipóteses, para o envio da relação nominal.

40. No caso do encaminhamento aos Juízes Eleitorais e às Juntas Eleitorais entendo que a relação poderá ser enviada diretamente pela SECON, mediante delegação de competência, conforme ventilado pela SEGECEX, dotando-se, para tanto, o art. 3º da Resolução em comento da seguinte redação:

"Art. 3º No caso de eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, além dos órgãos mencionados no art. 2º, a relação de que trata o § 2º do art. 1º deverá ser encaminhada, quando expressamente solicitada, aos Juízes Eleitorais e às Juntas Eleitorais, bem como aos membros do Ministério Público que atuam junto a esses órgãos, hipótese em que o atendimento poderá ser efetuado pela Unidade Técnica a que se refere o art. 4º, mediante delegação de competência."

41. Note-se que, no parágrafo anterior, inseri, ainda, os termos "*bem como aos membros do Ministério Público que atuam junto a esses órgãos*", cabendo, de igual modo, acrescentar ao final do art. 2º, "*bem como ao Procurador Geral Eleitoral e aos Procuradores Gerais da Justiça que atuam junto à Justiça Estadual*", uma vez que, conforme consignado, atuam junto à Justiça Eleitoral.

42. No que se refere à utilização de dados do sistema de sorteio eletrônico de processos para fins de atualização dos registros, ao invés de se obter esses dados via SECEXs, parece-me que a sugestão refere-se ao controle exercido quanto aos recursos previstos na Lei Orgânica e interpostos pelos interessados junto ao Tribunal. É importante salientar, no entanto, que nem todos os recursos são objeto de sorteio, como por exemplo os Embargos de Declaração.

43. Pela própria dinâmica de que se revestem as informações constantes do banco de dados que gera a relação em tela, é importante que a SECON, para evitar inclusão ou exclusão indevida, possua o registro dos recursos interpostos pelos responsáveis em tempo hábil. Isto somente é possível com o recebimento dessas informações diretamente das Secretarias de Controle Externo, hoje mediante memorando, e, no futuro, através de lançamento informatizado em Sistema próprio.

44. Quanto à remessa dos próprios autos à SECON, ao invés de as informações serem prestadas pelas SECEXs, é importante frisar que todos os processos com contas julgadas irregulares pelo Tribunal tramitam pela SECON para o registro do caráter definitivo da decisão, nos termos dos artigos 152, § 2º, 229, 231 e 236 do Regimento Interno, ocasião em que são extraídos os dados e informações dos

responsáveis, inclusive no caso de solidariedade. A rigor, esse procedimento, moroso e burocratizado, poderia ser prontamente simplificado com o desenvolvimento de Sistema informatizado específico a ser alimentado pela SECON e pelas SECEXs, tornando desnecessário o envio dos processos à Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais para extração dos dados pertinentes, providência que poderia ser implementada pela Secretaria de Informática-SEINF, em caráter prioritário.

45. Finalmente, visando conferir maior objetividade ao texto e em face dos termos acrescentados ao § 2º do artigo 1º, proponho que a redação ao art. 4º, em seu parágrafo 1º, passe a ser, *verbis*:

"Art. 4º. *omissis*

§ 1º. Após transitada em julgado a Decisão, sem que o interessado tenha recorrido na forma a que se refere o § 2º do artigo 1º, *in fine*, desta Resolução, as Secretarias de Controle Externo remeterão à SECON, no prazo de trinta dias, os processos de tomada ou prestação de contas julgadas irregulares."

Ex positis, abroquelado nas considerações acima expendidas, submeto a matéria à aprovação do E. Plenário na forma do Substitutivo em anexo, nos termos do art. 264 do Regimento Interno, e da Decisão ora proposta.

DECISÃO ADMINISTRATIVA Nº 296/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo nº: TC-001.802/98-4.
2. Classe de Assunto: VII - Projeto de Resolução que estabelece procedimentos para envio à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral de relação de nomes de responsáveis que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável e dá outras providências.
3. Interessado: Tribunal de Contas da União.
4. Órgão: Tribunal de Contas da União.
5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade: Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais - SECON.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 - sugerir à Presidência desta Corte que constitua Comissão com vistas a desenvolver estudos, e, se for o caso, elaborar, desde logo, Projeto de Lei a ser submetido oportunamente ao Plenário, introduzindo na Lei Orgânica deste Tribunal a Ação Rescisória, nos termos da jurisprudência predominante no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral; e
 - 8.2 - determinar à Secretaria de Informática - SEINF que promova o desenvolvimento de sistema informatizado específico, a ser alimentado pela Secretaria

1. Publicada no BICU nº 34/98.

de Contas do Governo e Transferências Constitucionais e pelas SECEX, de forma a tornar desnecessária a tramitação dos processos para a SECON para a extração dos dados pertinentes.

9. Ata nº 19/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 20/05/98 - Extraordinária de caráter reservado.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes:

Lincoln Magalhães da Rocha
Ministro-Substituto

PARECER DO SECRETÁRIO GERAL DE CONTROLE EXTERNO

Inelegibilidade e o Recurso de Revisão de contas julgadas irregulares

José Nagel

Apresenta-se na Representação formulada pela Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais - SECON, dirigida ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal, via SEGECEX, quatro questões subjacentes:

- 1º) a natureza do normativo a ser adotado na espécie - portaria (conforme estabelecido anteriormente) ou resolução (como está sendo agora proposto);
- 2º) o tratamento a ser dado aos recursos recebidos contra os acórdãos condenatórios do próprio Tribunal;
- 3º) a necessidade ou não do envio à Justiça Eleitoral, por força da edição da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (parágrafo 5º do art. 11), da relação dos que tiveram suas contas rejeitadas por irregularidade insanável; e
- 4º) a conveniência de se regulamentar a remessa da mencionada relação também ao Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados).

Os vários outros questionamentos que suscitaria a proposta estariam relacionados a aspectos meramente formais, notadamente quanto: 1) a possível delegação de competência à SECON, em certas hipóteses, para o encaminhamento da relação; 2) a utilização de dados do sistema de sorteio eletrônico de processos para fins de atualização dos registros, em vez de se obter esses dados via SECEXs; 3) a remessa dos próprios autos à SECON, ao invés das informações serem prestadas pelas SECEXs; etc.

Passo, a seguir, a comentar as quatro questões fundamentais acima enumeradas.

Primeira questão

Efetivamente, a matéria em foco, *prima facie*, poderia ser objeto de regulamentação pelo instrumento normativo proposto pela SECON (no caso, Resolução), consoante expressa o art. 80, inciso II, do RITCU:

"Art. 80. As deliberações do Plenário e, no que couber, das Câmaras, terão a forma de:

.....
II - Resolução, quando se tratar de:

a) aprovação do Regimento Interno, de ato definidor da estrutura, atribuições e funcionamento do Tribunal, de suas Unidades Técnicas e demais serviços auxiliares;

b) outras matérias de natureza administrativa interna que, a critério do Tribunal, devam revestir-se dessa forma."

No entanto, a prática adotada pelo TCU tem sido a da edição de simples portaria sobre o assunto aqui tratado pelo Presidente do Tribunal (cf. Portaria nºs 268, de 24/11/93; 195, de 17/6/94 e 062, de 27/2/96), as quais, justamente, considerando o disposto no art. 91 da Lei nº 8.443/92 e no art. 242 do Regimento Interno do TCU, estabeleceram, nas respectivas abrangências, procedimentos para o envio, ao Ministério Público Eleitoral, da relação de nome de responsáveis.

Da mesma forma, penso, s.m.j., que tal disciplinamento, porque restrito a atribuições afetas às Unidades Técnicas da Secretaria do Tribunal, notadamente a SECON e a SEINF, poderia continuar conservando o citado nível hierárquico de portaria, inclusive para reduzir o grau de produção normativa que vem sendo requerido ultimamente da parte do Plenário, sobre os mais diversos assuntos e matérias.

Assim, no particular, uma vez submetidos os autos à apreciação do Plenário, poderia ser, simplesmente, depois de deliberadas outras questões suscitadas nos autos, autorizada a Presidência editar ato normativo próprio, dispondo sobre a elaboração e inclusão em lista específica, a ser remetida ao Ministério Público Eleitoral, do nome do administrador público que teve suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas da União, na forma estabelecida no art. 91 da Lei nº 8.443/92 e no art. 242 do Regimento Interno, para os fins previstos no art. 1º, inciso I, alínea "g" e no art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (INELEGIBILIDADE).

Segunda questão

Dentre os diversos aspectos que o tema suscita, sobressai a compreensão de que a inelegibilidade não constitui pena e que, por resultar de delito, embora de natureza eleitoral, seu enquadramento (tipificação) sujeita-se a recurso da parte interessada e ao juízo de valor formulado pela Justiça Eleitoral, no tocante aos fatos, pressupostos e fundamentos configuradores ou não da própria inelegibilidade.

No caso específico da rejeição de contas por vício insanável, o ordenamento jurídico admite a suspensão da inelegibilidade pela interposição de recurso e se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, a regulamentação proposta deixa antever, como regra, os desdobramentos na hipótese de interposição de recurso contra o acórdão condenatório.

Deixa, entretanto, de ressaltar a situação peculiar do RECURSO DE REVISÃO, no contexto da processualística do TCU.

E, nesse tópico, vale lembrar a jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, firmada em diversos pronunciamentos, no sentido de que:

- RECURSO Nº 12.007 - Classe 4ª - Relator: Ministro CARLOS VELLOSO - Sessão de 15/08/94:

"ELEITORAL - PROCESSUAL - REGISTRO DE CANDIDATO - INELEGIBILIDADE - REJEIÇÃO DE CONTAS - RECURSO DE REVISÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: REITERAÇÃO.

I - O chamado "recurso de revisão", referido no art. 35 da Lei no 8.443/92, visualizado sob o ponto de vista da teoria geral dos recursos e da teoria geral do processo, não tem natureza de recurso, mas, sim, de medida capaz de desconstituir uma decisão definitiva, passada em julgado, tal como ocorre no processo civil, com a ação rescisória, e no processo penal, com a revisão criminal." (grifei).

- RECURSO Nº 12.192 - Classe 4ª - Relator: Ministro MARCO AURÉLIO (Relator designado: Ministro FLAQUER SCARTEZZINI) - Sessão de 10/08/94:

"INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS PELO TCU. RECURSO DE REVISÃO. REGISTRO DE CANDIDATO. INDEFERIMENTO. LC Nº 64/90, ART 1º, I, g. LEI ORGÂNICA DO TCU

I - O recurso de revisão previsto no art. 35, da lei nº 8.443/92, diferentemente do recurso de reconsideração elencado no art. 33 do citado diploma legal, que tem efeito suspensivo, ainda que ajuizado antes da impugnação da candidatura, não afasta a inelegibilidade inscrita no art. 1º, I, g da LC nº 64/90 (precedentes: Rec. nº 12.007 e Rec. Nº 12.132, de 3 e 6.8.94)." (grifei).

- RECURSO Nº 12.132 - Classe 4ª - Relator: Ministro FLAQUER SCARTEZZINI - Sessão de 06/08/94:

"Registro de candidato. Inelegibilidade. Tomada de Contas Especial. TCU Decisão. Recurso de reconsideração. Lei nº 8.443/92, art. 33. LC nº 64/90, art. 1º, I, g. Inaplicabilidade.

1 - O recurso de reconsideração previsto no art. 33 da Lei nº 8.443/92, por ser dotado de efeito suspensivo, afasta a incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, g, da LC nº 64/90." (grifei).

- RECURSO Nº 12.111 - Classe 4ª Relator: Ministro TORQUATO JARDIM - Sessão de 10/08/94:

"INELEGIBILIDADE (LC no 64/90, art. 1º, inciso 1, alínea g).

2. Ressarcimento posterior à decisão do Tribunal de Contas da União e à constituição do débito.
3. O recurso de revisão (Lei Org. TCU, art. 35) não tem efeito suspensivo (precedentes: Rec. 12.007, Min. Andrada e Rec. 12.132, Min. Scartezzini, sessões de 3 e 6 de agosto de 1994).
4. Recurso provido para declarar inelegível o recorrido." (grifei).

Terceira e quarta questões

Quanto aos dois últimos itens, suponho, *data venia*, que a exata interpretação do art. 91 da Lei nº 8.443/92 acarreta conseqüências consideráveis e altera substancialmente o enfoque anunciado no expediente apresentado pela SECON. Dispõe o mencionado art. 91 da Lei Orgânica do TCU:

"Art. 91. Para a finalidade Prevista no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição."

Por sua vez, diferentemente do que consigna a SECON, o art. 242 do Regimento Interno acrescenta um pouco mais ao citado comando:

"Art. 242. Para os fins previstos no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal, com a devida antecedência ou quando solicitado, enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares, por decisão irrecorrível, nos cinco anos imediatamente anteriores à época em que forem realizadas eleições no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios." (grifei).

Está, portanto, expressamente exigido o envio apenas ao Ministério Público Eleitoral, do nome dos responsáveis.

É certo, porém, que nada impede, e até se justifica, a remessa à Justiça Eleitoral e ao Congresso Nacional, não só pela argumentação oferecida pela SECON, como também pela permanente possibilidade de solicitação ao Tribunal de informações e dados, inclusive listas existentes, pelas autoridades e órgãos legitimados.

Acontece, e não se pode perder de vista esta particularidade, que o Tribunal não elabora "lista de inelegíveis". Na verdade, a arguição de inelegibilidade, decorrente da aplicação da Lei Complementar nº 64/90, é matéria restrita ao âmbito exclusivo da Justiça Eleitoral, conforme disposto no art. 2º do citado diploma legal:

"Art. 2º Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as arguições de inelegibilidade." (grifei).

Aliás, a inclusão dos nomes dos responsáveis, cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição, constitui ato meramente declaratório, ou seja: a competência do TCU se exaure na elaboração do banco de dados contendo a relação completa dos nomes

TSE - PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS EM EXCESSO **Pedido de Reexame/ Denúncia (ostensiva)**

Ministro-Relator Iram Saraiva

Grupo I - Classe I - Plenário
Processo-TC 006.905/95-1 (c/Volume I)
Natureza: Pedido de Reexame/Denúncia (ostensiva)
Recorrente: Tribunal Superior Eleitoral
Unidade de Instrução: 10^a SECEX

Ementa: Pedido de Reexame da Decisão n.º 028/97 – TCU – Plenário, que tratou de denúncia formulada pelo SINDJUS/DF (tornada ostensiva), sobre "pagamento de horas extras em excesso. Conhecimento. Provimento parcial. Determinações.

RELATÓRIO

Tratam os autos agora do Pedido de Reexame formulado pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra a Decisão n.º 028/97 (item 8.2.1), prolatada pelo E. Plenário, em Sessão reservada de 29-01-1997.

2. Naquela oportunidade, este Tribunal, ao considerar procedente em parte a Denúncia formulada pelo SINDJUS/DF, determinou, entre outros aspectos, que o Tribunal Superior Eleitoral observasse, "doravante, o limite legal para o pagamento de serviço extraordinário, nos termos do disposto no art. 74 da Lei n.º 8.112/90."

3. A 10^a SECEX demonstra inicialmente que o pedido ora em exame foi interposto em 10-03-97, portanto fora do prazo legal, considerando que a citada Decisão foi publicada em 12-02-97. Contudo, propõe o recebimento da peça recursal, pelo Tribunal, tendo em vista a relevância da matéria.

4. A respeito da questionada determinação contida no item 8.2.1., da Decisão n.º 028/97, a instrução dos autos, a cargo da AFCE Maria Amélia Gomes Alves Almeida, ao destacar as justificativas apresentadas pelo Órgão recorrente, tece as seguintes ponderações:

.....
"DO MÉRITO DO RECURSO

03. Argumenta o recorrente que compete privativamente ao TSE, de acordo com o art. 23, inc. XVIII do Código Eleitoral - Lei n.º 4.737/65 -, tomar quaisquer providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. Em razão das Leis n.º 8.713/93 e 9.100/95, que estabelecem normas para a

realização das eleições de 1994 e 1996, e da Lei Complementar n° 64, de 18/5/90, que estabelece prazo para os procedimentos de impugnação de candidaturas e declaração de inelegibilidade de candidatos, entende o recorrente que os feitos eleitorais não podem sofrer solução de continuidade, o que justificaria a regulamentação dada pelo TSE, por meio da Resolução proferida no Processo n° 14.421-DF, relativa aos pagamentos por serviços extraordinários prestados no período de 90 dias que antecede as eleições, e posterior, até a proclamação final.

03.1 Cita, o recorrente, o art. 16 da Lei Complementar n° 64/90, que dispõe que os prazos nela estatuídos são peremptórios e contínuos, não se suspendendo aos sábados, domingos e feriados. Também se refere ao artigo 11 da Lei n° 8.713/93 e artigos 66 e 81 da Lei n° 9.100/95, que se referem a prazos atribuídos a procedimentos processuais e prioridade dada a solução de feitos eleitorais, nos períodos próximos às eleições. Tem-se aí normas processuais, que não se referem à organização das Secretarias do Órgão, ou regime de trabalho de seus servidores.

03.2 Dos dispositivos enfocados, todavia, bem como da análise do Regimento Interno do TSE, nada aponta em sentido contrário ao art. 184 do Código de Processo Civil, onde é estabelecido que os prazos que se vencem em feriado ou em dias em que não há expediente forense se prorrogam até o primeiro dia útil subsequente. Ressalte-se que o Regimento Interno do TSE esclarece que seus prazos obedecem as regras do Processo Civil, conforme se pode verificar do art. 92, *verbis*:

'Art. 92. No cômputo dos prazos referidos neste Regimento observar-se-ão as regras de direito comum, iniciando-se o seu curso da publicação no 'Diário da Justiça', salvo disposição em contrário.'

03.3 Daí, não se tem como obrigatório o funcionamento dos Tribunais em fins de semana e feriados em razão de normatização legal, apenas em razão do cumprimento de seus serviços, que se avoluma na vizinhança dos pleitos eleitorais.

04. Nos períodos de eleição, entende necessário o elastecimento da jornada de trabalho, em razão das peculiaridades da Justiça Eleitoral, como a realização das sessões daquele Tribunal, que se iniciam às 18 horas e 30 minutos, só se encerrando com o esgotamento da pauta. A seu ver, como a Lei n° 8.112/90 'não incluiu a excepcionalidade da Justiça Eleitoral na realização de serviços extraordinários', poderia aquele Tribunal definir o assunto.

04.1 Claro é que a Constituição Federal atribuiu aos Tribunais a competência para organizar suas secretarias e serviços auxiliares (art. 96, I, 'b'). Dessa forma, o estabelecimento dos horários de funcionamento de suas secretarias é prerrogativa do recorrente, no interesse do serviço público e em atendi-

mento aos prazos legais estabelecidos para a prestação jurisdicional naquela Justiça Especializada. Isso não significa dizer que, no tocante a seus servidores, tenham os Tribunais a competência para excepcioná-los do chamado Regime Jurídico Único que rege a todos os servidores públicos civis da União.

04.2 Oportuno ressaltar que, embora o recorrente manifeste seu inconformismo quanto ao número de horas extras permitidas pela lei, disposição interna anterior daquele Órgão - Resolução TSE nº 18.311, de 25/06/92 -, ao disciplinar o 'Calendário Eleitoral de 1992', já limitava em sessenta horas mensais a prestação de serviços extraordinários nos órgãos da Justiça Eleitoral, no período compreendido entre 90 dias antes e depois das eleições de 3 de outubro/92.

05. Na defesa do livre disciplinamento de seus serviços extraordinários, o recorrente colaciona trecho do Parecer nº AGU/PRO-01/94, onde é externado o entendimento que *'os regimentos autorizados pela própria Constituição Federal, pelo menos em seu próprio campo, na matéria que lhes é dado regular, tem força capaz de derrogar lei'*, bem como a ementa da ADIn nº 1105-7/DF, prolatada em 03.08.94, da qual se destaca:

'O regimento interno dos Tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos Tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende da matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos Tribunais o regimento interno prepondera'.

05.1 É de se observar que, na primeira citação é admitido que a norma contida em certos regimentos internos derroga lei apenas 'na matéria que lhes é dado regular'. No segundo trecho, o STF se posiciona pela preponderância do regimento interno no tocante ao funcionamento dos Tribunais. Nenhum dos entendimentos aponta para a possibilidade de alteração do regime jurídico dos serventuários da Justiça.

05.2 Reconhecendo-se ao Regimento Interno do TSE mesma hierarquia que as leis federais, para que se desse a prevalência daquele sobre estas deveria nele constar dispositivo que excepcionasse a matéria disposta na lei de forma geral, e que o disciplinamento por ele dado estivesse no âmbito de sua competência. A Resolução TSE nº 4.510, de fevereiro de 1965, que aprovou o Regimento Interno do TSE, bem como suas alterações posteriores (até a Portaria nº 145, de 2/08/93), não contém nenhuma disposição acerca de seus serventuários.

05.3 O regime jurídico dos servidores públicos da Administração direta, autárquica e fundacional assegura a eles igualdade de direitos e obrigações. A Lei 8.112/90, em seu art. 74, ao estabelecer o limite máximo de duas horas por jornada para o serviço extraordinário, em situações excepcionais e temporárias, visou coi-

bir abusos na prestação de horas extras, em nome da moralidade administrativa, dando tratamento isonômico a todos os servidores públicos por ela regidos.
06.

Conclusão

Ex positis, submeto os presentes autos à consideração superior, propondo que seja conhecido o recurso de reconsideração de fls. 01/38, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos a Decisão nº 028/97-TCU-Plenário."

5. O Sr. Diretor da 1ª Divisão Técnica, Cristiano Rondon Prado de Albuquerque, opina inicialmente pelo não conhecimento do recurso, porque intempestivo. Quanto ao mérito, sugere na mesma linha da instrução, no sentido de o Tribunal conhecer do presente Pedido de Reexame, mas para negar-lhe provimento (fls. 43/46).

6. O Sr. Secretário de Controle Externo, Benjamin Zymler, divergindo em parte dos pareceres acima, manifesta-se nestes termos:

I - Limite do art. 74 da Lei nº 8.112/90

"A Sra. Analista e o Sr. Diretor da 10 Divisão Técnica divergiram quanto à admissibilidade do presente pedido de reexame (vide item 02 de fls. 43 e despacho de fls. 46 deste vol. I). Conforme ficou registrado, o presente recurso foi interposto fora do prazo de 15 dias previsto na Lei nº 8.443/92 (parágrafo único do art. 48, c/c o art. 33). Embora seja intempestivo, entendo que a necessidade de uniformização de determinações do TCU aos órgãos da Justiça Eleitoral justifique seja superada essa preliminar. Devo destacar, a propósito, que, em recente despacho (TC nº 625.238/95, recorrente: Presidente do TRE/RS), ofereci proposta de encaminhamento que conflita com a Decisão nº 028/97 - TCU - Plenário ora atacada. Com intuito de evitar indesejáveis incongruências, proponho seja o presente recurso conhecido.

2. Quanto ao mérito, concordo parcialmente com o posicionamento da Sr0. Analista, ratificado pelo Sr. Diretor da 10 Divisão Técnica. Entenderam que o limite para prestação de horas extraordinárias por seus servidores é aquele estabelecido no art. 74 da Lei nº 8.112/90. Por isso, concluíram pela manutenção da determinação ora atacada e, em conseqüência, pelo não provimento do presente recurso. Embora deva-se buscar sempre obedecer a esse comando legal, as circunstâncias verificadas em períodos eleitorais podem justificar a extrapolação dos limites para prestação de serviços

extraordinários expressos no art. 74 da Lei nº 8.112/90 (máximo de 2 horas extras por jornada) e também no inciso XV do art. 71, combinado com o ' 21 do art. 39 da Constituição (repouso semanal remunerado).

3. Em épocas de eleições, pode surgir aparente conflito entre princípios e normas de natureza constitucional e infraconstitucional. De um lado, a garantia constitucional do repouso semanal remunerado e também a restrição contida no art. 74 da Lei nº 8.112/90. Do outro, o princípio republicano e o regime democrático, estampados no caput do art. 11 da Constituição Federal e em seu parágrafo único. Em situação extrema, como deve se portar o gestor público? Obedecer ao limite constitucional que veda o trabalho em repouso semanal remunerado e também ao limite legal de 2 horas extras por jornada? Utilizar toda a força de trabalho disponível, mesmo desrespeitando tais limites, e garantir que os pleitos eleitorais se realizem de forma satisfatória, confiável?

4. Por meio de interpretação sistemática, busco responder às questões seguintes: os limites estabelecidos pelo inciso XV do art. 71, c/c o ' 21 do art. 39 da CF e pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90 são intransponíveis? Podem sobrepôr-se aos princípios do art. 11 da CF? Parece-me que não. Exatamente porque deve o gestor público envidar todos os esforços para garantir a realização de eleições bem organizadas, confiáveis. No dizer de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, SP. - 1993, 90 edição, p.95), 'a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos (...), a existência de assembléias e câmaras populares nas três órbitas de governo da República e eleições periódicas por tempo limitado ...'. Tem-se, inclusive, que 'o voto direto, secreto, universal e periódico' (inciso II, ' 41, art. 60 da CF) é cláusula pétrea na atual CF.

5. Em princípio, portanto, deve todo administrador público respeitar os limites expressos na Constituição e na Lei nº 8.112/90 para a prestação de serviço extraordinário. Não deve admitir que haja trabalho durante o repouso semanal remunerado, nem que sejam extrapoladas as 2 horas excedentes por jornada de que trata o art. 74 da referida Lei. Mesmo a Justiça Eleitoral estaria sujeita a obedecer a tais restrições, devendo buscar respeitá-las dentro do possível. Caso entretanto, em razão de intransponíveis contingências e exclusivamente em períodos de eleições, poderá a autoridade administrativa da Justiça Eleitoral conceber a prestação de serviços extraordinários nos mencionados períodos. Ressalvo, porém, que deva sempre motivar os respectivos atos, quando for inviável observar as restrições constitucional e legal (art. 71, XV, c/c ' 21 do art. 39 da CF e art. 74 da Lei nº 8.112/90).

II - Valor das Horas Extras em Sábados, Domingos e Feriados

6. Não se discute, no presente processo, a forma de remuneração de horas extraordinárias prestadas. Entretanto, tal questão foi examinada recentemente por esta 100 SECEX, no TC n1 625.238/95-8. Na ocasião pronunciei-me por que se considerasse antijurídica estipulação, por meio de ato normativo infralegal, de percentuais devidos por horas extras trabalhadas. Embora não pretenda inovar neste processo, a ponto de propor seja considerada ilegal a estipulação do valor de remuneração por meio de Resolução do TSE (n1 14.421, de 16.06.94), entendo que o TCU deva adotar medidas para estender aos Tribunais da Justiça Eleitoral solução idêntica também a respeito dessa matéria. Apresento, em seguida, apenas a título de informação, as considerações que efetuei naquele outro processo.

'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 n1 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 eleger. Consoante o art. 41 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 ' 21 do art. 153 da Constituição (inciso II do art. 51 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 n1 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 juris, 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, 20 edição, p. 111 e 112).

20. A Lei n1 605, de 05.01.49, dispõe em seu art. 11 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. 91 da mesma Lei prescreve que 'Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências 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 n1 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. 71 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 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 ' 11 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 - Auditoria Operacional - Controle da Remuneração das Horas Extras

7. O presente recurso revela a atuação do TCU exercendo sua competência constitucional de controlar a legalidade e economicidade dos atos dos

gestores públicos. Examinou-se denúncia do SINDIJUS-DF, em que acusava recebimento por 'servidores ocupantes de DAS' de 'vultosos salários pelo pagamento de até 211 horas extras mensais'. Devo destacar que se debateu exaustivamente, na recente Decisão Administrativa n1 534/97 - TCU - Plenário, de 20.08.97 - BTCU n1 52/97, a possibilidade de pagamento de hora extra a servidores ocupantes de cargo em comissão. Decidiu-se que determinado servidor do TCU não faz jus ao recebimento de horas extras por ter excedido à sua jornada normal de trabalho em Comissão Parlamentar de Inquérito. No presente processo, as contingências das eleições justificaram tratamento diferenciado a respeito de pagamento de horas extras a servidores ocupantes de cargo em comissão pelo TSE (vide especialmente itens 3 e 5 do Voto de fl. 322).

8. Entendo, também, ser possível a extrapolação dos limites constitucional e legal (inciso XV do art. 71, c/c o ' 21 do art. 39 da CF e art. 74 da Lei n1 8.112/97), para ocupantes de cargo em comissão ou função comissionada - e também para servidores de cargo efetivo - em períodos próximos de eleições (vide itens 1 a 5). Isso, contudo, não exonera os gestores da Justiça Eleitoral, sem prejuízo para o processo eleitoral, de otimizar a utilização de seus recursos humanos. Nessa linha de raciocínio e da mesma forma que propus nos autos do TC n1 625.238/95-8, com suporte no inciso IV do art. 71 da CF, seria conveniente a realização de auditoria com intuito de verificar a eficácia e eficiência dos controles formais na prestação de serviços extraordinários, nos Tribunais da Justiça Eleitoral - em especial no TSE-, nos períodos de eleição. Nessa oportunidade, dever-se-ia buscar uniformizar as determinações, sobre essa matéria, aos órgãos da Justiça Eleitoral.

IV - Proposta de Encaminhamento

9. Em face do exposto, proponho que:

I - seja o presente pedido de reexame conhecido;

II - no mérito, lhe seja dado provimento parcial para:

a) tornar sem efeito a determinação atacada (item 8.2.1 da Decisão n1 028/97 - TCU - Plenário - fl. 323);

b) determinar ao TSE:

b.1) que envide esforços para não extrapolar o limite de 2 horas extras por jornada, estipulado pelo art. 74 da Lei n1 8.112/90, e para assegurar o gozo do repouso semanal remunerado de que trata o inciso XV do art. 71 da CF;

b.2) que, ante a impossibilidade de observância das restrições a que se faz referência no item anterior, o Presidente do Tribunal motive seu ato admi-

nistrativo, evidenciando as razões que o impedem de cumprir os preceitos contidos nas normas constitucional e legal;

III - o Tribunal, conforme já proposto nos autos do TC n1 625.238/95-8, avalie a conveniência e oportunidade de incluir, em sua programação, auditoria nos órgãos da Justiça Eleitoral - em especial no TSE - para: a) avaliar a eficiência e eficácia dos sistemas de controle da prestação e pagamento de horas extras; b) garantir uniformidade na interpretação dos normativos que regulam a prestação de horas extras nesses períodos."

7. O Sr. Representante do Ministério Público junto a este Tribunal, Dr. Ubaldo Alves Caldas, por sua vez, acompanha a proposição da 1ª Divisão Técnica da 10ª SECEX. Transcrevemos a seguir o parecer de fls.53/54, do MP/TCU:

"Aprecia-se Pedido de Reexame, interposto pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra a Decisão nº 28/97-Plenário. Nessa assentada, o Plenário desta E. Corte, entre outras deliberações, determinou a observância do disposto no art. 74 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

'Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporários, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas de jornada.'

O processo administrativo não exige as formalidades solenes e sacramentais previstas para o processo judicial.

Concordam na Instrução, o Sr. Diretor de Divisão e o Sr. Secretário de Controle Externo, quanto à incidência do art. 74 da Lei nº 8.112/90 ao caso, regulando a prestação de serviço extraordinário por servidores do TSE, sejam ou não detentores de cargos em comissão. De acordo, não há como admitirmos que as normas regimentais do órgão possam suspender a eficácia do mencionado dispositivo da Lei nº 8.112/90.

O Sr. Secretário de Controle Externo, contudo, defende a tese de que o princípio republicano e o regime democrático gravados no *caput* do art. 1º da Constituição Federal exigem que os pleitos eleitorais se realizem de forma satisfatória, o que, *in casu*, justifica a extrapolação do limite fixado pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90.

Apesar dos argumentos do Sr. Secretário de Controle Externo terem relativo fundamento lógico, ainda assim não há como admitirmos que a situação pincelada pelos recorrentes, qual seja, o aumento do volume dos serviços nos dias próximos ao das eleições, seja suficiente para justificar a transgressão da Lei nº 8.112/90.

Se observarmos a rotina da Administração Pública Federal, constataremos que muitas são as situações que poderiam justificar a concessão de horas extras em número superior ao fixado em Lei.

Assim como o TSE apresenta como argumento a majoração dos serviços nas imediações do dia das eleições, seria justificável, por exemplo, a extrapolação do limite legal para servidores do Congresso Nacional em época de sucessivas e numerosas votações ou em época de funcionamento de Comissões Parlamentares de Inquérito. Também pleiteariam a extrapolação do limite legal, por exemplo, os servidores do Ministério do Planejamento e Orçamento que cuidam de Orçamento, nos meses que antecedem à sua finalização. E assim por diante.

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 inculcado no art. 74 da Lei nº 8.112/90 certamente porque entendeu que a abertura de exceções à essa regra poderia torná-la inoperante.

Ainda assim, o caminho correto para que a Justiça Eleitoral possa ser tratada de modo especial quanto ao assunto, é o trilhado pelo legislador, seja ele parlamentar, seja ele o Presidente da República (quando da edição de medidas provisórias).

Por fim, cabe-nos ressaltar que a concessão de horas extras em número superior ao limite fixado pela Lei nº 8.112/90 quebra o Princípio da Legalidade, agasalhado pela Constituição Federal (art. 37, *caput*), que reza que Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Como ensina Maria Silva Zanella di Pietro ('Direito Administrativo', 5ª edição, pg.61, Ed. Atlas), é no Princípio da Legalidade 'que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração é a que decorre da lei'.

Destacamos citação inserta na peça recursal (fl. 14), que busca justificar o ato questionado pela existência da chamada autonomia administrativa. Trata-se de texto de Marcelo Caetano (Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Forense, 1977, pg. 88): 'Uma entidade autônoma administrativamente é aquela que possui poderes para tomar decisões executórias sem ter de acatar ordens superiores nem estar sujeita à superintendência, e à disciplina de outra entidade administrativa'. Ora, o jurista sustenta que

o órgão autônomo não deve estar sujeito à disciplina de outra entidade administrativa, mas com certeza não defende que não deve estar sujeito aos ditames da Lei. Lembremos: o que realmente se discute *in casu* é a infringência de uma norma legal.

A propósito, a discricionariedade dos atos administrativos só é admissível nas lacunas deixadas pela Lei. Note-se que é exatamente para esses espaços que podem atuar as normas regulamentadoras (resoluções, no âmbito do Judiciário).

Sobre o assunto, Maria Silva Zanella di Pietro esclarece:

'A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

(...)

b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico.' ('Direito Administrativo', 5ª edição, pg. 177, Ed. Atlas).

Neste caso, obviamente, a Lei não foi omissa, não cabendo ao TSE, como fez por meio de Resolução proferida no Processo nº 14.421-DF, regulamentar o serviço extraordinário de modo diverso ao estabelecido legalmente.

Considerando o que dispõe o art. 74 da Lei nº 8.112/90; considerando que os atos administrativos devem estar sujeitos ao Princípio da Legalidade a que alude o art. 37, *caput*, da Constituição Federal; considerando as possíveis conseqüências que poderiam advir de uma Decisão deste E. Tribunal no sentido de admitir exceção à regra fixada pelo mencionado dispositivo legal; este representante do Ministério Público manifesta-se por que seja conhecido o recurso de reconsideração interposto pelo Tribunal Superior Eleitoral para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos a Decisão nº 28/97-TCU-Plenário."

.....
É o relatório.

VOTO

Tratam os autos, neste ensejo, do Pedido de Reexame formulado pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra a Decisão n.º 028/97 (item 8.2.1), prolatada em Sessão reservada de 29-01-1997. Naquela assentada, esta Corte de Contas, ao

considerar procedente em parte a Denúncia formulada pelo SINDJUS/DF, determinou, entre outros aspectos, que o Tribunal Superior Eleitoral observasse, *"doravante, o limite legal para o pagamento de serviço extraordinário, nos termos do disposto no art. 74 da Lei n.º 8.112/90."*

II

2. Em síntese, justifica o recorrente que compete privativamente ao TSE, de acordo com o art. 23, inc. XVIII do Código Eleitoral - Lei n.º 4.737/65 -, tomar quaisquer providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. Acrescenta ainda que, em razão das Leis n.º 8.713/93 e 9.100/95, que estabelecem normas para a realização das eleições de 1994 e 1996, e da Lei Complementar n.º 64, de 18-05-90, que estabelece prazo para os procedimentos de impugnação de candidaturas e declaração de inelegibilidade de candidatos, os feitos eleitorais não podem sofrer solução de continuidade, o que justificaria a regulamentação dada pelo TSE, por meio da Resolução proferida no Processo n.º 14.421-DF, relativa aos pagamentos por serviços extraordinários prestados no período de 90 dias que antecede as eleições, e posterior, até a proclamação final.

3. Esclarece também o TSE que a Lei Complementar n.º 64/90, em seu art. 16, estabelece que os prazos nela estatuídos são peremptórios e contínuos, não se suspendendo aos sábados, domingos e feriados. Também menciona o artigo 11 da Lei n.º 8.713/93 e artigos 66 e 81 da Lei n.º 9.100/95, que se referem a prazos atribuídos a procedimentos processuais e prioridade dada a solução de feitos eleitorais, nos períodos próximos às eleições. A recente Lei n.º 9.504, de 30-09-97, ao regulamentar a matéria dispõe:

"Art. 94. Os feitos eleitorais, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, terão prioridade para a participação do Ministério Público e dos Juízes de todas as Justiças e instâncias, ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança.

§ 1º É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo desta Lei, em razão do exercício das funções regulares.

§ 2º O descumprimento do disposto neste artigo constitui crime de responsabilidade e será objeto de anotação funcional para efeito de promoção na carreira."

4. Argúi ainda o Recorrente que, nos períodos de eleição, faz-se necessário o elastecimento da jornada de trabalho, em razão das peculiaridades da Justiça Eleitoral, como a realização das sessões daquele Tribunal, que se iniciam às 18 horas e 30 minutos, só se encerrando com o esgotamento da pauta. A seu ver, como a Lei n.º 8.112/90 "não incluiu a excepcionalidade da Justiça Eleitoral na realização de serviços extraordinários", poderia aquele Tribunal definir o assunto.

5. Cumpre, entretanto, lembrar que disposição interna anterior daquele Órgão - Resolução TSE nº 18.311, de 25/06/92 -, ao disciplinar o Calendário Eleitoral de 1992, limitou em sessenta horas mensais a prestação de serviços extraordinários nos órgãos da Justiça Eleitoral, no período compreendido entre 90 dias antes e depois das eleições de 3 de outubro/92.

III

6. A respeito do pressuposto de admissibilidade do recurso, como sustenta o então Secretário de Controle Externo da 10ª SECEX, Dr. Benjamin Zymler, hoje dignificando este Colegiado, no exercício das funções de Auditor e Ministro-Substituto, entende este Relator que, embora intempestivo, pode o Tribunal conhecer do presente Pedido de Reexame da Decisão n.º 028/97, e ensejar nesta oportunidade a uniformização de determinações do TCU aos órgãos da Justiça Eleitoral, sobre a matéria.

IV

7. No que tange à determinação em questão, releva notar que os pareceres constantes dos autos concordam inicialmente com o entendimento defendido pela instrução, no sentido de que o limite para prestação de horas extraordinárias pelos servidores do TSE é aquele expresso no art. 74 da Lei nº 8.112/90 (máximo de 2 horas extras por jornada) e também no inciso XV do art. 71, combinado com o § 21 do art. 39 da Constituição (repouso semanal remunerado). Ressalte-se, entretanto, que a imprensa já veicula notícia sobre o esquema de plantão a que está sujeita a Justiça Eleitoral, a partir de 6 de julho, funcionando inclusive aos sábados e domingos, e com sessões extraordinárias, nas segundas e sextas, para apreciar, entre outras conflitos, processos referentes a propaganda eleitoral fora de época.

8. O Sr. Titular da Unidade Técnica, divergindo em parte da instrução, observa que em épocas de eleições, pode surgir aparente conflito entre princípios e normas de natureza constitucional e infraconstitucional. Dando seguimento ao seu estudo, que acompanho, anota o Sr. Secretário que convivem nesse momento:

"De um lado, a garantia constitucional do repouso semanal remunerado e também a restrição contida no art. 74 da Lei nº 8.112/90. Do outro, o princípio republicano e o regime democrático, estampados no caput do art. 11 da Constituição Federal e em seu parágrafo único. Em situação extrema, como deve se portar o gestor público? Obedecer ao limite constitucional que veda o trabalho em repouso semanal remunerado e também ao limite legal de 2 horas extras por jornada? Utilizar toda a força de trabalho disponível, mesmo desrespeitando tais limites, e garantir que os pleitos eleitorais se realizem de forma satisfatória, confiável?

4. Por meio de interpretação sistemática, busco responder às questões seguintes: os limites estabelecidos pelo inciso XV do art. 71, c/c o ' 21 do art. 39 da CF e pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90 são intransponíveis? Podem sobrepôr-se aos princípios do art. 11 da CF? Parece-me que não. Exatamente porque deve o gestor público envidar todos os esforços para garantir a realização de eleições bem organizadas, confiáveis. No dizer de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, SP. - 1993, 90 edição, p.95), "a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos (...), a existência de assembleias e câmaras populares nas três órbitas de governo da República e eleições periódicas por tempo limitado ...". Tem-se, inclusive, que "o voto direto, secreto, universal e periódico" (inciso II, ' 41, art. 60 da CF) é cláusula pétrea na atual CF.

5. Em princípio, portanto, deve todo administrador público respeitar os limites expressos na Constituição e na Lei nº 8.112/90 para a prestação de serviço extraordinário. Não deve admitir que haja trabalho durante o repouso semanal remunerado, nem que sejam extrapoladas as 2 horas excedentes por jornada de que trata o art. 74 da referida Lei. Mesmo a Justiça Eleitoral estaria sujeita a obedecer a tais restrições, devendo buscar respeitá-las dentro do possível. Caso entretanto, em razão de intransponíveis contingências e exclusivamente em períodos de eleições, poderá a autoridade administrativa da Justiça Eleitoral conceber a prestação de serviços extraordinários nos mencionados períodos. Ressalvo, porém, que deva sempre motivar os respectivos atos, quando for inviável observar as restrições constitucional e legal (art. 71, XV, c/c '21 do art. 39 da CF e art. 74 da Lei nº 8.112/90).

Em face do exposto, com a devida vênia do MP/TCU, acolho o parecer Sr. Secretário de Controle Externo da 10ª SECEX. Voto por que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à consideração deste E.Plenário.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador Ubaldo Alves Caldas

Aprecia-se Pedido de Reexame, interposto pelo Tribunal Superior Eleitoral, contra a Decisão nº 28/97-Plenário. Nessa assentada, o Plenário desta E. Corte, entre outras deliberações, determinou a observância do disposto no art. 74 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

"Somente será permitido serviço extraordinário para atender a situações excepcionais e temporários, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas de jornada."

O processo administrativo não exige as formalidades solenes e sacramentais previstas para o processo judicial.

Concordam na Instrução, o Sr. Diretor de Divisão e o Sr. Secretário de Controle Externo, quanto à incidência do art. 74 da Lei nº 8.112/90 ao caso, regulando a prestação de serviço extraordinário por servidores do TSE, sejam ou não detentores de cargos em comissão. De acordo, não há como admitirmos que as normas regimentais do órgão possam suspender a eficácia do mencionado dispositivo da Lei nº 8.112/90.

O Sr. Secretário de Controle Externo, contudo, defende a tese de que o princípio republicano e o regime democrático gravados no *caput* do art. 1º da Constituição Federal exigem que os pleitos eleitorais se realizem de forma satisfatória, o que, *in casu*, justifica a extrapolação do limite fixado pelo art. 74 da Lei nº 8.112/90.

Apesar dos argumentos do Sr. Secretário de Controle Externo terem relativo fundamento lógico, ainda assim não há como admitirmos que a situação pincelada pelos recorrentes, qual seja, o aumento do volume dos serviços nos dias próximos ao das eleições, seja suficiente para justificar a transgressão da Lei nº 8.112/90.

Se observarmos a rotina da Administração Pública Federal, constataremos que muitas são as situações que poderiam justificar a concessão de horas extras em número superior ao fixado em Lei. Assim como o TSE apresenta como argumento a majoração dos serviços nas imediações do dia das eleições, seria justificável, por exemplo, a extrapolação do limite legal para servidores do Congresso Nacional em época de sucessivas e numerosas votações ou em época de funcionamento de Comissões Parlamentares de Inquérito. Também pleiteariam a extrapolação do limite legal, por exemplo, os servidores do Ministério do Planejamento e Orçamento que cuidam de Orçamento, nos meses que antecedem à sua finalização. E assim por diante.

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.

Ainda assim, o caminho correto para que a Justiça Eleitoral possa ser tratada de modo especial quanto ao assunto, é o trilhado pelo legislador, seja ele parlamentar, seja ele o Presidente da República (quando da edição de medidas provisórias).

Por fim, cabe-nos ressaltar que a concessão de horas extras em número superior ao limite fixado pela Lei nº 8.112/90 quebranta o Princípio da Legalidade, agasalhado pela Constituição Federal (art. 37, *caput*), que reza que Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Como ensina Maria Silva Zanella di Pietro ("*Direito Administrativo*", 5ª edição, pg.61, Ed. Atlas), é no Princípio da

Legalidade *"que melhor se enquadra aquela idéia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração é a que decorre da lei"*.

Destacamos citação inserta na peça recursal (fl. 14), que busca justificar o ato questionado pela existência da chamada autonomia administrativa. Trata-se de texto de Marcelo Caetano (*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Forense, 1977, pg. 88*): *"Uma entidade autônoma administrativamente é aquela que possui poderes para tomar decisões executórias sem ter de acatar ordens superiores nem estar sujeita à superintendência, e à disciplina de outra entidade administrativa"*. Ora, o jurista sustenta que o órgão autônomo não deve estar sujeito à disciplina de outra entidade administrativa, mas com certeza não defende que não deve estar sujeito aos ditames da Lei. Lembremos: o que realmente se discute *in casu* é a infringência de uma norma legal.

A propósito, a discricionariedade dos atos administrativos só é admissível nas lacunas deixadas pela Lei. Note-se que é exatamente para esses espaços que podem atuar as normas regulamentadoras (resoluções, no âmbito do Judiciário).

Sobre o assunto, Maria Silva Zanella di Pietro esclarece:

"A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

(...)

b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico." (*"Direito Administrativo"*, 5ª edição, pg. 177, Ed. Atlas).

Neste caso, obviamente, a Lei não foi omissa, não cabendo ao TSE, como fez por meio de Resolução proferida no Processo nº 14.421-DF, regulamentar o serviço extraordinário de modo diverso ao estabelecido legalmente.

Considerando o que dispõe o art. 74 da Lei nº 8.112/90; considerando que os atos administrativos devem estar sujeitos ao Princípio da Legalidade a que alude o art. 37, *caput*, da Constituição Federal; considerando as possíveis conseqüências que poderiam advir de uma Decisão deste E. Tribunal no sentido de admitir exceção à regra fixada pelo mencionado dispositivo legal; este representante do Ministério Público manifesta-se por que seja conhecido o recurso de reconsideração interposto pelo Tribunal Superior Eleitoral para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos a Decisão nº 28/97-TCU-Plenário.

1. Publicada no DOU de 09/06/98.

DECISÃO N.º 305/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo n.º TC 006.905/95-1 (c/Volume I)
2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame da Decisão n.º 028/97 – TCU – Plenário, que tratou de denúncia formulada pelo SINDJUS/DF (tornada ostensiva), sobre pagamento de horas extras em excesso. Conhecimento. Provimento parcial. Determinações.
 3. Órgão: Tribunal Superior Eleitoral
 4. Recorrente: Tribunal Superior Eleitoral
 5. Relator: MINISTRO IRAM SARAIVA
 6. Representante do Ministério Público: Procurador, Dr. Ubaldo Alves Caldas.
 7. Unidade Técnica: 10^a SECEX
 8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 19, inc. II, e 233 do RITCU, DECIDE:
 - 8.1. - conhecer do presente pedido de reexame, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;
 - 8.2 - tornar sem efeito a determinação contida no item 8.2.1 da Decisão n1 028/97 - TCU – Plenário, prolatada em Sessão de 29-01-1997;
 - 8.3. - determinar ao Tribunal Superior Eleitoral:
 - 8.3.1. – que envide esforços para não extrapolar o limite de 2 horas extras por jornada, fixado pelo art. 74 da Lei n1 8.112/90, e para assegurar o gozo do repouso semanal remunerado de que trata o inciso XV do art. 71 da CF;
 - 8.3.2. – que o Presidente do Tribunal, ante a impossibilidade de observância das restrições a que se faz referência no item anterior, motive seu ato administrativo, evidenciando as razões que o impedem de cumprir os preceitos contidos nas normas constitucional e legal;
 - 8.4. - autorizar que sejam incluídas, em sua programação, as auditorias a serem realizadas nos Órgãos da Justiça Eleitoral, em especial no Tribunal Superior Eleitoral e nos Tribunais Regionais Eleitorais, para serem avaliadas 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 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.
 9. Ata n.º 19/98 - Plenário
 10. Data da Sessão: 27/05/1998 - Ordinária.
 11. Especificação do *quorum*:
 - 11.1 Ministros Presentes: Homero Santos (Presidente), Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo e o Ministro-Substituto Benjamin Zymler.
 - 11.2. Ministro que alegou impedimento: Benjamin Zymler.

Homero Santos
Presidente

Iram Saraiva
Ministro-Relator

**PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DO MEARIM/MA -
DÉBITO IMPUTADO A SUCESSORES
Recurso de Reconsideração**

Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça

Grupo II - Classe I - 1ª Câmara

TC-374.009/94-5

Natureza: Recurso de Reconsideração

Entidade: Prefeitura Municipal de Vitória do Mearim/MA

Recorrente: Darcy Ferreira Rocha da Silva, representante legal de Jorge Moyses da Silva, ex-Prefeito Municipal (falecido).

Ementa: Recurso de Reconsideração do Acórdão n° 115/97 – 1ª Câmara, de 22.04.97, que julgou irregulares as contas do ex-Prefeito, imputando débito a seus sucessores em virtude de impropriedades detectadas na execução de convênio. Conhecimento. Provimento parcial do recurso. Alteração do Acórdão para retirar o nome da recorrente da relação dos herdeiros do responsável, mantendo-se seus demais termos. Cientificação à interessada.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de tomada de contas especial – TCE instaurada pela Delegacia Regional do Tesouro Nacional – DRTN/DF, de responsabilidade de Jorge Moyses da Silva (falecido), ex-Prefeito Municipal de Vitória do Mearim/MA, em decorrência, inicialmente, da omissão no dever de prestar contas de recursos recebidos do extinto Ministério do Interior, a título de convênio, tendo por objeto a perfuração e o revestimento de um poço a céu aberto no povoado de Jacaraí, examinando-se, no momento, Recurso de Reconsideração de Acórdão exarado pela Primeira Câmara

2. Tendo-se constatado que o falecimento do responsável se dera antes mesmo da instauração da TCE, a SECEX/MA procedeu à citação da viúva, Sra. Darcy Ferreira Rocha da Silva, considerada "sucessora" do **de cujus** pela Unidade Técnica. Posteriormente, comprovada a existência de "outros herdeiros" (**sic**) e de bens a inventariar deixados pelo gestor, foram esses citados como responsáveis solidários.

3. As alegações de defesa prestadas pela viúva, bem como as oferecidas pelos herdeiros, consistentes na prestação de contas apresentada pelo prefeito à

época (fls. 141/58), que não foi aprovada pela Ciset/MPO (fls. 165/75), foram rejeitadas pelo Tribunal (Decisão nº 122/96-TCU-1ª Câmara).

4. Inconformada, a viúva do responsável apresentou, em 04.11.96, recurso contra a supramencionada decisão (fls. 196/203), que foi acolhido como elementos adicionais de defesa *ex vi* do § 2º do art. 23 da Resolução TCU nº 036/95.

5. Em Sessão de 22.04.97, a Primeira Câmara, considerando que "a nova documentação, por não comprovar a boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos, é insuficiente para modificar o entendimento que levou o Tribunal a rejeitar a defesa anteriormente apresentada pela viúva do responsável", por meio do Acórdão nº 115/97, julgou irregulares as contas do Sr. Jorge Moyses da Silva (falecido), com base no art. 16, inciso III, alínea "c", da Lei nº 8.443/92, condenando seus "herdeiros" ao pagamento de débito, no valor original de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), a preços de 26.10.89, ante a não-comprovação da aplicação dos recursos, recebidos pela Municipalidade, no objeto do Convênio nº 709/GM/89, firmado com o referido órgão federal.

6. Contra esse Acórdão, insurgiu-se a recorrente, apresentando os elementos de fls. 1/14 do presente volume, a título de Recurso de Reconsideração, que ora me cabe relatar, em decorrência de sorteio realizado pela Presidência da Casa (fl. 18, Vol. I).

PARECER DA UNIDADE TÉCNICA

7. Por meio do despacho de fl. 19, determinei a instrução do processo pela 10ª SECEX, que se manifestou às fls. 20/7, no seguinte sentido (*verbis*):

"Admissibilidade

2. Quanto à adequação, verifica-se o devido enquadramento do recurso como de reconsideração, em conformidade com o disposto no art. 32, I, da Lei nº 8.443/92. Igualmente, é observada a legitimidade do interessado, com base no art. 33 do mesmo diploma legal.

3. No tocante à tempestividade, constata-se não ter sido atendida a condição estipulada no art. 33 da Lei nº 8.443/92, mediante o confronto entre as datas de ciência do responsável constante do documento de notificação do acórdão (fl. 220), 10/06/97, e de apresentação do recurso junto ao Tribunal (fl. 01 do volume I), 03/07/97. No entanto, a restrição temporal há de ser superada, em face da apresentação de documentos novos, em conformidade com o que dispõe o art. 32, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92.

4. Atendidas as condições de admissibilidade, é de conhecer o presente recurso de reconsideração.

.....

Mérito

Elementos Oferecidos pelo Recorrente

10. Irresignado com o teor do Acórdão nº 115/97-TCU-1ª Câmara, a suplicante interpôs recurso de reconsideração (fls. 01/14 do volume I) que contém os seguintes pedidos sucessivos:

- "[que o Tribunal julgue] incontinenti procedentes e regulares a Prestação de Contas constante nos autos, relativa à aplicação dos recursos em obras no município constatando-se o desvio de finalidade, mas nunca o desvio dos recursos, declarando por derradeiro o ex-Prefeito JORGE MOYSES DA SILVA adimplente em suas contas atinentes ao convênio celebrado entre a Prefeitura Municipal de Vitória do Mearim e o extinto Ministério do Interior"; ou

- "[arquive] o processo pela ausência de seu desenvolvimento regular caracterizado na Vinculação Processual do *de cujus* pelo levantamento de sua TCE com expedição de ofícios contra a sua própria pessoa (fls. 81, 82 e 83) e, ainda, a Vinculação Processual caracterizando a Ilegitimidade Passiva na Pessoa dos Herdeiros, que foram citados a responder por recursos os quais não tiveram qualquer participação administrativa junto à Prefeitura Municipal, entidade beneficiada dos recursos."

11. Para sustentar sua tese, em suma, alega a recorrente o que se segue:
12. Há equívoco nas citações da sua pessoa, a todo momento nominada como herdeira e sucessora, quando a correta nomeação seria representante legal do espólio do seu falecido esposo, conforme fundamentação das mais acertadas e lúcidas trazidas pelo ex-Secretário de Controle Externo no Estado do Maranhão assente nesses autos.
13. A TCE, procedida quase dois anos após o falecimento do ex-Prefeito, negou-lhe o atendimento ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.
14. A viúva e herdeiros do Sr. Jorge Moyses da Silva nunca exerceram qualquer cargo no Executivo Municipal, mormente durante a administração do *de cujus*. O atendimento à citação do TCU decorreu do afã de manter o bom e respeitável nome político do falecido, o que oportunizou fosse apresentado por pessoas habilitadas, mas inexperientes, prestação de contas contendo erros primários de natureza técnica.
15. Ao contrário do que sustenta o relatório do emitente relator, baseado na instrução do Analista, o teor do Ofício nº 407/95-GS/PAPP, que posiciona sobre a construção de apenas três poços no município de Vitória do Mearim,

não permite intelecção de que não existiria o poço na localidade de Tirirical construído com os recursos do convênio em apreço. Aquele expediente tão-somente revela que, em Tirirical, não teria sido realizada a construção de poço, por intermédio do Projeto Nordeste (PAPP), que gere recursos do Banco Mundial, cujos convênios não são de responsabilidade da Prefeitura Municipal.

16. Os recursos de que tratam o Convênio nº 709/GM/89 foram aplicados efetivamente na construção de um poço a céu aberto na localidade de Tirirical, caracterizando tão-somente o desvio de finalidade para atender situação emergencial e de maior carência de falta d'água, mas nunca desvio de recursos.

17. A própria comunidade beneficiada com a aplicação dos recursos pode comprovar a supramencionada construção do poço. Neste mister, junta-se à defesa declaração da Associação dos Moradores do Povoado Tirirical, cópia autenticada da ata de fundação e aprovação dos estatutos da entidade, cartão de CGC, bem como fotos do respectivo poço (documentação de fls. 06/14 do volume I), o que poderá ser constatado *in loco* pelo Tribunal, caso ainda parem dúvidas quanto à veracidade das informações.

Análise

18. A recorrente, em vez de trazer aos autos elementos materiais (provas judiciais) que elucidem a sua própria situação jurídica e a de seus filhos em relação à sucessão do *de cujus*, nos diferentes momentos em que ocorreram as citações, optou por apenas afirmar que 'seria a representante legal do espólio'.

19. Ainda que considere a existência de falha na citação inicial, efetivamente não comprovada pela suplicante, força é ressaltar que a suposta inadequação não trouxe qualquer prejuízo aos interessados para ofertarem as suas defesas. No caso da Sra. Darcy Ferreira Rocha da Silva, o fato de a citação ter sido dirigida a sua pessoa, na qualidade de viúva e herdeira, ao invés de, conforme alegado, na qualidade de viúva e representante legal do espólio, não se vislumbra qualquer prejuízo à validade processual do feito, pois o fato, por si só, não a impediu de apresentar as defesas que exerceu ao longo de todo o processo.

20. Não prosperam, igualmente, os argumentos de que a instauração da TCE posterior ao falecimento do responsável, por não proporcionarem a oportunidade de contraditório e ampla defesa ao próprio gestor dos recursos, padece de nulidade. Neste mister, é bom lembrar que não há falar em prescrição ou decadência na matéria sob exame.

21. Ademais, quando identificado nos autos o falecimento do Sr. Jorge Moyses da Silva, foi suprida a deficiência inicial, mediante o chamamento aos autos dos interessados, sucessores do *de cuius*, para efetivarem o exercício do contraditório e da ampla defesa, em conformidade com o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, tendo em vista o inadimplemento, por parte do falecido gestor, do dever precípua de prestar contas dos recursos federais recebidos.

22. Quanto ao Ofício nº 407/95-GS/PAPP, com efeito, assiste razão à interessada. As informações ali prestadas referem-se única e exclusivamente à construção de poços 'à conta de recursos originários do Projeto Nordeste (PAPP)', conforme se certifica à fl. 135. Logo, aquele documento não constitui prova de que a Prefeitura sequer chegou a construir poço na localidade Tirirical, conforme consignou o órgão de controle interno (fl. 167) e a Unidade Técnica (fls. 178 e 206).

23. As declarações da Associação dos Moradores (fls. 06/08 do volume I) e as fotos constantes dos autos (fl. 156 e 14, esta do volume I) dão conta de que presumivelmente existe um poço a céu aberto construído na localidade Tirirical e, provavelmente, na gestão do Sr. Jorge Moyses da Silva.

24. No entanto, não se comprovou até o momento quando e com quais recursos foi levada a efeito a respectiva construção. Conforme alega a própria recorrente nesta oportunidade, 'as sucessivas tentativas de Prestar Contas oportunizaram a ocorrência de erros de natureza técnica, porquanto realizadas por pessoas habilitadas, embora inexperientes, conforme se verifica a primariedade dos enganos'.

25. Os enganos a que se refere a recorrente são as gravíssimas irregularidades presentes na prestação de contas apresentada, em 28/09/95, pelo então Prefeito de Vitória do Mearim, Sr. Reginaldo Rios Pearce, já registradas na Informação/ASS/CAPC/COF/Ex-MBES/nº 1067 (fls. 168 e 169), posteriormente destacadas pela SECEX/MA (FL. 178), pelo MPTCU (fl. 181) e pelo eminente Relator original no relatório que subsidiou a emissão da Decisão nº 122/96-TCU-1ª Câmara, que rejeitou as alegações de defesa apresentadas. Não se tratam de falhas formais apenas, mas de vícios que inclusive caracterizam a existência de robustos indícios de fraude, a exemplo das contidas no suposto Termo Adjudicatório de Licitação (fl. 151) – data rasurada e assinatura incompatível – e no Contrato de Empreitada (fl. 152) – formulário pré-impresso, onde é utilizado o padrão monetário R\$ - REAL, que somente passou a vigorar em 01/07/94.

26. Assim como aquela prestação de contas, registre-se não apresentada pela suplicante, não permite, em face do conjunto das irregularidades, a aprovação da presente prestação de contas, carecem os elementos presentes da indeclinável verdade material de que o poço a céu aberto construído na

localidade de Tirirical refere-se aos recursos do Convênio nº 709/GM/89, firmado entre o extinto Ministério do Interior e a Prefeitura Municipal de Vitória do Mearim, tendo como responsável pela aplicação dos recursos e pela prestação de contas o Sr. Jorge Moyses da Silva.

27. Destarte, é de se concluir que não se encontra afastada a irregularidade das contas de que trata a presente TCE, permanecendo em débito os sucessores do responsável, Sr. Jorge Moyses da Silva."

8. Concluiu a instrução, aquele informante, propondo, com as anuências da Diretora da 2ª DT e da Titular da Unidade Técnica, que o Tribunal conheça do presente recurso de reconsideração para, no mérito, negar-lhe provimento, sugerindo, ainda, o envio do processo ao Ministério Público para o seu pronunciamento regimental.

Parecer do Ministério Público

10. O então Subprocurador-Geral Walton Alencar Rodrigues manifestou-se de acordo com a 10ª SECEX (fl. 27v).

É o Relatório.

VOTO

A análise da 10ª SECEX estaria perfeita se o processo não incorresse, desde sua primeira citação, em erro fundamental, que compromete a própria competência desta Corte para julgar em débito a viúva do responsável, ora recorrente, senão vejamos:

2. A Lei Orgânica do TCU assim dispõe, quanto à sua jurisdição:

".....

Art. 5º. A jurisdição do Tribunal abrange:

.....

VIII – os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

....." (grifei).

3. Ora, é pacífico em nosso ordenamento jurídico que o cônjuge sobrevivente somente se torna herdeiro legítimo e, portanto, sucessor, na inexistência de descendentes e de ascendentes do *de cujus*, conforme interpretação literal dos artigos 1.603 e 1.611 do Código Civil, a seguir transcritos:

" Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – Aos descendentes.

II – Aos ascendentes.

III – Ao cônjuge sobrevivente.

IV – Aos colaterais.

V – Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

.....
Art. 1.606. Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes.
.....

Art. 1.611. À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.”

5. No presente caso, dada a existência de descendentes, filhos do casal, citados e comparecentes ao processo, são esses os exclusivos herdeiros legítimos do falecido ex-Prefeito.

6. É certo que a sucessão pode-se dar, também, sob a modalidade testamentária, que, na existência de herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes), por disposição de última vontade do testador, poderá abranger até a metade de seu patrimônio (artigos 1.572, 1576, 1.721 e 1.722 do Código Civil).

7. Nesse caso, qualquer pessoa, inclusive o cônjuge sobrevivente, poderia vir a ser sucessora do *de cuius*. Tal hipótese, entretanto, especialmente no caso em tela, por implicar condenação em débito, não é passível de presunção, devendo estar devidamente comprovada nos autos, o que não ocorre na presente situação.

8. Não significa isso que nosso ordenamento jurídico deixou desprotegida a pessoa do cônjuge sobrevivente. A existência de direitos patrimoniais do(a) viúvo(a) é de entendimento pacífico, entre nossos doutrinadores, bem representados no excerto a seguir transcrito da obra de Orlando Gomes.¹

“.....

Natureza do direito do cônjuge

O direito atribuído ao cônjuge supérstite na sucessão do consorte varia conforme as condições em que se verifique.

Sucedo em propriedade, usufruto e habitação.

Adquire a herança, como proprietário dos bens, na sua totalidade, quando chamado em falta de descendentes e ascendentes.

O principal pressuposto dessa aquisição plena é a falta, ou a ineficácia de testamento, visto que, não sendo o cônjuge herdeiro necessário, pode o outro consorte dispor, em ato de última vontade, de todos os seus bens.

¹ Gomes, Orlando. Sucessões. Forense. Rio de Janeiro, 1973. p 85.

Toda a herança lhe é devolvida, em plena propriedade, sempre que suceda por título legal.

O direito do cônjuge sobrevivente atribui-se-lhe, nestas condições, seja qual for o regime matrimonial, comunitário, ou não, de separação pactuada, ou obrigatória.

Bem claro é que, tendo sido casado pelo regime da comunhão, recolhe hereditariamente metade do acervo comum, porquanto lhe pertence a outra metade, denominada meação, e conservada indivisa até a abertura da sucessão.

....."(grifei)

9. Assim, por ser considerado meeiro na sociedade conjugal, mormente nos casamentos em comunhão parcial ou universal de bens, a ele cabe, em caso de dissolução da sociedade ou de falecimento do outro cônjuge, metade do patrimônio do casal, não por sucessão, mas por mero reconhecimento do direito pré-existente, decorrente do regime de bens adotado quando do casamento.

10. Não sendo a recorrente sucessora legal do responsável, tem-se por inexistente a jurisdição do Tribunal sobre essa, a *contrario sensu* do que dispõe o inciso VIII do art. 5º da Lei nº 8.443/92.

11. Acrescente-se a isso o disposto nos artigos 263, inciso VI, e 270, inciso II, ambos do Código Civil, segundo os quais são excluídos da comunhão, total ou parcial, as obrigações provenientes de atos ilícitos, como a de que trata o presente processo, em que o Tribunal, mediante o Acórdão recorrido, julgou irregulares as contas do responsável e em débito seus sucessores, com base no cometimento de ilícito administrativo (art. 16, III, c, da Lei nº 8.443/92). Assim já entendeu o Tribunal, em outra ocasião, ao acatar o Voto do Ministro Bento Bugarin, Relator do TC-279.065/91-4 (Acórdão nº 346/96 – 1ª Câmara).

12. Embora o pedido ora sob exame não verse objetivamente sobre os pontos acima tratados, entendo que o princípio da busca da verdade material que deve nortear as ações desta Corte torna forçoso o reconhecimento da ausência de jurisdição do Tribunal sobre a recorrente, implicando a necessidade de conhecimento e reforma do Acórdão recorrido, a fim de excluir a viúva do ex-Prefeito da responsabilidade pelo pagamento da dívida.

13. Tal convicção, entretanto, em nada afetará a responsabilidade dos herdeiros mencionados na mesma decisão, já que o presente recurso não logrou elidir as irregularidades anteriormente constatadas, conforme bem demonstrado no parecer da 10ª SECEX, corroborado pelo Ministério Público.

14. Ante o exposto, com vênias por dissentir parcialmente dos pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à Primeira Câmara.

ACÓRDÃO N° 267/98 – TCU – 1ª CÂMARA²

1. Processo n° TC-374.009/94-5
2. Classe de Assunto: I – Recurso de Reconsideração.
3. Recorrente: Darcy Ferreira Rocha da Silva (viúva do ex-Prefeito).
4. Unidade: Prefeitura Municipal de Vitória do Mearim/MA
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: Dr. Walton Alencar Rodrigues
7. Unidade Técnica: 10ª SECEX.
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial – TCE instaurada pela Delegacia Regional do Tesouro Nacional – DRTN/DF, de responsabilidade de Jorge Moyses da Silva (falecido), ex-Prefeito Municipal de Vitória do Mearim/MA, em decorrência, inicialmente, da omissão no dever de prestar contas de recursos recebidos do extinto Ministério do Interior, a título de convênio, tendo por objeto a perfuração e o revestimento de um poço a céu aberto no povoado de Jacaraí, examinando-se, no momento, Recurso de Reconsideração de Acórdão exarado pela Primeira Câmara.

Considerando que, em Sessão de 22.04.97, a Primeira Câmara do TCU prolatou o Acórdão n° 115/97, que julgou irregulares as contas do Sr. Jorge Moyses da Silva (falecido), condenando-o “na pessoa de seus herdeiros” ao pagamento do valor originário de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos), atualizado monetariamente e acrescido dos encargos legais calculados a partir de 26.10.89, e autorizando a cobrança judicial da dívida, caso não atendidas as notificações;

Considerando os documentos novos apresentados pela recorrente;

Considerando que os argumentos apresentados pela recorrente não lograram elidir as impropriedades apontadas nos autos, que embasaram o julgamento pela irregularidade das contas do responsável, com débito para seus herdeiros;

Considerando, entretanto, haver restado demonstrado, no Voto do Relator, que a recorrente, Sra. Darcy Ferreira Rocha da Silva (viúva do ex-Prefeito), não é sucessora do responsável, por não ser herdeira legítima, tampouco se podendo presumir que seja herdeira testamentária do *de cuius*, não estando, portanto, alcançada pela jurisdição do TCU, *ex vi* do art. 5º, inciso VIII, da Lei n° 8.443/92;

Considerando o princípio da busca da verdade material que deve reger a atuação desta Corte;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator e, com fulcro no art. 32, inciso I e parágrafo único, c/c o art. 5º, inciso VIII, da Lei n° 8.443/92, em:

8.1. conhecer, excepcionalmente, do Recurso de Reconsideração interposto pela Sra. Darcy Ferreira Rocha da Silva, viúva do ex-Prefeito Municipal de Vitória do Mearim/MA Jorge Moyses da Silva, relevando sua intempestividade, ante a apresentação de documentos novos;

2. Publicado no DOU de 15/06/98.

8.2. dar provimento parcial ao recurso, alterando o Acórdão nº 115/97 – 1ª Câmara, para retirar o nome da recorrente da relação dos herdeiros do responsável, eximindo-a do pagamento do débito ali fixado;

8.3. manter os exatos termos dos demais dispositivos do Acórdão recorrido;
e

8.4. determinar o envio de cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam, à recorrente, para ciência.

9. Ata nº 17/98 – 1ª Câmara

10. Data da Sessão: 02/06/1998 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Carlos Átila Álvares da Silva (na Presidência), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator) e Humberto Guimarães Souto.

Carlos Átila Álvares da Silva
na Presidência

Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça
Ministro Relator

Fui Presente:

Walton Alencar Rodrigues
Rep. do Ministério Público

**CODOMAR - INCLUSÃO DE RESPONSÁVEL EM LISTA
DE INELEGÍVEIS**
Embargos de Declaração em Prestação de Contas

Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça

Grupo II - Classe I - Plenário.

TC-374.106/92-4, c/ 3 volumes

TC-020.452/94-2 - juntado

Natureza: Embargos de Declaração em Prestação de Contas, exercício de 1991

Entidade: Companhia Docas do Maranhão - CODOMAR

Embargante: Antônio Néelson de Oliveira Neto, ex-Administrador do Porto de Manaus

Interessados: Roberval Teixeira Ruiz, Superintendente da Administração das Hidrovias da Amazônia Ocidental, e Washington de Oliveira Viégas, Diretor-Presidente da CODOMAR.

Ementa: Embargos de Declaração interpostos contra o Acórdão nº 089/96-TCU-Plenário, subitem 8.2., em razão de alegada contradição, no parecer do Ministério Público junto a este Tribunal. Ausência de requisito intrínseco de admissibilidade recursal, qual seja, o interesse de recorrer. Não conhecimento. Comunicação ao embargante.

Solicitação de expedição de quitação e exclusão de lista de inelegíveis efetuada pelo Sr. Roberval Teixeira Ruiz. Quitação, em face do recolhimento integral da dívida. Não exclusão do nome do responsável da lista encaminhada ao Ministério Público Eleitoral, por decorrer do julgamento pela irregularidade das contas.

Solicitação de esclarecimentos por parte do Diretor-Presidente da CODOMAR. Atendimento.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a instrução da Analista Vera Lúcia Pereira dos Santos (fls. 941/48), cujas conclusões mereceram a anuência do Senhor Secretário de Controle Externo Interino da 10ª SECEX (fl. 949). Transcrevo, portanto, a manifestação da Unidade Técnica.

PARECER DA UNIDADE TÉCNICA

2. "Trata-se de Embargos de Declaração interpostos pelo Sr. Antônio Nelson de Oliveira Neto, com fulcro nos artigos 235 c/c o § 1º e 237, item III, do Regimento Interno do TCU, objetivando reformar o Acórdão nº 089/96-TCU-Plenário, item 8, subitem 8.2 (fls. 918/924).

Histórico

2. O presente processo teve origem na prestação de contas referente ao exercício de 1991, da Companhia Docas do Maranhão (CODOMAR) e entidades sob sua jurisdição.

2.1 Em Sessão Plenária de 14.09.94, foi proferido o Acórdão nº 106/94, fls. 689/692, julgando irregulares as contas do ex-administrador do Porto de Manaus, Sr. Antônio Nelson de Oliveira Neto e do Superintendente da Administração das Hidrovias da Amazônia Ocidental, Sr. Roberval Teixeira Ruiz, aplicando-lhes, individualmente, multa de R\$ 700.00; e regulares com ressalvas as contas dos demais responsáveis, dando-lhes quitação (fls.689/692) .

2.2 Ciente da multa em 04.11.94, o Sr. Antônio Nelson de Oliveira Neto procedeu ao recolhimento em 23.11.94, conforme DARF cuja cópia encontra-se em volume anexo a este processo (anexo nº 2).

2.2.1 O Sr. Roberval Teixeira Ruiz, ao tomar ciência do Acórdão através do ofício SECEX/MA nº 748/94, em 18.11.94, solicitou em 23.11.94, o parcelamento da multa em até dez vezes, com base no art. 26 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 162, §§ 1º e 2º do RI/TCU (fl. 779).

2.3 Foram feitas, também, várias determinações à Companhia Docas do Maranhão - CODOMAR, item 8.5, à Administração do Porto de Manaus - APM, item 8.6 e à Administração das Hidrovias da Amazônia Ocidental - AHIMOC, item 8.7 e, em seu item 8.8, foi fixado o prazo de 120 dias para que fosse dada ciência a este Tribunal das providências adotadas para implementação de tais determinações.

2.4 Inconformados, os interessados relacionados à fl. 781 opuseram Embargos de Declaração que foram analisados e julgados na Sessão Plenária de 08.02.95 (fls. 781/787).

2.4.1 Além dos Embargos de Declaração acima mencionados foram interpostos os Recursos de Reconsideração de fls. 799/811 e TC-020.452/94-2, pelos Sr. Manoel Osman de Oliveira e Antônio Nelson de Oliveira Neto, respectivamente, que, após apreciados, resultaram no Acórdão nº. 089/96-TCU-Plenário, ora embargado.

Análise do expediente de fls. 918/924 (Embargos de Declaração)

I - Admissibilidade

3. Comunicado do Acórdão acima, por intermédio do Ofício nº 646-SECEX/MA, de 10.07.96 (fl. 899 do vol. principal), o Sr. Antônio Nelson de Oliveira Neto interpôs Embargos de Declaração com relação ao item 8, subitem 8.2. do Acórdão, que foi protocolado pela Unidade Técnica do Maranhão em 19.07.96, nove dias após a expedição do ofício de notificação, podendo, portanto, ser considerado tempestivo.

3.1 Como os embargos foram opostos por escrito e pelo responsável, depreende-se que estão presentes todos os pressupostos de admissibilidade.

II - Mérito

4. Os argumentos trazidos pelo recorrente se baseiam nos pontos abaixo resumidos (fl. 922):

4.1 Inicialmente o recorrente apresenta um breve histórico a respeito do Recurso de Reconsideração por ele interposto, atacando os subitens 8.6.9, 8.6.15 e 8.3, do Acórdão nº 106/94 - TCU - Plenário, cujo julgamento originou o Acórdão nº 089/96-TCU, no qual foram consideradas procedentes as justificativas quanto aos subitens 8.6.9 e 8.6.15, sendo mantido, entretanto, o contido no subitem 8.3.

4.2 Transcreve nos subitens 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4, parte das argumentações tecidas pelo Ministro-Relator e pelo representante do Ministério Público que fundamentaram o Relatório e Voto condutor do Acórdão retrocitado.

4.3 No entanto, o recorrente sedimenta as razões dos Embargos no fato de considerar que a Decisão de manter os termos contidos no subitem 8.3 do Acórdão recorrido é contraditório com o parecer do Ministério Público, por ter este se manifestado no sentido de que o subitem 8.3 do Acórdão recorrido era equivocado, uma vez que não se tratava de decisão definitiva, visto ser recorrível por meio de recurso de reconsideração.

4.4 Mais adiante acrescenta que o Douto representante do Ministério Público, em cota opinativa inserida nos autos do Acórdão, se pronunciou seguindo estritamente a linha do Exmo Sr. Ministro Fernando Gonçalves, negando provimento ao recurso de reconsideração, na parte que se refere ao subitem 8.3, visto que o provimento proposto não modificaria o julgamento de mérito, pela irregularidade das contas, mas apenas alteraria os termos do Acórdão nº 106/94- Plenário (fls. 689/692), no tocante aos itens recorridos.

5.2.1 Afirmou, ainda, que o representante do Ministério Público acrescentou em seu parecer que: 'na Administração do Porto de Manaus, exercício de 1991, foram verificados diversos fatos que comprometeram a gestão e mesmo não havendo débito quantificado nos autos, causaram danos ao Erário.

O art. 91 da Lei Orgânica do TCU determina o envio ao Ministério Público Eleitoral do nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares. Assim, não há necessidade de que conste dos Acórdãos condenatórios a determinação para que se inclua o nome do responsável na aludida lista, porquanto se trata de providência administrativa, determinada por lei, dispensando manifestação positiva da Corte. De fato, o item 8.3 do Acórdão recorrido era equivocado, uma vez que a faculdade recursal já foi exercida, e como o juízo de mérito que se propõe ainda é o da irregularidade das contas, evidencia-se desnecessária e inócua a correção do item 8.3. Não há, portanto, nenhuma razão para que seja alterada a redação do item 8.3 da decisão recorrida.'

5.3 Conclui transcrevendo os parágrafos 1º, 2º e 3º, do art. 235 do RI/TCU, informando que demonstrou ter havido a contradição capitulada neste artigo e requereu a total procedência dos embargos, como forma mais lúdica de direito.

6. A peça recursal em questão, já foi analisada pela Unidade Técnica do Maranhão às fls. 925/934, tendo sido despachada pelo Titular daquela Unidade Técnica à fl. 934/935, opinando complementarmente que fossem adotadas as seguintes providências, face à documentação juntada pelos responsáveis:

'a) quitação ao Sr. Roberval Teixeira Ruiz, pelo recolhimento da multa, conforme documentos de fls. 912/917 (item 8.3 do Acórdão nº 089/96-TCU-Plenário);

b) encaminhamento dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Antônio Nelson de Oliveira Neto (providências desta SECEX, conforme inciso I do parágrafo 1º do art. 31 da Resolução nº 036/95);....'

7. Ante todo o exposto acima, cabe afirmar, por oportuno, que existe antinomia entre o disposto no art. 91 da Lei Orgânica do TCU, Lei nº 8.443/92, que assim dispõe:

'Art. 91 - Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.'
(grifou-se)

e o contido no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que assim dispõe:

'art. 1º - São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

"a" a "f" - Omissis.....

g- Os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do poder judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão.'

7.1 E a antinomia acima demonstrada faz crer que à época em que impetrou o Recurso de Reconsideração de fls. 799/811 cabia razão ao recorrente quanto à impossibilidade de, naquele momento, o Tribunal determinar o envio do seu nome ao Ministério Público Eleitoral, em razão de ainda existir para a parte a possibilidade de recorrer do feito, ou seja, naquela ocasião poderia esta Corte ter dado provimento ao recurso, excluindo a determinação contida no item 8.3 do Acórdão 106/94-TCU-Plenário, em razão de ter havido "erros in procedendo".

7.2 Recorrendo-se aos termos do Acórdão embargado, quer nos "consideranda", quer no Relatório e Voto que o fundamentaram, configura-se a omissão em relação à análise realizada pelo Ministério Público em relação ao item 8.3 do Acórdão nº 106/94 - TCU - Plenário, cuja revisão constituía pedido explícito do recurso de reconsideração interposto pelo ora embargante, conforme se observa à fl. 04 do TC 020.452/94-2. Entende-se, assim, preenchidas as condições para constituição do feito sob exame em Embargos de Declaração.

7.3 Entretanto, conforme já alertava o representante do Ministério Público no seu parecer acostado às fls. 883 do vol. principal, o julgamento do presente embargo exaure a faculdade recursal da parte, restando apenas o recurso de revisão que não é considerado um recurso *stricto sensu*, e como o juízo de mérito não vai ser alterado, cabe esclarecer ao recorrente que, mesmo tendo havido o reconhecimento de que de fato houve contradição na manutenção da determinação constante do item 8.3, com o esgotamento da faculdade recursal, cabe, agora, o envio do seu nome ao Ministério Público Eleitoral, em cumprimento ao que determina o art. 1º, inciso I, alínea "g" da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

7.4 Cabe ressaltar, por oportuno, que em conformidade com o art. 34 da Lei nº 8.443/92 e com a linha jurisprudencial deste Tribunal, os embargos de declaração devem ater-se à correção de "obscuridade, omissão ou contradição da

decisão recorrida", não ensejando o reexame do mérito das contas ou qualquer mudança no Acórdão embargado que não seja para correção de obscuridade, omissão ou contradição ocorrida no mesmo.

7.4.1 No entanto, ante o que dispõe o art. 169 do RI/TCU, entende-se conveniente expedir quitação ao Sr. Roberval Teixeira Ruiz, tendo em vista a comprovação do recolhimento da multa a ele aplicada no item 8.3 do Acórdão 089/96 - TCU - Plenário (documentos às fls. 912/917).

8. Análise do ofício C/DP - nº 579/96, do diretor da Codomar

8.1 O ofício em questão, datado de 03.06.96, foi endereçado ao Secretário de Controle Externo do Estado do Maranhão, solicitando que este se manifestasse sobre o parecer da Assessoria Jurídica da Administração do Porto de Manaus, que firmou entendimento a respeito do cumprimento das determinações contidas no Acórdão nº 106/94 - TCU - Plenário, afirmando que: "nada temos a fazer no âmbito interno, enquanto não for prolatada a decisão definitiva e irrecurável daquela Corte de Contas, inclusive se as pessoas atingidas não recorrerem ao Poder Judiciário para reapreciar a matéria, pois, como sabemos, as decisões proferidas pelo TCU estão sujeitas ao exame dos órgãos judiciários competentes".

8.2 A Unidade Técnica do Maranhão elaborou a instrução acostada às fls. 926/934, tecendo comentários laboriosos a respeito da natureza jurídica das deliberações do Tribunal de Contas da União, mostrando que se pode atribuir natureza jurisdicional "Strictu Sensu" às decisões deste Tribunal, porém deixando claro que somente esta Corte de Contas possui competência para apreciar a regularidade das contas dos administradores, inclusive trazendo a informação de que o próprio Supremo Tribunal Federal, órgão competente para julgar mandados de segurança contra decisões desta corte, tem entendido que, salvo nulidade decorrente de irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade, é do Tribunal de Contas a competência exclusiva para o julgamento de contas dos responsáveis por haveres públicos.

8.2.1 Após tecer vários comentários a respeito da possibilidade de se recorrer à própria Corte de Contas visando revisão das suas decisões, e a respeito da competência constitucional (jurisdicional em matéria financeira e orçamentária) do TCU, trazendo para fundamentar o Parecer nº AGU/WM-01/95, da lavra do Consultor da União Wilson Teles de Macedo (fls. 928/929) e várias opiniões doutrinárias pertinentes à função do TCU, conforme transcrito às fls. 930/933, conclui a Unidade Técnica:

I - que as deliberações do Tribunal exigem cumprimento imediato, nos prazos determinados, sob pena de adoção das sanções legais aplicáveis, suspendendo-se os prazos somente nos casos em que os responsáveis

apresentem os recursos legais previstos, desde que tempestivos e, ainda assim, valendo apenas para os itens recorridos; e

II - que não compete ao Poder Judiciário reapreciar as deliberações do Tribunal de Contas da União, sendo o Supremo Tribunal Federal competente para julgar mandados de segurança contra decisões da Corte de Contas, cabendo-lhe apenas examinar se foi respeitado o devido processo legal na formação de decisão ou ferido qualquer direito individual'.

8.3 A conclusão acima transcrita foi referendada pelo Secretário de Controle Externo do Maranhão, que sugeriu que tais conclusões fossem informadas à Companhia Docas do Maranhão - CODOMAR (fl.935).

Preliminar

9. Tendo em vista a solicitação do Ministério Público para que esta Secretaria se pronuncie quanto à questão suscitada às fls. 903/904, particularmente no que diz respeito à eficácia, suspensão ou insubsistência das determinações do Acórdão nº 106/94-TCU-Plenário, em decorrência da sucessão de recursos e de outros Acórdãos, cabe inicialmente lembrar que o ofício da diretoria da CODOMAR solicitando esclarecimentos data de 03.06.96, e é até possível que a Empresa já tenha dado cumprimento às determinações deste Tribunal.

9.1 Mas, dando início à análise, cabe salientar que o expediente possui as características de consulta que é regulamentada nos arts. 216 e 217 do Regimento Interno do TCU.

9.2 O exame preliminar do expediente aponta 2 (dois) aspectos impeditivos do seu conhecimento:

a) O Diretor-Presidente da CODOMAR não está relacionado entre as autoridades competentes para formular consulta a este Tribunal (art. 216 RI/TCU).

b) O objeto versa sobre caso concreto (art. 217).

9.3 Superada a preliminar, entende-se conveniente aduzir alguns comentários pertinentes ao mérito da questão.

9.4 Inicialmente, perfilhando o entendimento contido na instrução de fl. 934, referendada pelo titular da Unidade Técnica do Maranhão, de fato as deliberações do Tribunal exigem cumprimento imediato, nos prazos determinados, sob pena de adoção das sanções legais aplicáveis, suspendendo-se os prazos somente nos casos em que os responsáveis apresentem os recursos legais previstos, desde que tempestivos e, ainda assim, valendo apenas para os itens recorridos.

9.5 No entanto, no que concerne à proposta referente ao item II da instrução, onde a Unidade Técnica sugere que seja informado à CODOMAR que não compete ao Poder Judiciário reapreciar as deliberações do Tribunal de Contas da União, sendo o Supremo Tribunal Federal competente para julgar mandados de segurança contra decisões da Corte de Contas, cabendo-lhe apenas examinar se foi respeitado o devido processo legal na formação de decisão ou ferido qualquer direito individual, depreende-se que a mesma não procede tendo em vista que os julgados desta Corte, por serem de natureza técnico-administrativas (ato administrativo), estão sempre sujeitos à apreciação judicial.

9.6 Cumpre finalmente salientar que mesmo estando as decisões deste tribunal sujeitas à apreciação judicial, não existe impedimento para que tenham aplicação imediata, mesmo que exista matéria correlata tramitando na esfera judicial, tendo em vista o princípio consagrado da independência das instâncias administrativa e judicial.

9.6.1 Cabe ressaltar que, evidentemente, o princípio acima apregoado não é absoluto, encontrando limitações dentro do próprio ordenamento positivo. Assim é que não poderá o Tribunal de Contas da União ignorar decisões judiciais transitadas em julgado, pois estas revestem-se de força de lei entre as partes.

10. Como se observa, a manifestação desta Corte era esperada pela consulente para que possibilitasse a adoção das providências visando ao cumprimento das determinações contidas no Acórdão nº 106/94-TCU-Plenário, razão pela qual, mesmo intempestivamente, sugere-se que, caso o Tribunal resolva conhecer da consulta, que apresente os esclarecimentos contidos nos itens acima.

11. Caso contrário este Tribunal entender que a consulta não deva ser conhecida por faltar-lhe os pressupostos de admissibilidade, mas queira adstringir-se à contribuição informal, poderá remeter à consulente cópia da Decisão a ser adotada, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentarem, conduta bastante adotada pelo Plenário desta Corte de Contas.

Conclusão

12. Ante todo exposto, submete-se o presente processo à consideração superior com as seguintes propostas:

I) Considerando que os Embargos de Declaração preenchem as condições para serem recebidos como tal:

- que o Exmo. Sr. Ministro-Relator, conheça dos presentes Embargos de Declaração, para dando-lhe provimento, em parte, esclarecer ao recorrente

que mesmo tendo havido o reconhecimento de que de fato houve contração na manutenção da determinação constante do item 8.3 do Acórdão nº 106/94-TCU- Plenário, com o esgotamento da faculdade recursal, cabe, agora, o envio do seu nome ao Ministério Público Eleitoral, em cumprimento ao que determina o art. 1º, inciso I, alínea "g" da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990;

- ante o que dispõe o art. 169 do RI/TCU, seja expedida quitação ao Sr. Roberval Teixeira Ruiz, tendo em vista a comprovação do recolhimento da multa a ele aplicada no item 8.3 do Acórdão 089/96 - TCU - Plenário.

II) E quanto à petição contida no Ofício C/DP - nº 579/96, da Diretoria da CODOMAR, que sejam adotadas as seguintes propostas sucessivamente:

a) não se conheça da consulta, em razão do não atendimento do requisito referente à competência para formulação de consultas constante no art. 216 do Regimento Interno e referir-se a caso concreto;

b) dê ciência ao consultante do inteiro teor do Relatório e Voto e Decisão que vierem a ser proferidos.

III) Caso o Ministro-Relator entenda conveniente aceitar a Consulta, que seja informado à CODOMAR:

a) que as deliberações do Tribunal exigem cumprimento imediato, nos prazos determinados, sob pena de adoção das sanções legais aplicáveis, suspendendo-se os prazos somente nos casos em que os responsáveis apresentem os recursos legais previstos, desde que tempestivos e, ainda assim, valendo apenas para os itens recorridos; e

b) que ação judicial em andamento não altera a aplicabilidade imediata das determinações deste Tribunal, ante o princípio da independência das instâncias judicial e administrativa, porém decisões judiciais transitadas em julgado com decisão contrária às adotadas por esta Corte não serão ignoradas, pois estas revestem-se de força de lei entre as partes."

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3. O Ministério Público junto a este Tribunal, ao manifestar-se quanto ao presente recurso, assim se pronunciou (fl. 950):

"Saliente-se que interpretamos a petição de fls. 903/904 não como consulta, mas como pedido de esclarecimento sobre a necessidade do cumprimento, naquela oportunidade, das determinações contidas no Acórdão nº 106/94-Plenário.

É de ver que na data em que foi exarado o parecer às fls. 906/907 (15.1.96) e na data do pedido de esclarecimento às fls. 903/904 (3.6.96) o mencionado

Acórdão estava com seus efeitos suspensos, uma vez que ainda não havia sido julgado o Recurso de Reconsideração contra ele interposto, o que ocorreu posteriormente em 19.6.96, à fl. 895.

Assim, naquela ocasião não havia ainda decisão definitiva a ser cumprida, estando correto, a nosso ver, o aludido parecer da Assessoria Jurídica, quando opinou no sentido de que se aguardasse a decisão definitiva deste Tribunal antes do cumprimento das determinações dirigidas à CODOMAR.

No mais, concordamos com a análise procedida pela 10ª SECEX.

Isto posto, manifesta-se este representante do Ministério Público de acordo com a proposta oferecida pela 10ª SECEX, consignada nos itens I e III às fls. 947/948."

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, devo consignar que relato o presente recurso em virtude do sorteio de fl. 937, efetuado por motivo de afastamento justificado do Ministro Fernando Gonçalves, relator original do feito.

2. No que concerne à admissibilidade, ousou discordar dos posicionamentos da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal, por entender ausente o requisito intrínseco do interesse de recorrer, em razão de inexistência de um de seus elementos constitutivos, qual seja a utilidade do recurso, como procurarei demonstrar, em seguida.

3. Com efeito, a utilidade do recurso, como ensina a melhor doutrina, está intimamente associada à sucumbência, gravame ou prejuízo sofrido por uma das partes da relação processual, decorrente da decisão proferida.

4. Ensina Nélson Nery Júnior que "*há sucumbência quando o conteúdo da parte dispositiva da decisão judicial diverge do que foi requerido pela parte no processo (sucumbência formal) ou quando, independentemente das pretensões deduzidas pelas partes no processo, a decisão judicial colocar a parte ou o terceiro em situação jurídica pior do que aquela que tinha antes do processo, isto é, quando a decisão produzir efeitos desfavoráveis à parte ou ao terceiro (sucumbência material), ou, ainda, quando a parte não obteve no processo tudo aquilo que poderia dele ter obtido*" (in Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, 4ª ed., p. 261).

5. Necessário esclarecer que, no caso de embargos de declaração, o gravame também deve estar presente na decisão, sendo, inclusive, um dos elementos que os caracterizam como recurso, conforme a lição de Frederico Marques e Moacir Amaral dos Santos.

6. Defende Frederico Marques que "*a sentença ou acórdão que se embarga é objeto desse 'remedium juris' por conter um gravame contra o embargante. Não*

fosse isso o interesse lhe faltaria para provocar as emendas do julgado. E como os embargos de declaração constituem o meio e o instrumento para obter declaração, constituem o meio e o instrumento para obter a reparação do gravame, indiscutível o seu caráter de recurso" (in Dos embargos de declaração, 2ª ed., p. 64).

7. Salienta, por seu turno, o Prof. Moacyr Amaral dos Santos que os embargos são o "*recurso destinado a pedir ao juiz prolator da sentença que elimine obscuridade, esclareça dúvida, supra omissão, elimine contradição nela existente. Da sentença recorre o 'prejudicado' com o 'gravame' que lhe causa a obscuridade, a dúvida, a contradição ou a omissão de que a mesma se ressentir*" (in ob. cit., p. 64).

8. Não vislumbro a ocorrência de sucumbência ao recorrente no ponto em que o Acórdão nº 089/96-TCU-Plenário restou impugnado em razão de possível contradição, qual seja a manutenção da determinação consubstanciada no item 8.3. do Acórdão nº 106/94 – Plenário (inclusão dos responsáveis nominados em lista específica a ser enviada ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos na Lei nº 8.443/92 e na Lei Complementar nº 64/90).

9. Ademais, como assevera o acima mencionado processualista Nélson Nery Júnior "*o recorrente deve, portanto, pretender alcançar algum proveito, do ponto de vista prático, com a interposição do recurso, sem o que não terá ele interesse em recorrer*" (in Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, 4ª ed., p. 262).

10. Da análise dos embargos declaratórios ora interpostos, não vislumbro qualquer possibilidade de proveito prático para o recorrente, haja vista a inviabilidade de modificação do mérito das presente contas, fator determinante para inclusão de seu nome em lista de inelegíveis.

11. Como bem lembrou o Ministério Público às fls. 882/883, "*a inclusão do nome do gestor na referida lista não é sanção aplicada a juízo do Tribunal, mas consequência imediata e inafastável, emanada diretamente do texto da lei, decorrente do julgamento definitivo pela irregularidade das contas*".

12. Em boa verdade, tal inclusão consiste em simples medida administrativa decorrente do julgamento pela irregularidade das contas, sendo irrelevante a sua inclusão ou não em Acórdão deste Tribunal, já que decorre de previsão legal, na qual não há espaço para qualquer discricionariedade por parte do julgador. Assim, o presente recurso não pode ser conhecido por este Tribunal.

13. Nada obstante, observo que o Sr. Antônio Nélson de Oliveira Neto buscou demonstrar, por intermédio dos embargos de declaração, a existência de contradição no posicionamento do Ministério Público junto ao Tribunal, quando da análise do recurso de reconsideração interposto por este responsável, especificamente no que concerne à manutenção da determinação mencionada no item 6, supra, deste voto. Não apontou, no entanto, o recorrente de forma clara e objetiva o ponto controvertido.

14. Compulsando a peça recursal (fls. 918/924), concluo que o recorrente, de maneira assistemática e confusa, procurou evidenciar antinomia no parecer

do representante do Ministério Público (fls. 882/883), pois apontou o *parquet* especializado equívoco na inclusão da determinação referida no item anterior no Acórdão nº 106/94, mas, por outro lado, entendeu desnecessária e inócua a sua correção, por se tratar, naquela oportunidade, de julgamento definitivo das contas. Portanto, segundo o recorrente, a contradição no posicionamento do MP/TCU estaria em considerar equivocada a inclusão da aludida determinação em decisão não definitiva e propor a sua manutenção em decisão, que, igualmente, não é definitiva, pois sujeita a embargos.

15. A Unidade Técnica, alertando para o fato de que tal questão não foi abordada quer nos *consideranda*, quer no relatório e voto que resultaram no Acórdão nº 89/96-TCU-Plenário, concluiu pela existência de omissão com relação a este ponto, já que constituíra pedido explícito no recurso de reconsideração.

16. Necessário observar, no entanto, que o recorrente fundamentou os embargos de declaração em possível contradição na manifestação do MP/TCU e não na existência de omissão na decisão, sendo esta última levantada apenas pela Unidade Técnica. Assim, em atenção ao princípio dispositivo, devo me ater exclusivamente, na análise do presente recurso, ao pedido do recorrente, e este está circunscrito à existência de contradição, o que não ocorre no presente caso, senão vejamos.

17. Dispõe o art. 34 da Lei Orgânica do TCU, *verbis*:

"Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida." (grifo meu)

18. Assim, por se direcionarem os embargos à possível antinomia no parecer do Ministério Público, que não faz parte da decisão proferida por esta Corte, pois não mencionado quer nos *consideranda*, quer no relatório e voto que resultaram no Acórdão nº 89/96-TCU-Plenário, que foi omissivo com relação à questão embargada, há que ser negado provimento ao recurso.

19. Admitindo-se, por absurdo, que o recurso fosse provido, mesmo assim não haveria qualquer alteração na situação do embargante, pois permaneceria seu nome na lista de inelegíveis.

20. Quanto à possibilidade de inclusão da determinação impugnada no Acórdão de julgamento do processo, entendo ser plausível, já que a decisão deve explicitar todas as cominações impostas e medidas a serem adotadas pelas unidades jurisdicionadas e órgãos internos do Tribunal, como se definitiva fora, haja vista que a interposição de recurso é mera faculdade da parte.

20. Imagine-se, por hipótese, que tal determinação fosse imprescindível (o que não ocorre, na realidade) e não constasse, de início, do Acórdão de julgamento das contas, por não ser esta decisão definitiva. Caso não houvesse qualquer impugnação, necessária seria a expedição de novo Acórdão para a explicitação de tal medida. Por este simples exemplo, já se verifica o absurdo do entendimento que defende a sua não-inclusão em Acórdão ainda sujeito a recurso.

21. Necessário afirmar, ainda, que não há prejuízo aos responsáveis, pois, enquanto sujeita a recurso, ou seja, não transitada em julgado, o que a torna, então, definitiva, a decisão deste Tribunal não pode ser executada, ou seja, no presente caso, a determinação visando à inclusão do nome dos responsáveis na lista de inelegíveis não pode ser efetivada.

22. Não posso deixar de observar que o presente apelo se me afigura eminentemente protelatório, pois a questão embargada (determinação para inclusão em lista de inelegíveis) é simples medida administrativa decorrente de julgamento pela irregularidade das contas, conforme explicitado acima.

23. Aproveito para sugerir aos meus pares o estudo da possibilidade de se adotarem mecanismos mais rigorosos, assemelhados aos previstos no Código de Processo Civil, aplicados aos litigantes de má-fé, em especial, o contido no art. 538 do CPC (cominação de multa), objetivando-se coibir a interposição de recursos eminentemente protelatórios, que só visam a perpetuação do processo, obstruindo, por conseqüência, a efetividade do controle, mister constitucional a cargo desta Corte de Contas.

24. Com relação aos pedidos efetuados pelo Sr. Roberval Teixeira Ruiz (ex-pedição da quitação e exclusão do nome da lista de inelegíveis – fls. 912/917), entendo que o primeiro pode ser atendido, por estar devidamente comprovado o recolhimento do débito a que fora condenado. No que se refere ao segundo, impossível se mostra o seu atendimento, pois a inclusão do seu nome em lista de inelegíveis decorreu do julgamento pela irregularidade das contas, não alterando tal posicionamento o pagamento da dívida. E mais, conforme disciplinado no parágrafo único do art. 169 do Regimento Interno – TCU, o recolhimento integral de multa não importa em modificação do julgamento pela irregularidade das contas.

25. Finalmente, quanto à solicitação de esclarecimentos efetuada pelo Diretor-Presidente da CODOMAR (fls. 872/880), acolho, por seus fundamentos, o posicionamento do Ministério Público junto ao Tribunal.

Ante o exposto, dissentindo do posicionamento da Unidade Técnica e do Ministério Público, com relação aos embargos de declaração interpostos pelo Sr. Antônio Néelson de Oliveira Neto, e acolhendo-os, com as observações efetuadas pela *parquet* especializado, no que concerne às demais questões, VOTO por que seja adotado o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

ACÓRDÃO Nº 078/98 – TCU - PLENÁRIO¹

1. Processos: TC-374.106/92-4, c/ 3 volumes, e TC-020.452/94-2 (juntado)
2. Classe de Assunto: I – Embargos de Declaração
3. Embargante: Antônio Néelson de Oliveira Neto, ex-Administrador do Porto de Manaus

1. Publicado no DOU de 16/06/98.

4. Interessados: Roberval Teixeira Ruiz, Superintendente da Administração das Hidrovias da Amazônia Ocidental, e Washington de Oliveira Viégas, Diretor-Presidente da CODOMAR

5. Entidade: Companhia Docas do Maranhão - CODOMAR

6. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

7. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado

8. Unidade Técnica: 10ª Secretaria de Controle Externo – 10ª SECEX

9. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Prestação de Contas, em que se examinam Embargos de Declaração interpostos contra o Acórdão nº 089/96-TCU-Plenário, item 8, subitem 8.2;

Considerando que restou comprovada a ausência de pressuposto intrínseco de admissibilidade do recurso, consubstanciado no interesse de recorrer, em razão de inexistência de um de seus elementos constitutivos, qual seja a utilidade do recurso;

Considerando que a inclusão dos nomes dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares em lista a ser encaminhada ao Ministério Público Eleitoral consiste em simples medida administrativa, sendo irrelevante a sua previsão expressa em Acórdão deste Tribunal, já que decorre tal medida de previsão legal, na qual não há espaço para qualquer discricionariedade por parte do julgador;

Considerando a impossibilidade de proveito prático para o recorrente, em razão da inviabilidade de modificação do mérito das presente contas, fator determinante para inclusão de seu nome em lista de inelegíveis;

Considerando que o Sr. Roberval Teixeira Ruiz logrou comprovar o recolhimento integral do débito a que fora condenado, mediante o item 8.3 do Acórdão nº 089/96 - TCU – Plenário;

Considerando que a inclusão dos nomes dos exercentes de cargo ou função pública em lista de inelegíveis decorre de julgamento pela irregularidade de suas contas, não alterando tal posicionamento o recolhimento do débito ou da multa cominada;

Considerando a possibilidade de atendimento dos esclarecimentos solicitados pela administração da Companhia Docas do Maranhão – CODOMAR.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. não conhecer dos presentes Embargos de Declaração interpostos contra o Acórdão nº 089/96-TCU-Plenário, subitem 8.2., por ausência de requisito intrínseco de admissibilidade recursal, qual seja, o interesse de recorrer;

9.2. com fundamento no art. 27 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 169 do RI/TCU, dar quitação ao Sr. Roberval Teixeira Ruiz, tendo em vista o recolhimento da multa a ele aplicada no item 8.3 do Acórdão nº 089/96 - TCU – Plenário;

9.3. com fundamento no parágrafo único do art. 169 do Regimento Interno – TCU, indeferir o pedido do Sr. Roberval Teixeira Ruiz, visando à exclusão de seu nome da lista a ser encaminhada ao Ministério Público Eleitoral (art. 91 da Lei nº 8.443/92), tendo em vista que o recolhimento integral de multa não importa em modificação do julgamento pela irregularidade das contas;

9.4. informar à CODOMAR, que:

9.4.1. as deliberações do Tribunal exigem cumprimento nos prazos determinados, sob pena de adoção das sanções legais aplicáveis, suspendendo-se os prazos somente nos casos em que os responsáveis apresentem os recursos legais previstos, desde que tempestivos e, ainda assim, valendo apenas para os itens recorridos;

9.4.2. a ação judicial em andamento não altera a aplicabilidade imediata das determinações deste Tribunal, ante o princípio da independência das instâncias judicial e administrativa; e

9.5. determinar o envio de cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentaram ao embargante e aos interessados, para ciência.

10. Ata nº 20/98 - Plenário

11. Data da Sessão: 03/06/98 – Ordinária

12. Especificação do *quorum*:

12.1. Ministros Presentes: Carlos Átila Álvares da Silva (na Presidência) Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Valmir Campelo e o Ministro-Substituto Benjamin Zymler.

Carlos Átila Álvares da Silva
na Presidência

Marcos Vinícios Vilaça
Ministro-Relator

Fui Presente:

Paulo Soares Bugarin
Rep. do Ministério Público

**BBTUR - EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA
CONTRATAÇÃO DE PESSOAL E APLICABILIDADE DO
INSTITUTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO ÂMBITO
DE SUBSIDIÁRIA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA
Recurso de Divergência (art. 234 do RI/TCU) e Recurso de
Reconsideração (Tomada de Contas Especial)**

Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva

Grupo II - Classe I - Plenário

TC-625.230/95-7 (c/ três volumes)

Natureza: Recurso de Divergência (art. 234 do RI/TCU) e Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)

Entidade: BBTUR Viagens e Turismo Ltda.

Interessado: Sidney Anuar Attié, Diretor-Presidente

Ementa: Recurso de Divergência (art. 234 do RI/TCU) e Recurso de Reconsideração contra a Decisão nº 653/96-TCU-Plenário. Exigência de concurso público para contratação de pessoal e aplicabilidade do instituto da tomada de contas especial no âmbito de subsidiária de sociedade de economia mista. Conhecimento. Negativa de provimento, ante os entendimentos vigentes no TCU e os dispositivos da Lei nº 8.443/92. Ciência ao interessado.

RELATÓRIO

Do Recurso de Divergência (fls. 138/148)

Em 26/11/1996 a BBTUR opôs embargos de declaração (fls. 138/148) ao item 8.2 da Decisão nº 653/96-TCU - Plenário (fls. 133/135), fundados em contradição entre a decisão embargada e decisão anterior desta Corte, prolatada em julgamento, por relação, do TC-000.300/93-6.

Nos termos da Decisão nº 29/97-TCU - Plenário (fl. 155), este Tribunal resolveu não conhecer dos embargos e decidiu acolher os documentos encaminhados como o recurso de que trata o art. 234 do Regimento Interno.

Referido recurso tem por objeto combater o subitem 8.2 da Decisão nº 653/96-TCU - Plenário, que determinou fossem adotadas " *as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consistente na anulação dos atos de admissão de*

peçoal efetivados a partir de 06/06/90 (...) sem observância da exigência da aprovação prévia em concurso público, por estarem em desacordo com as disposições do art. 37, inciso II, da Constituição Federal e do Enunciado nº 231 da Súmula da Jurisprudência predominante desta Casa” (fl. 141).

Analisados pela 10ª Secex (fls. 216/222), os argumentos apresentados foram rejeitados pelas seguintes razões:

- a BBTUR é subsidiária integral de empresa de economia mista (Banco do Brasil S.A.) e está sujeita a todas as normas de direito público aplicáveis à Administração Indireta;
- a decisão paradigma está fundada no Ofício nº 153/89-CISE (fls. 172 e 183), que apenas comunica que aquele Conselho não mais controlará o quadro de pessoal da BBTUR, mas não afirmou ser desnecessária a realização de concurso público para contratação de pessoal;
- a complexidade e competitividade do mercado onde atua e a velocidade e maleabilidade operacionais necessárias não são exclusividade da BBTUR, estando também presente, por exemplo, no mercado financeiro onde atua sua Controladora indireta; e
- as reiteradas decisões deste Tribunal, consolidadas na Súmula nº 231 de sua jurisprudência, não deixam margem a dúvidas de que a exigência da realização de concurso público se estende a toda Administração Indireta, mesmo àquelas entidades controladas direta ou indiretamente pela União que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.

Por essas razões, sugere que não se dê provimento ao Recurso de Divergência interposto pela BBTUR, mantendo-se inalterada a determinação contida no item 8.2 da Decisão recorrida.

Do Recurso de Reconsideração (fls. 161/182)

Por esse recurso, o interessado manifesta sua contrariedade às determinações constantes do item 8.1 e subitens 8.3.4., 8.3.5, 8.3.6, 8.3.8, 8.3.10 e 8.3.16 da Decisão nº 653/96-TCU - Plenário (fls. 133/135). As alegações, abaixo mencionadas no essencial, foram analisadas pela 10ª Secex na instrução às fls. 222/233 conforme se segue:

Item 8.1 - instauração de tomada de contas especial

a) argumento: não está a BBTUR sujeita à instauração do procedimento de Tomada de Contas Especial – TCE, mas sim à imposição, pelos tribunais, da legislação trabalhista privada, e, sendo pessoa jurídica de direito privado, seus empregados não têm o dever de prestar contas a este Tribunal;

a .1) instrução da 10ª Secex: considera indevida a assertiva quanto a esse item por considerar que a eventual obrigação de instaurar TCE não se vincula, nesse caso, à obrigação de prestar contas, mas sim à ocorrência de prejuízo ao Erário;

b) argumento: danos provocados a BBTUR não significam danos provocados ao Erário, pela distinção de personalidades jurídicas;

b.1) instrução da 10ª Secex: dá razão ao recorrente quanto a essa assertiva, pois – apesar de já ter sido analisada nas Decisões TCU-Plenário nºs 106/95 (de 15/03/1995 - TC-027.582/91-4) e Sigilosa nº 457/94 (de 14/07/1994 - TC-009.416/93-5-Sigiloso), sem, contudo, haver posição definitiva do Tribunal a respeito – pode-se observar que os danos provocados a empresas estatais não são suficientes para configurar, em todos os casos, prejuízo ao Erário, requisito necessário à instauração de TCE, uma vez que o vínculo advindo do prejuízo patrimonial não guarda relação com o controle societário, mas sim com a participação no capital da sociedade, sendo que a participação da União representa apenas uma parcela do capital das sociedades de economia mista;

c) argumento: a sistemática de tomada de contas especial é incompatível com o regime CLT e com o Direito Trabalhista;

c.1) instrução da 10ª Secex: concorda com o recorrente também nessa questão, uma vez que as presunções, no procedimento de instauração de TCE, correm a favor do Estado, e, portanto, do empregador, enquanto nos procedimentos adotados conforme a Consolidação das Leis do Trabalho-CLT as presunções correm a favor do empregado, dada a sua posição de inferioridade econômica perante o empregador. Portanto, a sistemática de instauração da TCE, conforme hoje é normatizada, não se coaduna com o regime CLT, sendo que o seu uso acarretaria tão profundas mudanças na relação trabalhista que desvirtuariam o uso da TCE, desaconselhando sua implementação;

d) argumento: a subordinação da BBTUR ao Tribunal dá-se exclusivamente quanto à sua fiscalização, e não quanto à sua administração; além disso, à vista da atividade econômica que explora, o regime jurídico do recorrente não poderia ser o administrativo, e sim aquele próprio das empresas privadas;

d.1) instrução da 10ª Secex: tal argumento do recorrente é expressamente contestado pelo texto dos incisos II e IV do art. 71 da Constituição Federal, que prevêem a competência do Tribunal para julgar as contas dos administradores e realizar inspeções e auditorias em entidades da administração indireta, à qual se vincula a BBTUR como subsidiária de sociedade de economia mista; e

e) argumento: o reajuste concedido à empresa Realce Organizações Ltda. não se refere a pagamento de correção monetária sobre os valores contratados, sendo decorrência de cláusula contratual que estipulava aumento anual não prevista no respectivo edital;

e.1) instrução da 10ª Secex: a Lei nº 8.666/93 determina total vinculação do contrato ao edital e por isso a não previsão de reajuste torna ilegal sua posterior concessão. Propõe a determinação de adoção de medidas administrativas e/ou

judiciais necessárias à obtenção do ressarcimentos do valores pagos a maior, e a análise da conduta do administrador responsável pela contratação, objetivando determinar eventual ocorrência de dolo ou culpa graves. Essas medidas seriam acompanhadas por este Tribunal nas contas anuais da BBTUR.

Subitem 8.3.4 - implantação de Plano de Classificação de Cargos e Salários (PCS) e da submissão ao Comitê de Coordenação das Empresas Estatais (CCE) e ao Decreto-lei nº 2.355/87

a) argumento: por não estar sujeita à jurisdição do CCE, também não se encontra obrigada a encaminhar o PCS para aprovação;

a.1) instrução da 10ª Secex: em que pese ter o CISE efetivamente autorizado a BBTUR a administrar seu respectivo quadro de pessoal (fls. 17, vol. I) e determinado a exclusão da BBTUR do controle do CISE (fl. 18, vol. I), isso não significa ter sido a BBTUR excluída do controle estatal. O Ofício 048/CE (fl. 13, vol I) e a Resolução CCE 38 (fl.39, vol. I) demonstram claramente que esse Órgão, o CCE, continua a analisar questões relativas à recorrente, e, portanto, ainda exercendo controle. Mantém a determinação.

Subitem 8.3.5 - alteração da tabela de salários e funções gratificadas sem aprovação do CCE

a) argumento: os empregados da BBTUR não são funcionários públicos, fato comprovável pela dispensa, pelo TCU, de necessidade de realização de concurso público para sua admissão, pelo que seus salários não seriam controláveis pelo CCE (fls. 173 e 174, itens 35 e 36);

a.1) instrução da 10ª Secex: como já se concluiu que a BBTUR integra a Administração Indireta, ela está sujeita a todas as normas de direito público aplicáveis às empresas integrantes dessa órbita administrativa e, por isso, o salário de seu pessoal deve estar sob controle do órgão competente do Estado, haja vista não ser prevista em lei qualquer exceção.

Subitem 8.3.6 - concessão de benefícios vedados pelo Decreto-lei nº 2.355/87

a) argumento: a BBTUR não é uma empresa pública e por isso não está sujeita ao Decreto-lei nº 2.355/87 (fls. 174/175, itens 38/41);

a.1) instrução da 10ª Secex: da mesma forma como no item anterior, não restam dúvidas de que a BBTUR integra a Administração Indireta, não se podendo dar razão ao recurso nesse ponto.

Subitem 8.3.8 - da contratação indireta de mão-de-obra por meio de prestadora de serviços

a) argumento: as atividades exercidas pela mão-de-obra contratada não guardam correlação com as atividades-fim da BBTUR, sendo prova disso o fato de a maioria das agências de viagem não trabalharem com salas VIP próprias (fl. 176, itens 43/44);

a.1) instrução da 10ª Secex: as salas VIP são utilizadas para prestar um serviço diferenciado aos clientes e são uma extensão do negócio principal, da mesma forma que o atendimento nelas realizado é, também, uma extensão do atendimento básico. Mantém-se a determinação.

Subitem 8.3.10 - da necessidade de caracterização do objeto de despesa conforme a Lei nº 8.666/93

a) argumento: a empresa aplica os procedimentos licitatórios legalmente previstos mas, por não ser empresa pública e não integrar o Orçamento da União, não tem como fazer a classificação orçamentária da despesa realizada (fl. 177);

a.1) instrução da 10ª Secex: as entidades da administração indireta deverão proceder às adaptações cabíveis para o cumprimento do art. 14 da Lei nº 8.666/93 e, por ser empresa integrante do Grupo Banco do Brasil, deverá seguir à risca o regulamento de licitações aprovado para esse Grupo. Sugere modificação da redação da determinação alvitada.

Subitem 8.3.16 - do parcelamento da despesa

a) argumento: as compras de uniformes para os empregados da BBTUR, referidas como sendo parceladas, não podem ser feitas antecipadamente porque não é possível saber a quantidade e nem o manequim dos novos contratos, como, também, a manutenção de pequeno estoque atende a um princípio gerencial moderno (fls. 177/178, itens 51/54);

a.1) instrução da 10ª Secex: justificativas de ordem prática não são suficientes para o descumprimento de dispositivo legal, até porque a aquisição de uniformes se amolda perfeitamente ao procedimento licitatório podendo, por exemplo, com base no histórico de consumo, ser licitada uma quantidade estimada para as necessidades de um ano, que poderá sofrer variação de 25 % para maior ou para menor, conforme permitido em lei.

Da sugestão de privatização da BBTUR

a) argumento: é ilógica a sugestão formulada pela equipe de auditoria sobre a avaliação da conveniência de inclusão da BBTUR no Plano Nacional de Desestatização porque se trata de uma empresa genuinamente privada, não tendo o que privatizar (fls. 178/182, itens 55/58);

a.1) instrução da 10ª Secex: como a BBTUR é uma subsidiária integral do Banco do Brasil S.A., não há dúvidas de que é tecnicamente cabível a privatização, a depender da orientação governamental e de conveniência e oportunidade a sua inclusão no PND.

Por conseguinte, propõe a instrução (fls. 232/233):

"a) que o Ministro-Relator sorteado para o primeiro recurso - fundado no art. 234, do RITCU - também anasile o segundo - Recurso de Reconsideração -, com base na conexão existente entre ambos e por motivos de economia e celeridade processuais;

b) seja o Recurso de Divergência (art. 234 do RITCU) conhecido, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a determinação recorrida (item 8.2 da Decisão 653/96-TCU-Plenário) em seus exatos termos;

c) seja o Recurso de Reconsideração conhecido e parcialmente provido, em vista do que sejam modificados:

c.1) os termos do item 8.1 da Decisão 653/96-TCU-Plenário, determinando-se:

c.1.1) sejam apuradas as responsabilidades pela falha detectada, e, se for o caso, adotadas as punições cabíveis, conforme preconizado pela CLT e demais normas internas aplicáveis à matéria;

c.1.2) sejam adotadas as medidas administrativas e judiciais cabíveis no sentido de obter ressarcimento do prejuízo provocado à BBTUR;

c.1.3) seja a questão remetida às contas ordinárias para apreciação (tanto da irregularidade quanto da apuração) em conjunto e em confronto com os demais atos de gestão então praticados;

c.2) os termos do item 8.3.10 da Decisão recorrida, determinando-se à BBTUR que cumpra todas as etapas de autorização de despesa, conforme regulamentação existente no Grupo Banco do Brasil, além, é claro, de perfeitamente caracterizar o objeto da despesa, em todos os processos licitatórios;

d) seja dado conhecimento dessa Decisão ao Recorrente."

Tais proposições são corroboradas pelo Secretário da 10ª Secex (fls. 234/239), segundo o qual a questão da aplicabilidade da sistemática de "Tomada de Contas Especial" às empresas estatais foi objeto de análise no TC-012.432/94-6, oportunidade em que se manifestou no sentido de que *"parece correto concluir que, na espécie, deva ser preservado em sua integridade o regime jurídico trabalhista, que, consoante demonstrado, repele a utilização, pela entidade estatal, de institutos jurídicos ínsitos ao regime de direito público"* [no caso, a instauração de Tomada de Contas Especial].

Assevera, ainda, o Sr. Secretário, que, ainda que não sejam alterados os termos do subitem 8.1 da decisão impugnada, deve ser suprimida a menção contida no item 8.1, *in fine*, porque, no seu entender, pode-se acolher as alegações do recorrente acerca da inaplicabilidade, *in casu*, do art. 28, § 1º, da Lei nº 9.069/95, que, a seu ver, diz respeito, tão-só, à cláusula de correção monetária explicitada no termo de contrato, enquanto que os fatos narrados no processo permitem concluir que o objeto da repactuação foi a busca do reequilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste (fl. 239).

O Ministério Público alinha-se às considerações expendidas pela Unidade Técnica, com exceção da proposição da inaplicabilidade do instituto da Tomada de Contas Especial às empresas estatais (fls. 240/242), manifestando-se nos seguintes termos:

"

Entende o Ministério Público que o processo de Tomada de Contas Especial tem o seu âmbito de abrangência definido, pelo art. 71, II, da CF, do modo mais amplo possível, limitado tão-somente por sua natureza intrínseca de voltar-se para a atividade administrativa do Estado. A limitação é de ordem ontológica da TCE e do próprio Tribunal de Contas da União.

Com efeito, não é qualquer dano causado ao Erário suficiente para ocasionar a instauração de uma TCE. Por exemplo: o particular, sem qualquer vínculo com a administração, que abalroa culposamente, ou mesmo dolosamente, um veículo oficial, sofrerá as sanções cíveis e penais compatíveis, sem sujeitar-se, entretanto, a ter suas contas julgadas pelo eg. TCU.

Interpretação contrária importaria alargar ao extremo a competência do TCU, desvirtuando sua própria razão de ser, sua natureza institucional, criando mecanismo administrativo de exceção para sancionar qualquer pessoa que provoque dano ao Erário.

Não se pode olvidar que o julgamento pela irregularidade das contas implica outras sanções que não a mera reposição patrimonial. Subjacente à questão patrimonial, procede-se na TCE a uma avaliação da conduta do responsável com eventuais reflexos de ordem político-administrativa, tais como a imposição de multa de até cem por cento do valor do débito, a inabilitação para o exercício de função pública, inelegibilidade etc. Manifesta seria, na hipótese acima, a desigualdade entre o Estado e o cidadão em relação aos meios de que dispõem para a defesa de seus interesses. Assim, caso fosse o veículo oficial a causar dano ao particular, a este restaria tão-só a justiça federal comum para recompor seu patrimônio.

Demonstra-se, assim, que não obstante a amplitude do comando constitucional, a jurisdição do TCU e a conseqüente competência para instaurar TCE não abrange todo o universo de possibilidades de dano ao Erário. É limitada pela natureza da instituição como órgão de controle externo, voltado para o controle e fiscalização da atividade administrativa da União, em todas as suas formas de expressão, seja na administração direta, seja na indireta.

Nesse sentido, não podem prosperar os argumentos que pretendem excluir a possibilidade de o TCU instaurar e julgar TCE's de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista por suposta incompatibilidade com o regime contratual estabelecido pela CLT, ao qual estão sujeitos esses empregados.

.....”
É o Relatório.

VOTO

A princípio, cumpre esclarecer que as petições podem ser conhecidas como Recurso de Divergência (art. n° 234 do RI/TCU) e Recurso de Reconsideração. O primeiro em relação ao item 8.2 da Decisão n° 653/96-TCU - Plenário e o segundo em relação aos demais itens recorridos dessa mesma decisão, por ser essa a forma adequada, uma vez que o presente processo foi transformado em tomada de contas especial (item 8.1 da Decisão n° 653/96-TCU - Plenário - fl. 133).

Sobre relatar ambos os recursos, penso que essa possibilidade se amolda ao previsto no art. 16 da Resolução n° 64/96-TCU.

De observar que a questão da aplicabilidade do instituto da tomada de contas especial no âmbito das sociedades de economia mista foi objeto de análise, em recente decisão, de minha relatoria, proferida na Sessão Extraordinária, de carácter reservado, de 27/05/1998, no TC-013.389/95-5 (Decisão n° 324/98-TCU - Plenário), na qual foi negado provimento ao pedido de reexame interposto pelo Presidente do Banco do Brasil S.A. contra a Decisão Sigilosa n° 081/97-TCU - Plenário (Sessão Extraordinária de carácter reservado de 05/03/1997, Ata n° 06/97), que transformou aqueles autos em tomada de contas especial.

Pretendia o interessado naquele processo demonstrar ser incabível o instituto da tomada de contas especial, a que se refere o art. 8° da Lei n° 8.443/92, às empresas de economia mista. Sua argumentação, no entanto, foi insuficiente para modificar a decisão recorrida, tendo o Plenário deste Tribunal confirmado que as empresas estatais estão, sem exceção, sujeitas ao instituto da tomada de contas especial.

A mesma questão é também objeto do processo TC-024.010/91-0 (Prestação de Contas do Banco do Brasil relativa ao exercício de 1990), o qual se encontra sobrestado em razão do processo TC-029.041/91-0 (Relatório de Inspeção na área de pessoal da mesma entidade), conforme informações oriundas do Sistema de Acompanhamento de Processos.

Da leitura dos precedentes – mesmo inconclusos – mencionados pela 10ª Secex, aos quais também me referi no voto que proferi no TC-013.389/95-5 supracitado - destaque os seguintes pontos, à guisa de retrospecto sobre o assunto:

a) TC-009.416/93-5-Sigiloso – Decisão Sigilosa n° 457/94-TCU-Plenário, Ata n° 33/94:

a.1) parecer do Ministério Público junto ao Tribunal: invocando o alcance limitado do art. 84 do Decreto-lei nº 200/67 e passando pela Lei nº 4.320/64, sustenta a tese de que cabe ao Tribunal, e não à entidade, promover a tomada de contas especial, concordando que o assunto deve ser repensado ante a consulta formulada pelo Banco do Brasil – Ofício Presi 02/1355, apensado ao TC-024.010/91-0 – questionando a instauração de tal procedimento por aquele Banco;

a.2) voto do Ministro Relator: apesar de o Tribunal geralmente determinar que os órgãos responsáveis instaurem a TCE, por intermédio da Secretaria de Controle Interno competente, dispensa tal determinação no caso apreciado, à vista das providências adotadas pela *holding* e pela diretoria da entidade;

b) TC-027.582/91-4 - Decisão nº 106/95-TCU-Plenário, Ata nº 10/95:

b.1) parecer do Ministério Público junto ao Tribunal:

- teve acolhida a proposta de retirada da determinação de instauração de TCE, ante as medidas adotadas pelo Ministro de Estado dos Transportes, suficientes para punir disciplinarmente os empregados faltosos e obter o ressarcimento aos cofres da entidade, e à vista da não apreciação da consulta formulada pelo Banco do Brasil;

- recorda que, anteriormente à Lei nº 8.443/92, era limitado o alcance da norma contida no art. 84 do Decreto-lei nº 200/67 (instauração de tomada de contas especial) por cingir-se a regular os procedimentos administrativos de apuração de desfalques, omissão de prestação de contas e desvio de bens no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, ou seja, dos órgãos e entidades submetidos ao império do direito administrativo e às normas de direito financeiro preconizadas na Lei nº 4.320/64, de todo incongruentes com o regime de direito privado adotado pelas sociedades de economia mista;

- com a edição da Lei nº 8.443/92, argumenta que tal limitação deve ser repensada à vista do art. 8º – que impõe à autoridade competente, diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, da ocorrência de desfalques e desvios de dinheiros, bens e valores públicos, o dever de adotar as providências necessárias à instauração de tomada de contas especial – combinado com o art. 6º da mesma Seção da Lei, deixando claro que todas as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º estão sujeitas à tomada de contas;

- finaliza afirmando que, "*destarte, à vista do disposto no inciso I do art. 5º da Lei nº 8.443/92, parece não restar qualquer brecha para se eximirem os dirigentes de empresas estatais do dever de instaurar, nos casos previstos em lei, a devida tomada de contas especial*";

b.2) voto do Ministro Relator (vencido em parte, relativamente à aplicação de multa):

- no que concerne à controvérsia entre a Ciset/MF e o Banco do Brasil sobre a legalidade da utilização da TCE como instrumento de apuração de responsabilidades pelas empresas estatais, tal questão foi esclarecida no Parecer PGFN nº 423/92, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de 30/04/1992, ao concluir que *"razão assiste à Ciset quanto à necessidade de o Banco do Brasil proceder à instauração da Tomada de Contas Especial, eis que houve irregularidades de que resultou prejuízo ao interesse público"* (fls. 588/598 do TC-024.010/91-0);

- *"além do mais, este Tribunal, ao regulamentar a instauração e organização de processos de tomada de contas especial, por meio da Instrução Normativa nº 1, de 09/12/1993, não deixa dúvidas que este é o instrumento legal para identificar os responsáveis e quantificar os prejuízos sofridos pelo Erário, independentemente da natureza jurídica da organização responsável"*.

Pelo acima exposto, verifica-se que, nos casos apreciados, a instauração das TCEs foi dispensada devido às providências então tomadas pelas próprias entidades ou pelas autoridades supervisoras das mesmas, tidas como suficientes pelos Ministros Relatores.

Mas o principal motivo de ter dado destaque a tais pontos foi ressaltar a argumentação do Ministério Público de que, anteriormente à Lei nº 8.443/92 – sendo limitado o alcance do art. 84 do Decreto-lei nº 200/67 e à vista das normas contidas na Lei nº 4.320/64 –, poder-se-ia ter como controversa a instauração de TCE por sociedades de economia mista. Contudo, após a edição da Lei Orgânica deste Tribunal, tal controvérsia se desfez, ante o disposto em seu art. 8º, combinado com os artigos 5º, inciso I, e 6º dessa lei.

Tal argumentação é coerente com o posicionamento do Ministério Público no presente processo, com o qual, *data venia* da 10ª Secex, inclino-me a concordar.

Ressalto mais uma vez que também é esse o entendimento do Tribunal, após adotar, na Sessão Extraordinária de 27/05/1998, a mencionada Decisão nº 324/98 – Plenário.

Por outro lado, acompanho as demais proposições uniformes da Unidade Técnica e do Ministério Público, inclusive a supressão da parte final do item 8.1 da decisão recorrida, sugerida pelo Secretário da 10ª Secex, em razão da consistente análise por ele produzida (fl. 239, item 17).

Assim, com essas considerações, acolhendo, em parte, as proposições da Unidade Técnica e, na íntegra, o parecer da Procuradoria, pelos motivos mencionados, VOTO por que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à apreciação deste Plenário.

DECISÃO Nº 332/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-625.230/95-7 (c/ 3 volumes)

1. Publicada no DOU de 16/06/98.

2. Classe de Assunto: I - Recurso de Divergência (art. nº 234 do RI/TCU) e Recurso de Reconsideração.

3. Interessado: Sidney Anuar Attié, Diretor-Presidente.

4. Entidade: BBTUR Viagens e Turismo Ltda.

5. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva.

6. Representante do Ministério Público: Dr. Walton Alencar Rodrigues, Subprocurador-Geral.

7. Unidade Técnica: 10ª Secex.

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei nº 8.443/92 e nos arts. 229, I, 233 e 234 do Regimento Interno, DECIDE:

8.1. conhecer do Recurso de Divergência (art. 234 do RITCU) interposto pelo Sr. Sidney Anuar Attié, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a determinação recorrida (item 8.2 da Decisão 653/96-TCU-Plenário) em seus exatos termos;

8.2. conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Sidney Anuar Attié, para, no mérito, negar-lhe provimento;

8.3. atribuir a seguinte redação ao item 8.1 da decisão recorrida:

"8.1. nos termos do art. 197 do Regimento Interno, converter estes autos em Tomada de Contas Especial para que sejam apurados os responsáveis e quantificados os prejuízos resultantes do pagamento de reajuste contratual à empresa Realce Organizações de Eventos Ltda., a partir do mês de março de 1995, em decorrência da inclusão, no contrato firmado em 29/09/1994, de cláusula não prevista no edital de licitação e na minuta do contrato;"

8.4. atribuir a seguinte redação ao subitem 8.3.10 da decisão recorrida:

"8.3.10. cumpra todas as etapas de autorização de despesa, conforme regulamentação existente no Grupo Banco do Brasil, além de perfeitamente caracterizar o objeto da despesa em todos os processos licitatórios;"; e

8.5. dar conhecimento desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao interessado.

9. Ata nº 20/98 – Plenário.

10. Data da Sessão: 03/06/1998 – Ordinária.

11. Especificação do quorum:

11.1. Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente em exercício), Carlos Átila Álvares da Silva (Relator), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Valmir Campelo e o Ministro-Substituto Benjamin Zymler.

11.2. Ministro que alegou impedimento: Benjamin Zymler.

Iram Saraiva
Presidente em exercício

Carlos Átila Álvares da Silva
Ministro Relator

STJ - LICITANTE INABILITADO EM TOMADA DE PREÇOS Representação

Ministro-Relator Bento José Bugarin

Grupo II - ClasseVII - Plenário

TC-017.801/95-8

Natureza: Representação.

Órgão: Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Interessada: Eleservice do Brasil - Componentes Eletrônicos Ltda.

Ementa: Representação formulada por licitante com fulcro no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93. Licitante inabilitado em Tomada de Preços, em razão do não fornecimento de atestado de capacidade técnica nos moldes exigidos pelo edital e também por ter sido punido por outro órgão da Administração Pública, integrante de esfera de Governo distinta, com a penalidade de suspensão temporária do direito de licitar (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93). Apresentação de justificativas pelo órgão promotor da licitação. Procedência em parte. Empresa corretamente inabilitada por não ter apresentado o referido Atestado, cuja exigência encontra respaldo na mencionada Lei. Inclusão no edital de cláusula impeditiva de participar na licitação de interessado apenado por outro órgão ou entidade da Administração Pública ou que tenha tido contrato de prestação de serviço rescindido com fulcro nos incisos I a IV do art. 78 da Lei nº 8.666/93. Infringência ao princípio da legalidade. Considerações sobre a matéria. Determinação ao órgão promotor da licitação. Remessa de cópia da Decisão do Tribunal ao Representante e ao Representado. Arquivamento do processo.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pela empresa Eleservice do Brasil - Componentes Eletrônicos Ltda., com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, contra o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a sua inabilitação na Tomada de Preços de nº 23/95, destinada à contratação de empresa especializada em manutenção e assistência técnica de elevadores, em razão do descumprimento dos itens 2.2 e 4.1.3-II do edital, que considera ilegais pelos motivos que adiante serão expostos.

2. As cláusulas questionadas têm a seguinte redação:

"2.2. Não será permitida a participação de firma em consórcio ou em processo de falência ou concordata ou que se encontre incursa em penalidade prevista no art. 87, incisos III e IV da Lei n° 8.666/93, imposta por qualquer entidade da Administração Pública ou ainda que haja tido contrato de prestação de serviço rescindido por motivos inclusos no art. 78, incisos I a IV daquele diploma legal."

"4.1.3 Deverão ser apresentados no envelope 1, para que a licitante seja habilitada, os documentos a seguir relacionados:

(omissis)

II. Um atestado de capacidade técnica, registrado ou visado pelo CREA/DF, emitido por entidade pública e/ou empresa privada que comprove ter prestado serviços de manutenção preventiva, corretiva e assistência técnica de características técnicas, porte e complexidade equivalente ou superior ao objeto ora licitado, nas parcelas mais relevantes, conforme relacionadas a seguir:

a) dispositivo automático para funcionamento com força de emergência (DAFFE);

b) operação de emergência em caso de incêndio."

3. Quanto ao subitem 2.2 do edital, a Representante informa ter interposto impugnação junto ao STJ, que foi indeferida por este órgão. Mesmo assim compareceu na data marcada para a abertura do certame e apresentou a documentação de habilitação. Como o edital não sofreu qualquer alteração, foi a empresa inabilitada. Interpôs recurso dessa decisão, o qual, entretanto, foi indeferido pela Comissão de Licitação (CPL-STJ).

4. A inabilitação da empresa, com base no mencionado subitem 2.2 do edital, foi motivada pelo fato de ter sido ela anteriormente punida pela Secretaria de Administração Geral do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo - SAG/MICT com a pena de suspensão, pelo prazo de dois anos, do direito de licitar e contratar com aquele órgão, com fulcro no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, consoante "Aviso de Penalidade" publicado no D.O.U. do dia 23/11/95.

5. O subitem 2.2 do edital é ilegal, segundo a Representante, pelo fato de não permitir que empresas apenadas com base no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 participassem da licitação. Argumenta a interessada que a punição ali prevista deveria ficar adstrita ao órgão que a aplicou, no caso o MICT, pois "somente empresas declaradas inidôneas estão impedidas de licitar". Acrescenta que o dispositivo (art. 87, III) se refere à suspensão temporária para licitar com a Administração, entendível como sendo o órgão específico de que fala o art. 6º, XII, da referida Lei, enquanto que somente a declaração de inidoneidade alcança toda a Administração Pública, nos termos do art. 87, inciso IV. Informa a interessada, a esse respeito, que mesmo depois da punição do MICT, que

denominou de absurda, foi vencedora em (nove) licitações, assinou os respectivos contratos ou os renovou, o que demonstra, segundo a empresa, a ilegalidade da cláusula editalícia em comento (fls. 5). Cláusulas semelhantes, segundo a empresa, também foram inseridas em editais publicados por outros órgãos públicos, as quais, entretanto, após interpostas impugnações aos respectivos editais, foram alteradas de forma a não permitir a participação nos certames apenas de empresas declaradas inidôneas, consoante comprovam documentos juntados aos autos (fls. 64/84).

6. Esses foram, em síntese, os argumentos utilizados pela Representante também junto à CPL-STJ, por ocasião da impugnação ao edital, os quais entretanto não mereceram acolhimento por parte daquele órgão, que assim concluiu, *in verbis*:

"Diante do exposto, não poderia a Administração contrariando princípio constitucional igualar os desiguais, deixando uma firma já punida com suspensão (inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93) concorrer em igualdade de condições com outra sem nenhuma sanção, razão pela qual julgo improcedente a impugnação recebida." (fls. 3).

7. Quanto ao subitem 4.1.3-II do edital, a Representante alega que ele afronta o art. 30 da Lei nº 8.666/93, "uma vez que o atestado exigido estava além, muito além, do objeto licitado" (fls. 3). Em sua impugnação ao edital, a empresa argumentou ainda que os serviços de manutenção de elevadores são distintos dos de manutenção da força de emergência, o que exigiria, por isso, licitações também distintas. O atestado a ser exigido seria, segundo a empresa, apenas o referente à manutenção preventiva e corretiva de elevadores (fls. 38). Já no recurso que interpôs junto à CPL-STJ, aduziu a então recorrente que "os muitos atestados por ela apresentados eram compatíveis com o objeto da licitação e demonstravam a sua capacidade em executá-lo (fls. 51/54).

8. No entanto, a CPL indeferiu tanto a impugnação quanto o recurso então interpostos. Quanto à impugnação, a CPL baseou-se em parecer do setor técnico daquele órgão, no qual se esclarecia (fls. 32) que "qualquer sistema que desempenhe as funções preconizadas pelo Dispositivo Automático para funcionamento com Força de Emergência, independentemente do nome e/ou sigla atende o edital". Já o indeferimento do recurso foi fundamentado no fato de que o atestado apresentado pela recorrente não atendia "exatamente" ao exigido no edital, posto que não permitia avaliar se a licitante tinha condições de operar dispositivos automáticos que visem a manter os elevadores em funcionamento quando da falta de energia elétrica (fls. 55).

9. Mediante despacho de fls. 99 determinei a audiência do responsável pela homologação da Tomada de Preços de nº 23/95 para que apresentasse justificativas quanto aos fatos narrados na Representação ora sob exame. Em resposta, vieram aos autos os documentos de fls. 105/272, contendo as justificativas do então Diretor-Geral do STJ, responsável pela homologação do certame, e da

Presidente da CPL-STJ. Em síntese, foram apresentados os seguintes esclarecimentos:

- a) o subitem 4.1.3-II do edital tem respaldo na lei que "prevê a comprovação de experiência anterior na execução de serviços similares, que envolvam riscos, especialidades e domínio da técnica. Assim é indispensável essa comprovação, com o objetivo de se evitarem prejuízos não só materiais e comprometimento de vidas humanas", o que não foi feito pela Eleservice;
- b) o subitem 2.2 do edital não frustra o caráter competitivo da licitação e decorre da preocupação da Administração com a segurança das pessoas e com o interesse público, pois não se poderia admitir no certame empresas que pudessem eventualmente não vir a cumprir o contrato. Por outro lado, a "palavra Administração que a lei se refere no art. 87, inciso III, na sua abrangência não alcança somente a Administração que expediu o ato de suspensão. Afinal, todas as conseqüências de um serviço mal executado não repercutem só naquele âmbito, mas em um universo maior".

PARECER DA 3ª SECEX

10. Na primeira instrução do processo, às fls. 88/92, a 3ª SECEX já havia se posicionado com relação aos fatos narrados na denúncia. Assim, com relação ao subitem 2.2 do edital, o Analista-Informante entendeu que são procedentes as alegações da Eleservice, porque essa empresa estava impedida de licitar ou contratar apenas com o MICT e não com outros órgãos; o próprio aviso de penalidade publicado no D.O.U. deixava bem claro que a suspensão de licitar se referia a "esta Administração" (MICT). Lembra o Analista que outros órgãos da Administração Pública corrigiram seus editais de forma a que somente empresas declaradas inidôneas não pudessem participar das licitações por eles promovidas. Menciona ainda a respeito do assunto o seguinte ensinamento do Professor Toshio Mukai (*in* Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, 2ª Edição, pag. 84): "*A sanção prevista no inciso III valerá para o âmbito do órgão que o decretar, e esta será justificada, regra geral, nos casos em que o infrator prejudicar o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa*".

11. Quanto ao subitem 4.1.3-II do edital, entendeu o Analista-Informante que cabe razão à CPL-STJ ao inabilitar a empresa Eleservice. Isto porque, segundo aquele técnico, a exigência contida no mencionado item, não cumprida pela empresa, está de acordo com o preceituado no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Entendeu o Analista também que não procede a alegação da Representante de que os serviços de manutenção de elevadores seriam de natureza distinta dos relativos à operação de dispositivos para funcionamento dos elevadores com força de emergência, pois ambos os serviços estão intimamente relacionados.

12. Após as justificativas apresentadas pelo STJ, a 3ª SECEX, instruindo novamente os autos (fls. 273/276), chegou à mesma conclusão acima relatada. Em acréscimo aos argumentos utilizados anteriormente, o Analista-Informante apresentou as seguintes novas razões:

- a) "O STJ deu uma interpretação extensiva à punição imposta pelo MICT, que indubitavelmente restringiu-se ao âmbito daquele órgão, contrariando o princípio da reserva legal, premissa informativa das searas administrativa e penal; o STJ, ao adotar tal exigência [subitem 2.2 do edital], restringiu o caráter competitivo da licitação, como de fato ocorreu na TP 23/95, pois a única empresa habilitada foi a Indústrias Villares (fls. 262). No entanto, o STJ adotou providências no sentido de resguardar o interesse público quanto aos preços praticados, como pode se constatar pelo expediente à fl. 266."
- b) Se a firma Eleservice estivesse apta tecnicamente à prestação dos serviços relacionados nos itens 1.1.d 1.2.c do Anexo II do Edital (exame dos dispositivos de segurança e reguladores com a eliminação dos defeitos mecânicos e o acionamento do sistema de segurança, com os ajustes das velocidades de desarme), poderia ter requerido um atestado de algum cliente, visá-lo no CREA e apresentá-lo ao órgão licitante. Se assim não fez é porque provavelmente não se encontrava em condições de realizar o serviço.

13. Com essas considerações, propõe o Analista-Informante que:

- a) seja parcialmente acolhida a presente Representação, tendo em vista que o subitem 2.2 do edital da TP n° 23/95 restringiu indevidamente a competitividade do processo licitatório;
- b) seja determinado ao STJ que não mais inclua nos editais de licitação cláusula que inabilite empresa por ter sido apenada por outro órgão com a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei n° 8.666/93, tendo em vista que o procedimento afronta o princípio constitucional da isonomia, bem como o art. 3°, § 1°, da mencionada Lei;
- c) sejam acatadas as razões de justificativas apresentadas pelo STJ quanto à legalidade do subitem 4.1.3-II do edital;
- d) seja encaminhada à interessada cópia da decisão a ser adotada, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentarem.

14. Os dirigentes do órgão técnico manifestam-se de acordo (fls. 276).

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

15. No essencial, o Ministério Público assim se pronunciou (fls. 92/98):

"Entendemos correta a linha interpretativa adotada pela empresa, bem como pela 3ª SECEX, com relação aos termos Administração e Administração

Pública constantes dos incisos III e IV, respectivamente, do art. 87 da Lei nº 8.666/93. A palavra Administração (inciso III) referir-se-ia, única e exclusivamente, à entidade que aplicou a sanção, enquanto que a expressão Administração Pública (inciso IV), diz respeito a todo o universo de entidades da administração pública. Para tal conclusão, fazem referência aos conceitos estabelecidos no art. 6º, incisos XI e XII, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

'XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;'

Entretanto, tal interpretação não afasta o poder discricionário dos órgãos e entidades da Administração Pública em estabelecer os critérios específicos de idoneidade para suas licitações, por envolver a habilitação aspectos subjetivos (é dizer, da pessoa dos ofertantes).

A finalidade da fase habilitatória é eliminar os interessados que, à vista de suas condições subjetivas, não possam oferecer o integral, fiel e eficiente cumprimento do contrato que vier a ser celebrado.

Do exposto, e entendendo que a pena de suspensão aplicada pelo Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo - MICT pode ser estendida a outras entidades ou órgãos da União, em razão da gravidade da sanção, opinamos pelo arquivamento da Representação." (grifos do original).

É o Relatório.

VOTO

A empresa Eleservice foi considerada inabilitada na Tomada de Preços nº 23/95 em razão do disposto nos subitens 2.2 e 4.1.3-II do respectivo edital. Consoante a percuciente análise realizada pela Unidade Técnica, a CPL-STJ agiu corretamente ao inabilitar a empresa por não ter apresentado o atestado de capacidade técnica nos moldes exigidos pelo último subitem mencionado, o qual, conforme ficou demonstrado, está de acordo com o que preceitua o inciso I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

2. No entanto, no que se refere ao subitem 2.2 do edital, divergem os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público. A solução da divergência reside em saber se a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 - suspensão temporária de participação em licitação - abrange tão-somente o órgão que a aplicou ou, por outro lado, se é extensível a toda a Administração Pública.

3. Sobre o tema, compartilho da opinião da SECEX de que a sanção de que se trata está adstrita ao órgão que a aplicou, pelas seguintes razões.

3.1. O art. 87 da Lei nº 8.666/93 estabelece em seus quatro incisos, dispostos em uma escala gradativa, as sanções que pode a *Administração* aplicar ao contratado pela inexecução total ou parcial do contrato. O inciso III prevê a "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a *Administração*, por prazo não superior a 2 (dois) anos". Já o inciso IV possibilita a aplicação de sanção ainda mais grave, qual seja: a "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a *Administração Pública* enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade..."

3.2. De imediato, observa-se que o legislador faz distinção entre *Administração* e *Administração Pública* quando se refere à abrangência das respectivas sanções. Desta forma, segundo os referidos dispositivos, o impedimento temporário de participar de procedimentos licitatórios está adstrito à *Administração*, assim entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o "órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente". Por outro lado, a declaração de inidoneidade, por ser de natureza mais grave, estende-se a toda a *Administração Pública*, definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º, inciso XI). Caso desejasse que a punição de suspensão temporária do direito de licitar fosse estendida a toda a *Administração Pública*, certamente o legislador teria expressamente a ela se referido no texto legal. Como não o fez, e tratando-se de matéria de natureza penal (em sentido amplo), deve-se interpretar o comando normativo de forma restritiva. Desse modo, *Administração*, conforme definido no art. 6º, inciso XII, da Lei nº 8.666/93, deve ser entendida como sendo apenas o órgão ou entidade contratante que aplicou a penalidade, sob pena de, em se ampliando esse conceito, criar-se hipótese não prevista na lei.

3.3 No entanto, essa interpretação não é pacífica entre os autores que debatem o tema. Marçal Justen Filho, por exemplo, considera que, "enquanto não houver regramento mais detalhado", não tem sentido circunscreverem-se os efeitos da "suspensão de participação em licitação" a apenas um órgão específico, "a menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inciso III" (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª edição, pág. 476).

3.4 *Data maxima venia*, na falta de "regramento" mais detalhado para o dispositivo legal, deveria o intérprete restringir e não ampliar o seu espectro, pois como já dito trata-se de norma que restringe direitos dos potenciais licitantes. Sobre a interpretação de disposições cominadoras de penas, lembro, em proveito do caso que se examina, o seguinte ensinamento de Carlos Maximiliano:

"... Interpreta-se a lei penal, como outra qualquer, segundo os vários processos de Hermenêutica. Só compreende, porém, os casos que especifica. Não se permite estendê-la, por analogia ou paridade, para qualificar faltas reprimíveis, ou lhes aplicar penas. (...) Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade;

conseqüentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade. (...) Parecem intuitivas as razões pelas quais se reclama exegese rigorosa, estrita, de disposições cominadoras de penas. (...) Escritores de prestígio excluem a exegese extensiva das leis penais, por serem estas *excepcionais*, isto é, derogatórias do Direito comum (...) Pode haver, não simples impropriedade de termos ou obscuridade de linguagem, mas também engano, lapso, na redação. Este *não se presume; é de rigor* seja demonstrado cabalmente" (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 15ª edição, 1995, págs. 320/328).

3.5 Justifica-se a abrangência maior da declaração de inidoneidade, em termos meramente lógicos, pela constatação da impossibilidade de alguém ser inidôneo para fins federais e não o ser para fins estaduais ou municipais. Entretanto, mesmo esta interpretação encontra posições divergentes entre os tratadistas. Carlos Ari Sunfeld, por exemplo, entende que a declaração de inidoneidade firmada em determinada esfera de Governo não se estende a outra, porque a lei, neste caso, deve ser interpretada restritivamente, e a adoção de posição inversa significaria "obrigar alguém a deixar de fazer algo sem lei específica que o determine, em confronto com o princípio da legalidade..." (*in* Licitação e Contrato Administrativo, de acordo com as Leis nºs 8.666/93 e 8.883/94, Malheiros Editores, 1994). No mesmo sentido assim posicionou-se o Prof. Toshio Mukai:

"A sanção prevista no inc. III valerá para o âmbito do órgão que a decretar e será justificada, regra geral, nos casos em que o infrator prejudicar o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa.

Já aquela prevista no inc. IV valerá para o âmbito geral, abrangendo a entidade política que a aplicou, e será justificada se o infrator age com dolo ou se a infração é de natureza grave, dentro do procedimento licitatório ou na execução do contrato" (*in* Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, 2ª edição, pág. 84).

3.6 Se é defensável que alguém considerado inidôneo em determinada esfera administrativa não o seja em outra, muito mais razoável é admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar seja válida apenas no âmbito do órgão ou entidade que aplicou a penalidade, não apenas por raciocínio lógico, mas principalmente em atenção ao princípio da legalidade, que deve nortear toda a atividade da Administração Pública. Acrescente-se que, se ambas as penalidades, aplicadas por determinado órgão ou entidade, fossem extensíveis a toda a Administração Pública, como entendem alguns autores, não haveria praticamente distinção entre elas, exceto quanto ao prazo de duração: enquanto a inidoneidade perdura no mínimo por dois anos, podendo o apenado, após esse prazo, ser "reabilitado", a suspensão temporária de participação em licitação tem o seu prazo máximo fixado em dois anos. Desta forma, se prevalessesse tal entendimento, não haveria a

necessidade de distinção entre as duas penalidades, baseada na gravidade da falta, como consta do texto legal, pois ambas implicariam o impedimento do apenado em licitar e contratar com *toda a Administração Pública* e não apenas com o órgão apenador - no caso da suspensão temporária - ou com os órgãos e entidades integrantes da esfera de Governo na qual foi declarada a inidoneidade (admitindo-se, nesta última hipótese, apenas a título ilustrativo, as interpretações de Carlos Ari Sundfeld e Toshio Mukai). Em melhores letras, o Prof. Floriano Azevedo Marques Neto, assim abordou essa questão:

3.7 "...E aqui reside justamente o eixo do argumento: entendessemos nós que a suspensão e a inidoneidade, ambas, têm o mesmo âmbito de conseqüências, e chegaríamos ao absurdo de tornar as duas penalidades indiferenciadas. Sim, porque ambas possuem uma conseqüência comum: impedem que o apenado participe de licitação ou firme contrato administrativo. Se desconsiderarmos as diferenças de extensão que ora sustentamos, perderia o sentido existirem duas penalidades distintas. Afinal ambas teriam a mesma finalidade, a mesma conseqüência e o mesmo âmbito de abrangência. Estaríamos diante de interpretação que leva ao absurdo" (Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade, *in* Boletim de Licitações e Contratos, março/95, págs. 130/134).

3.8 Registre-se, ainda, que a Lei 8.666/93 não prevê penalidade a quem permitir licitar ou contratar com alguém apenado com a suspensão temporária de que fala o art. 87, inciso III. No entanto, considera crime "admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo", para o qual prescreve as penas de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (art. 97). Essa constatação ratifica o entendimento de que o impedimento de licitar ou contratar com alguém apenado com a sanção do art. 87, inciso III, restringe-se ao órgão ou entidade que aplicou a sanção, já que não há quaisquer óbices a que outros órgãos venham a fazê-lo.

3.9 Há ainda um outro argumento, igualmente forte, a balisar essa tese: como a Lei 8.666/93, ao menos de forma expressa, não delegou competência para que o agente público, de determinado órgão ou entidade, agisse em nome dos demais, os efeitos jurídicos do ato daquele agente, que presumivelmente deve ser a autoridade máxima do órgão ou entidade, já que a lei é omissa a respeito (no caso do art. 87, inciso III), estão limitados à sua competência administrativa, valendo dizer, aplicam-se aos que lhe forem subordinados. Toshio Mukai, no mesmo sentido, assim se pronunciou:

"...Assim, também no âmbito do Tribunal de a autoridade máxima de um órgão deverá ser competente para aplicar aquela penalidade. Ao exercitar essa competência, evidentemente, o Presidente do Tribunal, salvo delegação, estará expedindo um ato administrativo sancionatório cujo âmbito de validade, de efeitos jurídicos, há de se cingir ao âmbito da competência administrativa do Presidente referido, e que se esgota no âmbito do Tribunal por ele presidido.

Não pode em hipótese alguma a expressão 'Administração', no caso empregada no despacho sancionatório, ser interpretada em termos genéricos. Há que se visualizar ali a Administração como sendo a Secretaria Geral do Tribunal, posto que os efeitos do ato sancionatório esgotam-se no âmbito da competência (atribuições) do Presidente do Tribunal.

De modo algum pode-se entender que aquela sanção possa ter o condão de ter validade perante qualquer órgão ou entidade pública que promova licitação. É que os efeitos jurídicos da sanção aplicada estão indissolúvelmente atrelados, sendo mesmo produtos dela, à competência do agente que aplica a sanção" (Pena de Suspensão do Direito de Participar de Licitação, imposta pelo Estado, *in* Boletim de Licitações e Contratos, dezembro de 1994, págs. 569/574).

Pelos mesmos motivos expostos, considero também infringente ao princípio da legalidade a inclusão, no subitem 2.2 do edital da TP nº 23/95 do STJ, de disposição tendente a impedir a participação no processo licitatório de firma que "haja tido contrato de prestação de serviço rescindido por motivos inclusos no art. 78, incisos I a IV", da Lei 8.666/93, exceto se a rescisão contratual tenha ocorrido no âmbito daquele Tribunal.

Ante todo o exposto, com as vênias de praxe por dissentir do Ministério público, VOTO, acolhendo os pareceres da 3ª SECEX, por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este Plenário.

DECISÃO Nº 352/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-017.801/95-8
2. Classe de Assunto: VII - Representação.
3. Interessada: Eleservice do Brasil Componentes Eletrônicos Ltda.
4. Órgão: Superior Tribunal de Justiça - STJ.
5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora Maria Alzira Ferreira.
7. Unidade Técnica: 3ª SECEX.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DE-

CIDE:

8.1. conhecer da presente Representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

8.2. determinar ao Superior Tribunal de Justiça que, em observância ao princípio da legalidade, não mais inclua nos seus editais de licitação cláusula impeditiva de participação, no respectivo certame, de interessados eventualmente apenados por outro órgão ou entidade da Administração Pública (art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93), com a sanção prevista no art. 87, inciso III, desse diploma

1. Publicada no DOU de 22/06/98.

legal, ou ainda que tenham tido seus contratos, firmados com os mencionados órgãos e entidades, rescindidos com fulcro nos incisos I a IV do art. 78 da referida Lei;

8.3. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam, à interessada e ao STJ;

8.4. determinar o arquivamento do presente processo.

9. Ata nº 21/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 10/06/1998 – Extraordinária pública.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Carlos Átila Álvares da Silva, Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin (Relator), Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Benjamin Zymler.

11.2. Ministro com voto vencido: José Antonio Barreto de Macedo.

Homero Santos
Presidente

Bento José Bugarin
Ministro-Relator

CRM/TO - ADMISSÕES SEM CONCURSO PÚBLICO

Relatório de Auditoria

Ministro-Relator Jose Antonio Barreto de Macedo

Grupo I - Classe V - Plenário

TC-725.037/97-0

Natureza: Relatório de Auditoria.

Entidade: Conselho Regional de Medicina do Tocantins - CRM/TO.

Responsável: Neuza Gonçalves Pedroza, Presidente.

Ementa: Relatório de Auditoria realizada nas áreas de contratos, licitações e pessoal. Admissões sem concurso público. Ocorrência de outras falhas atinentes ao descumprimento de dispositivos legais. Inoportunidade de determinar-se a dispensa de pessoal do CRM/TO, ante a possibilidade de vir a prevalecer entendimento diverso sobre a matéria (Acórdão 50/98 - TCU/2ª Câmara - in Ata n. 04/98 e Acórdão 151/98 - TCU/2ª Câmara - in Ata n. 12/98). Fixação de prazo para a adoção de medidas saneadoras. Determinação.

RELATÓRIO

Trata-se do Relatório da Auditoria realizada pela SECEX/TO no Conselho Regional de Medicina do Tocantins - CRM/TO, no período de 20.03 a 04.04.97, com a finalidade de examinar os atos e fatos administrativos concernentes à execução orçamentária e financeira, contratos, licitações, pessoal e outros.

2. Em decorrência do que resultou apurado (fls. 03), a responsável foi ouvido em audiência (fls. 05/08). A SECEX/TO, após examinar as razões de justificativa por ele apresentadas, formula proposta no sentido de que (fls. 29/30):

"a) seja fixado prazo para que o CRM/TO anule as admissões sem concurso público, por contrariarem o disposto no art. 37, II, da CF e a Súmula 231, de jurisprudência deste Tribunal, observando, doravante a regra constitucional do concurso público nas admissões de pessoal;

b) interrompa a concessão de adiantamento a funcionários, por ferir o disposto no inciso IV, Art. 6º do Decreto-lei 2.355/87;

c) suspenda o contrato firmado com a firma Ticket Serviços Com. e Adm. Ltda., por contrariar os arts. 2º, 3º e 57 § 3º da Lei 8.666/93 e passe a cumprir tal benefício em pecúnia como determina a Medida Provisória 1.573-9 de 03 de julho de 1997;

d) inclua no contrato, celebrado com a Assessora Jurídica Rosana Medeiros Ferreira, a cláusula prevista no item V do Art. 55 da Lei 8.666/93;

e) seja fixado prazo para que o CRM/TO cancele o contrato firmado com a empresa de vigilância e jardinagem, por contrariar os artigos 2º e 3º da Lei 8.666/93, e promova licitação, obedecendo rigorosamente as determinações da referida Lei."

3. Importa esclarecer, a propósito, que:

3.1 - o inciso IV do art. 6º do Decreto-Lei nº 2.355/87 proíbe empréstimos sob qualquer modalidade e adiantamentos de qualquer tipo;

3.2 - o contrato com a empresa Ticket Serviços Com. e Adm. Ltda. foi firmado sem licitação, contrariando o disposto no art. 2º e 3º da Lei nº 8.666/93, bem como o § 3º do art. 57 da mencionada lei, que estabelece vedação para que a Administração Pública firme "contrato com prazo de vigência indeterminado";

3.3 - o art. 55, inciso V, da supramencionada Lei nº 8.666/93 inclui entre as cláusulas necessárias em todo o contrato a que estabeleça o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

3.4 - o contrato firmado com a empresa de vigilância e jardinagem também precindiu de procedimento licitatório.

4. Na Sessão de 22/10/97, o Tribunal Pleno decidiu sobrestar o julgamento do presente processo até que se deliberasse sobre os estudos determinados à SEGECEX, "ante a edição da Medida Provisória n. 1.549-35, de 09.10.97, conforme Comunicação da Presidência, na Sessão Plenária de 15.10.97" (Decisão n. 708/97 - *in* Ata n. 42/97 - fls. 36).

5. Considerando que na Sessão da 2ª Câmara de 29/01/98, restou assente o entendimento de que o Tribunal deve dar continuidade ao exame dos processos referentes aos conselhos de fiscalização de profissões liberais (Decisão n. 06/98 - *in* Ata n. 01/98), a SECEX/TO reinstruiu o feito, propondo que o Tribunal delibere da forma preconizada em sua instrução anterior, de fls. 29/30, supratranscrita.

6. O Ministério Público manifesta-se de acordo com a proposição formulada pela Unidade Técnica (fls. 38v).

7. É o relatório.

VOTO

Conforme se verifica, a Unidade Técnica, com o endosso do Ministério Público, propõe a fixação de prazo para que sejam tornadas nulas as admissões efetivadas sem o devido concurso público.

2. Vale lembrar que a edição da Medida Provisória n. 1.549-35, de 09.10.97, ensejou determinação do Presidente desta Corte no sentido de que fossem realizados estudos acerca da orientação a ser adotada no exame dos processos relativos

aos Conselhos de Fiscalização de Profissões Liberais (Comunicação da Presidência, 15.10.97).

3. Registre-se que, em Sessão Plenária de 12.11.97, firmou-se o entendimento de que nada obsta ao prosseguimento do exame dos processos concernentes às mencionadas entidades.

4. Naquela oportunidade, ponderei que nos casos em que fossem propostas determinações aos conselhos de fiscalização de profissões liberais conviria atentar para os efeitos que delas possam resultar, tendo em vista estarem, ainda, pendentes de deliberação os estudos determinados à SEGECEX, os quais envolvem as questões concernentes à natureza jurídica dessas entidades e à sujeição delas à fiscalização deste Tribunal.

5. A propósito, o art. 58 e seus parágrafos da Medida Provisória n. 1.549, com as alterações que lhes foram introduzidas, até a edição de n. 40, baixada em 26 de fevereiro de 1998, passaram a integrar as Medidas Provisórias n. 1.642, de 13/03/98, e 1.651, de 07/04/98. Em 27 de maio do corrente ano, foi sancionada a Lei n. 9.649, em vigor a partir do dia seguinte, a qual, em seu art. 58 e parágrafos, assim dispõe:

"Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos os conselhos regionais.

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas,

anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária toval em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no *caput*.

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.”

6. Ressalte-se, ademais, que se encontra pendente de apreciação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal o Mandado de Segurança n. 21.797-9, impetrado pelo Conselho Federal de Odontologia contra decisão desta Corte ao apreciar o TC-021.750/94-7, em que se questiona o regime jurídico a que estão subordinados os servidores daquele Conselho.

7. À vista do expendido, e seguindo a mesma orientação adotada pelo Tribunal em outras duas oportunidades, ao julgar as contas do Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 9ª Região – CRECI/BA e do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia no Estado do Pará - CREA/PA, das quais também fui o Relator (respectivamente TC n. 250.214/97-0, Acórdão 50/98 - *in* Ata n. 04/98, e TC n. 450.149/97-8, Acórdão 151/98 - *in* Ata n. 12/98), deixo de acolher a proposta de que sejam anuladas as admissões sem concurso público efetivadas pelo CRM/TO, por não me parecer oportuno decidir sobre essa matéria, ante a possibilidade de vir a prevalecer entendimento diverso, seja por parte do próprio TCU, ou do Poder Judiciário.

8. Importa consignar, ainda, que este E. Plenário, na Sessão de 20/05/98, ao apreciar Relatório de Auditoria realizada no Conselho Regional de Economia da 2ª Região - deixando de acolher proposta semelhante a que ora é formulada pela SECEX/TO e pela douta Procuradoria - determinou àquele Conselho a observância dos “princípios constitucionais aplicáveis à contratação de pessoal, em especial, o disposto no art. 37, II”. Entendo que, no presente processo, deva o Tribunal adotar medida idêntica.

9. De outra parte, quanto às medidas a que aludem as alíneas **b** e **e** da proposta da Unidade Técnica, cabe fixar prazo para o seu cumprimento, *ex vi* do disposto no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e no art. 45 da Lei n. 8.443/92, c/c o art. 195 do Regimento Interno.

10. Por fim, com relação à alínea c da referida proposta, é de se consignar que a Medida Provisória n. 1.573-9, de 03/07/97, foi convertida na Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997 (DOU 11.12.97), que estabelece em seu art. 3º, *in verbis*:

"Art. 3º. O art. 22 da Lei nº 8.460, de 17 de setembro de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 22. O Poder Executivo disporá sobre a concessão mensal do auxílio-alimentação por dia trabalhado, aos servidores públicos federais civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º. A concessão do auxílio-alimentação será feita em pecúnia e terá caráter indenizatório.

(...)' "

Com essas ressalvas, acolho, no mérito, os pareceres e voto por que seja adotada a decisão que ora submeto à apreciação deste E. Plenário.

DECISÃO Nº 364/98 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-725.037/97-0
2. Classe de Assunto: V - Relatório da Auditoria realizada na área de contratos, licitações e pessoal.
3. Entidade: Conselho Regional de Medicina do Tocantins - CRM/TO.
4. Responsável: Neuza Gonçalves Pedroza, Presidente.
5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Walton Alencar Rodrigues.
7. Unidade Técnica: SECEX/TO.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - com fundamento no disposto no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e no art. 45 da Lei n. 8.443/92, c/c o art. 195 do Regimento Interno, fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que o Conselho Regional de Medicina do Tocantins - CRM/TO adote, se ainda não o fez, as seguintes medidas, comunicando o seu cumprimento ao Tribunal:

8.1.1 - promova a rescisão do contrato firmado com a empresa Ticket Serviços Com. E Adm. Ltda., por contrariar os arts. 2º, 3º e 57, § 3º, da Lei 8.666/93, e passe a conceder tal benefício em pecúnia, conforme determina a Lei n. 8.460, de 17/09/92, em seu art. 22, com a redação dada pela Lei n. 9.527, de 10/12/97;

8.1.2 - inicie procedimento licitatório com vistas à contratação de empresa para a prestação de serviços de vigilância e jardinagem, promovendo, tão logo assine o novo contrato, a rescisão do atualmente em vigor, por contrariar os artigos 2º e 3º da Lei 8.666/93;

1. Publicada no DOU de 29/06/98.

8.1.3 - inclua no contrato celebrado com a Assessora Jurídica Rosana Medeiros Ferreira a cláusula prevista no item V do Art. 55 da Lei 8.666/93;

8.1.4 - interrompa a concessão de adiantamento a funcionários, tendo em vista a proibição prescrita no art. 6º, inciso IV, do Decreto-lei 2.355/87;

8.2 - determinar ao Conselho Regional de Medicina do Tocantins - CRM/TO que, doravante, abstenha-se de admitir pessoal sem a realização de prévio concurso público, ante o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, e na Súmula 231, de jurisprudência deste Tribunal.

9. Ata n. 23/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 17/06/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Carlos Átila Álvares da Silva, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo (Relator), Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zynler.

Homero Santos
Presidente

José Antonio Barreto de Macedo
Ministro-Relator

ATOS NORMATIVOS DO TCU

INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 02I, DE 29 DE ABRIL DE 1998¹

Dispõe sobre os procedimentos para a fiscalização do cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal, no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT e nas Leis nºs 9.394/96 e 9.424/96 no âmbito federal.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, e

Considerando que assiste ao Tribunal, no âmbito de sua competência e jurisdição, o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade, nos termos do previsto no art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

Considerando o disposto na Emenda Constitucional nº 14, de 1996, que modificou os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e deu nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

Considerando o disposto no art. 73 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que determina aos órgãos fiscalizadores o exame prioritário, na prestação de contas de recursos públicos, o cumprimento do estabelecido no art. 212 da Constituição Federal, no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e na legislação concernente;

Considerando as disposições da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

Considerando o disposto no Decreto nº 2.264, de 27 de junho de 1997, que regulamenta a Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996;

Considerando que cabe ao Tribunal de Contas da União criar no âmbito federal mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal, no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do disposto no artigo 11 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996;

Considerando, ainda, que compete ao Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio a ser elaborado em sessenta dias a

1. Publicada no DOU de 04.05.1998.

contar do seu recebimento, nos termos do art. 1º, inciso III, c/c art. 36 e parágrafo único da Lei nº 8.443/92, resolve:

Art. 1º 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.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, a parcela de arrecadação de impostos transferida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios não é considerada receita da União, para fins do cálculo da aplicação mínima exigida.

§ 2º O Balanço Geral da União, a que se refere o art. 36, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, deverá conter demonstrativo consolidado da despesa executada, por programa e natureza da despesa, no sistema de manutenção e desenvolvimento do ensino, além dos demonstrativos contábeis que registram a receita arrecadada com impostos e as transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 3º Até o dia 15 de dezembro de cada exercício, o Ministério da Fazenda encaminhará ao Tribunal de Contas da União a planilha de cálculo com os valores pertinentes à estimativa da complementação anual da União aos recursos dos Fundos a que se referem os §§ 1º e 3º do art. 60-ADCT, na forma prevista no art. 6º da Lei nº 9.424/96.

§ 4º O Ministério da Fazenda informará ao Tribunal, a cada distribuição, os valores repassados a cada Fundo, de que trata o parágrafo anterior, inclusive a complementação federal.

Art. 2º A planilha de cálculo a que se refere o § 3º do art. 1º desta Instrução Normativa deverá conter os seguintes elementos:

I - o número de alunos de cada unidade federada e dos respectivos Municípios resultante do Censo Educacional realizado anualmente pelo Ministério de Educação e do Desporto, publicado no Diário Oficial da União, na forma prevista nos §§ 4º e 5º do art. 2 da Lei nº 9.424/96 e alínea "b" do § 2º do art. 2º do Decreto nº 2.264, de 27 de junho de 1997;

II - o valor mínimo anual por aluno, definido na forma prevista no § 1º do art. 6º da Lei nº 9.424/96, bem como o valor, por unidade federada, resultante do produto do número de alunos a que se refere o inciso anterior e o valor mínimo mencionado neste inciso;

III - as estimativas de receitas pertinentes aos recursos de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 9.424/96, bem como o valor total dessas receitas estimadas no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal;

IV - a diferença entre o valor resultante do produto estabelecido no inciso II e o valor total das receitas estimadas a que se refere o inciso III deste artigo;

V - o valor da complementação da União, quando for o caso, conforme o previsto no "caput" do art. 6º da Lei nº 9.424/96.

Art. 3º Até o último dia útil de cada exercício, o Ministério da Educação e do Desporto remeterá ao Tribunal as informações utilizadas no cálculo efetivo dos coeficientes de distribuição dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério - FUNDEF e o resultado do Censo Escolar do ano em curso, publicados nos termos do previsto na alínea "b" do § 2º do art. 2º do Decreto nº 2.264/97, bem como as planilhas de cálculo da tabela de coeficientes, de que trata o § 3º, do art. 2º, do mesmo Decreto, para utilização no ano subsequente.

§ 1º Os recursos apresentados por Estados, Distrito Federal e Municípios, para retificação de dados pertinentes ao Censo Educacional, nos termos do previsto nos §§ 4º e 5º do art. 2º da Lei nº 9.424/96, devem ser encaminhados ao Ministério da Educação e do Desporto, que decidirá conclusivamente.

§ 2º O Tribunal somente determinará a revisão dos coeficientes de que trata o "caput" deste artigo, quando solicitado pelos interessados, em razão de inconsistências observadas no cálculo 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.

§ 3º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no prazo de trinta dias, a partir da publicação da tabela de coeficientes de distribuição dos recursos do FUNDEF, a que se refere o § 3º do art. 2º do Decreto nº 2.264/97, apresentar contestação junto ao Tribunal, quando configurada a situação prevista no § 2º deste artigo.

§ 4º A Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais - SECON, após diligências junto ao Ministério da Educação e do Desporto e ao Ministério da Fazenda, se for o caso, instruirá os processos originados do previsto no parágrafo anterior, quanto à contestação apresentada, e encaminhará os autos ao gabinete do Relator.

Art. 4º Para fins do previsto no "caput" do art. 1º desta Instrução Normativa, 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.

§ 1º A Unidade Técnica referida no "caput" submeterá ao Ministro-Relator das Contas do Governo Federal de cada exercício os resultados dos trabalhos fiscalizatórios pertinentes, com proposta de menção no Relatório e Projeto de Parecer Prévio das referidas contas, a serem submetidos ao Tribunal.

§ 2º Para fins do disposto no "caput" deste artigo, "in fine", a SECON poderá contar com o auxílio da 5ª e da 6ª SECEX, a critério do Ministro-Relator a que se refere o parágrafo anterior.

Art. 5º O Banco do Brasil S.A. repassará, automaticamente, para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos

Municípios, vinculadas ao FUNDEF, instituídas para esse fim e mantidas em suas agências, os recursos do Fundo previsto no art. 1º da Lei nº 9.424/96.

§ 1º O cumprimento do disposto no "caput" será comunicado pelo Banco do Brasil S.A. ao Tribunal de Contas da União, discriminadamente, mediante listagens ou meios magnéticos, até dois dias úteis após efetivado o crédito dos valores.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo às transferências constitucionais de que trata o art. 159, inciso I, alíneas "a" e "b", e inciso II, da Constituição Federal.

Art. 6º O Ministério da Fazenda, até dois dias úteis após a distribuição dos recursos pertinentes às transferências constitucionais a que se refere o art. 159, incisos I e II, da Constituição Federal, encaminhará ao Tribunal de Contas da União o demonstrativo da composição dessas transferências, discriminando a receita classificada no período correspondente a cada distribuição.

Art. 7º Cabe à SECON, no âmbito deste Tribunal, o acompanhamento da classificação das receitas e distribuição dos valores a que se referem os arts. 5º e 6º desta Instrução Normativa, na forma e prazos constitucionais e legais, a serem creditados aos respectivos beneficiários.

Art. 8º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Homero Santos
Presidente

INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 022, DE 06 DE MAIO DE 1998¹

Dispõe sobre alteração do artigo 27 da Instrução Normativa TCU nº16/97.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, RESOLVE:

Art. 1º O artigo 27 da Instrução Normativa nº 16/97 passa a vigorar com a nova redação, nos seguintes termos:

"Art. 27 Encerrado o processo relativo à fiscalização ou específico de admissão de pessoal ou concessão de aposentadoria, pensão ou reforma, se ocorrer qualquer das medidas elencadas na alínea "c" do § 1º do artigo 21 e no artigo 26 desta IN, quando imputada responsabilidade ao gestor, será determinada sua juntada às contas da respectiva entidade."

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Homero Santos
Presidente

1. Publicada no DOU de 11.05.1998.

DECISÃO NORMATIVA TCU Nº 019, DE 24 DE JUNHO DE 1998¹

Aprova procedimentos destinados à viabilização do ressarcimento ao erário, mediante desconto em folha de pagamento, de débitos ou multas apurados em Acórdãos Condenatórios do Tribunal de Contas da União.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 80, inciso III, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15/93, resolve:

Art. 1º Os Acórdãos Condenatórios aprovados pelo Tribunal de Contas da União, após numerados, serão juntados aos respectivos processos e encaminhados pela Secretaria-Geral das Sessões às Unidades Técnicas competentes para notificação do responsável, a fim de que efetue e comprove o recolhimento da dívida, nos termos da Lei n. 8.443/92 e do Regimento Interno, bem como para a devida comunicação ao órgão de origem.

Art. 2º Na instrução dos processos de tomadas e prestações de contas, as Unidades Técnicas Executivas deverão:

I - dispensar especial atenção aos dados de identificação dos responsáveis, destacando nome, CPF, endereço residencial e profissional, número de telefone, número do registro geral de identificação, com indicação do órgão emissor e, quando for o caso, cargo ou função, PIS/PASEP, bem assim o regime jurídico do servidor responsável e os dados referentes ao órgão de origem do mesmo:

II - propor, no caso de acórdão condenatório de débito contra servidor regido pela Lei nº 8.112/90, que o Tribunal, desde logo, caso não atendida a notificação:

a) determine, com fundamento no art. 28, inciso I, da Lei n. 8.443/92, o desconto integral ou parcelado da dívida na remuneração do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente;

b) autorize, nos termos do art. 28, inciso II, da mencionada Lei, a cobrança judicial da dívida, no caso de não ser aplicável ou de não surtir efeito a providência prevista na alínea anterior.

Art. 3º Fica autorizado o Ministério Público junto a este Tribunal a exercer a coordenação, o acompanhamento e o controle dos atos indispensáveis ao ressarcimento referido no art. 2º, podendo adotar, entre outros, os seguintes procedimentos:

I - encaminhar aos órgãos e entidades competentes as informações e a documentação necessárias;

II - manter entendimento com a Advocacia-Geral da União ou com os dirigentes das entidades jurisdicionadas ao Tribunal de Contas da União, com vistas

1. Publicada no DOU de 29.06.1998.

a, quando for conveniente, propor a suspensão das ações de execução ajuizadas, até o efetivo recolhimento do débito; e

III - requerer a colaboração dos órgãos competentes do Controle Interno para a consecução dos objetivos desta Decisão Normativa, remetendo-lhes as instruções que se fizerem necessárias.

Art. 4º As Secretarias de Controle Externo, na Sede e nos Estados, bem como as demais Unidades Técnicas deste Tribunal, prestarão as informações e o auxílio necessário ao Ministério Público junto ao TCU, sempre que solicitado, no cumprimento das medidas adotadas na presente Decisão Normativa.

Art. 5º Esta Decisão Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Carlos Átila Álvares da Silva
na Presidência

RESOLUÇÃO TCU Nº II3, DE 20 DE MAIO DE 1998¹

Estabelece procedimentos para envio à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral de relação de nomes de responsáveis que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível, e dá outras providências.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, resolve:

Art. 1º Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea "g" e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e no art. 11, "caput" e § 5º, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, o Tribunal enviará à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, o Tribunal organizará e manterá atualizado Cadastro que contenha o nome dos responsáveis por contas julgadas irregulares.

§ 2º A relação dos nomes contidos no Cadastro a que se refere o § 1º será enviada pelo Presidente do Tribunal à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral no primeiro dia útil do mês de julho do ano em que se realizarem as eleições, excetuando, quando do encaminhamento, os nomes dos responsáveis cujas contas ainda persistam sob apreciação, no âmbito deste Tribunal, em decorrência da interposição dos recursos a que se refere o art. 32, incisos I e II, da Lei nº 8.443/92.

§ 3º A relação de que trata o parágrafo anterior será atualizada e encaminhada aos mesmos órgãos até o dia da véspera do pleito.

§ 4º Cópia da relação prevista no § 2º será encaminhada, na mesma data, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados.

Art. 2º No caso de eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital, a relação de que trata o § 2º do art. 1º, no tocante à Justiça Eleitoral, deverá ser encaminhada ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais, bem como ao Procurador Geral Eleitoral e aos Procuradores Gerais da Justiça dos Estados que atuam junto à Justiça Eleitoral.

Art. 3º No caso de eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, além dos órgãos mencionados no art. 2º, a relação de que trata o § 2º do art. 1º deverá ser

1. Publicado no DOU de 25/05/1998.

encaminhada, quando expressamente solicitada, aos Juízes Eleitorais e às Juntas Eleitorais, bem como aos membros do Ministério Público que atuam junto a esses órgãos, hipótese em que o atendimento poderá ser efetuado pela Unidade Técnica a que se refere o art. 4º, mediante delegação de competência.

Art. 4º No âmbito do Tribunal, compete à Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais (SECON) organizar e manter permanentemente atualizado o Cadastro a que se refere o § 1º do art. 1º.

§ 1º Após transitada em julgado a Decisão, sem que o interessado tenha recorrido na forma a que se refere o § 2º do artigo 1º, "in fine", desta Resolução, as Secretarias de Controle Externo remeterão à SECON, no prazo de trinta dias, os processos de tomada ou prestação de contas julgadas irregulares.

§ 2º Compete à Secretaria de Controle Externo que instruiu o processo mencionado no parágrafo anterior:

I - atestar sobre a inexistência de erros materiais;

II - juntar ficha(s) de qualificação do(s) responsável(eis), inclusive os solidários;

III - informar se no momento da ocorrência das irregularidades o(s) responsável(eis) exercia(m) cargo(s) ou função(ões) pública(s).

§ 3º A SECON registrará nos autos a que se refere o § 1º deste artigo o vencimento dos prazos recursais com efeitos suspensivos nos termos dos arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 8.443/92, e o caráter definitivo da decisão, comunicando o fato, em época própria, à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral, nos termos do previsto no art. 1º desta Resolução.

§ 4º Após o recebimento dos referidos processos e feita a atualização do Cadastro previsto no "caput" deste artigo, a SECON organizará o competente processo de cobrança executiva, quando cabível, e restituirá os autos à Unidade Técnica de origem para arquivamento.

§ 5º Aplica-se aos processos com decisão pelo arquivamento na forma do art. 93 da Lei nº 8.443/92 e do art. 248 do Regimento Interno o disposto no § 1º deste artigo.

Art. 5º Caberá à SECON o registro atualizado sobre a interposição dos recursos definidos na Lei nº 8.443/92 e no Regimento Interno do Tribunal.

§ 1º As Secretarias de Controle Externo darão conhecimento dos recursos recebidos, em caráter de urgência, à SECON, que aguardará o julgamento do recurso para atualizar os registros devidos.

§ 2º A informação de que trata o parágrafo anterior conterá os seguintes elementos:

I - nome(s) do(s) responsável(veis);

II - tipo de Recurso (art. 32 da Lei nº 8.443/92 e art. 234 do Regimento Interno);

III - o número do Acórdão recorrido, da Ata que contém a Decisão e do processo.

Art. 6º Autorizado o recolhimento parcelado da dívida no acórdão condenatório, sem que o interessado recorra do mérito da decisão, no prazo previsto na notificação, a Secretaria de Controle Externo, após o pagamento da primeira parcela, enviará o processo à SECON que, por sua vez, aplicará o disposto no § 3º do art. 4º e devolverá os autos à unidade técnica remetente, que acompanhará o recolhimento das demais parcelas.

Art. 7º Caso o responsável solicite parcelamento da dívida ou efetue o recolhimento do débito ou multa, dentro do prazo previsto na notificação, sem recorrer do mérito da decisão, a Secretaria de Controle Externo instruirá o processo e o encaminhará à SECON que, após as anotações de praxe, remeterá os autos ao Relator do feito.

Art. 8º Verificada a existência de inexatidão material no acórdão condenatório, a Unidade Técnica Executiva providenciará as correções necessárias, comunicando o fato à SECON para fins de controle.

Art. 9º As informações contidas no banco de dados previsto no art. 1º, "caput", são de caráter público.

Art. 10. Os casos omissos serão decididos pelo Presidente do Tribunal.

Art. 11. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as Portarias nºs 195, de 17 de junho de 1994 e 62, de 27 de fevereiro de 1996.

Homero Santos
Presidente

DESTAQUE

DISCURSO DE SAUDAÇÃO PROFERIDO PELO MINISTRO ADHEMAR GHISI POR OCASIÃO DA POSSE DO PROCURADOR GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU WALTON ALENCAR RODRIGUES

"Ama-se mais o que se conquistou com esforço" (Aristóteles)

Homenageou-me o Senhor Presidente do Tribunal de Contas da União, eminente Ministro Homero Santos, com a honrosa incumbência de saudar, em nome deste Colegiado, o novo e recém-empossado Procurador-Geral do Ministério Público junto à esta Corte de Contas, o Dr. Walton Alencar Rodrigues. Honrosa porque, mais do que o reconhecimento à viva inteligência e à inegável competência do ilustre Representante, a presente cerimônia festeja pessoa de minha alta estima, reforçada por sua amizade com meus filhos, nascida do convívio dos bancos universitários de Brasília, o qual em sua breve mas já consagrada jornada nesta Casa se afirmou, também, pela sobriedade, simplicidade e dedicada atenção no trato das tarefas administrativas e funcionais ao mesmo cometidas.

Homem de fala tranqüila e ponderada, de pensamento conciso, claro e objetivo, nosso novo Procurador-Geral, filho do querido Estado de Goiás, jovem ainda, elegeu a ciência jurídica como meta a ser perseguida e conquistada.

Nesse intento, bacharelou-se, primeiramente, pela Universidade de Brasília. Depois, prosseguindo em sua formação acadêmica, cursou o Mestrado em Direito Público também na mesma Universidade, com destaque para sua aprovação em primeiro lugar no exame prévio de admissão. A tese escolhida, "O Princípio da Economicidade como Critério de Controle da Administração Pública", sempre atual e presente em todos os cenários e seminários mundiais, demonstrava sua preocupação com os assuntos pertinentes à ação deste Tribunal, como também revelava, à época, o amadurecimento da experiência vivenciada como Chefe de Administração da Auditoria do Senado Federal.

Estudioso infatigável desse importante ramo do conhecimento humano, herdou o Dr. Walton Alencar Rodrigues de seus pais o gosto pela pesquisa e pela prática do Direito. Seu ilustre pai, o Dr. Wilton Honorato Rodrigues, e sua genitora, a Dra. Maria Dácia Alencar Rodrigues, bacharéis com sólida formação em Ciências Jurídicas, destacaram-se no exercício profissional da advocacia, exercitando aquele, ainda, o importante cargo de Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, com sede nesta Capital Federal, atuando, nessas condições, como Juiz convocado, junto ao Tribunal Superior do Trabalho, em várias oportunidades.

Destaco, por oportuno e desde logo, alguns fatos singulares que acompanham a vida de nosso ilustre homenageado, relativamente à sua família e à vinculação de seus membros às coisas do Direito e deste Tribunal de Contas.

Sua esposa a Dra. Maria Isabel Galotti Rodrigues, dedicada companheira e amiga, que sempre o apoiou em todos os períodos de formação e conquista profissional, ocupa justa e merecida posição de destaque junto ao Ministério Público da União, no cargo de Procuradora Regional da República, nesta cidade de Brasília. Seu sogro, o eminente Ministro Luiz Octávio Galotti, de ilustre família catarinense, que figura entre os mais notáveis juristas da atualidade, (peço perdão por ferir sua reconhecida modéstia), ocupando desde 1984 o relevante cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal., já honrou este Plenário com sua marcante presença, como Ministro e Presidente, e ainda, como Chefe e integrante dos quadros do Ministério Público junto à Corte. E sua sogra, a querida dama. Sra. Iara Chateaubriand Pereira Dinis Galotti, de família de grande tradição nordestina, destacou-se ao serviço deste Tribunal no exercício de importantes atividades como integrante de seu valoroso corpo técnico.

Absolutamente convencido da importância dos estudos na materialização de seu ideal profissional, logrou o Dr. Walton Alencar Rodrigues aprovação em alguns dos mais concorridos e difíceis concursos públicos de nosso país. Assim sucedeu para a carreira administrativa do Banco do Brasil; para a carreira administrativa do Senado Federal; para Analista Legislativo do Senado Federal; para Técnico Judiciário do Superior Tribunal de Justiça; para Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal; para Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados; para Procurador da República do Ministério Público Federal; e finalmente para Procurador do Tribunal de Contas da União, em novembro de 1994.

Anteriormente a este último concurso público, o nosso novo e vocacionado Procurador-Geral já exercera cargos e funções de alta relevância no cenário jurídico do país. Primeiramente, no efetivo exercício da advocacia, tendo representado, por cinco anos nesta cidade de Brasília, perante os Tribunais Judiciários Superiores, o conceituado escritório de "Advocacia Gandra Martins". Depois, já integrante do corpo funcional do Estado, como Promotor de Justiça no Ministério Público do Distrito Federal. Mais recentemente, como Procurador da República do Ministério Público Federal, além desse, exerceu os cargos de Procurador-Chefe das Procuradorias da República nos Estados do Acre e Tocantins, e de Procurador Regional Eleitoral nos Tribunais Regionais Eleitorais dos mesmos Estados.

Neste Tribunal, desde 1994, motivado pelos desafios a que esta Corte é submetida permanentemente, e integrando um corpo de valorosos e dignos companheiros do Ministério Público - a quem, na oportunidade, renovamos as mais sinceras homenagens pelo seu relevante desempenho no âmbito desta Instituição mais que centenária - desenvolveu o Dr. Walton Alencar Rodrigues significativa atividade buscando adequar, nos seus lúcidos pareceres, a aplicação da fria norma legal sem distanciamento do mundo real em que acontecem os fatos geradores, objeto do exame das ciências jurídicas.

Elevado ao cargo de Subprocurador-Geral, ocupou, por diversos períodos, a chefia do Ministério Público, atuando como Procurador-Geral em exercício, oportunidades em que se desincumbiu com maestria daquelas relevantes tarefas.

Bastante jovem, mercê de incontestáveis atributos, qualificações e méritos, é elevado, por nomeação do Exmo. Sr. Presidente da República, ao ápice desse Parquet Especializado, de indiscutível relevância na guarda da lei e na fiscalização de sua execução junto ao Tribunal de Contas da União.

Senhor Doutor Walton Alencar Rodrigues!

"Os dias prósperos não vem do acaso; são granjeados, como as searas, a muita fadiga e com muitos intervalos de desalento, já lembrava Camilo Castelo Branco.

Sua tarefa é e será árdua, e estou ciente de que Vossa Excelência concordará comigo. Vivemos tempos de transformações rápidas e de turbulências constantes, em que as soluções convencionais nem sempre se apresentam adequadas à resolução dos problemas do nosso cotidiano. A missão constitucionalmente conferida a este Tribunal - da qual não se pode apartar o Ministério Público que junto a ele atua - é, ao mesmo tempo, paradoxalmente, estimulante e desalentadora dada a sua abrangência e complexidade. Participamos de uma permanente cruzada na qual nossos principais adversários são os entraves burocráticos e as estruturas arcaicas que depõem contrariamente à racionalidade, à eficácia das ações e à satisfação de relevantes interesses nacionais. Agora, mais que nunca, vivemos em meio a um cenário de extremos contrastes, em que os padrões de excelência verificados em alguns órgãos convivem estranhamente ao lado do obsoletismo de outros tantos. Mais que todos, os que laboramos neste Tribunal de Contas da União, por conta de suas atribuições e competências, somos levados diariamente a vivenciar problemas tão diversificados dos diversos gestores, sobre questões que variam da complexidade do lançamento de títulos no mercado e do programa de privatização promovido pelo Governo Federal, à concessão de suprimentos de fundos por comandantes de quase esquecidos batalhões que atuam em regiões inóspitas do país. É dessa diversidade que advem a grande dificuldade em se exercitar a ampla competência desta Corte, em auxílio ao Congresso Nacional e em resposta à Sociedade brasileira.

Se as realidades são tão diversas, também não o deveriam ser os parâmetros e os instrumentos de avaliação da gestão utilizados por este Tribunal?

Chega-nos, agora, de forma inexorável e até avassaladora, a denominada "onda da globalização", que ocorre com tempo e hora marcada, exigindo a renovação dos conceitos e a apresentação de respostas prontas, sem que, por vezes, aqueles estejam perfeitamente entendidos e estas claramente delineadas. Somos convocados, hoje, por força das circunstâncias, no âmbito deste Tribunal ao debate de complexas questões de direito internacional, quando tratamos por exemplo, da criação de um Tribunal do Mercosul, ou da elaboração e

implementação de inúmeros acordos de cooperação com entidades internas e internacionais.

Para esse verdadeiro desafio, cujo enfrentamento exigirá ações integradas e planejadas deste Plenário, dos órgãos e dos servidores da Superior Corte de Contas do País, será convocada, necessariamente a indispensável contribuição do ilustre empossando e do corpo de juristas que compõem o nosso Ministério Público.

A consciência dos tempos atuais não autoriza o enclausuramento de nossas ações nem ua posição xenófoba frente à globalização mundial nos diversos setores das atividades humanas.

Já afirmava Carlyle que "a soma das coisas é a infinita conjugação do verbo 'fazer'". É para essa obra comum, de tentar fazer o que precisa ser feito, que me valho desta cerimônia para significar que ela não serve apenas para uma exaltação pessoal, embora merecida, de um dos membros de nosso Ministério Público o qual, reconhecidamente e com todos os méritos, galgou seus degraus até atingir aquele mais elevado. Ela quer significar a reafirmação da valorização do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e dos que o compõem, com o reconhecimento de que suas especificidades o tornam único, como, aliás, já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, ante o entendimento de que seus membros integram carreira singular com dedicação integral às causas tratadas no âmbito desta Casa.

Que esse significativo evento, de que todos somos partícipes e testemunhas, permita-nos exaltar a perfeita harmonia que permeia a relação entre os Colegiados e Membros desta Casa e os integrantes do Ministério Público que aqui atuam, voltados todos à obra comum de ajudar a construir uma Pátria mais justa e respeitada.

Nobre Procurador-Geral, Dr. Walton Alencar Rodrigues!

"A glória é como a rosa: aroma e espinhos".

Vossa Excelência, nesta data, assume um legado de enorme tradição de trabalho, de independência e de sabedoria. Um legado construído, dentre outros, por homens da estirpe e da qualidade moral de Luiz Octávio Galotti, Ivan Luz, Francisco de Salles Mourão Branco, Laerte José Marinho e Sebastião Batista Affonso; de uma obra exemplar, merecedora de todos os encômios, pelos incontáveis sacrifícios exigidos, através de apreciável período de tempo, do Dr. Jatir Batista da Cunha, Procurador-Geral em exercício, em passado recente da história deste Tribunal, cuja desvelada e solitária representação do Ministério Público junto à Corte permitiu tivessem normal continuidade suas relevantes atividades Institucionais.

Senhoras e Senhores!

É momento de calar. É também hora de encerrar para recomeçar, com os sentidos postos no futuro, sabendo que somos capazes, todos os que nos ocupamos, nesta Corte, de servir ao Brasil.

Sejam, pois, essas derradeiras palavras as de sinceras felicitações ao Dr. Walton Alencar Rodrigues, aos seus digníssimos familiares e a todos os seus amigos e admiradores, que de uma maneira ou outra, contribuíram para a concretização desse alto momento na vida do ilustre empossado.

Muito obrigado.

DISCURSO DE POSSE DO PROCURADOR WALTON ALENCAR RODRIGUES NO CARGO DE PROCURADOR GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Gostaria que as minhas primeiras palavras fossem de agradecimento à generosa oração do Ministro decano Adhemar Paladini Ghisi. Eu apenas a posso creditar a uma amizade duradoura e recíproca, alimentada pela pública admiração que tenho pela fidalguia e pelo trabalho sério que nesta Casa realiza S. Exa..

Considero uma tarefa extremamente difícil, Sr. Presidente, expressar, com a brevidade e a objetividade devidas, neste discurso solene, todo um conjunto de sentimentos, expectativas e objetivos, que se avoluma e se consolida numa vida inteira dedicada a valores ligados ao direito e à justiça.

É para mim uma sublime honraria, a que espero Deus me ajude a fazer jus, a nomeação, pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, para o cargo de ápice de Procurador-Geral do Ministério Público junto a esta Corte, após ser eleito, no primeiro escrutínio, para compor lista tríplice, pelos meus estimados colegas de carreira.

A decisão de vir a servir a esta Corte, após me haver antes devotado inteiramente, por longos anos, aos Ministérios Públicos do Distrito Federal, Federal e Eleitoral, obedeceu a anseio há muitos anos traçado e implicou alteração sensível e proveitosa do quadro de rotinas profissionais já estabelecidas.

É certo que esses diferentes ramos do Ministério Público têm em comum os princípios constitucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, inerentes e necessários à fiel consecução dos nobres misteres de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

E como membro do Ministério Público, Senhor Presidente, sempre me vi imbuído da convicção de que a atuação do fiscal da lei, verdadeiro guarda inflexível desta, nas variadas esferas, ora emitindo pareceres, ora provocando a ação do órgão julgador, permite ao jurisdicionado uma como sensação objetiva de garantia e ao magistrado maior apuro na elevadíssima função de julgar.

O Ministério Público do Tribunal de Contas da União representa, contudo, faceta diferenciada dessa Instituição constitucionalmente definida pela unidade, pois situa-se como órgão oficiante perante Tribunal peculiar; Tribunal que integra o Poder Legislativo,, embora também imbuído de funções judicantes e fiscalizatórias; Tribunal que detém competência para apreciar, não somente a legalidade estrita dos atos administrativos, mas, também, nos termos constitucionais, sua eficiência e, sobretudo, sua economicidade.

Ressalte-se que já não subsistem dúvidas a propósito da autonomia deste especial Ministério Público, exigida pela peculiaridade da competência da Corte

perante a qual oficia, assim como também não as há acerca da autonomia funcional dos seus membros, integrantes de carreira própria, dotada das garantias até há pouco deferidas tão-somente aos membros da magistratura.

O ingresso nos quadros do Ministério Público do TCU representou, pois, para mim, a continuidade do exercício de idêntico munus público, mas desta feita vivenciado com toda a riqueza e com toda a dinâmica das óticas conjuntas do legislador, do administrador e do julgador, caracteres que tão bem definem os julgamentos desta Corte.

Aliás, Sr. Presidente, nessa nobilíssima função de julgar, aproxima V. Exa., seus nobres pares e de modo geral, todos os juizes, de algum modo, de uma função divina, uma função que apreende os fatos do passado e, segundo eles, outorga os vereditos do presente, decidindo futuros, vidas, destinos, de toda a coletividade.

Nos meus misteres cotidianos, aprendi, Sr. Presidente, e continuo a aprender, nesta Casa, a cada dia, lições valiosíssimas de patriotismo, abnegação e devoção à causa pública, consagradoras de ideais merecedores de aplausos e de exemplo para as gerações porvindouras.

Entendo tratar-se de elevada honraria atuar nesta Corte junto a homens devotados aos nobres objetivos de divisar e estabelecer a trilha por que devem perpassar todos os administradores da Nação; a homens que, em inúmeras decisões, tem demonstrado à Administração a imperiosa necessidade de correção do curso que enceta, sob pena de perdas irreparáveis para o País; a homens que não hesitam em cumprir a Constituição e as leis mesmo em face de interesses sobremodo poderosos, em prol de uma fiscalização efetiva de forma e de fundo, da racionalidade e da licitude, com que se fazem os gastos públicos, resultantes de tributos, que nós outros todos pagamos; a homens, enfim, talhados pela arte de fiscalizar e de bem servir, escolados em instituições as mais proeminentes da República.

Neste momento especial, gostaria também de recordar Calamandrei, que considerava o cargo de Ministério Público o mais difícil, porque, como sustentáculo da acusação, deve ser tão parcial como um advogado e, como fiscal da lei, tão imparcial como um juiz. Disse então, no meu discurso de posse nesta casa, já há alguns anos, que esses atributos, vislumbrados por Calamandrei, são contraditórios em sua aparência, mas convergentes em sua unidade, devendo acompanhar-nos durante todo o exercício de nosso compromisso institucional.

E nesse compromisso institucional, é imperioso que sigamos sempre, em primeiro plano, a luz e a letra da Constituição, sem a qual as instituições esmaecem e perecem, sem a qual as leis são írritas e fenecem, sem a qual não há garantias, não há cidadania. Tenho sempre vivenciado o entendimento de que o compromisso com a Constituição deve permear cada atividade de fiscalização empreendida pelo preparado corpo de servidores que esta Casa soube tão bem talhar. A Constituição vem antes de tudo e deve ser obedecida pela totalidade

das entidades estatais, da Administração direta e indireta, como bem sempre tem sabido fazer ver esta Corte, no exercício de suas amplíssimas competências constitucionais.

Antes de terminar, nesta solene ocasião, gostaria de prestar especial homenagem a todos os Procuradores-Gerais que me precederam no exercício do cargo, na pessoa do Dr. Francisco Mourão Branco, que se faz nesta solenidade representar por seu filho, também integrante do Ministério Público, Dr. Paulo Gonet Branco.

Término, Sr. Presidente, com um especial agradecimento a minha esposa, Isabel, cujo carinho, apoio e compreensão sempre me foram assim tão essenciais. Agradeço aos meus pais aqui presentes, Mana Décia e Wilton Honorato Rodrigues, que me sempre tanto incentivaram ao longo desta árdua jornada, e aos meus sogros, Iara e Luiz Octávio Gallotti, cujos exemplos trabalho e dignidade procuro seguir. Agradeço, também, individualmente, a V. Exa., eminente Ministro Homero Santos, cuja gestão profícua na presidência, a exemplo de seus antecessores, prima pela seriedade, sobriedade e transparência; e ao conspícuo Vice-Presidente Ministro Iram Saraiva, na pessoa de quem saúdo e homenageio todo o meu querido Estado de Goiás; e a cada um dos Ministros desta Corte pelo apreço e ensinamentos com que me têm agraciado. Agradeço, ainda, a todos os meus amigos e parentes que aqui muito me honram com suas estimadas e estimulantes presenças; por fim, agradeço a todos os funcionários desta Corte, muito especialmente aos do meu gabinete, pelos préstimos cotidianos com que sempre muito me têm auxiliado.

Muito obrigado.

ÍNDICE

A

Admissão — 253
Apartado
 SFC — 138
Auditoria — 99

B

Banco do Brasil — 99, 231
BBTUR — 231
Brasil
 Finanças Públicas — 15
Bugarin, Bento José — 99, 242

C

Campelo, Valmir — 71, 145
Codomar — 216
Companhia Docas do Maranhão — 216, *Consulte* Codomar
Concessionária — 71
Concurso público — 231, 253
Conselho Regional de Medicina
 Tocantins, *Consulte* CRM/TO
Consulta
 UFBA — 71
Consultoria — 115
Contas irregulares — 160
Contrato — 74, 115
Controle — 15
Convênio — 138
CRM/TO — 253
Cunha, Jatir Batista da — 43

D

Decisão Normativa
 nº 19/98 — 266
Denúncia
 ICC — 149
 TSE — 188

E

ECT — 74
Eleições — 268
Embargos de Declaração
 Codomar — 216
Emprego público
 acumulação — 149
Empresa
 economia mista — 149, 231
Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, *Consulte* ECT

F

Finanças Públicas — 15
Folha de pagamento
 descontos em — 266
Franquia — 74
Fundação Universidade Federal do Amapá, *Consulte* Unifap

G

Gestão — 145
Ghisi, Adhemar Paladini — 74, 273

H

Horas extras
 excesso — 188

I

ICC — 149
Impostos
 fiscalização — 261
Indústria Carboquímica Catarinense, *Consulte* ICC
Inelegibilidade — 160
Inexibibilidade — 216
Instrução normativa
 nº 21/98 — 261
 nº 22/98 — 265

J Justiça Eleitoral — 268

L Licitação — 242

M Macedo, José Antonio Barreto de — 138, 253
Ministério Público — 43
Multa — 71
Município — 149

O Organismos Internacionais — 115, 138

P Pedido de Reexame
 Banco do Brasil — 99
 TSE — 188
Pessoal
 atos de admissão e concessões — 265
 contratação — 231
 contratação indireta — 115
Pogossian, Norair D. — 61
Projeto de Resolução
 TCU — 160

R Recurso de Divergência
 BBTUR — 231
Recurso de Reconsideração
 BBTUR — 231
 ECT — 74
Recursos — 43
Recursos Federais — 138
Reitor — 145
Relatório de Auditoria — 115
 CRM/TO — 253

Representação
STJ — 242
Resolução
nº 113/98 — 268
Rocha, Lincoln Magalhães da — 115, 160
Rodrigues, Walton Alencar — 273, 278
Rússia
Câmara de Contas da — 61

S

Saraiva, Iram — 188
Secretaria Federal de Controle, *Consulte* SFC
Serviços públicos — 71
SFC — 138
Silva, Carlos Átila Álvares da — 149, 231
STJ — 242
Sucessor — 145, 206

T

Tarifas — 71
TCU — 160
Tomada de Contas Especial
BBTUR — 231
Unifap — 145
Tomada de preços — 242
Tribunal Superior Eleitoral, *Consulte* TSE
TSE — 188

U

UFBA — 71
Unifap — 145
Universidade Federal da Bahia, *Consulte* UFBA

V

Vilaça, Marcos Vinícios Rodrigues — 206, 216
Vitória do Mearim/MA
Prefeitura Municipal — 206

Z

Zynler, Benjamin — 15