

**REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**



ISSN 0103-1090

**REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

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

Responsabilidade Editorial

Instituto Serzedello Corrêa
Serviço de Publicação - Sedep
SEPN, Av. W3 Norte, Quadra 514, Bl. B, Lote 7
70760-527 Brasília-DF
Fone: (61) 340-3215 e 340-3217
Correio Eletrônico: revista@tcu.gov.br

Fundador

Ministro Iberê Gilson

Supervisor

Ministro Humberto Guimarães Souto

Conselho Editorial

José Antonio Barreto de Macedo, Lucas Rocha Furtado, Ary Fernando Beirão, Rosângela Paniago Curado Fleury, Eugenio Lisboa Vilar de Melo, Ricardo de Mello Araújo e Ismar Barbosa Cruz

Centro de Documentação

Adriana Monteiro Vieira

Serviço de Publicação

Ricardo Oliveira do Espírito Santo

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

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

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

ISSN 0103-1090

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

CDU 340.142 (81) (05)

CDD 340.605



Tribunal de Contas da União

Ministros

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

Ministros-Substitutos

José Antonio Barreto de Macedo
Lincoln Magalhães da Rocha
Benjamin Zymler

Ministério Público

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



SUMÁRIO

DOCTRINA	II
A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A PRESTAÇÃO ANUAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO Flávio Corrêa de Toledo Júnior Sérgio Ciquera Rossi	13
A FISIONOMIA DISTORCIDA DO CONTROLE EXTERNO José Nagel	21
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Lucas Rocha Furtado	41
ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TCU	61
PREFEITURA MUNICIPAL DE AUGUSTINÓPOLIS-TO - RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU CONTRA O ACÓRDÃO Nº 805/TCU - 2ª CÂMARA - Recurso de Revisão Ministro-Relator Bento José Bugarin	63
DNER - VERIFICAÇÃO DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE NOS PROCESSOS DE DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS - Relatório de Auditoria Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto	67
INFRAERO - SUBSÍDIO À COMISSÃO MISTA DE PLANOS, ORÇAMENTOS PÚBLICOS E FISCALIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL - Relatório de Auditoria Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi	113
FUNDAÇÃO CENTRO BRASILEIRO PARA A INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA - APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COM PROVENTOS INTEGRAIS - Aposentadoria Ministro-Relator Valmir Campelo	126
MUNICÍPIO DE SANTOS DUMONT/MG - DOAÇÃO À ENTIDADE PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO DE PRÉDIO CONSTRUÍDO COM RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS A PREFEITURA MUNICIPAL MEDIANTE CONVÊNIOS - Tomada de Contas Especial Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo	130

TRT - 2ª REGIÃO/SP - RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU CONTRA OS TERMOS DO ACÓRDÃO Nº 168/98 - TCU - PLENÁRIO - Recurso de Revisão - Tomada de Contas do Exercício de 1992 Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha	140
TRT - 2ª REGIÃO/SP - RECURSOS CONTRA DELIBERAÇÕES DO PLENÁRIO DO TCU - Pedidos de Reexame Ministro-Relator Adylson Motta	146
PROCURADORIA DA UNIÃO/ES - APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99 NOS PROCESSOS DE APOSENTADORIA - Solicitação Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça	227
INSS E DATAPREV - GASTOS COM BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS NÃO RESSARCIDOS DEVIDAMENTE - Relatório de Auditoria Integrada Ministro-Relator Guilherme Palmeira	247
DNER - BR-381/MG/SP, BR-116/SP/PR, BR-116/376/PR E BR-101/SC - Acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues	287

ATOS NORMATIVOS

299

DECISÃO NORMATIVA Nº 33, DE 25 DE OUTUBRO DE 2000 Fixa, para o exercício de 2001, o valor a partir do qual a tomada de contas especial deverá ser imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento	301
DECISÃO NORMATIVA Nº 34, DE 25 DE OUTUBRO DE 2000 Fixa o limite para a organização dos processos de prestação e tomada de contas, de forma simplificada, relativas ao exercício financeiro de 2000	302
DECISÃO NORMATIVA Nº 35, 22 DE NOVEMBRO DE 2000 Altera a sistemática vigente do art. 23 e §§ 1º e 2º, da Resolução TCU nº 36/95, estabelecendo novos critérios para os casos das decisões que envolvam a rejeição de alegações de defesa de responsáveis em processos de contas e fixam novo prazo para o recolhimento do débito	303
DECISÃO NORMATIVA Nº 36, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2000 Altera as Decisões Normativas nº 26/1999 e nº 33/2000, que fixam, para os exercícios de 2000 e 2001, respectivamente, o valor a partir do qual a tomada de contas especial deverá ser imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento	304

DECISÃO NORMATIVA Nº 37, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2000 Aprova, para o exercício de 2001, os coeficientes a serem utilizados no cálculo das quotas para a distribuição dos recursos previstos no art. 159, inciso I, alíneas a, b e c da Constituição Federal e da Reserva instituída pelo Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981	305
INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 37, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2000 Altera a Instrução Normativa nº 12, de 24 de abril de 1996, que trata de tomada e prestação de contas	306
INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 38, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2000 Dispõe alterações na Instrução Normativa nº 13, de 4 de dezembro de 1996, em função do disposto nos artigos 11 e 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000	309
DESTAQUE	311
DISCURSOS PROFERIDOS NA SOLENIDADE DE POSSE DOS NOVOS PRESIDENTE E VICE-PRESIDENTE DO TCU Ministro Guilherme Palmeira	313
Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado	317
Ministro Humberto Guimarães Souto	320
DESEMPENHO DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES E INDICADORES DE RENDIMENTO Adhemar Paladini Ghisi	327
O CONTROLE EXTERNO NO BRASIL: EVOLUÇÃO, CARACTERÍSTICAS E PERSPECTIVAS Bento José Bugarin	338
AUDITORIA AMBIENTAL É UM INSTRUMENTO EFICAZ PARA EVITAR A DEGRADAÇÃO DO AMBIENTE Valmir Campelo	353
DECISÕES JUDICIAIS	357
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.750-3	359
ÍNDICE REMISSIVO	361
ÍNDICE DE AUTOR	373





DOUTRINA





A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A PRESTAÇÃO ANUAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO

Flávio Corrêa de Toledo Júnior¹
Sérgio Ciquera Rossi²

INTRODUÇÃO

A Lei de Responsabilidade Fiscal, promulgada em 04/05/2000, leva o número 101 e é instrumento complementar à Constituição Federal, visto que regulamenta parte de seu artigo 163 e todo o contexto do artigo 169; aqui, inovou essa lei ao dividir setorialmente, por Poder estatal, os limites de despesa de pessoal atribuídos a cada ente federado, atendendo, com isso, reclamos movidos pelos governadores. Em nível liminar, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se favorável à constitucionalidade de tal repartição.

Essa Lei Fiscal, sem dúvida, veio suprir lacuna num direito financeiro carente de ordenamento afinado com o pensamento econômico predominante. Com efeito, as finanças públicas do Brasil eram disciplinadas, até então, por poucos dispositivos da Constituição e pela Lei Complementar 4.320, de 1964, a qual, vale ressaltar, continua válida até que se edite o diploma referido no § 9º, art. 165, da Lei Maior.

Consoante o fundamento macroeconômico da LRF, déficit e dívida do setor governamental, seja ele União, Estado ou Município, resulta, via de regra, em inflação. Isto porque emissão de moeda pressiona os preços, elevando-os, ou porque o freqüente lançamento de títulos aumenta o nível dos juros e, por fim, dos preços.

A despeito de não emitirem moeda e de sofrerem forte restrição para lançar títulos no mercado, “*Estados e municípios respondem por 40% das necessidades de financiamento do setor público, o que equivale a 2,64% do PIB- Ao longo das duas últimas décadas a União refinanciou, em condições favorecidas, dívidas estaduais equivalentes a R\$ 250 bilhões (34% do PIB) (sg. Prof. Marcos José Mendes, in: “Incentivos Eleitorais e Desequilíbrio Fiscal de Estados e Municípios”, Internet, 1.998)*. Prova disso é que, nos últimos anos, o Governo Central assumiu a dívida de 25 Estados e 180 grandes municípios da Federação. Certo é que estas esferas pagarão à União o valor por ela refinanciado, só que com juros e prazos mais vantajosos do que os prevalecentes no mercado.

Já, o desequilíbrio fiscal de pequenos e médios municípios, imensa maioria na Federação, não influencia os agregados macroeconômicos, mas compromete a

¹ Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de S. Paulo.

² Secretário-Diretor Geral e Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de S. Paulo.

continuidade e eficiência dos serviços públicos, tendo em mira que tal desajuste é, de fato, financiado por fornecedores, titulares de precatórios e servidores que não recebem seus pagamentos e salários.

Segundo o Professor Oswaldo Albanez, “*para o pequeno e médio Município, a tese do equilíbrio orçamentário e financeiro é mais uma regra de bom senso do que política econômico-financeira. Como poderemos aceitar uma situação em que se arrecade 10 e se gaste 20, sabendo, de antemão, que os Municípios não poderão valer-se da emissão de papel moeda nem de títulos para cobertura de déficit?*” (grifos nossos) (In: Boletim de Direito Municipal, nº 334, Editora NDJ, junho/99).

Inspirada em códigos de finanças internacionais, a Lei 101 prioriza a transparência com meio eficaz de se controlar a gestão da coisa pública. Nesse cenário, é solicitado um novo demonstrativo, o Relatório de Gestão Fiscal, e se normatiza o conteúdo de documento que a Carta de 1988 já requeria, o Relatório Resumido da Execução Orçamentária a qual, agora, de resumido nada tem, pois se municia de dez demonstrativos, bastante detalhados. Além de tudo isso, a LRF demanda modificações nas peças financeiras corriqueiras, o que alterará a rotina da prestação anual de contas dos Municípios.

1- Mudança na competência de julgar as contas dos poderes estatais

Consoante o artigo 56 da LRF, os Tribunais de Contas estarão limitados à emissão de parecer prévio sobre as contas dos titulares de todos os poderes de Estado. O Legislativo, somente ele, julgará esses balanços de exercício, inclusive os seus próprios.

A nosso ver, esse dispositivo resente-se de constitucionalidade, pois que contraria vários trechos da Constituição, o artigo 31, § 2º, onde o parecer só cabe para as contas do Prefeito, o artigo 49, IX, através do qual o julgamento legislativo só alcança as contas do Presidente da República e o artigo 71, II, que determina aos Tribunais de Contas julgar os balanços dos gestores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta.

Ademais, o Superior Tribunal Eleitoral (*Recurso 10.047 – PE; Acórdão de 24/09/1993*) e o Supremo Tribunal Federal (*Acórdão em 08/04/1994 sobre Adin 849-8-MT*), já se manifestaram sobre a inconstitucionalidade e a não-razoabilidade do auto-julgamento por parte do Poder Legislativo.

Além de tudo isso, parece bastante exíguo o prazo de 60 dias para expedição do parecer prévio conclusivo, ou de 180 para municípios menores que 50 mil habitantes. Neste curto espaço de tempo, as Cortes de Contas realizariam todo o rito processual aplicável a prefeituras e câmaras municipais, ou seja, verificação do balanço geral, elaboração do relato técnico, oferta de prazo para o contraditório e manifestação sobre a procedência deste e, por fim, emissão do parecer prévio.

Entre 31 de março, data final da prestação de contas e 30 de setembro, último dia para se exarar todos os pareceres, o Tribunal de Contas do Estado de S. Paulo, por exemplo ele, precisaria verificar, relatar, examinar a defesa e manifestar-se

conclusivamente sobre as contas de 1.288 órgãos municipais (644 prefeituras e 644 câmaras), assim como, em tempo ainda mais apertado, até 31 de maio, realizar os mesmos trâmites para as contas do Governador, do Presidente da Assembléia Legislativa, dos Presidentes dos Tribunais do Judiciário e do Procurador-Geral de Justiça.

Por outro lado, conforme o artigo 71, II da Carta de 1988 não se determinou prazo para o julgamento das contas dos demais responsáveis por recursos públicos. São eles, na Administração direta, os almoxarifes, tesoureiros e responsáveis por adiantamentos e fundos especiais; na indireta, os titulares das entidades descentralizadas, autarquias, fundações etc. Depois de materializado o parecer prévio, a Auditoria poderia apurar fatos supervenientes que comprometessem, irremediavelmente, a posição daquele instrumento, visto que este, a prevalecer, os prazos do artigo 57, LRF, ficará limitado à análise interna, puramente documental, restrita, tão-somente, a balanços, demonstrativos contábeis e operacionais. Nada consistente, portanto.

2- As Instruções Consolidadas do Tribunal de Contas do Estado de S. Paulo

Em meados de 1998, o Tribunal Paulista de Contas iniciou procedimento de consolidação de suas várias Instruções Normativas, esforço aprovado pelo egrégio colegiado de conselheiros, tendo em mira facilitar a consulta e o cumprimento por parte dos órgãos jurisdicionados, o Estado e seus 644 municípios, já excluído o da Capital, que dispõe de Tribunal próprio.

No que toca ao Município e suas entidades descentralizadas, editaram-se as Instruções Normativas Consolidadas nº 2 – INC 2, com vigência a contar de 1º de janeiro de 1999.

Logo em seu artigo 1º, as INC 2 identificam 42 documentos que instruirão o balanço anual da Prefeitura do Município. O prazo final de entrega continua o mesmo, 31 de março, nisto nada muda, e nem poderia mudar, já que previsto na Lei Complementar estadual 709, de 1993 (*art. 24, § 1º*).

O conteúdo de vários daqueles documentos precisará adaptar-se às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. É o que veremos a seguir:

3- As peças que instruem a prestação anual de contas frente às mudanças entronizadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal

3.1-Balanço Orçamentário

Serão elaborados dois tipos desse Balanço, o tradicional, conforme o Anexo 12 da L.4.320 e o que se coaduna com o artigo 52, I da LRF, e se incorpora ao Relatório Resumido da Execução Orçamentária (receita por fonte; despesa por grupo de natureza).

3.2-Demonstração das Variações Patrimoniais

Haverá um apêndice a essa Demonstração, evidenciando a origem e o destino dos recursos provenientes da alienação de bens móveis, imóveis, títulos, valores e outros direitos, tudo conforme o artigo 50, VI da Lei Fiscal. Tal Apêndice também integrará o Relatório Orçamentário do último bimestre do ano (artigo 53, § 1º, III da indigitada lei).

3.3-Balanco Patrimonial

No Ativo Financeiro, a conta Bancos figurará desdobrada em duas modalidades:

1. Conta Geral, que agregará, numa só, o valor das diversas contas Movimento;
2. Contas Vinculadas a órgão, fundo ou despesa obrigatória; neste caso, as contas bancárias da Educação, de convênios, dos fundos especiais, especialmente os de previdência funcional, dentre outras, comparecerão, uma a uma, de forma individualizada (art. 50, I, LRF).

O Balanço Financeiro, também ele, revelará esse detalhamento de contas bancárias afetas a determinados fins governamentais (Grupo “*Saldos para o Exercício Seguinte*”).

Ainda, os precatórios não pagos no exercício devido integrarão a dívida consolidada, apenas e tão-somente, no escopo de se apurar o enquadramento dessa dívida nos limites da Resolução Senatorial proposta pelo Presidente da República (artigo 30, LRF). De outra forma, continuam eles, os precatórios não-pagos, compondo o passivo financeiro do Balanço Patrimonial.

Além de tudo isso, as operações de crédito de prazo inferior a 12 meses e o reconhecimento ou confissão de dívidas (ex.: INSS, FGTS, PASEP) serão, ambos, contabilizados no passivo permanente (artigo 29, § 1º e 3º, LRF), a despeito de a Lei 4.320, no caso das operações de curto prazo, entender de modo diverso (artigo 98).

3.4-Comparativo da Receita Orçada com a Arrecadada

Este documento disporá de Nota Explicativa onde se informará as providências de combate à sonegação de receita própria, bem assim as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial e as demais medidas tomadas para o incremento das receitas tributárias, tudo conforme o artigo 58 da Lei Fiscal.

No caso de renúncia de receita acontecida a partir de 05/05/2000, o Município consignará a segunda Nota Explicativa, revelando como se deu a Compensação, nos termos do artigo 14 da Lei 101. Nesta situação, o demonstrativo em epígrafe se fará acompanhar da Estimativa de Impacto Orçamentário Trienal da desistência de receitas.

Aqui, nunca é demais lembrar, o Relatório da Execução Orçamentária municipal de um demonstrativo básico para os fins da LRF, o que mostra a composição da receita corrente líquida, cuja elaboração consolidada obrigará empresas dependentes a formular documento atípico em sua contabilidade usual, mostrando ele a receita segundo o regime de caixa, o mesmo utilizado por entidades de direito público. A

receita operacional arrecadada pelas empresas dependentes será, então, somada à receita corrente da prefeitura, autarquias e fundações e, sobre esse agregado é que se calculará os limites de gastos de pessoal, previdência funcional, serviços de terceiros, dívida consolidada.

3.5-Resumo Geral da Despesa

Nesse Resumo Geral, o Município determinará, conforme o caso, três Notas Explicativas:

1. Totais da despesa de pessoal antes e depois de 5 de julho de 2000; caso haja crescimento no segundo período, deve ele ser justificado pela Administração;
2. Forma de compensação da despesa obrigatória de caráter continuado introduzida, por lei específica, a partir da edição da LRF;
3. Medidas para retomada dos limites de despesas de pessoal, na hipótese destas terem superado o parâmetro específico da Prefeitura (54% da RCL), isto ao final do ano anterior, 31/12/1999, e ao final do primeiro quadrimestre do ano em que passou a vigorar a LRF, 30/04/2000.

3.6-Relação de Restos a Pagar

Na prestação de contas de 2000, ano que ultima os mandatos executivo e legislativo do Município, essa Relação conferirá destaque aos restos a pagar incorridos a partir de 05/05/2000, data de publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, no intento de se controlar a regra inserida no artigo 42 desse diploma. Idêntico manejo acontecerá em uma das peças que instruem o Relatório de Gestão Fiscal (art. 55, III, “b”, L. 101).

Importante destacar, esse artigo 42 possui dois comandos, o primeiro determina que os gastos compromissados e vencidos no período de 1º de maio a 31 de dezembro sejam, todos, dentre dele pagos, o segundo preceitua que, nesses 2 quadrimestres, os empenhos não vencidos devam estar provisionados em 31 de dezembro. A polêmica do dispositivo reside neste último caso, mais precisamente na expressão “parcelas a serem pagas no exercício seguinte”. Seriam elas restos a pagar liquidados e não-liquidados? Pensamos que não. Há que, em 31/12, amparar-se apenas as despesas liquidadas no exercício, aquelas onde já ocorreu adimplemento contratual por parte de terceiros. Os dois comandos do citado artigo, como visto, têm a ver com desembolso financeiro, com pagamento. Segundo a Lei 4.320, artigo 62, só faz jus a pagamento o fornecedor que entregou materiais, serviços ou obras. A única exceção fica por conta dos gastos sob regime de adiantamento. Assim, não se pode provisionar aquilo que ainda não foi entregue à Administração. A nosso ver, o gasto não-liquidado, desde que tenha autorização legislativa para se estender pelo ano seguinte, escapa da vedação do aludido artigo. Enunciadas no plano plurianual, parcelas contratuais a serem adimplidas no ano vindouro não solicitam lastro financeiro, mesmo que as avenças tenham se dado nos oito últimos meses dos mandatos. Com esse artigo 42, o legislador quis evitar que compromissos de fim de gestão sejam transferidos para o futuro mandatário, compromissos estes, frisamos, que já se tenham materializado,

de fato realizados, não podendo, sob pena da gestão responsável, comprometer receita futura e, nem tampouco, serem rescindidos pelo próximo gestor da coisa pública. No dizer do Professor Ivan Barbosa Rigolin “*se o Município contratar uma despesa em 2000 que venha a ser liquidada inteiramente em 2000, então precisará pagá-la toda também em 2000, ou de outro modo reservar verba descompromissada para o próximo mandatário político pagá-la após assumir seu cargo, o que se chama “dinheiro carimbado”*”. *Se a despesa ora contratada for liquidável apenas em 2001, então pode livremente ser contratada, sem a preocupação de atender ao art. 42 da LRF. (in: IOB-DCAP nº 10, artigo “Lei de Responsabilidade Fiscal – Cinco Temas de Interesse Municipal”, out./2.000, pg. 17 a 27).*

3.7-Demonstrativo da Despesa por Funções, Programas e Subprogramas

A despeito de a L. 101 já se referir à codificação entronizada pela Portaria 42/99 do Ministério do Orçamento e Gestão (função e subfunção), os Municípios que não anteciparam, no orçamento 2000, essa modificação podem apresentar esse Demonstrativo consoante o esquema tradicional, o da Portaria 9/74, até porque é facultado ao nível local de governo introduzir a nova tipificação somente na lei orçamentária que vigorará em 2002.

3.8-Relação das Licitações ou Dispensas/Inexigibilidades Realizadas

Aqui, sugerimos, essa Relação poderia conter um campo que informasse se a compra tem a ver com criação, expansão ou aprimoramento da ação governamental, nos termos dos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Esse tipo de iniciativa, entendemos, relaciona-se ao conceito de Projeto da Portaria 9/74, do Ministério do Planejamento, uma das categorias de programação mais próximas da ação concreta, quer tudo isso dizer, os procedimentos solicitados nos mencionados artigos (estimativa de custos, declaração do ordenador) só se explicitarão quando a ação de governo resultar num produto final que expande ou aprimora o raio de ação estatal (ex.: instalação da Guarda Municipal ou construção de um posto de saúde); nada a ver, portanto, com atividades corriqueiras, de rotina, necessárias à operação dos serviços públicos preexistentes.

3.9-Relação de Auxílios, Subvenções e Contribuições concedidos

Conforme o artigo 26 da LRF, essa Relação deve indicar a lei específica, que não a orçamentária anual, autorizativa de cada um ou de todos os repasses a organizações não-governamentais dedicadas à promoção social, cultura, saúde e educação. A propósito, a lei de diretrizes orçamentárias é a indicada para tal mister, nos termos da alínea “f”, inciso I, artigo 4º da Lei Fiscal.

Aqui, vale ilustrar, não mais se justificam autorizações genéricas, sob a simples forma de dotação orçamentária, para viabilizar ajuda financeira a tais entidades privadas. Com efeito, o Vereador deve conhecer e, aprovar, qual o asilo, o orfanato, o albergue contemplado com os auxílios governamentais. Assim fazendo, atende-se os princípios constitucionais da legitimidade, moralidade e publicidade.

3.10-Cópias das leis de orçamento, de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual

As Instruções 1/00 do Tribunal de Contas do Estado de S. Paulo dispõem sobre a fiscalização do novo regramento introduzido pela LRF. Foram editadas após as já referenciadas Instruções Normativas Consolidadas para a Área Municipal – INC 2. No intento de instrumentalizar o controle simultâneo exigido por aquela lei (art. 59, § 1º), as Instruções 1/00 solicitam cópias do PPA, LDO e LOA que vigorem, os três, no próprio ano onde se dá a prestação de contas, diferente, pois, da INC 2 que demandavam os planos orçamentários do ano anterior. Excepcionalmente, como regra de transição, a prestação de contas de 2000 incluirá as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual de dois exercícios, o anterior e o corrente (2000 e 2001).

Vale enfatizar, que a lei orçamentária para 2001 deve ser apresentada com os novos conteúdos prescritos na Lei de Responsabilidade Fiscal, quais sejam:

- documento revelando como se compensarão a renúncia de receitas e as despesas obrigatórias de caráter continuado;
- previsão de Reserva de Contingência para garantir pagamentos imprevistos, inesperados, contingenciais; o bom administração, decerto, considerará o estoque da dívida flutuante como um risco fiscal, a se incorporar, pois, nessa Reserva.
- alocação de novos projetos só depois de atendidos os que em andamento estão, vale dizer, da capacidade local de investimento serão subtraídos os custos dos projetos que se estenderão pelo ano seguinte. No caso do Município, as obras têm absoluta predominância no conjunto dos projetos. A capacidade de investimento é apurada por meio da seguinte fórmula:

Receita Corrente
(-) Despesa Corrente
(=) Poupança do Município
(+) Transferências de Capital
(-) Amortização da Dívida
(=) Capacidade de investimento do Município

Importante lembrar que a lei orçamentária deve se fazer acompanhar, também, do demonstrativo de impacto orçamentário decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e outras renúncias de receita que persistam na vida financeira do Município, conforme o § 6º, art. 165 da Carta Magna. Assim, mesmo as isenções antigas devem merecer estudo nesse documento.

A lei de diretrizes orçamentária, ainda elaborada à moda antiga, sem os novos conteúdos da LRF, precisa, de qualquer modo, estar municiada do Anexo de Metas e Prioridades, onde o Município demonstra, em termos físicos e financeiros, os projetos que se realizam à conta do orçamento seguinte.

3.11-Anexo de Metas e de Riscos Fiscais, Atas de Audiências Públicas, Relatório de Projetos Concluídos e em Conclusão

Os Municípios que enviaram seus projetos de LDO antes da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, 05/05/2000, não têm como apresentar esses Anexos, Atas e Relatórios, contudo, tais documentos serão entregues até 31/03/2002, referentemente

ao balanço geral do exercício de 2001, isto para os municípios com mais de 50 mil habitantes, os demais o farão em 31/03/2006, caso optem pela prerrogativa aberta pelo artigo 63, III.

3.12-Relação das Operações de Crédito realizadas, inclusive por Antecipação da Receita Orçamentária.

Essa Relação reproduzirá o modelo de Relatório de Gestão Fiscal, no que tange ao item “Operações de Crédito” e, por isto, evidenciando a data de pagamento total das ARO e sua não-celebração no último ano de mandato (vide modelo no site www.tce.sp.gov.br).

A FISIONOMIA DISTORCIDA DO CONTROLE EXTERNO

José Nagel¹

INTRODUÇÃO

Impõe-se buscar entender as recentes propostas dos poderes Executivo e Legislativo projetadas, em pelo menos dois anteprojetos de emendas à Constituição, para alterar a atual fisionomia do chamado Controle Externo das Contas Públicas.

Verifica-se, assim, da leitura da Proposta de Emenda à Constituição Nº 34, de 11 de agosto de 2000, de autoria do Senador Pedro Simon, e da Minuta de Anteprojeto de Emenda à Constituição, da Presidência da República (DOU Nº 162, de 22 de agosto de 2000), que seus proponentes pretendem trilhar o caminho da reestruturação das Cortes de Contas, em todo o País, como se quisessem deblaterar uma certa inocuidade do modelo atual.

Embora determinadas alterações constantes nas medidas em análise acabem por se revestir da maior importância e inserir-se, efetivamente, na agenda de luta de muitos que de alguma forma e em qualquer grau se ocupam do controle dos dinheiros, bens e valores públicos e da defesa dos princípios institucionais e fundamentais inerentes às Cortes de Contas do Brasil, sem sombra de dúvida, a aprovação de algumas delas poderá representar, inexoravelmente, um erro histórico, que poderá até trazer efeitos nefastos para o Estado Democrático de Direito.

O que precisa ser asseverado, de início, é que a missão institucional dos Tribunais de Contas tem sido cumprida, dentro da realidade vivida pela Administração Pública e pelo Controle Interno de que o Brasil dispõe, sendo que maiores resultados, esperados e cobrados, ficam, infelizmente, na dependência da atuação de outros organismos estatais, como sustenta, oportunamente, o Ministro HOMERO SANTOS, na palestra sobre “*O Papel dos Tribunais na Defesa do Patrimônio Público*”, então Presidente do TCU:

“Os Tribunais de Contas, ao contrário do que pensam alguns setores da sociedade, não são omissos. Urge que se esclareça que as responsabilidades civil e penal cabem à Justiça. A responsabilidade política é própria dos órgãos de representação popular (Congresso Nacional, Assembléia Legislativa, etc)”.

TEORIA GERAL DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Como se sabe, as alterações na Constituição podem ocorrer de diversas maneiras: **emendas**, reforma, revisão ou até por intermédio de interpretações decorrentes da releitura do texto original, as quais, por serem normas derivadas, sujeitam-se ao controle de eventuais vícios, quando confrontadas com as disposições emanadas do constituinte originário.

¹ Analista de Finanças e Controle Externo do TCU.

É preciso, portanto, examinar, do ponto de vista técnico-jurídico, a própria constitucionalidade de algumas das propostas contidas nos mencionados anteprojetos, caso, efetivamente, viessem a ser aprovados pelo Congresso Nacional.

Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “*As normas de uma Emenda Constitucional, emanadas, que são, de constituinte derivada, podem, em tese, ser objeto de controle, (...), quando confrontadas com normas elaboradas pela Assembléia Nacional Constituinte (originária)*” (ADI n° 926-5-DF).

E assim se dá, na lição de ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI, “*tendo em vista que o Poder Constituinte originário é quem institui e delimita o Poder Constituinte derivado*”, acrescentando que “*este não pode ser exercido ilimitadamente, devendo respeitar as disposições daquele Poder Constituinte originário que o criou. E, enquanto o Poder Constituinte originário tem natureza sócio-política, o derivado tem natureza estritamente jurídica*” (Cf. “NATUREZA POSITIVISTA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO”, RTCMG, v. 35, n° 2, p. 97)

Dada a existência desses limites, sintetiza CANOTILHO:

“*As leis de revisão que não respeitarem esses limites serão respectivamente inconstitucionais sob o ponto de vista formal e material*” (in Direito Constitucional, ed. 1991, p. 1.145).

Eis o que preleciona a respeito o Professor GILMAR FERREIRA MENDES, atual Advogado Geral da União:

“*Não raras vezes, impõe o constituinte limites materiais expressos à eventual reforma da Lei Maior. Cuida-se das chamadas **cláusulas pétreas** ou da garantia de eternidade (*Ewigkeitsgarantie*), que limitam poder de reforma sobre determinados objetos (...). Tais **cláusulas de garantia** traduzem, em verdade, um **esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição**, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. (...) Tais cláusulas devem **impedir**, todavia, não só a supressão da ordem constitucional, mas também qualquer **reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica**” (Cf. Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos, ed. Saraiva, 1990, p. 96-98).*

Por sua vez, a “**guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas**”, que compete a todos os entes da Federação (C.F., art 23, I), visa, seguramente, impedir que preceitos contrários ao Estado Democrático de Direito tenham eficácia.

Nesse sentido, a Constituição, como manifestação da soberania nacional e como organizadora da vida política, jurídica, econômica e social do País, mesmo sendo um documento permanente, pode realmente ser modificada, mas para a adequação de suas normas – e não de seus princípios. Ou seja: são sempre bem-vindas as alterações na organização e funcionamento do Estado, aí incluídos também os Tribunais de Contas, **menos aquelas que a violem seus princípios**, em sua estrutura fundamental, sob pena de provocar uma **fisionomia distorcida do Controle Externo, no Brasil**.

GARANTIAS DEMOCRÁTICAS DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS

Com efeito, se é verdade que o Poder Constituinte originário de 1988 elencou, expressamente (incisos I, II, III e IV do § 4º do art. 60), as chamadas **cláusulas pétreas**, não é menos verdadeiro que passaram a existir também outros dispositivos constitucionais implicitamente imodificáveis, como reflexo das próprias cláusulas pétreas, tais como:

- **os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, I a V);**
- o povo como fonte de poder (art. 1º, parágrafo único);
- os objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º, I a IV);
- os direitos sociais (art. 6º);
- a definição da nacionalidade brasileira (art. 12, I, *a, b e c*, II, *a e b*);
- a autonomia dos Estados Federados (art. 25);
- a autonomia dos Municípios (arts. 29; 30, I, II e III);
- a organização bicameral do Poder Legislativo (art. 44);
- **os predicamentos dos parlamentares (art. 53), dos membros dos tribunais de contas (arts. 73, §§ 3º e 4º, e 75) dos magistrados (art. 95, I, II, e III) e do ministério público (art. 128, I, *a, b e c*);**
- as limitações do poder de tributar (art. 150, I, II e III, *a e b*, IV, V e VI, *a-d*, art. 151);
- os princípios da ordem econômica (art. 170, I a IX, parágrafo único).

Ora, a constitucionalização dos Tribunais de Contas e das garantias de seus membros decorre da submissão da **função-controle** aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Afinal, segundo o já citado CANOTILHO, “*o controle constitui a última categoria conceitual necessária para uma correta compreensão da organização do poder político*”

Senão, vejamos o que dizem alguns dos mais autorizados a se pronunciar sobre esse específico aspecto:

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, Presidente da República, em discurso proferido na Sessão Solene de Abertura dos Trabalhos do TCU, em 1996:

“o papel do Tribunal é, nesse momento, mais importante do que nunca, ...porque nós estamos vivendo um processo de mudanças, um processo de reformas. E, num processo de reformas, é preciso que haja sempre pesos e contrapesos, haja sempre aqueles que estejam olhando de uma perspectiva menos diretamente envolvida no mecanismo das reformas e que estejam preservando a continuidade daquilo que precisa ser preservado e, ao mesmo tempo, aceitando as mudanças que os novos tempos impõem.(...) os Tribunais são fundamentais neste processo. São fundamentais porque eles permitem um outro tipo de controle da sociedade, para verificar até que ponto aquilo que se inova corresponde, efetivamente, ao interesse mais profundo da Nação, ou foi simplesmente um modismo”. (RTCMG v. 18, nº 1, p. 346).

MARCOS MACIEL, Vice-Presidente da República, em palestra, por ocasião do XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado no Rio de Janeiro, em 1997:

“O fato é que os Tribunais de Contas também vivem momento de transformação, vivem também os momentos de mudanças, assim como as instituições políticas brasileiras. Estamos no momento em que estas mudanças se tornam cada vez mais visíveis, como consequência de um novo País que estamos construindo”, e, certamente, essas mudanças “vão fazer com que novas atribuições lhes sejam acrescentadas nestes momentos de transformações políticas por que vive o País”. (RTCRJ 38, p. 75-76).

CÉLIO BORJA, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, ao participar do Congresso acima mencionado:

“(...) dos três atributos do regime democrático, um concerne diretamente à atividade exercida pelos Tribunais de Contas... A prestação de contas da Administração é tão fundamental na organização do Estado de Direito – temos, aqui no Brasil, um Estado também Federativo – que é um dos princípios sensíveis cuja violação provoca a intervenção federal nos Estados. (...) Subtraindo-se o Tribunal de Contas à subordinação hierárquica a outro órgão do poder estatal, quer-se assegurar-lhe a autonomia, como órgão de controle da legalidade e legitimidade dos atos administrativos para que possa fiscalizar e exercer poder disciplinar sobre os agentes de todos os Poderes do Estado, inclusive os do Legislativo e do Judiciário”.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, em palestra sobre as “Funções do Tribunal de Contas”:

“Assim, não pode sofrer dúvida que a instituição de um órgão controlador, como os Tribunais de Contas, é um reclamo insopitável da índole do Estado de Direito, por representar o fechamento do círculo que contém o Poder Público na intimidade das fronteiras da legalidade. (...) Ele cumpre um papel que é capital no Estado de Direito” (RDP 72/135).

GERALDO ATALIBA, em memorável pronunciamento sobre “Os Tribunais de Contas no Contexto Institucional”:

“Os membros dos Tribunais de Contas devem ser dotados de condições objetivas para o exercício dessa alta função, que requer imparcialidade e objetividade de ação. Por isso aplicam-se-lhes os chamados ‘predicamentos da magistratura’, não em benefício pessoal dos ministros e conselheiros, mas para proteção da alta magistratura que exercem: a irredutibilidade, a vitaliciedade e a inamovibilidade. Não se trata de ‘privilégios’ de determinadas pessoas, por mais inteligentes que sejam; são garantias do povo, de que aqueles homens postos no exercício dessa sagrada e elevada função de julgar, imparcial e objetivamente, os atos da administração pública, gozem de objetivas condições de independência, exatamente para poderem ser imparciais, no desempenho das suas tarefas” (RTCESP 57/28).

Portanto, quaisquer que sejam as mudanças ou transformações propostas, essas jamais poderão retirar os predicamentos dos membros dos Tribunais de Contas, justamente assegurados para garantir a independência, a autonomia e a imparcialidade de seus titulares. Até porque, assim como não é de se esperar que os detentores do poder adotem medidas de autolimitação, também não se pode admitir que venham a retirar as garantias existentes em favor dos membros das instituições controladoras, sob pena de ferir os princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Aliás, existe mesmo uma de certeza que nos fala o eminente advogado SAULO RAMOS: “o dinheiro público somente terá tutela efetiva se o sistema admitir tribunais de Contas livres e independentes, sem qualquer submissão hierárquica aos Poderes políticos do governo, seja parlamentarista, seja presidencialista” (in “A INSERÇÃO INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS”, RTCMG, v. 15, nº 2, p. 364).

Afinal, desde 1836, defende-se, no País, a inteira independência dos membros do Tribunal de Contas, de acordo com a idéia consolidada pelo VISCONDE DO URUGUAI, em seus “Estudos práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil”, Ed. 1865, p. 365:

“A primeira e indispensável qualidade que devem ter os membros de um Tribunal de Contas é uma inteira independência, principalmente daqueles cujas contas tomem.”

INSTRUMENTOS INSTITUCIONAIS DE CONTROLE

Neste espaço, podemos destacar as inovações positivas, quando os anteprojetos anunciam aprimoramentos nas competências, nos meios e nos instrumentos institucionais da ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas.

Realmente, no momento em que se renovam os compromissos das altas autoridades do Estado Brasileiro, com a repressão de condutas ilícitas que ofendam a boa gestão da coisa pública e no combate à corrupção, bem como na intransigente busca de mecanismos de controle dos atos da Administração Pública, são, realmente, bem-vindas algumas das propostas apresentadas, dentro de uma ampla atualização do CONTROLE PÚBLICO.

Como salientado, a existência do Estado, enquanto estrutura política, é resultante do interesse público superior de organizar e tornar possíveis as relações sociais, a cidadania e o bem comum. Com isso, o Estado, cuja responsabilidade abrange desde a sua defesa até a provisão das necessidades coletivas, está sempre exercendo uma destas três clássicas funções: legislativa, executiva e judicial. Tais funções pressupõem uma organização e um arcabouço para o funcionamento estatal, que, na prática, diz respeito à Administração Pública.

É certo que o conceito moderno de “*Estado Democrático de Direito*” inaugurou uma nova concepção de “*ESTADO*”, reunindo conceitos até então distintos, de “*Estado de Direito*” e “*Estado Democrático*”, objetivando, essencialmente, a superação das desigualdades sociais e regionais e a institucionalização da justiça social e da soberania popular, para alcançar a cidadania plena, inclusive com a efetiva participação do povo na coisa pública e no chamado controle social.

Partindo dessa compreensão, o art. 1º da Constituição Federal reconhece que a República não é constituída pelo Estado, mas ela se constitui em Estado. Daí, o princípio democrático da divisão de Poderes “*independentes e harmônicos entre si*”: Legislativo, Executivo e Judiciário, aos quais cabe o exercício das específicas funções estatais.

Na realidade, o Estado, como Poder Público, está envolvido, no âmbito das mencionadas funções estatais, em múltiplas atividades: financeiras, orçamentárias, contábeis, tributárias e patrimoniais. Afinal, além de distribuir renda e riqueza, o Estado utiliza, arrecada, guarda, gerencia e administra dinheiros, bens e valores públicos. E o faz por meio de seus órgãos, entidades, agentes ou pessoas envolvidas nessas atividades, que estarão sempre sujeitos ao controle público.

Anote-se que, doutrinariamente, Governo é a resultante da interação dos três Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário –, como a Administração Pública o é de todos os órgãos e entidades desses Poderes, razão pela qual poder-se-ia, em rigor, afirmar que não existem três Poderes, mas três funções, que, por sinal, se manifestam e se consolidam na realização dos serviços, essencialmente públicos, que precisam ser prestados, em favor da sociedade. Vislumbra-se, assim, a grande diferença entre Governo e Administração: Governo é a atividade política e discricionária; Administração é atividade neutra e vinculada.

A Administração – submetida, entre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CF) – é o instrumento de que o Estado dispõe para colocar em prática as políticas públicas, por meio do conjunto de órgãos estatais. E, justamente, para estabelecer a conformidade dos atos da Administração Pública com os princípios constitucionais e resguardar a eficácia desses atos, surgem os mecanismos ou sistemas de controle de suas atividades. Na realidade, a chamada função “**CONTROLE**” deve ser exercida por todos os Poderes (Controle Interno) e, de modo particular, pelo Legislativo (Controle Externo).

Nesse ponto, se é verdade que o exercício do controle da Administração Pública comporta diversas classificações, não é menos verdadeiro afirmar que o **CONTROLE EXTERNO** é o controle dos controles, “*inclusive porque lhe cabe controlar os próprios órgãos que realizam as outras formas de controle*”.

Outra verdade inafastável é que, nos estados democráticos de direito, as instituições de controle externo — principalmente porque, quase sempre, auxiliam o Poder Legislativo a fiscalizar e defender o patrimônio público e a riqueza nacional — são instituídas em defesa da sociedade e a favor dos interesses da própria Democracia. Por isso é que se diz que o regime democrático não pode admitir que pessoa, órgão ou entidade, pública ou privada, qualquer que seja, desde que presentes dinheiros, bens ou valores públicos, fique fora dos controles criados pelo Estado, cujas modalidades, formas, finalidades, extensão e abrangência dependem dos sistemas políticos e contextos dos países em que se realizam.

Dentro dessa moldura, alguns dos novos instrumentos anunciados são positivos e se inserem na concepção democrática acima explicitada, na síntese abaixo, levando em consideração ambas as proposições:

1º instituir **nova sistemática de prestação de contas anual da União** (nova redação aos arts. 49, IX, 57, § 8º, e 71, I);

2º ampliar a **competência do Tribunal para representar sobre irregularidades ou abusos apurados à comissão mista permanente** do Congresso Nacional (nova redação ao inciso XI do art. 71);

3º corroborar o **princípio de tomada de contas especial decorrente de recursos repassados** ou concedidos pela União (nova redação ao inciso VI do art. 71);

4º criar um **conselho de controle institucional**, com competência correccional e disciplinar sobre os membros e servidores do tribunal (acréscimo dos §§ 5º, 6º e 7º ao art. 73);

5º reformular o **sistema de controle interno de cada Poder** (nova redação ao art. 74);

6º consagrar a **responsabilidade solidária dos dirigentes do Poder Judiciário no processo orçamentário** (nova redação ao § 2º do art. 99 e acréscimo do § 3º ao mesmo dispositivo);

NOVA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os anteprojetos propõem, ainda, uma nova fisionomia na composição dos Tribunais e das Procuradorias que neles oficiam, o que, certamente, importará, como visto, na completa reformulação da organização e funcionamento de tais instituições.

Atualmente, por exemplo, o Tribunal de Contas da União é integrado por nove Ministros, nomeados pelo Presidente da República: um terço escolhido pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao TCU, e dois terços escolhidos pelo Congresso Nacional.

Os Ministros são vitalícios e têm as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. São substituídos, em seus impedimentos e afastamentos, por Auditores. Estes, em número de três, quando na condição de Ministro-Substituto, possuem idênticas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de Juiz de Tribunal Regional Federal.

Atua junto ao Tribunal Ministério Público especializado – composto por um Procurador-Geral, três Subprocuradores-Gerais e quatro Procuradores – ao qual se aplicam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

O ingresso nos cargos de Auditor (Ministro-Substituto) e de Procurador (inicial da carreira do Ministério Público junto ao TCU) é feito mediante concurso público de provas e títulos e nomeação pelo Presidente de República.

A propósito, exatamente nesse ponto, estariam os grandes e atuais **questionamentos quanto à forma de provimento dos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas**. Enquanto os Auditores e Procuradores são nomeados

mediante concurso público, os principais membros são escolhidos de acordo com critérios subjetivos: **um terço** pelo Chefe do Poder Executivo e **dois terços** pelas Casas Legislativas.

Talvez, dentro da arquitetura organizacional vigente, **a alternativa mais plausível, seja ampliar o número de auditores (de três para oito, por exemplo, como ocorre com os membros do Ministério Público)**, de maneira a se estabelecer que a escolha dos Ministros passe a ser feita dentre os procuradores e auditores. Dessa forma, seriam eliminadas as atuais críticas quanto à natureza política das decisões dos Ministros, em razão do critério de seu provimento.

Embora tais críticas, notadamente quanto à natureza política de suas decisões nunca passem por uma reflexão profunda e bem amadurecida.

Afinal, de acordo com as normas constitucionais e legais vigentes, a atuação do TCU, na área de controle externo, é o somatório do desempenho institucional de três posicionamentos indispensáveis:

1º) VERIFICAÇÃO E MANIFESTAÇÃO DO TÉCNICO E DO DIRIGENTE DA UNIDADE ;

2º) OPINIÃO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO À CORTE DE CONTAS; e

3º) PRONUNCIAMENTO DO MINISTRO OU AUDITOR NA QUALIDADE DE RELATOR DO RESPECTIVO PROCESSO PERENTE O COLEGIADO,

cujas manifestações são consideradas, por lei, parte essencial das decisões do Tribunal (*ex vi* do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.443/92):

“Será parte essencial das decisões do Tribunal ou de suas Câmaras:

I - o relatório do Ministro-Relator, de que constarão as conclusões da instrução (do Relatório da equipe de auditoria ou do técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas, da Unidade Técnica), e do Ministério Público junto ao Tribunal;

II - fundamentação com que o Ministro-Relator analisará as questões de fato e de direito;

III - dispositivo com que o Ministro-Relator decidirá sobre o mérito do processo.”

Dessa forma, os processos, inclusive os decorrentes de auditorias realizadas, são analisados nas Secretarias de Controle Externo, pelos Analistas de Finanças e Controle Externo, e recebem, obrigatoriamente, parecer das chefias imediatas, sendo submetidos a julgamento e apreciação do Plenário ou das Câmaras somente depois de cumpridas todas as etapas antecedentes ao seu completo saneamento.

Na prática, colhe-se o parecer do representante do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas em quase todos os assuntos e matérias sujeitas à decisão do Colegiado, ante a própria missão institucional do M.P., qual seja: guarda da lei e fiscal de sua execução, além de outras como *“promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal, as medidas de interesse da Justiça, da Administração e do Erário”*.

Os Ministros e Auditores, como integrantes dos órgãos deliberativos do Tribunal e relatores dos processos que tramitam na Corte, presidem sua instrução, proferindo *despachos e decisões singulares*, e, nessa qualidade, os submetem a julgamento ou apreciação, depois de adotadas todas as providências necessárias ao saneamento dos autos, em Sessões do Plenário ou das Câmaras, por meio de relatório e voto, devidamente acompanhados das propostas de deliberações cabíveis à espécie.

As deliberações colegiais, justamente por sintetizarem as manifestações de todos os membros do órgão colegiado, são tomadas, regra geral, por unanimidade; por maioria; por voto médio ou por voto de desempate, e, quando resultam em imputação de débito ou multa, possuem eficácia de título executivo, de acordo com a Constituição Federal (art. 71, § 3º), obviamente extrajudicial.

Nessas condições, não vemos maiores óbices na continuidade de provimento dos membros dos Tribunais de Contas dentre os auditores e procuradores, assim como na pretendida incorporação dos atuais procuradores ao Ministério Público da União, como sugere o anteprojeto do Senador Pedro Simon, ao acrescentar alínea ao inciso I do art. 128 da C.F. e o art. 77 ao ADCT. Já não se podendo dizer o mesmo quanto à forma de provimento dos Ministros e Conselheiros que vem sendo sugerida

CRÍTICAS AOS CRITÉRIOS DE ESCOLHAS DOS MEMBROS

Preliminarmente, diga-se que não é de hoje que, no Brasil, se questiona a forma de provimento dos membros dos Tribunais de Contas. E a cada mudança se enfraquece mais ainda o sistema e se diminui a independência e a autonomia de que devem ser dotados seus integrantes.

Inicialmente, seus titulares tinham as mesmas garantias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; depois suas decisões definitivas possuíam força de “sentença aparelhada” ou “força de decisão judicial” (Cf. Lei 392/86); o representante do Ministério Público podia decretar o seqüestro de bens dos fraudadores das verbas públicas, e ordenar a prisão administrativa dos condenados por alcance, e houve até quem falasse em **quarto poder**.

Com o passar dos tempos, as impugnações do Tribunal puderam ser glosadas por ato do Presidente da República, *ad referendum* do Congresso Nacional; eliminou-se o registro prévio; facilitaram-se os critérios de composição; suas deliberações passaram a ser questionadas no Poder Judiciário e os atos de seus membros não estão mais sujeitos a mandados de segurança perante o STF.

Na verdade, as maiores críticas procuram demonstrar que os mecanismos clássicos de seleção não estão permitindo escolhas de profissionais da área ou com experiência técnica.

Essa situação estaria obrigando a se recorrer a providências complementares, prevendo um sistema de investidura entre pessoas que já estejam no campo de atuação do controle público.

Tudo isso tem impressionado muito os que conhecem a estrutura jurídica do País, a ponto de se ler, em SAULO RAMOS, sobre os equívocos que cometem aqueles que protestam contra as nomeações feitas para os Tribunais: “*ameaçam promover*

alterações no sistema, quando a Constituição incumbe ao Poder Legislativo a nomeação de dois terços dos Conselheiros. E o terço, reservado ao Chefe do Executivo, jamais comporá um rosário, posto que sua competência, neste particular, é, hoje, apenas formal, pois a escolha terá que recair sobre funcionários experientes do próprio Tribunal, restando ao Governador a nomeação de um único, na formação plenária. (...) De forma que as críticas, partindo de deputados, membros da Assembléia Legislativa, demonstram lamentável desconhecimento das Constituições, federal e estadual” (RTCMG, v. 15, nº 2, p. 366/7).

No campo internacional, o acesso aos “Tribunais”, via de regra, faz-se por **concurso curricular aberto aos integrantes de carreiras que oficiam junto aos mesmos**, desde que, é verdade, reconhecida idoneidade e competência no exercício profissional – por um período igual ou superior a dez anos.

No Brasil, a Constituição de 1891, ao criar o Tribunal de Contas, registrou, inicialmente, que (art. 89):

“Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença”.

A Carta Política de 1934, por sua vez, dispôs (art. 100), *verbis*:

“Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal e terão as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema”

A Constituição que lhe seguiu, de 10 de novembro de 1937, classificou o Tribunal de Contas como órgão do Poder Judiciário e inscreveu (art. 114):

“Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a Lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal”.

Já a Constituição de 1946, dispôs, em seu art. 76, parágrafo primeiro, apenas que:

“Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos Juízes do Tribunal Federal de Recursos”.

Somente, na Constituição de 1967 (art. 73, § 3º), seguida pela de 1969 (art. 72, § 3º), aparecem, propriamente, requisitos para a nomeação de Ministros do Tribunal de Contas, prevendo que seriam nomeados dentre brasileiros, maiores de 35 anos,

de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública.

Finalmente, a vigente Carta, promulgada a 5 de outubro de 1988, e que estaria prestes a novas mudanças, fixou em 9 (nove) o número de Ministros que integram o Tribunal, dispondo, nos §§ 1º e 2º do art. 73:

“§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre os brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II – idoneidade moral e reputação ilibada;

III – notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV – mais de dez anos de exercício de função ou efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I – um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II – dois terços pelo Congresso Nacional.”

Pois bem, essas aflitivas críticas não deveriam ser dirigidas aos Tribunais de Contas, mas aos respectivos poderes legislativos, que, na realidade, são os maiores responsáveis pelas escolhas, restando ao Chefe do Executivo a livre nomeação de um único membro, uma vez que os outros dois, do seu terço constitucional, devem recair, obrigatoriamente, sobre profissionais experientes e que ingressam por concurso público, no caso: auditores e procuradores que já oficiam junto à própria Instituição.

Verifica-se, assim, que nem seria preciso alteração constitucional para impedir o ingresso de quem tenha sido: Parlamentar, durante a legislatura de quem o indicar ou na anterior; Ministro ou Secretário nos três anos anteriores à indicação ou durante o mandato da autoridade competente para a indicação, para se permitir convocar, em vez dessas pessoas, profissionais de comprovado conhecimento e experiência na área do controle. Como também bastaria uma decisão política dos Parlamentos para garantir que se escolhessem mais auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal.

Agora, o que não se pode admitir é, sob o argumento de convocação de pessoas de comprovada competência técnica, abrir as portas dos Tribunais de Contas e tornar temporários ou classistas os seus Membros.

Para o povo brasileiro, o que interessa, não é mudança no critério de escolha dos membros dos Tribunais, mas sim a efetividade desses organismos e sua tempestiva atuação, na defesa intransigente dos dinheiros, bens e valores públicos.

É bem verdade que o provimento das vagas existentes e surgidas nos Tribunais de Contas, por pessoas de comprovada competência técnica, como os atuais auditores

e membros de seu Ministério Público, garantiria, sem sombra de dúvidas, um desempenho instrumental mais adequado, resultando em trabalhos mais abrangentes e mais técnicos. Fato esse que necessariamente não estará garantido, salvo melhor juízo, com a indicação de servidores de outras carreiras, o que, aliás, poderá constituir fator de desequilíbrio na composição dos Tribunais e nas suas decisões.

Já se disse mesmo que a regra geral é que podem compor os “Tribunais” aqueles que sejam integrantes de **carreiras que oficiam junto a essas instituições**. O que não ocorre, principalmente, com os servidores do Controle Interno, que pertencentes ao Poder Executivo e, portanto, desvinculados do Controle Externo, como o próprio nome indica, seriam transfigurados em “juízes” dos Tribunais de Contas - órgãos tipicamente do Controle Externo.

Pois bem, o texto proposto defende que os Membros das Cortes de Contas sejam **nomeados** dentre analistas dos controles interno e externo, indicados em lista tríplice pelo dirigente máximo dos respectivos órgãos, segundo critério de antiguidade e merecimento. Acontece que a palavra **nomeação**, em Direito, possui sentido específico: é um ato de investidura administrativa originária. E por investidura administrativa, leciona HELY LOPES MEIRELLES, entende-se “*aquela que vincula o agente a cargo, função ou mandato administrativo atendidos os requisitos de capacidade e idoneidade que a lei estabelecer*” (Direito Administrativo Brasileiro, 14.^a ed., 1988, p. 72).

Por outro lado, “*a investidura originária é a que vincula inicialmente o agente ao Estado, tal como a primeira nomeação para cargo público*”. Já investidura derivada, para o mesmo autor, “*é aquela que se baseia em anterior vinculação do agente com a Administração, como a promoção*” (ob. cit., p. 73).

Eis os fundamentos pelos quais há de se entender que fere, a nosso juízo, o espírito, a letra, o sistema da Lei Maior, além de agredir a própria evolução histórica de todas as Constituições, quando se sustenta a idéia de se abrir as portas dos Tribunais de Contas para servidores públicos, que fizeram concurso público para outras carreiras do serviço público.

Ora, os membros dos Tribunais de Contas são juízes de contas públicas, e, obviamente, não integram as referidas carreiras.

NATUREZA DAS DELIBERAÇÕES DOS TRIBUNAIS

No presente trabalho, também procuramos trazer à colação a proposta de nova configuração jurídico-constitucional das deliberações proferidas pelos Tribunais de Contas, partindo do princípio, inscrito na Constituição do Brasil (art. 5, inc. XXXV), de que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Conseqüentemente, o legislador constituinte admitiu, explicitamente, o monopólio jurisdicional do Poder Judiciário (Sistema Brasileiro de Jurisdição Única) e, implicitamente, que esse monopólio só seria quebrado por norma constitucional e, em hipótese nenhuma, por legislação infra-constitucional, sendo certo que jurisdição, como poder de fazer a coisa julgada, somente os órgãos judiciais a tem.

Assim, esse mesmo Diploma Constitucional criou algumas exceções, por exemplo, quando o Senado Federal julga o Presidente e o Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e o Tribunal de Contas, quando julga as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

Embora não seja pacífico esse posicionamento, boa parte dos estudiosos reconhece aos Tribunais de Contas o exercício da função jurisdicional, afirmando, de acordo com o art. 73 da Constituição Federal, que a Corte de Contas tem “jurisdição em todo território nacional” e lhe compete exercer as atribuições estabelecidas no Texto Constitucional e em sua Lei Orgânica.

Tem-se, assim, que a jurisdição de contas é o juízo constitucional e especial das despesas e das receitas públicas privativo dos Tribunais de Contas, instituídos pela Constituição, para fiscalizar, apreciar e julgar os atos e fatos relacionados com dinheiros, bens e valores públicos, e, em razão de tal condição, o Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, reiteradamente, tem proclamado a função jurisdicional dessas Instituições (RTJ 49/376; 48/353; 47/654; 45/756), declarando, na mesma linha:

“A revogação ou anulação pelo Poder Executivo, de ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes da apreciação pelo Tribunal” (Súmula nº 6, do STF)

“As decisões do Tribunal de Contas não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, a não ser quanto ao seu aspecto formal” (RE Nº 55.821, in RTJ 43/151)

“Salvo ilegalidade, é do Tribunal de Contas a competência exclusiva para julgamento de contas dos responsáveis por haveres públicos” (RF 226/81).

Em termos práticos, a eficácia das decisões dos Tribunais de Contas não se restringe, exclusivamente, à simples declaração quanto à certeza orçamentária, financeira, contábil e patrimonial, mas por se constituir título executivo extrajudicial (C.F., § 3º do art. 71) e esgotar, em seu julgado, toda a matéria de fato, por eles apreciados, tanto que a doutrina mais seguida se manifesta em relação ao julgamento das contas: *“não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois”*.

A propósito, não se pode perder de vista que o Tribunal de Contas julga as contas e não quem as prestou. *“Não tem por função julgar a culpabilidade subjetiva de prestador, mas a regularidade objetiva da conta prestada. A decisão do Tribunal de Contas versa sobre a regularidade intrínseca da conta. Não lhe cabe decidir da responsabilidade civil ou penal, nem da imputação subjetiva dessa responsabilidade”* (RTCESP 72/141).

Esse, em última análise, seria justamente o fundamento pelo qual tem sido freqüente a impugnação judicial das deliberações dos Tribunais de Contas, autorizando que as partes atingidas recorram ao Poder Judiciário, seja através do mandado de segurança ou de embargos à execução das condenações nelas constantes, seja pelas

ações ordinárias ou especiais intentadas com vista a anular ou afetar, de alguma forma, as decisões, adotadas pelas Cortes de Contas.

Por oportuno, merecem ser transcritas as lúcidas observações a respeito, extraídas do citado trabalho de Saulo Ramos:

“Se as decisões proferidas pela Corte de Contas podem ser contestadas perante o Poder Judiciário, circunstância caracterizadora de garantia individual deferida ao eventual responsável, quando pessoa física, ou terceiro, estranho à Administração, não infirma o caráter jurisdicional do julgamento das contas no exercício da função constitucional, nem retira dele o conteúdo vinculante para os demais órgãos do Estado, que não podem pleitear sua desconstituição na esfera de outro Poder”.

Destarte, na legislação vigente sobre inelegibilidade daqueles que não se houverem com zelo no trato da coisa pública, por incrível que pareça, institucionaliza-se mais uma brecha contra as deliberações dos Tribunais de Contas, bastando a impugnação, mediante ação judicial, para suspender essa inelegibilidade:

“Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, “g”)” (Súmula nº 1, do TSE).

Essas as razões pelas quais só podemos aplaudir a iniciativa, quando, no anteprojeto do Senador Pedro Simon, ele defende que seja assegurada às decisões dos Tribunais de Contas maior eficácia sobre os responsáveis faltosos, afirmando em sua proposição, *verbis*:

“Na sistemática atual, como o acórdão condenatório somente surte efeitos imediatos se o responsável decidir espontaneamente recolher o valor do débito, grande parte dos ressarcimentos da União somente é efetuada após demorado processo judicial de execução. Assim, embora no processo perante o TCU o responsável tenha assegurado o mais amplo direito de defesa, a União fica, na maior parte dos casos, obrigada a praticamente recomeçar todo o processo na Justiça comum, para só ao final ressarcir-se de um débito já cabalmente comprovado durante o julgamento das contas”.

PROPOSTA DE CONTROLE SOCIAL

Outra grande contribuição para o aperfeiçoamento do sistema de controle público está contida na proposta de estabelecer o **controle social, mediante acesso público às informações relativas à aplicação dos recursos públicos** (acréscimo do § 1º ao art. 70 e do § 5º ao art. 71), que, certa maneira, constitucionaliza o disposto na Lei nº 9.755/98.

Nesse mesmo sentido, na era da INTERNET, deveria ser complementada a referida iniciativa com a sugestão de se inserir também na mencionada *homepage*,

para conhecimento e acesso ao público, as decisões condenatórias tomadas pelos Tribunais de Contas do Brasil.

Talvez essa ausência seja a mais grave falha do sistema. Afinal, se tais entidades exercem jurisdição e tratam das leis e de sua aplicação, no tocante aos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, como justificar, então, o estágio atual de completa falta de uniformização?

Paradoxalmente, a atuação das Cortes de Contas não se faz à luz de norma processual comum nem de consulta de uma jurisprudência nacional, que se possa dizer capaz de interpretar as leis administrativas aplicáveis aos casos concretos, dentro dessa desejada uniformidade.

Enquanto isso, a unanimidade dos juristas está de acordo em que essa falta de uniformidade compromete o bom desempenho e a própria transparência de seus julgados, impedindo concretizar o que THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI advogava em favor das Cortes de Contas: “*uma capacidade para construir a sua própria doutrina e fixar a sua posição no sistema constitucional brasileiro*” (in “O TRIBUNAL DE CONTAS – ÓRGÃO CONSTITUCIONAL – FUNÇÕES PRÓPRIAS E FUNÇÕES DELEGADAS”, RTCEG Nº 32/93).

De fato, seria muito importante para a moralidade pública, que os cidadãos, de maneira geral, conhecessem como se revela o Direito e se exercita a jurisdição em todos os Tribunais de Contas, principalmente, nos dias de hoje, com os grandes avanços da informática. Nada justifica que o País esteja impossibilitado de bem conhecer as normas e os julgados dessas Instituições. E nunca será excessivo realçar a importância que teria tal conhecimento, tanto das construções jurisprudenciais, como dos casos examinados e decididos.

De modo que isso, certamente, ajudaria, não só no combate à corrupção, mas também para aplainar o caminho dos administradores públicos no Brasil, indicando-lhe a melhor forma de aplicar as leis orçamentárias, financeiras, contábeis e patrimoniais, no âmbito da Administração Pública. Não somente os gestores se beneficiariam, mas também a própria sociedade.

Diga-se de passagem, que existe mesmo uma identidade de matéria nos processos examinados pelos tribunais de contas, conjugados com o princípio da economia processual, que aconselharia a fixação de orientações uniformes, notadamente nas chamadas decisões normativas.

A consolidação da idéia poderia nascer das “reuniões periódicas” e dos “acordos de cooperação” existentes entre as Instituições.

Nesse mosaico, havemos de crer que, assim como já existe uma *homepage* das contas públicas, urge que se passe a incluir nessa mesma *homepage* os julgados dos tribunais de contas, para o seguro estabelecimento de verdadeiro controle social dos dinheiros, bens e valores públicos.

PRAZOS FATAIS PARA DENÚNCIAS E CONSULTAS

Nesse particular, com a soma de tantas atribuições e tão poucos auditores – o TCU, por exemplo, conta com apenas 2.100 servidores – é, sem dúvida, muito difícil que o Tribunal possa desincumbir-se eficiente e tempestivamente de todos os seus encargos constitucionais e legais.

Como órgão constitucional, o TCU está definido estrutural, dinâmica e funcionalmente pelo texto da vigente Carta Política (C.F. – arts. 70 a 75), por sua Lei Orgânica (LOTUCU – Lei 8.443/92), seu Regimento Interno (RITCU – Resolução Administrativa nº 15 de 15/6/93) e demais normas legais e regulamentares a ele aplicáveis, cabendo-lhe, como mencionado, uma enormidade de competências e atribuições:

Competências Constitucionais do Tribunal

Competência	Fundamento
Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.	art. 33, § 2º e art. 71, II
Fiscalizar as aplicações de subvenções e a renúncia de receitas.	art. 70
Apreciar as contas anuais do Presidente da República.	art. 71, I
Apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares.	art. 71, III
Realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional.	art. 71, IV
Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais.	art. 71, V
Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios.	art. 71, VI
Prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas.	Art. 71, VII
Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos.	art. 71, VIII a XI
Emitir pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas não autorizadas.	Art. 72, § 1º
Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades.	Art. 74, § 2º
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 municipais.	art. 161, parágrafo único

Competências Legais do Tribunal

Competência	Leis
Decidir sobre consulta formulada a respeito de dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares.	Lei nº 8.443/92
Decidir sobre representações contra irregularidades em processos licitatórios.	Lei nº 8.666/93
Exercer o controle da legalidade e legitimidade das declarações de bens e rendas apresentadas por ocupantes de cargos, empregos e funções dos Poderes da União.	Lei nº 8.730/93
Decidir sobre representações referentes ao descumprimento da obrigatoriedade de notificação às câmaras municipais da transferência de recursos federais para os respectivos municípios.	Lei nº 9.452/97
Acompanhar e apreciar documentação dos processos de desestatização.	Lei nº 9.491/97
Criar e manter <i>homepage</i> para divulgação de dados e informações acerca das contas públicas.	Lei nº 9.755/98
Verificar o cumprimento, pela União, dos limites das despesas com pessoal.	Lei Complementar nº 96/99

Essas competências, quando exercitadas, refletem o conteúdo próprio de uma jurisdição administrativa, “em todo o território nacional” (C.F. – art. 73), e “no julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete” (LOTUCU – art. 1º, § 1º), controla a **legalidade**, a **legitimidade** e a **economicidade** dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes e implica a missão institucional sobre as pessoas a ele jurisdicionadas, dispondo o art. 5º da Lei 8.443/92 (LOTUCU) que “a jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

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;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínoza ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.”

Todas essas múltiplas competências e atividades desempenhadas pelo TCU podem ser, ainda, classificadas em seis grupos, conforme as características das funções e atribuições exercidas.

1) Atribuições opinativa, consultiva e informativa - quando atua sem julgar ou condenar, apenas emite pareceres, responde consulta e fornece dados e estudos realizados, tais como:

- apreciar, mediante parecer prévio, as contas que, anualmente, devem ser prestadas ao Congresso Nacional pelo Presidente da República;

- emitir parecer prévio sobre as contas anuais do Governador de Território Federal;

- apreciar, para fins de registro, atos de admissão de pessoal e concessões de aposentadorias, reformas e pensões;

- prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, sobre os resultados apurados nas atividades de fiscalização e controle;

- responder às consultas formuladas sobre dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência.

Aliás, sob o caráter pedagógico e ângulo da busca de maior eficiência, essas atribuições deveriam ser as mais importantes para a Instituição, uma vez que através delas poderiam ser divulgadas as melhores práticas e transmitidas, preventivamente, as orientações técnicas, normativas e jurídicas aplicáveis à gestão pública.

2) Atribuições investigatórias - o TCU acompanha, inspeciona e fiscaliza os atos de administração e as despesas deles decorrentes, mediante:

- inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

- apuração das denúncias, irregularidades e ilegalidades apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato;

- fiscalização da renúncia de receitas;

- acompanhamento da arrecadação da receita;

- fiscalização da aplicação de subvenções, auxílios e contribuições;

- fiscalização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres;

- fiscalização das transferências constitucionais e legais;

- fiscalização das contas nacionais das empresas supranacionais.

3) Atribuições corretivas e cautelares - estas atribuições decorrem do exercício da competência do TCU para atuar na correção dos atos e ações que apresentam irregularidades ou ilegalidades, podendo, para tanto:

- representar ao Poder competente sobre irregularidades;

- determinar diligências necessárias;

- fixar prazo para atendimento das diligências;

- comunicar às autoridades competentes o resultado das inspeções e auditorias;

- determinar as providências por falta ou impropriedade de caráter formal;

- assinar prazo para o exato cumprimento da lei;

- proceder ao prejulgamento de tese, quando decidir sobre consulta.

4) Atribuições cautelares, como o próprio nome indica, inclui providências suscetíveis de serem adotadas pelo Tribunal em casos extremos, na forma prevista em lei (LOTUCU – arts. 44 a 61; RITCU – 209 e 224/225):

- determinar, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento;

- decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração;

- solicitar as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis, julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.

Ainda sobre este tópico, registre-se que a Resolução nº 36, de 30.08.95, no Capítulo destinado às MEDIDAS CAUTELARES (arts. 18 a 21), inclui outras providências da parte do Tribunal: a) NO CASO DE ATO ADMINISTRATIVO: sustar a execução do ato impugnado, comunicar a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal e aplicar multa ao responsável; b) NO CASO DE CONTRATO: comunicar o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e as medidas cabíveis. Silente o Legislativo ou o Executivo, o Tribunal decidirá a respeito: determinando as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; aplicando multa e comunicando o decidido ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente; c) NO CURSO DE INSPEÇÃO/AUDITORIA: se verificado, pela Equipe, procedimento de que possa resultar dano ao Erário ou irregularidade grave, o Relator poderá determinar ao responsável que não dê continuidade ao procedimento questionado até que o Plenário delibere a respeito.

5) Atribuições jurisdicionais - estão relacionadas com a competência exclusiva do TCU para “julgar” as contas públicas:

- julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos;

- julgar aqueles que se omitirem no dever de prestar contas ou derem causa a perda, extravio, desfalque, desvio de dinheiros, bens ou valores públicos ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

- decidir sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, nos processos devidamente formalizados de:

Essas também seriam atribuições que muito contribuiriam para uma ação mais efetiva dos Tribunais de Contas no aprimoramento da administração pública e na prestação dos serviços públicos, caso fosse criado um banco de dados que armazenasse a jurisprudência predominante e as principais decisões tomadas na fiscalização e no controle dos dinheiros, bens e valores públicos.

6) Atribuições declaratórias - ao se pronunciar sobre a legalidade ou a inconstitucionalidade em matéria de sua competência:

- atos de admissão de pessoal a qualquer título, na administração pública direta, indireta e fundacional, salvo para os cargos em comissão;

- concessões de aposentadorias, reformas e pensões;

- negar a aplicação de lei ou ato normativo considerado inconstitucional (Cf. Súmula 347 do STF)

7) Atribuições punitivas - estas atribuições autorizam o TCU a aplicar multas e outras sanções previstas em lei aos responsáveis por ilegalidade e irregularidades praticadas, tais como:

- multa e sanções pecuniárias, resultando em processo de cobrança executiva, quando o responsável condenado e notificado pelo TCU não recolher tempestivamente a importância devida. As principais peças do processo são encaminhadas à Advocacia-Geral da União/AGU, por intermédio do Ministério Público junto ao TCU, para fins de cobrança judicial perante a Justiça Federal;

- inabilitação temporária do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

- declaração de inidoneidade do licitante;

- inclusão na lista para fins de inelegibilidade em caso de improbidade administrativa do ordenador de despesas.

Em suma: com tantas competências e atribuições, em que pese o ideal perseguido pela fixação de prazo, acreditamos ser inviável que em 60 (sessenta) dias todas as denúncias dirigidas ao Tribunal venham a ser apuradas e decididas. Da mesma forma, temos como inviável a proposta de que sejam respondidas todas as consultas formuladas, em 30 (trinta) dias, salvo se fosse, imediatamente, ampliado o quadro de servidores do TCU. Até porque a experiência tem revelado que, diante de denúncias, os envolvidos utilizam-se, desde logo, de todas as prerrogativas concedidas (grandes advogados, múltiplos formalismos processuais, recursos e incidentes de toda espécie), sob a proteção dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, aliás, pilares básicos do estado democrático de direito, ficando o órgão encarregado, praticamente, sem poder desempenhar plena e tempestivamente sua missão.

Apesar de haver outras idéias sobre a fisionomia distorcida do Controle Externo, termino aqui a apresentação das principais sugestões a que nos propusemos, lembrando que na visão de STEPHEN KANITZ, o que falta ao País é um número suficiente de profissionais do controle, chegando ele a afirmar que “*as nações com menor índice de corrupção são as que têm o maior número de auditores e fiscais formados e treinados. A Dinamarca e a Holanda possuem 100 auditores por 100.000 habitantes. O Brasil tem somente oito auditores por 100.000 habitantes, 12.800 auditores no total.*” (in VEJA de 2/06/1999, p. 21).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Lucas Rocha Furtado¹

I - ASPECTOS GERAIS

1. Distinção entre contratos administrativos e contratos celebrados pelos particulares

Os contratos celebrados pela Administração Pública distinguem-se daqueles celebrados no âmbito do direito privado porque em relação a estes últimos vale, como regra, a disponibilidade da vontade. Normalmente, no campo do direito privado, têm as partes ampla liberdade de contratar, ao passo que ao celebrar contratos, a Administração Pública deve ter toda sua atuação vinculada à plena realização do interesse público.

É bem verdade que também no campo do Direito Privado verifica-se, cada vez mais, maior tutela, maior interferência do Estado nas relações jurídicas, de modo a proteger uma das partes contratantes. Isto resta evidente, por exemplo, no Direito do Trabalho e nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Nestes casos, as partes não têm ampla e irrestrita liberdade de contratar, haja vista a legislação reputar nulo e de nenhum efeito determinadas cláusulas contratuais.

Lembramos que os contratos administrativos são regidos por normas de direito administrativo (vide art. 54 da Lei 8.666/93), e que o direito administrativo tem como principais características a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado². Não obstante as diferenças existentes entre o regime do direito privado e o regime jurídico administrativo, devemos afirmar que os contratos administrativos são considerados uma modalidade de contrato, nada diferindo, em sua essência, dos contratos do direito privado. Os contratos administrativos apresentam como maior particularidade, e nesse ponto são originais, a circunstância de sua disciplina jurídica estar totalmente subordinada à busca da plena realização do interesse público.

¹ Procurador-Geral MP/TCU e Professor da UNB.

² Sobre esse tema - características do regime jurídico administrativo - , recomendamos a leitura da obra do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello - Curso de Direito Administrativo, editora Malheiros.

2. Regime jurídico aplicável aos contratos administrativos - normas do direito privado aplicáveis aos contratos administrativos

Os contratos administrativos, nos termos do art. 54 da Lei 8.666/93, “*regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado*”.

Vê-se que os contratos administrativos são tratados de acordo com as regras constantes na própria Lei 8.666/93. Esse o texto jurídico básico a ser utilizado para disciplinar a celebração e execução do contratos celebrados pela Administração Pública. Observamos que existem contratos, como as concessões e permissões de serviços públicos, que possuem disciplina legal própria, no caso a Lei 8.987/95.

É bem verdade, como visto na própria redação do art. 54 acima mencionado, que os princípios e regras do direito privado poderão ser aplicados supletivamente para disciplinar os contratos administrativos. Isto ocorrerá quando: 1. A Lei nº 8.666/93 não tiver tratado de determinada questão que esteja a exigir solução decorrentes da execução de contratos administrativos, e 2. Não seja encontrada a solução que se busca dentro do próprio direito administrativo.

A fim de melhor entender a aplicação subsidiária do direito privado a contrato administrativo, podemos criar a seguinte situação hipotética: Imaginemos que a Administração Pública haja adquirido determinado imóvel. Após celebrada a avença, terceiro ingressa com ação de usucapião em que alega haver adquirido a propriedade do bem, e que isto havia ocorrido antes mesmo da celebração do contrato com a administração. Julgada procedente a ação de usucapião, a administração perde a propriedade do bem que havia adquirido. Em face dessa situação, observa-se que a Lei 8.666/93 não dá solução para essa questão. O Código Civil, em seus arts. 1.107 e seguintes, disciplina o instituto da evicção. O próprio art. 1.107 determina que “*nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade*”. A evicção seria, assim, o instituto que obriga o alienante a assegurar a propriedade do bem alienado ao adquirente. Vê-se que este instituto não foi disciplinado pela Lei de Licitações, mas com ela é perfeitamente compatível. Nada obsta, portanto, que, no caso acima citado, a administração, que havia adquirido o imóvel e, em seguida perdido a sua propriedade, socorra-se das regras relativas à evicção de modo a obrigar o alienante a indenizar a administração, nos termos do art. 1.109 do Código Civil.

3. Requisitos necessários à aplicação de regras do direito privado a contratos administrativos

O que se pôde verificar no caso citado no item anterior foi a perfeita adequação da norma do direito privado ao contrato administrativo. Como já dito, os contratos administrativos são disciplinados pelas regras e princípios do direito público, conforme dispõe a Lei 8.666/93. Nada impede, porém, que regras e princípios do direito privado

- no caso acima foram aplicadas regras do Código Civil - sejam aplicados no âmbito dos contratos administrativos³. Isto ocorrerá sempre que não existirem regras ou princípios do direito público que possam ser utilizados para a solução de questões verificadas em contratos celebrados pela Administração Pública, e desde que essas regras ou princípios do direito privado sejam compatíveis com o direito público.

II. CLÁUSULAS EXORBITANTES

Conforme já examinamos, os contratos administrativos têm como sua maior particularidade a presença constante da busca pela realização do interesse público. Isto faz com que as partes do contrato administrativo (administração contratante e terceiro contratado) não sejam colocadas em situação de igualdade. Não se discute que o contrato somente vincula as partes se elas concordarem com a sua celebração. Se não houver a concordância do particular, o contrato administrativo não o obriga. Porém, em nome da supremacia do interesse público, de que é titular a Administração Pública, serão conferidas a esta prerrogativas que lhe colocarão em um patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata.

Essa supremacia irá manifestar-se através de determinadas cláusulas contratuais que são denominadas de “cláusulas exorbitantes”. Essa terminologia decorre do simples fato de que essas cláusulas irão conferir poderes exorbitantes à administração contratante em face do particular contratado.

O art. 58 da Lei 8.666/93, que trata dessas cláusulas, dispõe nos seguintes termos:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contrato;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contrato, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.”

Estudaremos, a seguir, cada uma das cláusulas exorbitantes.

³ No sentido de que “o bem público não está sujeito à legislação civil, não se aplicando aos **contratos** de locação firmados pela Administração Pública federal, estadual e municipal a Lei de Luvas”, vide RESP 59448/SP, DJU de 08/05/2000, Relator Min. GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, STJ.

III - MODIFICAÇÕES UNILATERAIS

1. Mutabilidade contratual

A primeira das cláusulas exorbitantes relaciona-se às modificações que a administração poderá introduzir, unilateralmente, em contratos administrativos. Devemos esclarecer, antes de prosseguirmos no exame dessa cláusula, que é a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade que fundamentam a existência do contrato administrativo e a possibilidade do contrato ser modificado.

O interesse público é não só o fundamento da mutabilidade nos contratos administrativos, como também irá definir o seu real limite. É exatamente em nome dessa mutabilidade dos contratos administrativos que a administração, buscando sempre a realização do interesse público, poderá promover alterações contratuais unilaterais, dentro dos limites indicados no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, que dispõe nos seguintes termos:

“Art. 65.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

2. Distinção entre alteração contratual quantitativa e alteração contratual qualitativa

Neste ponto, consideramos da mais alta relevância que seja feita a distinção entre as alterações contratuais *quantitativas* e as alterações contratuais *qualitativas*.

Essa distinção demonstra-se absolutamente relevante, haja vista o mesmo art. 65, em seu inciso I, alíneas “a” e “b”, que tratam das alterações qualitativas e quantitativas, respectivamente, ser expresso em fixar limites apenas em relação às alterações contratuais quantitativas, conforme pode ser observado a seguir:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;”(grifamos)

Antes de prosseguirmos no estudo deste complexo tema, devemos observar que em hipótese alguma, em nome de alterar-se quantitativa ou qualitativamente contrato administrativo, poderia ser transformada a aquisição de bicicletas em compra de aviões, ou a prestação de serviços de marcenaria em serralheria. Isso não é alteração quantitativa, ou mesmo qualitativa. Isso implica a celebração de outro contrato com outro objeto.

Feito esse esclarecimento devemos prosseguir no exame dessa questão.

Nas modificações quantitativas, a dimensão do objeto pode ser modificada, conforme mencionado, dentro dos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93, isto é, pode ser adquirida uma quantidade de bicicletas maior do que o originalmente previsto, desde que o acréscimo, em valor, não ultrapasse 25% do valor inicial atualizado do contrato.

Assim, se foi celebrado contrato no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a aquisição de 100 bicicletas, poderia a administração obrigar o vendedor a entregar quantidade maior de bicicletas, que não poderiam superar a 25% do valor do contrato. Essa seria uma hipótese de alteração quantitativa, e que demonstra, de forma evidente, a supremacia da administração em face do contratado. É evidente que a administração, nesse caso, será obrigada a pagar quantia mais elevada ao contratado, proporcionalmente ao aumento quantitativo do contrato.⁴

As alterações qualitativas, por sua vez, decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou dimensão.

3. Alteração qualitativa

Essas alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação.

Conquanto não seja modificado o objeto contratual, em natureza ou dimensão, essas alterações implicam, em regra, mudanças no valor original do contrato. Imagine, como exemplo desse tipo de alteração, que foi contratada a execução de 100 Km de asfalto. Após assinado o contrato, descobre-se, ou torna-se disponível, nova tecnologia que permitiria a execução da obra em menor tempo e com durabilidade bem maior.

⁴ As cláusulas dos contratos administrativos podem ser divididas em regulamentares, igualmente denominadas de serviço, e econômico-financeiras. As primeiras definem o próprio objeto do contrato; as segundas, a forma de remuneração do contratado. Essa distinção é importante porque as alterações unilaterais que a administração pode realizar nos contratos administrativos referem-se apenas às cláusulas regulamentares, observados os limites legais. Ademais, sempre que a alteração unilateral, que como visto, somente pode referir-se cláusula regulamentar, provocar algum tipo de alteração no equilíbrio financeiro do contrato, deverá ser restabelecido esse equilíbrio. Essas regras constam nos parágrafos 1º e 2º do art. 58 da Lei 8.666/93, que dispõem nos seguintes termos:

“Art. 58.

§ 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

Nessa hipótese, a administração poderia decidir, unilateralmente, adotar essa nova tecnologia. Seria exemplo de alteração qualitativa do contrato, haja vista o objeto do contrato, - execução de 100 Km de asfalto - não ter sofrido qualquer modificação. Outro exemplo seria a construção de barragem que utilizaria terra para represar a água, e, após iniciada a execução da obra, a administração optasse pela utilização da tecnologia de cimento compactado. A barragem seria a mesma; alterou-se apenas a tecnologia para a sua execução.

4. Alterações qualitativas e limites previstos no art. 65, § 1º

A dúvida maior que poderia restar seria a de saber se os limites do § 1º do art. 65 seriam também aplicáveis às alterações qualitativas, haja vista a lei tratar expressamente de limites apenas quando refere-se às alterações quantitativas.

De início, é de ver que fere não só o Direito como também o senso comum a hipótese de alterações contratuais ilimitadas no âmbito administrativo, sobretudo as unilaterais. Os limites genéricos importam o respeito ao direito dos contratados e a interdição da fraude à licitação.

O respeito ao contratado – explicitamente exigido no art. 58, I, da Lei 8.666/93 – consubstancia-se na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na intangibilidade do objeto e, nas alterações unilaterais, na imposição objetiva de limite máximo aos acréscimos e supressões. Evidente que, nas alterações consensuais, o contratado manifesta sua vontade, podendo rejeitar acréscimos ou supressões indesejáveis, dentro dos limites legais. Não estaríamos, nesta hipótese, diante de cláusula exorbitante, haja vista haver o consentimento do contratado. A maior dificuldade seria a de saber se, de modo unilateral, poderia a administração impor alterações qualitativas sem que existissem quaisquer limites.

Nas alterações unilaterais quantitativas, previstas no art. 65, I, b, da Lei 8.666/93, a referência aos limites é expressa, uma vez que os contratos podem ser alterados unilateralmente “*quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei*”. Estão eles previstos no § 1º do referido artigo.

Assim, em relação às alterações unilaterais quantitativas (art. 65, I, b), não se tem dúvida sobre a incidência dos limites legais.

Nas alterações unilaterais qualitativas, consubstanciadas no art. 65, I, a, da aludida Lei, não há referência expressa, como visto, a esses limites, pois os contratos podem ser alterados “*quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos*”.

Nas opiniões de alguns doutrinadores, como Caio Tácito, Marçal Justen Filho e Antônio Marcelo da Silva, não se aplicam às alterações qualitativas unilaterais os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei, porque a mencionada alínea **a** não lhes faz referência.

Nesse ponto, preferimos a orientação de Hely Lopes Meireles, Jessé Torres Pereira, Toshio Mukai – como faz referência Marçal Justen Filho⁵ –, bem como a de Carlos Ari Sundfeld⁶, *in verbis*:

“2.1. *Modificação unilateral*

Genericamente previsto no art. 58-I, está condicionado por seu objetivo: a ‘melhor adequação às finalidades de interesse público’.

Podem decorrer da modificação do projeto ou das especificações para, segundo o art. 65-I, ‘melhor adequação técnica aos seus objetivos’. Essa alteração encontra, contudo, barreiras e condicionantes. De um lado, nos direitos do contratado, a quem se assegura a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro e da natureza do objeto do contrato, além de um limite máximo de valor para os acréscimos e supressões (art. 65-§1º)” (grifamos).

Mesmo que se entenda que não se possa extrair diretamente do art. 65, I, a, essa conclusão, em virtude da não-referência aos limites máximos de acréscimo e supressão de valor, a inexistência desses limites não se coaduna com o Direito, pois pode ser deduzida a partir do art. 58, I, da Lei de Licitações e Contratos.

A hipótese de supressão ilimitada no valor contratual é que nos leva a compreender melhor os excessos que podem advir da inexistência dessas barreiras.

Imagine-se, como exemplo, a disponibilidade de nova tecnologia que pudesse reduzir os custos de determinada obra em 80%. Seria possível à administração impor ao contratado, unilateralmente, a obrigação de ele adotá-la na execução da obra, reduzindo o valor inicial do contrato na mesma proporção, sem considerar a manifestação de sua vontade ou recusa?

Evidente que se trata de supressão de valor contratual desarrazoada. Mas o que seria razoável? 70%? 60%? 50% 25%? A fixação desse limite, pensamos, inclui-se na discricionariedade do legislador.

Cumpra, aqui, esclarecer que, a fim de não submeter o contratado a alteração contratual unilateral que não seja razoável ou proporcional, a opção que restaria à administração seria a de rescindir unilateralmente o contrato, nos termos do art. 78, XII, da Lei nº 8.666/93, e proceder a nova licitação contratando o novo objeto.

Referidos limites, em nossa opinião, têm de ser claros, objetivos e preestabelecidos em lei, pois é a partir deles que o possível contratado dimensiona os riscos que deve suportar, na hipótese de alteração unilateral imposta pela administração.

Acreditamos até que poucos contratariam com a administração se não houvesse limites objetivos, claros e fixados em lei a esse poder de alteração unilateral a ela concedido.

Entendemos, assim, que é correta a tese de que as alterações unilaterais qualitativas estão sujeitas aos mesmos limites escolhidos pelo legislador para as alterações unilaterais quantitativas, previstos no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, não obstante a falta de referência a eles no art. 65, I, a.

⁵ Informativo de Licitação e Contratos nº 42, agosto/97, p. 611.

⁶ Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 227/228.

Fundamentamo-nos na necessidade de previsão de limites objetivos e claros em Lei, no princípio da proporcionalidade e no respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da Lei 8.666/93.

A supressão, por parte da administração, de obras, serviços ou compras, que excedam os limites prescritos no art. 65, § 1º, é também causa de rescisão do contrato, por inexecução pela administração, conforme prevê o art. 78, XIII, da Lei 8.666/93. O que reforça a nossa tese, de observância a esses limites nas alterações unilaterais, sejam quantitativas ou qualitativas.

Embora nossa exemplificação tenha-se baseado na hipótese de supressão de serviços, porque é mais evidente a onerosidade ao contratado, cabe ressaltar que a não-imposição de barreiras aos acréscimos unilaterais pode também ser fonte de ônus desnecessário ao contratado.

5. Possibilidade de serem ultrapassados os limites do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93

Isso não significa, entretanto, que, na busca da realização do interesse público, a administração não possa, em caráter excepcional, ultrapassar referidos limites.

Em nossa opinião, poderia fazê-lo, em situações excepcionalíssimas, na hipótese de alterações qualitativas, revisando, não unilateralmente, mas consensualmente, as obrigações e o valor do contrato.

Tais alterações devem ser efetuadas por acordo mútuo – bilaterais –, pois dessa maneira evita-se a excessiva onerosidade nas obrigações do contratado, uma vez que o novo pacto passa a depender da manifestação de sua vontade.

Além de consensuais, sustentamos que tais alterações devem ser necessariamente qualitativas. Estas, diferentemente das quantitativas – que não configuram embaraços à execução do objeto como inicialmente avençado –, ou são imprescindíveis ou viabilizam a realização do objeto.

Sem a implementação das modificações qualitativas não há objeto e, por conseguinte, não há a satisfação do interesse público que determinou a celebração do contrato.

Teríamos situação de alteração qualitativa quando verifica-se a necessidade de acréscimo de serviços de terraplanagem a fim de permitir a realização de 100km de pavimentação. Não se está alterando quantitativamente o objeto (que permanece em 100 km). A alteração é qualitativa.

Distinta é a situação, quando a modificação contratual visa a aumentar a extensão da via de 100 para 150km – alteração quantitativa.

Alterações qualitativas são também aquelas decorrentes de modificações de projeto ou de especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração (art. 65, I, a). Lembramos que o objetivo da administração é sempre a satisfação do interesse público.

A modificação do projeto ou especificação pode ser necessária independentemente de o fato motivador ser superveniente ou de conhecimento superveniente.

6. Requisitos necessários a fim de que possam ser excedidos os limites legais para as alterações qualitativas

Além de bilaterais e qualitativas, entendemos que tais alterações sejam excepcionalíssimas, no sentido de que sejam realizadas quando a outra alternativa – a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação – significar sacrifício insuportável do interesse coletivo a ser atendido pela obra ou serviço. Caso contrário, poder-se-ia estar abrindo precedente para, de modo astucioso, contornar-se a exigência constitucional do procedimento licitatório e a obediência ao princípio da isonomia.

Ora, se o interesse coletivo exigir a revisão contratual, esta deve ser implementada pela administração, porque aquele é seu objetivo, ademais indisponível.

Sabe-se que a rescisão contratual, por interesse público, com vistas a nova licitação e contratação, a que já se fez referência, traz uma série de conseqüências: a indenização de prejuízos causados ao ex-contratado, como, por exemplo, os custos com a dispensa dos empregados específicos para aquela obra; o pagamento ao ex-contratado do custo da desmobilização; os pagamentos devidos pela execução do contrato anterior até a data da rescisão; a diluição da responsabilidade pela execução da obra; e a paralisação da obra por tempo relativamente longo – até a conclusão do novo processo de contratação e a mobilização do novo contratado –, atrasando o atendimento da coletividade beneficiada.

Somente quando tais conseqüências forem gravíssimas ao interesse coletivo é que se justificaria a revisão contratual, qualitativa e consensual, que importe em superação dos limites econômico-financeiros previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93.

Ressalve-se que somente na hipótese de supressões contratuais qualitativas poderão ser realizadas alterações além dos limites referidos, exigindo-se apenas a consensualidade, nos termos do inciso II, do §2º, do art. 65, da Lei 8.666/93.⁷

Feitos esses esclarecimentos, passaremos ao exame da segunda cláusula exorbitante, relativa à possibilidade da administração, unilateralmente, promover a rescisão do contrato administrativo.

IV - RESCISÃO UNILATERAL

1. Aspectos gerais

São diversos os dispositivos legais que devem ser considerados de modo a justificar a rescisão unilateral do contrato por parte da Administração.

Em primeiro lugar, temos o próprio art. 58, II. Tratam igualmente da possibilidade de ser o contrato desfeito pela manifestação unilateral da administração os arts. 78, I a XII e XVII, e 79, I.

⁷ A Nota nº 7, desta página, encontra-se ao final do artigo por ser muito extensa.

A primeira observação que devemos fazer é no sentido de alertar para o fato de que a administração não poderá desfazer contratos que tenha celebrado sem que haja fundamento legal para tanto. A administração assume, é bem verdade, posição de supremacia em face do contratado. Isso não importará, no entanto, em conferir à administração poderes ilimitados.

2. Hipóteses em que a administração poderá rescindir unilateralmente o contrato administrativo

A possibilidade de a administração poder, de modo unilateral, extinguir o contrato administrativo é, indiscutivelmente, poder exorbitante, que, no entanto, deverá ser utilizado dentro das hipóteses autorizadas em lei. Essas hipóteses poderão ser divididas em quatro categorias, conforme podemos apreender dos ensinamentos da prof.a Maria Sylvia di Pietro. Teríamos, de acordo com os ensinamentos da ilustre autora, as seguintes hipóteses de rescisão unilateral:

1. As hipóteses indicadas nos incisos I a VIII do art. 78, - que poderiam ser enquadradas em um primeiro grupo de situações que legitimam a rescisão contratual, - estão relacionadas à inexecução do contrato, a atrasos, a paralisações etc. atribuíveis ao contratado. Enquadram-se nessa primeira modalidade de rescisão unilateral as seguintes hipóteses:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

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;⁸

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;”

⁸ Acerca da vedação à subcontratação, vide considerações constantes da DECISÃO Nº 516/2000 - TCU - Plenário, DOU de 10/07/2000. Vide, ainda, Acórdão TCU 238/98 - 2ª Câmara, DOU de 24.7.1998, através do qual o TCU considerou ilegal a subcontratação parcial de objeto de contrato ante a ausência de previsão no edital e no próprio contrato para tanto. Sobre impossibilidade de subcontratação quanto tiver ocorrido contratação sem licitação, vide Decisão TCU 138/98 - Plenário, Ata 10/98.

2. No segundo grupo, teremos situações que irão legitimar a rescisão unilateral do contrato em decorrência de circunstâncias que afetam a pessoa do contratado. Podem ser enquadradas nesse grupo as hipóteses a seguir indicadas:

“IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato”;

3. No terceiro grupo, a rescisão unilateral do contrato será declarada pela Administração Pública em decorrência de razões de interesse público, conforme dispõe o dispositivo legal a seguir transcrito:

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

4. No último grupo, a rescisão unilateral decorrerá de caso fortuito ou força maior, nos seguintes termos:

“XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato”.

Consideramos importante observar que o art. 79, § 2º, determina que se “a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização”.

Finalmente, cumpre observar que o art. 78 da Lei 8.666/93, em seu parágrafo único determina que “os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

3. Rescisão unilateral e indenização do contratado

Vemos que se a rescisão ocorrer em decorrência da verificação de qualquer das hipóteses indicadas nos dois primeiros grupos, a administração não deverá efetuar qualquer pagamento a título de ressarcimento pela rescisão do contrato. Ao contrário, será o contratado que estará sujeito às consequências da inexecução do contrato (responsabilidade civil e administrativa).

Em relação aos dois últimos grupos (rescisão em decorrência de interesse público e nas hipóteses de caso fortuito ou força maior), o mencionado § 2º acima citado determina que a administração deva indenizar o contratado. Em relação à rescisão decorrente de interesse público superveniente, nenhum inconveniente se verifica em que a administração seja obrigada a ressarcir o contratado⁹. Porém, em relação à rescisão decorrente de caso

⁹ No sentido de que é devida “a indenização por lucros cessantes, resultantes do rompimento injusto do contrato” por parte da administração, vide RESP 190354/SP, DJU de 14/02/2000, Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, SJT.

fortuito e de força maior, julgamos mais uma vez absolutamente pertinentes os ensinamentos da ilustre prof.a. Maria Sylvia di Pietro que discorre nos seguintes termos:

“Não tem sentido a norma do art. 79, § 2º, dar idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior, no que se refere ao ressarcimento dos ‘prejuízos regularmente comprovados’; o caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, que tornam impossível a execução do contrato. Não sendo devidos a nenhuma das partes, o contrato se rescinde de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa. A norma contida nesse dispositivo reverte toda a teoria do caso fortuito e de força maior que, embora consagrada no artigo 158 do Código Civil, pertence à teoria geral do direito, abrangendo todos os ramos do direito.”

Feitas essas considerações, passamos a analisar a cláusula exorbitante seguinte: fiscalização do contrato.

V - FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO

Ao se tratar dessa questão, deve-se enfatizar a distinção existente entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado. Neste último, como regra, incumbe às partes verificar se a outra cumpriu o resultado esperado, se o objeto contratual foi de fato cumprido. Interessa aos contratos do direito privado basicamente a obtenção do resultado esperado. No âmbito dos contratos administrativos, ao contrário, a administração terá não apenas o direito, mas igualmente o dever de acompanhar a perfeita execução do contrato. Fala-se, assim, em poder-dever da administração de promover a devida fiscalização da execução do contrato.

Em decorrência da supremacia do interesse público, não pode a administração assumir posição passiva, aguardando que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais. Não pode a administração esperar o fim do termo do contrato para verificar se seu objetivo foi efetivamente alcançado, se seu objeto foi cumprido. Durante a própria execução do contrato, deverá verificar-se se o contratado está cumprindo todas as etapas e fases do contrato. Essa forma de agir preventiva apenas benefícios traz para a administração.

Além de ser mencionada no art. 58, III, da Lei 8.666/93, a prerrogativa da administração de fiscalizar seus contratos é igualmente disciplinada pelo art. 67, que dispõe nos seguintes termos:

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

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º *As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.*”

Em decorrência da fiscalização exercida, e verificando-se a inexecução das obrigações assumidas pelo contratado, a administração deverá aplicar sanções a esse contratado. A aplicação de sanções pela administração constitui mais uma das cláusulas exorbitantes, que passaremos a estudar em seguida.

VI - APLICAÇÃO DE PENALIDADES

O art. 58, IV, dispõe que o regime jurídico dos contratos administrativos conferirá à administração a prerrogativa de “*aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste*”. A aplicação das penalidades, citada por este dispositivo legal, é disciplinada pelo art. 87, que dispõe nos seguintes termos:

“ *Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos¹⁰;

IV - 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, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”

A supremacia da administração na aplicação de sanções, ainda que deva assegurar ao contratado ampla defesa¹¹, permitindo-lhe que possa ter acesso às

¹⁰ Observe que a suspensão temporária de contratar com a administração é sanção que, ao contrário da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública (art. 87, IV), tem seu âmbito de validade adstrito à unidade (órgão ou entidade) contratante. Nesse sentido, o TCU, por meio da Decisão 352/98 - Plenário, DOU de 22.6.1998, firmou entendimento no sentido de é ilegítimo ao edital de licitação conter cláusula impeditiva de participação de interessado apenas com a suspensão temporária - art. 87, III - por outro órgão.

¹¹ Acerca da impossibilidade de ser utilizado o mandado de segurança para desconstituir sanção aplicada em decorrência de violação de cláusula contratual, vide MS 5633/DF, DJU de 19/10/1998, Relator Min. PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, STJ :

“*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. IRREGULARIDADES APURADAS. PUNIÇÃO APLICADA. SUSPENSÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. O mandado de segurança não se presta para questionar a apuração dos fatos, em procedimento administrativo regular no qual foi assegurada ao impetrante ampla defesa, a fim de afastar a penalidade imposta. 2. Segurança denegada à minguada do alegado direito líquido e certo.”*

acusações de descumprimento do contrato que lhe são imputadas, e delas defender-se, consiste no fato de que a própria administração que aplica a sanção tem o poder de executar-lhe diretamente, sem necessidade de intervenção judicial - no caso de aplicação de multa, por exemplo, a administração apropriar-se diretamente da garantia prestada. Observe, ainda, que não sendo a garantia suficiente, poderá a administração descontar o valor da multa dos valores devidos (art. 86, § 3º, da Lei 8.666/93). A prestação de garantias, que constitui outro exemplo de cláusula exorbitante, será examinada em seguida.

VII - EXIGÊNCIA DE GARANTIAS

Constitui esta cláusula, indiscutivelmente, manifestação da supremacia da administração em relação ao contratado.

É inegável que o contratado pode, eventualmente, no curso da execução do contrato, causar prejuízos à administração contratante. É igualmente possível que no curso do contrato possa ser aplicada multa (art. 87, II) ao contratado, em decorrência de inexecução total ou parcial. Não existissem garantias prestadas pelo contratado, a opção que restaria à administração seria a cobrança das quantias devidas pelo contratado em juízo.

O art. 80, IV, prevê que em caso de rescisão, e apenas nas hipóteses do inciso I do art. 79, a administração pode promover, além das providências indicadas nos incisos I a III do art. 80, que cuidam, inclusive, da execução de garantias, a “*retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração*”.

Tendo sido exigida a prestação de garantias do contratado, nos termos do art. 56, e havendo débito do contratado para com a administração, decorra este débito de prejuízos causados à administração contratante, decorra este débito de multas aplicadas ao contratado, pode a administração apropriar-se diretamente da garantia prestada, independentemente da propositura de qualquer ação judicial.

É evidente que se a garantia prestada não basta para satisfazer o valor da dívida do contratado, deverá a administração adotar todos os meios de cobrança cabíveis, inclusive a via judicial¹². Ademais, deverá o contratado sempre ser chamado a repor a garantia se durante a execução do contrato ela tiver-se exaurido.

¹² Acerca da possibilidade de ser descontado do valor a ser pago ao contratado o valor de multa aplicada, vide RESP 101488/SP, DJU de 08/06/1998, Relator Min. GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, STJ :

“CONTRATO ADMINISTRATIVO - MULTA - DEDUÇÃO - VALOR DO PRODUTO. HAVENDO FORNECIMENTO DE MERCADORIA PELA RE A AUTORA E NÃO TENDO SIDO PAGO, E CORRETO DEDUZIR DA IMPORTANCIA DA MULTA POR INADIMPLENTO DE CONTRATO O VALOR CORRESPONDENTE A MERCADORIA FORNECIDA. RECURSO IMPROVIDO.”

As garantias encontram-se disciplinadas no art. 56, que dispõe nos seguintes termos:

“Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.”

A decisão de exigir a prestação de garantias cabe, portanto, à administração. Ademais, a lei deixa evidente que, entendendo necessária a prestação de garantias, a administração deve fazer constar essa exigência tanto no instrumento convocatório (edital ou convite), quanto no próprio contrato. Incumbe, assim, à administração exercer o juízo de considerar necessária a apresentação de garantias e exigir a sua prestação tanto no instrumento convocatório, quanto no contrato.

O § 1º do mesmo artigo 56, no entanto, concede ao contratado o direito de escolher a modalidade de garantia a ser prestada,¹³ dentre as expressamente indicadas em lei.

São modalidades de garantias as seguintes:

I - caução em dinheiro ou títulos da dívida pública;

II - seguro-garantia; e

III - fiança bancária.

Assim, cabe à administração a decisão de exigir a prestação de garantia, e ao contratado, a escolha da modalidade a ser prestada, dentre as acima indicadas.¹⁴

Os limites para as garantias são fixados no § 2º do art. 56 que determina que *“a garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no § 3º deste artigo”*. O § 3º deste mesmo artigo permite que *“para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato”*.¹⁵

É ainda previsto que a garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

Observamos que é extremamente vantajoso para a administração que sejam apresentadas garantias pelos contratados. Tendo a garantia à sua disposição e verificando-se qualquer débito do contratado, a administração poderá fácil e rapidamente ressarcir-se.

¹³ Uma definida pela contratado a modalidade de garantia a ser prestada, no entanto, somente poderá ser esta substituída se houver acordo entre as partes, nos termos do art. 65, II, a, da Lei 8.666/93.

¹⁴ O TCU, por meio da Decisão 538/98 - Plenário, DOU de 25.8.1998, determinou a anulação de licitação em decorrência do edital impor modalidade específica de garantia.

¹⁵ Para maiores informações sobre a garantia extra ou adicional de que trata o art. 48, § 2º, remetemos o leitor ao Capítulo anterior.

É importante observar, no entanto, que a apresentação de garantia pelo contratado irá, indiscutivelmente, gerar para ele mais um encargo. Desse modo, quando o licitante apresenta sua proposta à administração, ele irá incluir no seu preço o custo financeiro que a prestação da garantia irá lhe causar. É evidente que se no edital constava cláusula informando aos licitantes que seria exigida a prestação de garantias, estes ao prepararem suas propostas irão fazer incluir nestas os custos de suas garantias. Assim, ainda que seja extremamente vantajoso para a administração exigir do contratado a prestação de garantia, deve o administrador estar consciente de que esse custo do contratado será repassado para a administração. Ou seja, a exigência de garantia irá, provavelmente, encarecer o custo da execução do contrato.

VIII - EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

O direito civil tem como regra, em matéria de direito contratual, que uma das partes do contrato não pode exigir que a outra cumpra sua obrigação, se a primeira não cumpriu sua própria obrigação. Isto importa em dizer que se foi celebrado contrato entre A e B, caso o primeiro venha a obrigar o segundo a cumprir sua obrigação, B poderá alegar como fundamento para não ser obrigado a cumpri-la o fato de A não ter cumprido sua própria obrigação. Esta é a exceção do contrato não cumprido.

Tradicionalmente, no âmbito do direito administrativo, entendia-se que em face do princípio da continuidade do serviço público, não poderia o contratado opor essa exceção contra a administração. Isso significa, na prática, dizer que ainda que a administração não cumpra sua parte no contrato, isto é, ainda que a administração não pague o contratado, este não poderia interromper a prestação do serviço, a execução da obra, o fornecimento dos produtos etc. Somente em casos que levassem o contratado a situação de insolvência poderia ele deixar de cumprir sua parte no contrato.

Essa regra, de que não se pode opor a exceção do contrato não cumprido contra a administração encontra-se hoje mitigada. O art. 78, inciso XV, determina expressamente que constitui motivo para a rescisão do contrato “*o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação*”.

Verifica-se que a lei permite que, havendo atraso nos pagamentos devidos pela administração superior a 90 dias, o contratado possa optar pela rescisão ou pela suspensão do contrato. O que não mais se pode exigir do contratado é que ele permaneça indefinidamente obrigado a cumprir sua parte no contrato, ainda que não receba qualquer pagamento.

Apesar da mitigação da regra que impede a alegação contra a administração da exceção do contrato não cumprido, ainda assim a administração encontra-se em situação mais favorecida que o contratado: Se o contratado atrasa o cumprimento de sua obrigação, a administração tem o direito de não pagar o que lhe seria devido, além de puni-lo administrativamente; se a administração não paga o que é devido, o contratado somente poderá deixar de executar o contrato, seja por meio do pedido de rescisão, seja pela suspensão da execução do contrato, após o decurso de prazo superior a 90 dias. A única efetiva consequência do pagamento efetuado com atraso pela administração será o da atualização monetária desses valores.¹⁶

IX - OUTRAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

1. Anulação do contrato

Poderiam ainda ser consideradas como exemplos da manifestação da superioridade da administração sobre o contratado a possibilidade de a Administração anular o contrato,¹⁷ assim como a retomada do objeto contratual, conforme ensinamentos da prof.a. Maria Sylvia di Pietro (obra citada, pags. 226 e 227).

O fundamento legal para que a administração, verificando ilegalidade, decrete a nulidade contratual reside no art. 59, que determina que “*a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos*”. Observamos que a nulidade do contrato pode decorrer de vício constante no próprio contrato, assim como de vício constante da licitação, haja vista a nulidade do procedimento licitatório¹⁸ induzir à do contrato, conforme dispõe o § 2º do art. 49.¹⁹

¹⁶ Conforme já examinamos, o TCU firmou entendimento no sentido de somente admitir multa para a Administração Pública quando for ela usuária de serviços públicos prestados por concessionárias, sejam estas públicas ou privadas - Decisão 537/99 - Plenário, Ata 36.

¹⁷ O TCU, por meio do Acórdão 83/98 - Plenário, DOU de 13.8.1998, determinou à TELEBRÁS que não inclua em seus editais de licitação cláusula prevendo outras hipóteses de anulação ou revogação de licitação diversas das previstas no art. 49 da Lei 8.666/93.

¹⁸ A anulação da licitação decorre não apenas do descumprimento da lei, mas igualmente dos demais princípios da Administração Pública. O TCU, por meio da Decisão 133/97 - Plenário, DOU de 15.4.1997, determinou a anulação de licitação, por ter restado caracterizada grave afronta ao princípio da moralidade a participação de servidores da entidade licitante no procedimento licitatório.

¹⁹ Anulada a licitação, não cabe à administração a devolução das quantias pagas na aquisição do edital. Nesse sentido, vide resolução 7.583/96, Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

2. Anulação do contrato e dever da administração de indenizar o contratado

É de ser ainda observado que a nulidade não exonera a administração do dever de indenizar o contrato pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não seja imputável ao contratado a causa da ilegalidade, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (art. 59, parágrafo único).²⁰

3. Possibilidade da Administração retomar o objeto do contrato

Relativamente à possibilidade de retomada do objeto, que somente é possível no caso de rescisão unilateral do contrato (art. 79, I), o art. 80, inciso I determina que a administração poderá promover a “*assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração*”.

²⁰ Cabe registrar que o Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido do não reconhecimento da validade da admissão do servidor, com infringência de dispositivos constitucionais e legais relativos a contratação de pessoal na Administração Pública (art. 37, inciso II, da CF, e Lei nº 8.112/90), tornando-a nula, porém com o reconhecimento do direito à percepção dos salários do período trabalhado, a título de indenização, sem nenhuma outra parcela de natureza trabalhista a título de rescisão de contrato. Nesse mesmo sentido, vide DECISÃO Nº 893/1999 - TCU - Plenário, DOU de 17/12/1999.

Nota nº 7 (página 49)

O TCU, em resposta a consulta formulada pelo ministério do Meio Ambiente, adotou, em caráter normativo, a tese que aqui sustentamos. Por meio da DECISÃO Nº 215/1999 - TCU - Plenário, DOU de 21/05/1999, o TCU adotou a seguinte entendimento acerca do tema em exame:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto – quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI – demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra – que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;”.





ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TCU





**PREFEITURA MUNICIPAL DE AUGUSTINÓPOLIS-TO -
RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO
AO TCU CONTRA O ACÓRDÃO Nº 805/TCU - 2ª CÂMARA
Recurso de Revisão**

Ministro-Relator Bento José Bugarin

Grupo: I - Classe I - Plenário

TC – 349.095/1993-0 (c/ 1 volume)

Natureza: Recurso de Revisão.

Órgão: Prefeitura Municipal de Augustinópolis-TO.

Interessado: Ministério Público junto ao TCU.

Ementa: Recurso de Revisão em TCE interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra o Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara. Não-conhecimento de Recurso de Reconsideração indevidamente dado por intempestivo. Error in procedendo. Prejuízos à ampla defesa e desobediência ao devido processo legal. Propostas da 10ª Secex e do MP/TCU no sentido do conhecimento do Recurso de Revisão, para julgar regulares com ressalva as contas do responsável. Desconstituição do Acórdão atacado. Encaminhamento dos autos para sorteio de Relator, a fim de se proporcionar nova apreciação pela Segunda Câmara, detentora de competência exclusiva para exame de Recursos de Reconsideração opostos às suas deliberações.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revisão em Tomada de Contas Especial interposto pela Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva em face do Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara, de 21/11/1996, por meio do qual se deliberou não conhecer, uma vez intempestivo, de Recurso de Reconsideração interposto por Antônio Cayres de Almeida, ex-Prefeito de Augustinópolis – TO, contra o Acórdão nº 923/94 - TCU – 2ª Câmara, mediante o qual o ex-Prefeito tivera suas contas julgadas irregulares e fora condenado ao pagamento de multa no valor de R\$ 400,00.

Entretanto, observou-se que o Recurso de Reconsideração dado por intempestivo foi apresentado em 04/01/1995, portanto dentro do prazo de quinze dias após a notificação, ocorrida em 22/12/1994. Assim, o responsável, após o pagamento da multa, voltou aos autos para solicitar o conhecimento do recurso, que na verdade havia sido tempestivamente apresentado.

Diante disso, o Analista responsável pela instrução do feito, após suas considerações acerca das questões de mérito do processo, propôs a revisão “dos termos do Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara, conhecendo-se do Recurso de

Reconsideração, para, no mérito, negar-lhe provimento” e a expedição de quitação ao responsável, ante o pagamento da multa que lhe havia sido aplicada.

O Diretor de Divisão, embora tenha destacado a necessidade de novo recurso para modificação do julgado, acolheu a proposição do Analista, ante a constatação de erro no Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara.

De sua vez, o Secretário de Controle Externo, ao tempo em que discordou da argumentação apresentada quanto ao mérito das contas, propugnou pelo conhecimento, como Recurso de Reconsideração, das alegações do responsável, para que fossem as contas julgadas regulares com ressalva.

Tendo sido o processo remetido a meu Gabinete pelo Exmo. Sr. Ministro Paulo Afonso Martins de Oliveira, Relator do recurso não conhecido, nos termos do comunicado da Presidência efetuado em 22/01/1997, solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto ao Tribunal. Manifestou-se nos autos a Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva, discordando da solução alvitada pelo Secretário de Controle Externo, a qual demandaria instrução pela 10ª Secex e sorteio de novo Relator.

Embora ainda não aventada tal hipótese nos autos, a Procuradora, de antemão, contrapôs-se a que se recorresse à Súmula 145/TCU para corrigir o erro aqui tratado, vez que o mérito do mencionado Recurso de Reconsideração não foi enfrentado pela Segunda Câmara, que simplesmente dele não conheceu.

Ademais, no mérito das contas, também não concordou com o juízo alvitado pelo então Titular da Secex/TO, pelos motivos que expôs.

Visando a compatibilizar a correção do erro verificado com a manutenção da irregularidade das contas, a Procuradora apresentou o Recurso de Revisão o qual se examina, que tem como pedido a reforma do Acórdão nº 805-TCU - 2ª Câmara, para que seja conhecido o Recurso de Reconsideração interposto pelo responsável e, no mérito, a ele negado provimento.

Procedido o pertinente sorteio, coube-me o encargo de relatar o presente Recurso de Revisão.

Na 10ª Secex, a informante inicialmente desaconselha o conhecimento do recurso, visto que não estaria configurada nenhuma das hipóteses previstas no art. 35 da Lei 8.443/92. Como alternativa, sugere a aplicação da Súmula 145 para alterar o Acórdão aqui atacado, de modo que fosse conhecido o Recurso de Reconsideração interposto. Propõe também que, excepcionalmente, seja procedido o exame de mérito do recurso para se evitarem arguições de restrição ao exercício da ampla defesa. Para subsidiar tal exame, oferece proposta de manutenção, em seus exatos termos, do Acórdão nº 923/94 - TCU - 2ª Câmara.

Já o Diretor daquela Unidade Técnica alvitra o conhecimento do Recurso de Revisão “*sob abrigo do inciso II do art. 35 da Lei 8.443/92 (haja vista que o Colegiado ignorou documento que demonstrava a tempestividade do apelo do responsável), ou mesmo, do inciso III (onde a ‘descoberta’ desse documento seria tomada como superveniência de documento novo)*”. A interpretação elástica dos dispositivos mencionados se justificaria, consoante o parecer do Diretor, pela “imperativa observância do princípio da ampla defesa, combinada com a relativa informalidade do processo administrativo”. No mérito das contas, foi sugerida a reforma do Acórdão condenatório, julgando-se as contas regulares com ressalva.

O então Titular da 10ª Secex perfilha o entendimento expresso pelo Diretor de Divisão, acrescentando que o erro de cálculo na tempestividade do Recurso de Reconsideração configura manifesto *error in procedendo*, que levou a um *error in iudicando*. No mérito, apresenta argumentação que o leva a propugnar pela regularidade com ressalva das contas.

Pelo Ministério Público junto ao Tribunal veio a se pronunciar o Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas, que concorda com o conhecimento do Recurso de Revisão, com fulcro em qualquer dos incisos II ou III do art. 35 da Lei Orgânica do TCU, interpretados de forma extensiva. No mérito, o Subprocurador-Geral propugna pela regularidade com ressalva das contas.

É o Relatório.

VOTO

De plano, ressalto não restar dúvida de que houve equívoco na apreciação da tempestividade do Recurso de Reconsideração interposto pelo responsável, erro que resultou, obviamente, em prejuízo à sua defesa.

Se o Tribunal não conheceu de recurso admissível, está demonstrada a ocorrência de *error in procedendo*, de descumprimento ao devido processo legal. Por conseguinte, o Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara é nulo de pleno direito, pelo que deverá ser tornado sem efeito.

Entendo que o Recurso de Revisão ora examinado é perfeitamente admissível, com base mesmo na interpretação extensiva sugerida pelo Diretor e pelo Secretário da 10ª Secex.

Ressalto porém que a matéria sujeita à apreciação deste Plenário adstringe-se ao reexame da preliminar de admissibilidade do recurso não conhecido. As questões relativas ao mérito de Recurso de Reconsideração de Decisão de Câmara são da competência privativa do colegiado que houver proferido a deliberação inquinada, em conformidade com o inciso X *c/c* o parágrafo único do art. 21 do Regimento Interno. Desse modo, é pertinente o provimento do presente recurso apenas em parte, mediante a desconstituição pelo Plenário do Acórdão atacado. Depois deverão os autos, após as comunicações de praxe, ser encaminhados para sorteio de novo Relator, objetivando-se possibilitar nova apreciação pela Segunda Câmara do Recurso de Reconsideração em tela.

Ante o exposto, VOTO no sentido que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à consideração deste Plenário.

ACÓRDÃO Nº 243/2000 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo nº 349.095/1993-0 (c/ 1 volume)
2. Classe de Assunto: I - Recurso de Revisão.
3. Interessado: Ministério Público junto ao TCU.
4. Órgão: Prefeitura Municipal de Augustinópolis-TO.
5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.

¹ Publicado no DOU de 20/10/2000.

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas.

7. Unidade Técnica: 10ª Secex.

8. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial de responsabilidade de Antônio Cayres de Almeida, ex-Prefeito de Augustinópolis – TO, instaurada em razão de irregularidades verificadas na aplicação dos recursos referentes ao Convênio nº 144/89, do Fundo Nacional de Saúde, que tratam, nesta fase processual, de Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal contra o Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara.

Considerando que, por meio do Acórdão atacado, foi considerado intempestivo o Recurso de Reconsideração que, na verdade, foi apresentado dentro do prazo legal;

Considerando que tal ocorrência resultou no não-conhecimento de recurso admissível, o que caracteriza *error in procedendo* por parte do Tribunal;

Considerando que ocorreram prejuízos ao direito de ampla defesa do responsável e desobediência ao devido processo legal, donde se conclui pela nulidade de pleno direito do Acórdão recorrido;

Considerando que compete privativamente às Câmaras o exame dos Recursos de Reconsideração opostos às respectivas deliberações;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

a) tornar sem efeito o Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara, de 21/11/1996;

b) determinar a remessa dos autos, após as comunicações de praxe, à Secretaria das Sessões, objetivando o sorteio de novo Relator para o Recurso de Reconsideração em questão

9. Ata nº 40/2000 – Plenário

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

11. Especificação do *quorum*:

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

IRAM SARAIVA

Presidente

BENTO JOSÉ BUGARIN

Ministro-Relator

Fui presente:

UBALDO ALVES CALDAS

Subprocurador-Geral

**DNER - VERIFICAÇÃO DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E
ECONOMICIDADE NOS PROCESSOS DE DESAPROPRIAÇÃO
DE IMÓVEIS
Relatório de Auditoria**

Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto

Grupo I - Classe V - Plenário

TC nº 425.021/1998-0 c/6 volumes

Apensos: TC- 425.052/1998-2 e 010.044/1999-9

Natureza: Relatório de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER - 11º
Distrito Rodoviário Federal/MT

Responsáveis: Maurício Hasenclever Borges - ex-Diretor-Geral do DNER;
Rômulo Fontanelle Morbach - Procurador-Geral do DNER; e Gilton Andrade Santos
- Procurador Chefe do 11º DRF/DNER

Ementa: Relatório de Auditoria realizada no 11º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem no Estado de Mato Grosso, com o objetivo de verificar os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade nos processos de desapropriação de imóveis promovidos pela entidade. Audiência dos responsáveis. Não acolhimento das razões de justificativa. Conversão do processo em tomada de contas especial. Citação solidária dos envolvidos. Determinações ao DNER e à Secretaria Federal de Controle Interno, com o envio de cópia do Relatório, Voto e Decisão aqui proferidos a este último para as providências de sua área de competência. Encaminhamento de cópia da decisão acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam ao Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção/MT, ao Procurador da República no Estado de Mato Grosso, ao Advogado Geral da União e ao Ministro dos Transportes.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de auditoria realizada no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, na área de desapropriações, oportunidade em que, após diligências para saneamento de alguns fatos detectados pela equipe, esta concluiu (fls. 324/327), com o aprovo do Secretário da Unidade Técnica, no seguinte sentido:

“4.1 Não obstante não haverem sido fornecidos pelo DNER os elementos solicitados, os fatos registrados nos itens 2.3 e 2.4, juntamente com aqueles citados no Relatório de Auditoria, mencionados no item 2.2, confirmam a prescrição

relativamente às áreas de Anamélia Adrien Corrêa da Costa (valor pago na desapropriação: R\$ 5.804.823,06) e de José da Conceição Coelho (valor pago na desapropriação: R\$ 2.597.391,63), os dois maiores processos desapropriatórios efetuados pelo 11º DRF/DNER, ensejando a conversão dos autos em tomada de contas especial e a citação dos responsáveis.

4.2 Também encontra-se caracterizado o débito no caso dos processos de desapropriação de Antônio Altobelli e Marco Antônio Altobelli (processo nº 201.11.000.669/84-3) e de João Arcanjo Ribeiro (processo nº 51210.000.692/93-2) pela inexistência das escrituras de todas as áreas adquiridas.

4.3 Os elementos levantados sugerem a existência de débito em diversos outros processos, entretanto, ante a necessidade de análise individual de cada caso e por razões de agilidade processual (são mais de 100 processos), sugerimos que tais outros casos, em que o débito ainda se fará levantar, sejam posteriormente analisados pelo Controle Interno do Ministério dos Transportes

4.4 Além disso, encontram-se configuradas as seguintes irregularidades:

a) inexistência de embasamento legal para o pagamento administrativo de indenizações fora do prazo prescrito no art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41 (item 3 e subitens, fl. 12/123);

b) iniciativa do 11º DRF para o pagamento de indenizações “consensuais” (item 3.1.11, fl. 122);

c) inexistência de critérios para a definição dos beneficiários com os recursos destinados às desapropriações consensuais (item 3.2 e subitens, fl. 124);

d) no processo administrativo nº 201.11.000.669/84-3, de Antônio Altobelli e Marco Antônio Altobelli, foi efetuado o pagamento de R\$ 79.285,15 para a aquisição de duas áreas, uma de 22,20 ha, avaliada em R\$ 13.947,15, e outra de 104,00 há, avaliada em R\$ 65.338,00, não tendo sido efetuada escritura (e, portanto, não tendo sido efetuado o registro da escritura) relativamente à área de 104,00 ha (itens 3.3.1, fl.124, e 3.3, fl. 310);

e) no processo administrativo nº 51210.000.692/93-2, de João Arcanjo Ribeiro, foi efetuado pagamento de R\$ 15.710,24, para a aquisição de uma área de 1.350,00 m2, sem a escritura respectiva e, portanto, sem o seu registro (item 3.2 fl. 310);

f) foram efetuados pagamentos totalizando R\$ 5.804.823,06 (ordens bancárias 96OB02343, 97 OB04702, 97OB05954 e 97OB07344) à título de desapropriação de área de Anamélia Adrien Corrêa da Costa sem a escritura respectiva e, portanto, sem o seu registro (item 3.2, fl. 310);

g) avaliação dos imóveis desapropriados por critérios subjetivos, a partir da opinião pessoal de corretores de imóveis, e não através da utilização de dados de vendas efetuadas, dados de oferta de vendas, dados decorrentes de desapropriações ou de outras ações judiciais, ou qualquer outra forma de coleta de dados objetiva (item 3.5.1/3.5.3, fl. 125);

h) viés nas amostras para determinação do valor do imóvel desapropriado, caracterizado pela presença nos 24 processos administrativos examinados pela

equipe de auditoria do TCU, de 132 amostras das quais 69 foram fornecidas pelos mesmos 7 corretores de imóveis (52% das amostras com 20% dos corretores) e as demais 63 foram fornecidas por 28 corretores (48% da amostra com 80% dos corretores), itens 3.5.4/3.5.5, fls. 126/127;

i) presença do advogado e corretor de imóveis Francisco Rodrigues da Silva como advogado da parte beneficiada com a indenização e como corretor de imóveis responsável pela avaliação do custo do imóvel nos processos n^{os} 51.210.000.340/93-9, de Tetsuo Otsuka, e 51.210.000.056/93-9, da indústria Gráfica São José (item 3.6 e subitens, fls. 127/128);

j) cálculo do valor da indenização a partir de avaliações baseadas em amostras de imóveis com frente para a rodovia, como se o dono do imóvel houvesse sido expropriado do direito à frente do imóvel para a rodovia, resultando em avaliações superdimensionadas do custo de reposição da área expropriada e, portanto, do valor da indenização (item 3.7 e subitens, fls. 128/130);

k) pagamento de indenização administrativa relativamente a áreas pelo menos parcialmente já atingidas pela prescrição, tais como (item 3.8.2.4/3.8.2.5, fl. 134);

Processo	Parte interessada	Pedido de Indenização
201.11.002.453/87	Khalil Mikahil Malouf	17/12/87
51210.000.692/93	João Arcanjo Ribeiro	19/07/93
51210.000.687/93	João Arcanjo Ribeiro e Joseph Jaoudath Haraoui	16/07/89
51210.000.690/93	Joseph Jaoudath Haraoui	19/07/93
51210.000.056/93	Indústria Gráfica São José	15/12/92
51210.000.756/77	José da Conceição Coelho	12/06/95

l) alegação, no processo de desapropriação indireta de Anamélia Adrien Corrêa da Costa, da prescrição a partir do momento em que o DNER declarou de utilidade pública a propriedade da autora, isto é, 01.02.74, data da Portaria n^o 005/DES, mesmo sabendo, por dever de ofício que (itens 3.82, 3.8.3 e subitens, fls. 131/137, e item 4.1.3.9, fl. 147):

- as obras realizadas pelo DNER no período de 1972 a 1974, no trecho onde se localiza a área em questão, somente abrangeram serviços no acostamento, conforme consta no projeto final de engenharia;

- a área já era atravessada por asfalto em 23.06.72, conforme consta da Certidão de Legítima Materna do Cartório do 5^o Ofício, elemento do processo de desapropriação consensual;

- o segmento terroso implantado pelo CER/MT em 1950 foi absorvido pelo 11^o DRF em 1961, remontando a pavimentação de tal segmento de rodovia à década de 60, através de obras diversas realizadas pelo próprio DNER, através do 11^o DRF;

- o prazo vintenário relativo à desapropriação indireta começa a fluir da data da indevida ocupação do imóvel - lapso não alterado por eventual decreto

posteriormente baixado, declarando de utilidade pública para fins de desapropriação, se o apossamento já havia ocorrido;

- além da não utilização da decisão relativa à ação ordinária de desapropriação indireta nº 12.471/84-1, movida por Luiz João e sua mulher Maria Helena Goulart Siqueira contra o DNER, como precedente favorável (item 3.9.2. e subitens, fls. 142/143);

m) não apresentação, pela Procuradoria do DNER, de elementos de defesa comprovando a prescrição nos diversos processos de desapropriação indireta contra o DNER, em particular, nos processos de Anamélia Adrien Corrêa da Costa; Espólio de Salim Felício; Luiz João e outro; e Marguerite Dorine Hermann e outras (itens 3.8.3.4, fl. 136, 3.8.5.12, fl. 141, e 3.9.3, fls. 143/144);

n) escritura e registro do imóvel desapropriado de Hilton Corrêa da Costa (fl. 010, livro 83, Cartório do 6º Ofício; matrícula 23.743, f. 198, livro 2C1) em nome da Prefeitura Municipal de Cuiabá, mera executora do processo desapropriatório por força do convênio especial de Cooperação assinado pela Prefeitura Municipal de Cuiabá com o DNER, e não em nome da União, verdadeira adquirente do imóvel (itens 4.1.2.8/4.1.2.10, fls. 145/146);

o) exclusão no trabalho pericial relativo ao processo judicial de Anamélia Adrien Corrêa da Costa, através de petição em 28.07.95, do quesito essencial de informar se as áreas objeto da ação realmente pertenciam aos seus autores, não obstante o conhecimento:

- por ter participado dos dois processos de desapropriação, que as áreas já haviam sido parcialmente desapropriadas, havendo interseções entre a área desapropriada no processo de Hilton Corrêa da Costa e a área desapropriada no processo de Anamélia Adrien Corrêa da Costa (item 4.1.4, fl. 152); e

- por dever de ofício, que não se encontra comprovado que a Sra. Anamélia Adrien Corrêa da Costa é a efetiva titular das áreas, já que 2/3 do imóvel desapropriado pertencem aos outros herdeiros de Maria Áurea Doriléio Adrien e os desdobramentos e desmembramentos da área não comprovam que a Sra. Anamélia seja a titular de toda a área fronteira com a rodovia (item 4.1.4.1, fl. 152);

p) pagamento administrativo de R\$ 3.000.000,00, através da ordem bancária 96OB02343, em 26.12.96, ao Sr. Francisco Rodrigues da Silva, não obstante encontrar-se a matéria à época em litígio judicial, não se encontrando caracterizado qualquer acordo extrajudicial, e tendo o processo somente sido recebido com sentença pela Secretaria da Justiça Federal de 1ª instância em Cuiabá/MT em 10.01.97 (itens 4.1.3.34/4.1.3.35, fls. 151/151).

4.5 Necessitam ainda de apuração os diversos indícios de superfaturamento do valor das indenizações pagas nos processos de Marguerite Hermann, Anamélia Adrien Corrêa da Costa e de José da Conceição Coelho (itens 3.9.3 e subitens, fls. 143/144, 4.1.3.4, fl. 146, 4.1.3.18/4.1.3.19/4.1.3.28, fls. 148/159, 4.1.4.2/4.1.4.3, fls. 152, 4.2.4/4.2.9, fls. 153/154)".

Propôs, por fim, no item 4.6 da instrução, ante as irregularidades apuradas, algumas com fortes indícios de débitos, fossem ouvidos, preliminarmente, os responsáveis na forma abaixo:

“a) a audiência do Sr. Gilton Andrade Santos, Procurador-Chefe do 11º DRF/DNER, pelos fatos supramencionados no item 4.2, haja vista que os processos de desapropriação consensuais e judiciais são conduzidos, nos distritos, pelas Procuradorias Distritais (art. 69, XVI c/c o art. 45 do Regimento Interno do DNER); e

b) a audiência do Sr. Maurício Hasenclever Borges, Diretor-Geral do DNER e do Sr. Rômulo Fontanelle Morbach, Procurador-Geral do DNER, relativamente às irregularidades dos itens “a “, “k “ e “p “, do item 4.2, em razão de suas respectivas responsabilidades pela condução geral e pela coordenação das ações da Procuradoria da entidade, relativamente aos itens “a “ e “k “, e em razão de suas efetivas participações nos pagamentos irregulares tratados nos itens “k “ e “p “ (itens 4.1.3.34, fl. 151 e 4.2.13, fls. 154/155)”

Nesse sentido, determinei, por despacho de fls. 334, fossem ouvidos os responsáveis nos termos sugeridos pela equipe de auditoria e acolhidos pelo Secretário da Unidade Técnica

Promovidas as audiências por meio dos Ofícios nºs 605/99, 606/99 e 607/99 (fls. 338/40, fls. 341/343 e 349/353), respectivamente, os responsáveis encaminharam a documentação de fls. 355/506, cuja análise realizada pelo Analista de Finanças e Controle Externo, Carlos Augusto de Melo Ferraz (fls. 507/543), foi recepcionada pelo Diretor e Secretário da Unidade Técnica deste Tribunal no Mato Grosso, a qual transcrevo, a seguir, como parte integrante deste Relatório.

“Em cumprimento à determinação em 08/03/99 do Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto (fl. 334) foram efetuadas a audiências dos Srs. Maurício Hasenclever Borges - ex-Diretor-Geral do DNER; Rômulo Fontanelle Morbach - Procurador-Geral do DNER e Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER; conforme proposta da unidade técnica no item 5 da instrução de 10/02/99 (fls. 320/332), através dos ofícios SECEX/TCU/MT nº 605/1999 (fls. 338/340); 606/1999 (fls. 341/343) e 607/1999 (fls. 349/353).

II

Das razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Maurício Hasenclever Borges - ex-Diretor-Geral do DNER; Rômulo Fontanelle Morbach - Procurador-Geral do DNER e Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER, em razão do pagamento administrativo de indenizações fora do prazo prescrito no art. 10º do Decreto-Lei nº 3.365/41 e, portanto, sem embasamento legal, ou, de outra forma, inexistência de embasamento legal nos 24 processos de “desapropriação consensual” efetuados pelo 11º DRF/DNER e examinados pela equipe de auditoria.

2. Em manifestação conjunta (fls. 370/385), os Srs. Maurício Hasenclever Borges e Rômulo Fontanelle Morbach manifestaram seu repúdio à matéria objeto de audiência no TC 003.416/99-2 quando os mesmos foram ouvidos em razão da assinatura do Convênio PG-197-00, sem previsão, no Plano de Trabalho do Convênio, da desapropriação dos imóveis necessários à execução da obra, induzindo

o órgão conveniado à posse de imóveis sem a observância ao devido processo expropriatório e em afronta ao direito constitucional de propriedade, sugerindo contradição da unidade técnica na postura atual (que questiona a legalidade das “desapropriações consensuais”), frente à anterior, que questionou a inexistência dos devidos processos de desapropriação consensual

2.1 Alega, ainda:

a) que as desapropriações consensuais mediante escritura pública revestem-se de indiscutível legalidade, encontrando amparo constitucional (CF, art. 5º, XXIV), infra-constitucional (Decreto-lei nº 3.365/41) e em normas internas do DNER;

b) que o DNER possui competência originária para proceder tais desapropriações por força do Decreto-lei nº 512/67;

c) que a decisão de por fim às lides, que impõe à autarquia elevadíssimos ônus indenizatórios, resultam da experiência cinquentenária adquirida pelo órgão jurídico do DNER, apto a decidir quanto às repercussões financeiras decorrentes de seus atos;

d) que da necessidade ou utilidade pública do pagamento da justa e prévia indenização em dinheiro resulta a fase executória, que pode ser administrativa ou judicial, sendo administrativa quando as partes acordarem quanto à indenização, decorrendo, daí, os procedimentos típicos de compra e venda. Para ilustrar seu entendimento, anexam:

- decisão judicial envolvendo transação entre o DNER e a empresa SOGREBRÁS, homologado pela 8ª Vara de Belo Horizonte;

- decisão judicial da 4ª vara de Goiânia/GO homologatória de acordo judicial entre o DNER e a empresa Imobiliary Construtora e Incorporadora

e) que a “desapropriação consensual” minimiza fases de tramitação burocratizadas, tendo a autarquia obtido resultados plenamente satisfatórios.

2.2 O Sr. Gilton Andrade Santos alegou:

a) prescrição vintenária no caso de desapropriação indireta;

b) a interrupção da prescrição em razão de atos inequívocos do devedor que importaram no reconhecimento do direito do credor, no caso concreto, os processos administrativos abertos.

2.3 Não há qualquer contradição desta unidade técnica entre o posicionamento anterior (TC 003.416/1999-2) e o atual. Ocorre que o DNER nas obras em execução de que trata o TC 003.416/1999-2 deixou de cumprir o **prévio** procedimento expropriatório para execução das obras, conforme previsto no Decreto-lei nº 3.365/41, preferindo esbulhar a propriedade de terceiros (indiretamente, através do órgão conveniado), enquanto no presente processo constata-se que anos após realizada a obra e valorizado o imóvel (vale lembrar que o DNER não cobra a contribuição de melhoria prevista no Decreto-lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967¹, o DNER procedeu indenização que chama de “consensual” mas que não é a desapropriação consensual prevista no Decreto-lei nº 3.365/41, conforme veremos a seguir.

¹ Para uma discussão detalhada da matéria, veja Relatório de Auditoria do TC 003.416-1999-2.

2.4 Afirma o art. 5º, inciso XXIV da CF:

“XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

2.4.1 As desapropriações conduzidas pelo DNER mencionadas na audiência foram todas iniciadas posteriormente à posse (esbulho) pelo DNER dos imóveis, não se prestando o mencionado inciso XXIV do art. 5º da CF como base jurídica para desapropriações “consensuais” levadas à efeito pelo DNER posteriormente à posse (esbulho) dos imóveis.

2.5 Do ponto de vista de formação do ato, falta à tentativa de conduzir as “desapropriações consensuais” do DNER três pré-requisitos essenciais à validade do ato :

a) a forma : não há ato expropriatório, pois o ato referenciado encontra-se caduco;

b) objeto: sendo a desapropriação o “procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização”² (isto é, sendo o objeto da desapropriação a perda de um bem) e já encontrando-se o bem sob o domínio público, não há mais objeto a ser desapropriado; e

c) competência: ante a inexistência de previsão legal para o que o DNER chama de “desapropriação consensual” já que “a competência decorre sempre da lei, afastada que foi a atribuição do Poder Executivo nessa matéria, por força dos artigos 61, § 1º, II, “e” e 84, VI, da Constituição e artigo 25 de suas Disposições Transitórias”³.

2.6 O procedimento expropriatório divide-se em duas fases, a primeira é a declaratória (em que o Poder Público ou quem lhe faça as vezes, em ato discricionário quanto à verificabilidade da utilidade pública do bem - DL 3.365/41, art. 9º -, manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um certo bem submetendo-o ao regime expropriatório) e a segunda é a executória (em que, no caso de execução amigável, caracteriza-se pelo acordo entre o Poder expropriante e o expropriado e, no caso de execução judicial, obedece ao rito previsto no Decreto-lei nº 3.365/41). Ocorre que a iniciativa do Poder Público para ambas as ações está limitada no tempo, em razão da caducidade do decreto expropriatório, conforme explica o administrativista Diógenes Gasparini⁴ (grifo nosso):

“A validade da declaração expropriatória é de cinco anos para os casos de necessidade ou utilidade pública (Dec. lei federal nº 3.365/41, art. 10), e de dois anos para os casos de interesse social (Lei federal nº 4.132/62, art. 3º). Após um, ou

² DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 134.

³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Opus cit.*, p. 169.

⁴ *in Direito Administrativo*. 4ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 461/463.

outros desses prazos, a declaração expropriatória caducará. Já não poderá o expropriante promover as medidas concretas que ela autorizava, visando a desapropriação amigável ou o ingresso em juízo com a competente ação expropriatória, que se considera intentada pelo simples ajuizamento da inicial (RDA, 95:110), conforme reiteradamente vêm decidindo nossos pretórios.

(...)

A solução de expropriação de modo amigável deve sempre ser tentada, como se depreende do art. 10 da Lei Geral das Desapropriações. Não há prazo para o início desse procedimento, desde que aconteça, sob pena de caducidade da declaração, dentro dos cinco ou dos dois anos de validade desse ato.”

2.6.1 O processo de desapropriação direta, estabelecido na lei, sob o seu aspecto temporal, encontra-se limitado ao período de 5 anos subseqüentes ao ato declaratório de utilidade pública do imóvel, podendo tal prazo ser renovado. Findo esse prazo, se efetivada a afetação do bem (o que implica a impossibilidade de reivindicação do bem, art. 35 do Decreto-lei nº 3.365 e art. 14 do Decreto nº 554) e se não previamente efetivada a desapropriação mediante acordo ou intentada judicialmente, não cabe mais à administração intentar processo administrativo para o pagamento de indenização, não há que se falar, portanto, em “desapropriação consensual”. O que se tem é configuração do esbulho promovido pelo Estado. É um ato ilícito, respondendo o Estado pelas perdas e danos que seus agentes causaram, sem prejuízo do direito (dever) de regresso contra os causadores do dano, em caso de culpa ou dolo (CF art. 37, § 6º).

2.7 Também não há como o Poder Público compulsoriamente despojar alguém de um certo bem se este bem já se encontra sob domínio público (falta de objeto), face a impossibilidade de reivindicação do bem já afetado. Não há, sequer, como se falar em desapropriação (“procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um certo bem, adquirindo-o originariamente mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, ...”)⁵

2.8 Quanto à competência para a prática dos atos, o Decreto-lei nº 512, de 21 de março de 1969, somente autoriza o DNER, por ato de seu Diretor, a declarar de utilidade pública bem ou propriedade para fins de desapropriação, dentro do rito previsto no Decreto-lei 3.365/41 (arts. 14, 15 e 16 do Decreto-lei nº 512/69), não autoriza o esbulho de propriedade privada, nem, tampouco, o pagamento de indenizações administrativas por perdas e danos (designada pelo DNER de “desapropriações consensuais”) sem que haja o questionamento judicial do DNER.

2.8.1 Da mesma forma, as normas internas do DNER (a norma CA-DNER-154/85 - que regula o procedimento administrativo de desapropriação; a norma CA-DNER-155/85 - que dispõe sobre a elaboração de projeto e cadastro de desapropriação e a norma CA-DNER-157/85, que dispõe sobre a avaliação

⁵ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 438.

administrativa de bens para fins de desapropriação) referem-se todas ao procedimento desapropriatório previsto no Decreto-lei 3.365/41, não autorizando a desapropriação indireta (esbulho) e nem a “desapropriação consensual” (pagamento administrativo de indenização por perdas e danos), até porque não são dispositivos normativos aptos a dispor sobre competência (elemento da organização e do funcionamento da administração), matéria de competência privativa da Presidência da República, na forma da lei (CF, art.84, VI)

2.9 Ainda sobre a questão de competências, a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, estabelecia, condicionada a homologação à manifestação do Ministério Público, que:

“Art. 1º Os representantes judiciais da União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais poderão transigir para terminar litígio nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo”.

2.9.1 Transigir, ensina Acquaviva⁶, é o “ato jurídico pelo qual as partes (transigentes) extinguem obrigações litigiosas mediante concessões mútuas” (grifo nosso)

2.9.2 A lei somente autorizou a transação em causas (a “lide ou questão agitada entre os litigantes em juízo”)⁷, isto é, para solução de conflitos judiciais. Inexistindo causa, não há o que transacionar.

2.9.3 E, mesmo que se entenda que a Lei houvesse autorizado transações sem causa, tal possibilidade estaria limitada às causas de valor inferior a Cr\$ 300.000,00, sem qualquer previsão de correção monetária.

2.9.4 E, finalmente, mesmo que se entenda que foi autorizada a transação (concessões recíprocas para por fim a lide, assim entendida como evento anterior à causa), não foram autorizadas as outras formas de autocomposição de conflito (quanto mais a arbitragem e a autotutela), quais sejam, a desistência (renúncia à pretensão) ou a submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão)⁸. Constata-se nos processos conduzidos pelo DNER que **não houve qualquer resistência de sua parte**, ao contrário, há processos em que sequer há que se falar em pretensão (“a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio”)⁹ quando **não houve qualquer manifestação da parte prejudicada no processo de desapropriação consensual, tendo o próprio DNER dado início ao processo.**

⁶ in **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 8ª ed., Ed. Jurídica Brasileira, 1995, pp. 1402.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - vol. I*. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 63.

⁸ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Opus cit.*, p. 35.

2.9.7 Com o advento da Medida Provisória nº 1.561, de 20 de dezembro de 1996, de suas reedições, convertida na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passou-se à seguinte condição (grifo nosso):

“Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, **em juízo**, para terminar litígio, nas causas de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.”

2.9.8 Reafirmando a legislação anterior, a Lei nº 9.469/97 outorga competência para o dirigente máximo das autarquias federais efetivar acordos ou transações **em juízo**, apenas. Não há qualquer autorização para a celebração das “desapropriações consensuais” efetivadas pelo DNER.

2.9.9 Não se encontravam aptos, portanto, o órgão jurídico e o dirigente máximo do DNER, a efetuarem acordos extra-judiciais para por fim a lides inexistentes (ou, de acordo com a segunda interpretação exposta, não estavam autorizados o órgão jurídico e o dirigente máximo do DNER a renunciar à resistência à pretensão, quanto mais a advogarem a favor dos proprietários dos imóveis esbulhados). Assim, o que DNER vem chamando de “desapropriação consensual” não é autorizado pelo art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal; não é o procedimento de desapropriação consensual autorizado pelo Decreto-lei nº 3.365/41; não é autorizado pelo Decreto-lei nº 512/69; não é autorizado pelos normativos internos do DNER e **nem sequer é um processo de desapropriação**, mas o pagamento administrativo de indenização por perdas e danos (art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41).

2.10 Não é possível avaliar-se neste processo a justificativa de que a “desapropriação consensual” minimiza fases de tramitação burocratizadas, tendo a autarquia obtido resultados plenamente satisfatórios, face a complexidade da matéria, que comportaria uma auditoria operacional. Entretanto, é sugestivo o despacho em 03 de novembro de 1999 do Ministro dos Transportes Eliseu Padilha (publicado no D.O.U. de 08/11/99, seção 01, pág. 04), que determinou, dentre outros, a abertura de processo administrativo disciplinar e a abertura de sete tomadas de contas especiais relativas a processos de “desapropriação consensual”.

2.11 Quanto às alegações do Sr. Gilton Andrade Santos - de prescrição vintenária no caso de desapropriação indireta e de interrupção da prescrição em razão de atos inequívocos do devedor que importaram no reconhecimento do direito do credor - não dizem respeito à questão objeto desse item da audiência já que não se está questionando neste item o direito do credor acionar judicialmente o DNER (mas a **inexistência de embasamento legal para o pagamento administrativo de indenização por desapropriação indireta** tanto no que se refere ao conteúdo material dos atos (a imprevisão legal de “desapropriações consensuais”) quanto no que se refere à competência dos agentes que o conduziram.

2.11.1 Quanto ao direito do proprietário do imóvel esbulhado, não obstante a existência de ampla jurisprudência (por exemplo: STJ, Embargos no RE nº 63.833-RS, 03/05/72) e Súmula do STJ¹⁰ no sentido de prescrição vintenária, até mesmo essa tese pode ser adequadamente atacada (ainda não foi criada a súmula vinculante no Brasil), havendo, inclusive, decisões contrárias a tal tese, como a do processo nº 12.471/84-1, movido por Luiz João e sua esposa contra o DNER (fl. 19, vol. IV).

2.11.2 O expropriado não possui qualquer direito à imissão de posse (direito este que prescreveria em 20 anos se o responsável pelo esbulho fosse pessoa física ou pessoa jurídica de direito privado), mas apenas e tão somente o direito à indenização por perda do imóvel em razão de ato ilícito cometido pela Administração Pública (direito este que prescreve em cinco anos, por força do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932)

2.11.3 O entendimento hoje dominante, de prescrição vintenária, se sustenta na tese de inexistência de qualquer regime legal para a desapropriação indireta (esbulho promovido pelo Estado). Assim, “doutrina e jurisprudência criaram-na [o regime de desapropriação indireta] como forma de satisfazer o interesse particular esbulhado, que não pode, dada a destinação pública que lhe foi atribuída pelo Poder Público, retomar o bem objeto do apossamento”¹¹. Não obstante, o regime legal permite a satisfação do interesse particular esbulhado através de ação de indenização por perdas e danos em virtude de ato ilícito da Administração, sendo insubsistente e desnecessária a tese de inexistência de regime legal para desapropriação indireta (art. 35, Decreto-Lei nº 3.365/41).

2.11.4 O argumento mais forte em defesa da prescrição vintenária é a inexistência de direito sem ação. Como a perda da propriedade somente se daria com a prescrição vintenária, o direito à indenização (ante a impossibilidade de reaver o bem) prescreveria também em vinte anos.

2.11.5 Equívoca-se tal interpretação. Conforme ensina Sílvio Rodrigues¹² (citando Cunha Gonçalves):

“O direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa determinada, em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar (Tratado de Direito Civil, 2. ed., aumentada, São Paulo, s/d, v. XI, t. I, n.1.646)”

2.11.5 Com a desapropriação, o proprietário do imóvel expropriado já não possui qualquer elemento do domínio sobre o imóvel de forma a caracterizar sua propriedade sobre o mesmo. Não há qualquer submissão da coisa ao poder do expropriado. É o expropriante (o Poder Público) que passa a ter o pleno domínio do imóvel, assegurado seu direito de uso, gozo e disposição do mesmo (o jus utendi, fruendi e abutendi dos romanos, atualizado com as modernas limitações à propriedade e limitado à finalidade pública), podendo, inclusive, reavê-lo de quem quer que injustamente pretenda possuí-la.

¹⁰ Súmula 119 do STJ: A ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos.

¹¹ GAPARINI, Diógenes. *Opus cit.*, p. 436.

¹² *in Direito Civil - v. 5 - Direito das Coisas*. 24ª ed., revista, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 75.

É o Poder Expropriante que passa a possuir o direito à propriedade do imóvel a partir da desapropriação.

2.11.6 Assim, não há que se falar em direito sem ação. O expropriado já não possui qualquer direito sobre o imóvel, cujo domínio é integralmente do Poder Público expropriante. Seu único direito é o de receber a justa indenização.

2.11.7 Os adeptos da prescrição vintenária alegam, ainda, que se estaria criando um usucapião de cinco anos, em favor da Fazenda. Não procede tal interpretação. Não é o transcurso do prazo de cinco anos que assegura a propriedade ao Poder Público, mas desapropriação por finalidade pública. O transcurso do tempo apenas faz perecer o direito do expropriado de reivindicar a indenização justa.

2.11.8 Sobre a questão da interpretação aplicável, ensina Hely Lopes Meirelles¹³:

“Sempre que entrarem em conflito o interesse do indivíduo e o da comunidade, há de prevalecer este, vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia”.

2.11.8 Finalmente, a par da constatação que a lei não pretendeu exceção ao critério de prescrição quinquenal para as tais ações, deve-se registrar a absoluta iniquidade resultante da construção doutrinária hoje majoritária. De fato, os proprietários dos imóveis desapropriados que hoje se digladiam contra o DNER são os mesmos proprietários que lutaram para a construção e pavimentação da rodovia e que enriqueceram com os benefícios decorrente da mesma (não apenas relativos à valorização dos imóveis, mas também decorrentes do conforto e da possibilidade de escoamento da produção).

III

Das razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Maurício Hasenclever Borges - ex-Diretor-Geral do DNER; Rômulo Fontanelle Morbach - Procurador-Geral do DNER e Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER, em razão do pagamento de indenização administrativa relativamente a áreas pelo menos parcialmente já atingidas pela prescrição, nos seguintes processos:

Processo	Parte interessada	Pedido de indenização
201.11.002.453/87	Khalil Mikahil Malouf	17/12/87
51210.000.692/93	João Arcanjo Ribeiro	19/07/93
51210.000.687/93	João Arcanjo Ribeiro e Joseph Jaoudath Haraoui	16/07/89
51210.000.690/93	Joseph Jaoudath Haraoui	19/07/93
51210.000.056/93	Indústria Gráfica São José	15/12/92
51210.000.756/77	José da Conceição Coelho	12/06/95

¹³ in *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros: Malheiros, 1995, p. 39.

3. Os Srs. Maurício Hasenclever Borges, Rômulo Fontanelle Morbach (fls. 370/385) e Gilton Andrade Santos (fl. 435, item k) alegaram:

a) a prescrição vintenária no caso de desapropriação indireta;

b) a interrupção da prescrição em razão de atos inequívocos do devedor (o DNER) que importaram no reconhecimento do direito do credor (os processos administrativos de “desapropriação consensual” abertos);

3.1 O Sr. Gilton Santos apresenta, ainda, tabela em que informa a data do ato declaratório de utilidade pública e a data da autuação dos processos objeto da audiência, objetivando demonstrar o não transcurso do prazo vintenário nesses processos (fl. 435).

Processo	Parte interessada	Ato declaratório de utilidade pública	Data da autuação
201.11.002.453/87	Khalil Mikahil Malouf	01/02/74	16/09/93
51210.000.692/93	João Arcanjo Ribeiro	01/02/74	04/02/97
51210.000.687/93	João A. Ribeiro e Joseph J. Haraoui	01/02/74	04/02/97
51210.000.690/93	Joseph Jaoudath Haraoui	01/02/97	24/01/97
51210.000.056/93	Indústria Gráfica São José	01/02/74	30/01/97
51210.000.756/77	José da Conceição Coelho	13/07/76: BR 070 13/05/83: BR 163	09/09/95

3.2 As datas indicadas no ofício de audiência e as datas nas razões de justificativa do Sr. Gilton são diferentes por referirem-se a momentos diferentes: as primeiras referem-se às datas dos pedidos de indenização, as segundas referem-se às datas de autuação dos processos de “desapropriação consensual”. Nesse sentido, assiste razão ao Sr. Gilton Santos já que, como a interrupção da prescrição dá-se por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial que importe reconhecimento do direito pelo devedor (CC, art. 172, inciso V), a prescrição somente poderia ser alegada a partir da autuação dos processos administrativos de “desapropriação consensual”, piorando a situação dos pretendentes à indenização.

3.3 Além disso, a alegada prescrição vintenária “começa a fluir da data da indevida ocupação do imóvel, não o alterando eventual decreto posteriormente baixado, declarando a área de utilidade pública para fim de desapropriação, porque já consumida a desapropriação, embora indiretamente, criando outra sorte de direito aos expropriados, despiciendo seria qualquer ato daquela natureza e incapaz de gerar direitos” (TJ-PR, Ap. 9630-4 - 4ª C. - j. 20/02/91- rel. Des. Wilson Reback. RT 675, jan. 92- pág. 166). Assim, a data informada dos atos declaratórios de utilidade pública não possui qualquer valor já que, conforme já demonstrado no Relatório de Auditoria, o apossamento deu-se muito anteriormente a tal ato.

3.4 Para isso, faz-se necessário identificar a localização de cada um das áreas desapropriadas (examinar mapa à fl. 167, vol. I)¹⁴:

¹⁴ Incluímos na relação dos imóveis desapropriados o de Anamélia Adrien Correa da Costa porque, apesar de não ser objeto desse item da audiência, a discussão da prescrição é semelhante à dos demais imóveis.

Rodovia BR 364/070/163

Trecho: Cuiabá/trevo de acesso/contorno - São Vicente/entr. com a BR 070

Subtrecho: proximidades da PRF/trevo de acesso/contorno/Cuiabá - Saída para Rondonópolis

51210.000.692/93 João Arcanjo Ribeiro

51210.000.687/93 João A. Ribeiro e Joseph Jaoudath Haraoui

51210.000.690/93 Joseph Jaoudath Haraoui

20111.000.183/92 Anamélia Adrien Corrêa da Costa

Trecho: Cuiabá/trevo de acesso/contorno - Trevo do Lagarto/V.G. (alternativa 1)

Subtrecho: Ponte do Coxipó - trevo de Santo Antônio

20111.002.453/87 Khalil Mikahil Malouf

51210.000.056/93 Indústria Gráfica São José

Rodovia BR 070

Trecho: Trevo do Lagarto/VG - Ponte sobre o Rio Paraguai

51210.000.756/77 José da Conceição Coelho

Rodovia BR 364/163

Trecho: Trevo do Lagarto/VG - entroncamento da BR 163

51210.000.756/77 José da Conceição Coelho¹⁵

3.5 A ampla documentação juntada pela equipe de auditoria comprova a posse dos imóveis em questão nas décadas de 40 e 50, não restando qualquer dúvida da prescrição:

a) o relato histórico do Eng. Wagner Pereira Moura em seu livro em elaboração “Histórico das Rodovias Federais - Mato Grosso”, que registra:

a.1) que o apossamento dos imóveis cortados pela BR 364/163/070 no segmento onde localizam-se os imóveis de João Arcanjo Ribeiro, Joseph Jaoudath Haraoui, Khalil Mikahil Malouf, Indústria Gráfica São José e Anamélia Adrien Corrêa da Costa deu-se na **década de 50**, tendo sido tal segmento pavimentado na década de 60 com revestimento de areia - asfalto (fls. 45/48, 50/53 e vol. I)

a.2) que o apossamento do imóvel de José da Conceição Coelho, nas proximidades do Trevo do Lagarto em Várzea Grande, deu-se:

- na **década de 50** (pela BR 070 - trecho Várzea Grande/Trevo do Lagarto/Entroncamento BR 364/163 - Ponte sobre o Rio Paraguai), tendo sido a pavimentação em CBUQ realizada entre 1978 a 1979 (fls. 143/145, vol. I);

- na **década de 40** (pela BR 364/163 - trecho Várzea Grande/Trevo do Lagarto/Entroncamento BR 070 - Estivado/Entroncamento BR 163), tendo sido a pavimentação asfáltica realizada entre 1981 e 1982 (fls. 63/67, vol. I);

b) o projeto final de engenharia do trecho Cuiabá-Jaciara (fls. 173/189, vol. I, que engloba o trecho São Vicente/Entr.BR070 - Cuiabá/Trevo acesso/Contorno), de outubro de 1973, que trata das obras executadas no período de 1972/74, registra:

¹⁵ A área de José da Conceição Coelho é cortada por duas rodovias federais, havendo apenas um processo de “desapropriação consensual”.

b.1) no lote 139.1: 52,15 km de extensão pavimentada anteriormente à obra; 25,20 km de extensão a pavimentar, implantados anteriormente à obra, e somente 8,04 km (correspondente ao novo traçado) à implantar e pavimentar;

b.2) no lote 139.2: 28,4 km de extensão pavimentada anteriormente à obra; 26,3 km de extensão a pavimentar, implantados anteriormente à obra, e apenas 2,6 km (correspondente ao novo traçado) a implantar e pavimentar;

devendo-se observar que de Cuiabá até o Rio Bambá (cerca de 45 km, onde localizam-se os imóveis de João Arcanjo Ribeiro, Joseph Jaoudath Haraoui, Khalil Mikahil Malouf, Indústria Gráfica São José e Anamélia Adrien Corrêa da Costa), não ocorreu qualquer implantação de rodovia com a obra de 1972/74 (objeto da Portaria de Desapropriação item 3.8.3.5, fl. 136);

c) os laudos às fls. 13, 140 e 153, vol. IV, constantes em processo judiciais relativos à BR 364/163/070 nos segmentos Cuiabá - São Vicente e Cuiabá - Trevo do Lagarto relatam que o apossamento deu-se a partir de 1962 (data da pavimentação asfáltica original);

d) a Certidão de Legítima Materna do Cartório do 5º Ofício, emitida em 23/06/72 (fl. 4, vol. II), registra que as áreas contínuas denominadas Tijucal e São José (imóvel de Anamélia Adrien Correa da Costa, na BR 364/070/163, Subtrecho: Ponte do Coxipó - trevo de Santo Antônio) já era atravessado por asfalto (a BR 364/163/070) por ocasião de sua transmissão à Sr. Anamélia em 1972;

e) o registro do exmo. Juiz Federal Dr. Mário Figueiredo Ferreira Mendes no processo nº 12.471/84 da Justiça Federal de 1ª Instância em Mato Grosso, de autoria de Luiz João e sua mulher, que afirma (fls. 18/22, vol. IV):

“O traçado original dessa estrada data de várias décadas, e ela sempre foi o elo que ligava e liga Cuiabá a Rondonópolis, Campo Grande e Goiânia. A princípio de terra, recebeu mais tarde o asfalto. É possível - e em vários casos o foi efetivamente - que seu rumo primordial tenha sido alterado pela nova direção que imprimiu. Mas de qualquer forma, exceção de esporádicos casos, os desvios que sofreu foram de pequena monta sem afastar-se, por isso, em grandes proporções dos sítios por onde perluastra.”

f) os registros do escritor Ubaldo Monteiro¹⁶ acerca das avenidas da FEB, Ulisses Pompeu de Campos e Governador Júlio Campos (designações atuais do trecho da rodovia BR 364/070/163, no perímetro urbano da cidade de Várzea Grande, que se inicia na Ponte Júlio Müller e encerra-se no trevo do Lagarto):

Av. da FEB:

“Esta avenida inicia na Ponte Júlio Müller e termina no marco ZERO Quilômetro, tendo sido asfaltada pela primeira vez, em pista única, no ano de 1.957, pela antiga C.E.R.-5.”

Av. Ulisses Pompeu de Campos:

“Esta avenida foi projetada e aberta nos anos cinqüenta, pela então C.E.R.-5.”

¹⁶ Monteiro, Ubaldo. “Várzea Grande, passado e presente - confrontos. 1867/1987”. Policromos, 1987.

Av. Governador Júlio Campos:

“Ali, onde cresce com uma desenvoltura notável, o comércio e as indústrias, há quinze anos só existia um cerradão cortado por uma estrada de cascalho”¹⁷

g) o registro do historiador Lenine Póvoas¹⁸:

“O primeiro trabalho a ser executado foi a recuperação da rodovia Cuiabá - Campo Grande, a começar de subida da Serra de São Vicente” [referindo-se à nova direção da CER, no ano de 1947];

“No primeiro governo Mário Corrêa (1926/29), foi aberta a estrada Cuiabá-Rondonópolis, de onde partiria um ramal para Santa Rita do Araguaia (hoje Alto Araguaia), fazendo a ligação de Mato Grosso com Goiás, e outro para Campo Grande. Foi empreiteiro da estrada Cuiabá-Alto Araguaia o Sr. Araripe Talon de Camargo.”;

“No governo Arnaldo Figueiredo, em 1947, a Comissão de Estradas de Rodagem de Mato Grosso estabeleceu uma base em Rondonópolis, com a incumbência de manter a trafegabilidade nas estradas Cuiabá-Rondonópolis-Alto Araguaia e Cuiabá-Rondonópolis-Campo Grande.”

h) os registros constantes nas publicações do jornal *O Estado de Mato Grosso*, tais como¹⁹:

- ligação da BR-29 à BR-30 na cidade de Cuiabá (Asfaltamento de 4 kms de ruas, 31/01/60, fl. 279/280, vol. II);

¹⁷ Confirma a existência de uma estrada encascalhada no ano de 1972 no segmento que antecede o imóvel de José da Conceição Coelho (o livro foi publicado em 1987).

¹⁸ Póvoas, Lenine C. *História Geral de Mato Grosso: da proclamação da República aos dias atuais*, volume II. Resenha: 1996, pp. 446/473.

¹⁹ Relativamente à velha nomenclatura das rodovias, relata o Eng^o Wagner Pereira Moura (fl. 64, vol. I):

“Em meados da década de 60 foram mudadas as siglas do Plano Rodoviário Nacional, e deste modo, ocorreram as alterações seguintes:

- A BR-29 denominou-se BR-364 no traçado Cuiabá - Várzea Grande - Lagarto - Jangada - Rosário Oeste (margem direita do rio Cuiabá) - Estivado.

- A BR-16 denominou-se Br-165 no traçado diretriz Cuiabá - Guia - Acorizal - Rosário Oeste (margem esquerda do Rio Cuiabá) - Nobres - Caixa Furada - Buracão - Rio Novo - Porto Tombador no Rio Teles Pires-Rio Prata-rio Peixoto de Azevedo - Base Aérea do Caximbo.

A partir de 1970 desaparece a sigla BR-165 que passa a integrar-se na sigla BR-163 com traçado total como a seguir: Porto Murtinho/MS - Campo Grande/MS - Rio Correntes (Div. MS/MT) - Rondonópolis/MT-Cuiabá/MT-Várzea Grande/MT - Entr. BR-070(B) - Jangada/MT - Rosário Oeste/MT - Estivado/MT - Sinop/MT - Serra do Caximbo (Divisa MT/PA).

- A BR-16 denominou-se também BR-163 no traçado diretriz entre Rondonópolis - Campo Grande-Dourados - Divisa MS/MT (Porto Morumbi).”

- presença dos membros do DNER para adoção de providências para a conclusão da rodovia Marechal Rondon (Rodovia Acre Brasília, passando por Cuiabá, 07/02/60, fl. 281, vol. II);

- partida do Rio de Janeiro das máquinas para as obras da rodovia Brasília-Acre passando por Cuiabá (Máquinas para Brasília - Acre, 24/03/60, fl. 282, vol. II);

- visita de membros do exército brasileiro para inspecionar, dentre outras, a rodovia Marechal Rondon (General Inspecciona Obras das Rodovias Construídas pelo Exército, 24/03/1960, fl. 283, vol. II);

- em 1956 os serviços de terraplenagem da BR-29 estavam a 5 km de Nobres, ou seja 145 km de Cuiabá; os serviços de terraplenagem da BR-29 encontram-se a 450 km de Cuiabá, faltando apenas 113 km até Juruena; as condições de trafegabilidade da BR-27 permitiram que equipe de reportagem se deslocasse de Cuiabá a além de Água Limpa, cerca de 400 km da capital, ao longo da rodovia Marechal Rondon, BR-27, em 16h30min (Rasgando Estradas pelo Sertão, 08/04/60, fl. 284/285, vol. II);

- conclusa mais uma etapa da MT-4, rodovia que ligará Cuiabá a Barra do Bugres, partindo do entroncamento da BR-29 (CER-MT acelera os trabalhos de construção da Rodovia para Barra do Bugres, 22/05/60, fls. 286/287, vol. II);

- Jânio Quadros determina o asfaltamento da rodovia Cuiabá - Campo Grande (Jânio determina: asfaltamento da estrada Cuiabá-Campo Grande, 05/02/61, fl. 287, vol. II);

- a firma Hidalius Catanhede, responsável pela execução da rodovia Brasília-Cuiabá, já está instalando em Barra do Garças o seu escritório central (Últimas providências para o asfaltamento da Brasília - Cuiabá, 08/02/61, fls. 288/289, vol. II);

- DNER realizará em 1961 obras de pavimentação de 61 km a partir do trecho já pavimentado a 40 km de Cuiabá; implantação de 60 km em 1961 da BR-31-Alto Garças-Rondonópolis; deverá ser completada no quinquênio a ligação Brasília-Cuiabá, já estando contratados 2 trechos no estado de Mato Grosso (Rodovias para Mato Grosso, 24/05/61, fl. 291, vol. II);

- um trecho de 40 km da rodovia BR16/BR31, Cuiabá-Rondonópolis-Campo Grande, já está pavimentado (Pavimentação da Cuiabá - Campo Grande 8 bilhões, 13/06/61, fls. 292/293, vol. II);

- DNER recebeu recursos para a pavimentação asfáltica da BR-16, trecho Rondonópolis Cuiabá (Asfaltamento Cuiabá-Campo Grande, 06/08/61, fls. 294/295, vol. II);

- inaugurada oficialmente a BR-30 (Cáceres-Vila Bela da Santíssima Trindade), obra executada pelo DNER (BR 30 - A Estrada Obsessão, 24 e 25/12/61, fls. 296/298, vol. II);

- foram transportados 9.010.747 kg pela BR-31 e 998.726 kg pela BR-16 no ano de 1963 (Cuiabá Reinvidica a Pavimentação da BR 31 até A. Araguaia, 04/06/63, fls. 299/300, vol. II);

- *inspeção pelos engenheiros do DNER na rodovia BR-29, tendo sido constatado o seu bom estado, que tem apenas um trecho de péssima qualidade na região de Mugui, entre Ariquemes e Rondônia (BR 28: Retornou a Comissão de Engenheiros do DNER; 29/09/64; fl.302, vol. II);*

- *CER-MT reduz em mais de 40 km a ligação Mutum-São Pedro da Cipa (CER-MT reduz em mais de 40 km a ligação Mutum-São Pedro, 29/10/64, fl. 304, vol. II);*

- *Nos 1500 km do primeiro trecho, ligação Cuiabá - Porto Velho, que funciona desde o ano passado (1964), existe um tráfego de quinhentos caminhões por dia (BR 29 Ligará o Brasil ao Peru dentro de Três Anos; 17/01/65; fl. 306, vol. II);*

- *Execução de serviços de conservação nas rodovias BR-29 (Cuiabá-Vilhena), Cuiabá-Colônia Agrícola Gustavo Dutra e Cuiabá-Rondonópolis (Rodovias de Mato Grosso Terão Seis Bilhões de Cruzeiros em 65; 10/02/65; fl. 307, vol. II);*

- *Concorrência para pavimentação asfáltica da BR16, trecho Cuiabá-Rondonópolis (km 42 ao 50, sendo 0 um Cuiabá) e pavimentação betuminosa na BR-16, trecho Cuiabá Rondonópolis (km 60-103) (Asfalto Cuiabá- C. Grande, 10/02/05, fl. 308, vol. II)*

i) aparte do Deputado Federal Geraldo Mesquita a discurso proferido na Câmara dos Deputados pelo Deputado Federal Cunha Bueno na sessão de 20 de maio de 1967, que registra sua tentativa de ida do Rio de Janeiro ao Acre, por terra, somente atingindo Porto Velho (fls. 309/313, vol. II);

j) o panfleto do DNER sobre a Rodovia Marechal Rondon (Cuiabá - Porto Velho : BR 070/163/364), que registra (fls. 314/317, vol. II):

“Vencendo grandes dificuldades materiais, Rondon abriu uma picada para a colocação dos postes telegráficos. E foi com base nessa trilha, 50 anos mais tarde, que o DNER implantou a diretriz para o traçado entre Vilhena e Porto Velho. Antes, porém, na década de 30, o Exército já abria duas frentes de trabalho, uma a partir de Cuiabá e outra de Porto Velho.

Nos primeiros anos da década de 60, a estrada tinha trechos construídos e outros em caminho de serviço. Apesar das primeiras viagens rodoviárias para Porto Velho terem sido conseguidas por volta de 1962, o trânsito só era possível com grandes dificuldades nos curtos meses de estiagem de verão amazônico - de junho a agosto - o que, na época, já cumpria a função de abastecer de gêneros a cidade de Porto Velho, mesmo que precariamente.”

IV

Das razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Maurício Hasenclever Borges - ex-Diretor-Geral do DNER; Rômulo Fontanelle Morbach - Procurador-Geral do DNER e Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER e em razão do pagamento administrativo de R\$ 3.000.000,00, através da 96OB02343, em 26/12/96, ao Sr. Francisco Rodrigues da Silva, não obstante encontrar-se a matéria à época em litígio judicial, não se encontrando caracterizado qualquer acordo extra-judicial, e tendo o processo somente sido recebido com sentença pela Secretaria da Justiça Federal de 1ª instância em Cuiabá/MT em 10/01/97.

4. Em manifestação conjunta, os Srs. Maurício Hasenclever Borges e Rômulo Fontanelle Morbach manifestaram que o pagamento de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) “decorreu de regular solicitação de crédito orçamentário, emitida pelo Dr. Procurador Pedro Elói Soares, em 24/12/96, nº 16/96, objetivando atender a solicitação da Chefia do 11º DRF, Eng. Francisco Campos, através do FAX nº 1174/96 - dirigido ao Assessor de Planejamento do DNER, em Brasília, NEIF HARBACHE, que disponibilizou àquele distrito parcela orçamentária naquele valor, de modo que o 11º DRF promovesse a indenização a que se refere a referida 96OB02343, habilitado o Sr. Francisco Rodrigues da Silva, tanto pelo seu constituinte” (fl. 385)

4.1 O Sr. Gilton Andrade Santos em suas razões de justificativa alega sua convicção de que “ao fim de uma execução prolongada o valor da indenização devida ultrapassaria o da proposta, que sendo com pagamentos parcelados, apresenta outra vantagem” (fl. 437).

4.2 É possível que assista razão ao Sr. Gilton Andrade Santos no que se refere à questão da execução prolongada ultrapassar o valor da proposta em razão da incidência de correção monetária, juros compensatórios de 12% ao ano e honorários advocatícios

4.2 Além disso, a troca de ofícios entre os Srs. Francisco Rodrigues da Silva - propondo a quitação pelo valor de R\$ 5.804.823,06 - e o Procurador do 11º DRF/DNER (fls. 110, 119/120, vol. II), caracteriza o acordo extrajudicial entre as partes.

4.2.2 O problema é a inexistência de embasamento legal para tal acordo.

4.2.3 Como agravante deve-se constatar-se que o acordo deu-se às vésperas da decisão judicial, evitando-a e, com ela, a ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais de que trata o art. 100 da CF, a que estariam vinculados os pagamentos após a decisão judicial.

V

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER pela iniciativa do 11º DRF/DNER para o pagamento de indenizações nos processos de “desapropriação consensual” mencionados no ofício de audiência.

5. Em suas razões de justificativa o Sr. Gilton Andrade Santos alega o aproveitamento de processos já autuados que teriam sido abertos por ocasião de tentativa conduzida pelo 11º DRF/DNER no sentido de conseguir a doação de imóveis ao longo da faixa de domínio da rodovia

5.1 Constata-se que, nos processos mencionados na audiência, à exceção do processo de João Arcanjo Ribeiro (fls. 224/225, vol. V), não houve pedido de indenização ou qualquer outra manifestação por parte dos expropriados. Ao contrário, tais processos foram abertos por iniciativa da administração, caracterizando o crime de advocacia administrativa (CP, art. 321)

Processo	Parte interessada	Iniciativa da indenização
201.11.000.672/84-4	Zenor Zamban / Mazan Madeireira Zamban Ltda.	Memo nº 44/84-PD-11 de Gilton A. Santos, de 01/03/84, solicitando “abrir processo dos documentos anexo” (fl. 210/211, vol. V)
201.11.000.669/84-3	Antônio Altobelli e Marco Antônio Altobelli	Substituto Chefe do PD/11º DRF (o Sr. Gilton A. Santos), conforme informação da capa do processo, protocolizado em 08/03/84 (fls. 212/213, vol. V)
201.11.000.638/84-8	Alberto Samaja e outro	Memo nº 48/84 - PD-11 de Gilton A. Santos, de 01/03/84, solicitando “abrir processo dos documentos anexo” (fl. 222/223, vol. V)
201.11.000.664/84-1	Birajá Soares Vasconcellos (herdeiros)	Memo nº 36/84 - PD-11 de Gilton A. Santos, de 01/03/84, solicitando “abrir processo dos documentos anexo” (fl. 226/227, vol. V)
201.11.000.671/84-8	Birajá S. Vasconcellos e Venone Lemos de Melo	Memo nº 43/84 - PD-11 de Gilton A. Santos, de 01/03/84, solicitando “abrir processo dos documentos anexo” (fl. 229/230, vol. V)
20111.003.250/82-7	Hélio Pereira de Moraes Agropastoril Ltda.	Despacho do Sr. Gilton A. Santos, em 01/12/82, rogando “proceder o levantamento topográfico planialtimétrico ...” (fls. 232/233, vol. V)

VI

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão da inexistência de critérios para a definição dos beneficiados com os recursos destinados às desapropriações consensuais.

6. O Sr. Gilton Andrade Santos informou que, “em razão do volume de processos a indenizar ser grande e os recursos repassados pela Procuradoria serem poucos, não há como se adotar um critério nas vezes em que na Procuradoria-Geral repassávamos recursos para efetuarmos a desapropriação. Nas mais das vezes esses processos já eram indicados pela própria Procuradoria-Geral antes de repassarmos os recursos” (fl. 433).

6.1 As justificativas apresentadas pelo Procurador do 11º DRF/DNER apontam na mesma direção das informações prestadas pelo Sr. Francisco Campos de Oliveira, ex-Chefe do 11º DRF/DNER, quando questionado pela equipe de auditoria sobre quais os critérios utilizados para a seleção dos processos beneficiados com “desapropriações consensuais” no ano de 1996 (fl. 65, item I, e fl. 76, item L):

“Em suma, atendemos aqueles que atendem nossa convocação em menor tempo, como aqueles que constantemente estão a nos cobrar o nosso dever de indenizá-los”.

6.2 Não obstante, caso admitíssemos a legalidade das “desapropriações consensuais”, em razão do princípio da impessoalidade que rege a Administração Pública (CF, art. 37, caput), teríamos obrigatoriamente que adotar o critério de escolha com base na antigüidade (pagamentos com base na ordem de apresentação dos pedidos de indenização administrativa), de forma análoga à determinada pelo art. 100, caput, da CF. É que no caso, não há discricionariedade para administrador pagar o que melhor lhe convém, pois o princípio constitucional da impessoalidade deve ser observado mesmo na inexistência de norma específica que regule a ordem de pagamento de “desapropriações consensuais”.

VII

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão de no processo administrativo nº 201.11.000.669/84-3, de Antônio Altobelli e Marco Antônio Altobelli, ter sido foi efetuado o pagamento de R\$ 79.285,15 para o pagamento de duas áreas, uma de 22,20 ha, avaliada em R\$ 13.947,15, e outra de 104,00 ha, avaliada em R\$ 65.338,00, não tendo sido efetuada a escritura (e, portanto, não tendo sido efetuado o registro da escritura) relativamente à área de 104,00 ha.

7. O Sr. Gilton Andrade Santos informou que por um lapso o Cartório ao unificar as duas escrituras em uma só, omitiu a descrição do memorial da 2ª área, já tendo sido alertado o Cartório, que está providenciando outra re-ratificação, inserindo a área faltante, o que ainda não foi efetivado em razão de o Sr. Marco Antônio Altobelli encontrar-se em viagem.

7.1 Confirmada a explicação dada pelo Sr. Gilton Santos, ficaria sanada a questão; entretanto, em inspeção realizada ao DNER em 10/04/2000 para tratar do TC 014.513/1999-4, verificou-se que, até a mencionada data, não havia sido providenciada, ainda, a escritura e seu respectivo registro (fls. 212/221, vol. V). Sugerimos, assim, a determinação à autarquia que providencie a regularização do imóvel, fixando prazo para o atendimento à determinação.

VIII

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão de terem sido efetuados pagamentos totalizando R\$ 5.804.823,06 (ordens bancárias 96OB02343, 97OB04702, 97OB05954 e 97OB07344) à título de desapropriação de área de Anamélia Adrien Corrêa da Costa sem a escritura respectiva e, portanto, sem o seu registro.

8. Foi apresentada a escritura pública de desapropriação do imóvel, lavrada em 12 de maio de 1998 (fls. 444/447), não tendo sido apresentado o registro da escritura.

8.1 Diferentemente do caso anterior, já tendo sido parcialmente desapropriado o imóvel de Anamélia Adrien Corrêa da Costa, e parcialmente coincidindo as duas áreas desapropriadas (veja croquis às fls. 258/261, vol. II), é impossível o registro da escritura (ou melhor, é possível, mas seria nulo de pleno direito).

8.2 Caberia aqui a propositura de conversão dos autos em tomada de contas especial e a requisição de perícia técnica para fins de quantificação das áreas superpostas; entretanto, já tendo sido prescrito o direito de Anamélia Adrien Corrêa da Costa (itens 2, 3, 14 e subitens), é desnecessária a quantificação das áreas superpostas já que o dano aos cofres públicos é o valor integral da indenização paga, sendo suficiente a conversão dos autos em TCE e a citação dos responsáveis pelos pagamentos.

IX

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão da avaliação dos imóveis desapropriados por critérios subjetivos, a partir da opinião pessoal de corretores

de móveis, e não através da utilização de dados de vendas efetuadas, dados de ofertas de vendas, dados decorrentes de desapropriações ou de outras ações judiciais, ou qualquer outra forma de coleta de dados objetiva, em todos os 24 processos de “desapropriação consensual” efetuados pelo 11º DRF/DNER e examinados pela equipe de auditoria do TCU.

9. Segundo as justificativas apresentadas pelo Procurador Gilton Santos, “os laudos avaliatórios elaborados por técnicos do DNER obedecem ao “MÉTODO COMPARATIVO DE MERCADO”, que de acordo com o critério da norma nº 502/77 da ABNT é um laudo de precisão normal apto a determinar o valor verdadeiro do bem pesquisado. E o técnico que o elaborou tem capacidade para tanto, pois para se qualificar a elaborar esses laudos teve de frequentar alguns cursos específicos, o que o tornou um “expert” no assunto e altamente confiável, tanto que nos serviu em várias ocasiões, inclusive como nosso assistente técnico em perícias judiciais” (fl. 434).

9.1 Constata-se, entretanto, que não obstante o laudo ser de responsabilidade de técnico do DNER, as avaliações eram solicitadas à corretoras diretamente pelo próprio Procurador Gilton A. Santos, conforme deduz-se das inúmeras respostas às solicitações a ele encaminhadas (fls. 85/91, vol. II). Tal fato é confirmado pelo depoimento do próprio Procurador para a Comissão de Sindicância instituída pela Portaria nº 328, de 08/09/99, no caso de desapropriação de áreas da Colonizadora Sinop (TC 014.513/1999-4, fl. 24):

“13. Quem solicitou às imobiliárias da cidade de Sinop os laudos de avaliação ?

Que a avaliação foi solicitada pelo Declarante [o Sr. Gilton A. Santos] mediante correspondência expedida pela PD do 11º DRF”.

9.1.1 O trabalho do técnico era, portanto, de mero cálculo sobre os valores fornecidos pelo Sr. Gilton A. Santos

*9.2 Assiste razão ao Sr. Gilton em informar a obrigatoriedade de adoção do método comparativo ao nível de rigor **normal** ou superior (rigoroso). É o método exigido pela Instrução Normativa nº 01, de 10 de novembro de 1994, da Secretaria do Patrimônio da União, para avaliações destinadas a aquisição de imóveis pela União (não obstante a IN não referir-se à Administração indireta da União, serve de referência para a fixação do método de avaliação exigido para o caso). Além disso, pelo menos para o exercício de 1996, trata-se de exigência do Programa de Desapropriação Consensual que, ao referir-se aos Critérios Avaliatórios informa : “Para a avaliação de imóveis rurais e/ou urbanos, usaremos o Método Comparativo ao nível de Rigor Normal” (fls. 31-verso, vol. V)*

*9.2.1 Ocorre, entretanto, que o método utilizado pela Procuradoria do 11º DRF/DNER é a avaliação **expedita**, isto é “aquelas que se louvam em informações e/ou na escolha arbitrária do avaliador, sem se pautar por metodologia definida nesta Norma e sem comprovação expressa dos elementos e métodos que levaram à convicção do valor” (item 3.3 da NBR 5676/98)*

9.2.2 Dentre outros elementos exigidos pela NBR 5676/98 na avaliação de terrenos urbanos para a qualificação da avaliação técnica como normal não presentes na metodologia utilizada pela Procuradoria do 11º DRF/DNER está a

existência de uma amostra composta de valores de compra e venda de terrenos não edificadas, sendo 5 o número mínimo de elementos após saneada a amostra. Trata-se da exigência de valores de compra e venda **efetivos**, transações comerciais efetuadas no prazo máximo de 6 (seis) meses anteriores à avaliação (NBR 5676/98, item 7.1) e não de **opiniões pessoais, subjetivas de pessoas pesquisadas**

X

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão da existência de viés nas amostras para determinação do valor do imóvel desapropriado, caracterizado pela presença, nos 24 processos administrativos examinados pela equipe de auditoria do TCU, relacionados no item “a”, de 132 amostras das quais 69 foram fornecidas pelos mesmos 7 corretores de imóveis (52% das amostras com 20% dos corretores) e as demais 63 foram fornecidas por 28 corretores (48% das amostras com 80% dos corretores), conforme relação constante no ofício de audiência.

10. Em suas razões de justificativa, o Procurador Gilton Andrade Santos, informa que por ocasião da avaliação dos imóveis, “se pretendeu organizá-los por rodovia e dentro desta, organizá-los por trecho, considerando de 5 a 10 km de extensão o intervalo para a projeção do preço da área, já que eram em áreas rurais e poderia sofrer alteração de valor, caso houvesse algum ponto em que os valorizasse a mais ou os depreciasse. Com isso um determinado número de processos veio a receber a mesma pesquisa de consulta a imobiliárias”. Nota ainda, que “as informações foram prestadas por empresas qualificadas, todas estabelecidas e registradas no CGC/MF e CRECI, portanto confiáveis para o fim que buscávamos” (fl. 434).

10.1 Não tendo sido acrescida qualquer informação adicional, transcrevemos o trecho do Relatório de Auditoria que esclarece o entendimento da equipe:

“3.5.4 Constata-se que dentre as 132 amostras encontradas nos 24 processos administrativos analisados, diversos nomes destacam-se pela frequência, conforme verifica-se na tabela abaixo (fls. 84/109; fls. 85/91 e 101/107 do vol. II; fls. 19/24, 84/88 e 118/122, vol. III, dentre outras):

(...)

3.5.5 Desta forma, os sete nomes destacados em negrito dentre os 35 acima (correspondentes a **20% dos nomes**) foram responsáveis por 69 amostras em um total de 132, isto é, **52% das amostras**, sugerindo um viés amostral. Não obstante algumas amostras terem sido utilizadas em vários processos (aproveitando a proximidade de algumas áreas), não nos parece que tal fato seja suficiente para justificar o viés amostral acima sugerido, principalmente se considerarmos a grande quantidade de corretoras e imobiliárias que atuam na grande Cuiabá (Cuiabá e Várzea Grande) e a pesquisa de preços ter sido efetuada, em tese, por um especialista do ramo.”

10.2 A presença do viés indicado pela equipe de auditoria, associada à escolha pessoal pelo Procurador Gilton A. Santos das empresas responsáveis pela informação do valor dos imóveis (itens 9.1 e 9.1.1, que revelam que a coleta das

informações não foi, portanto, efetuada por especialista do ramo), associada à falta de rigor na metodologia de avaliação (9.2 e 9.2.1.), associada ao caráter pessoal, subjetivo das avaliações efetuadas (item 9.2.2.), caracterizam a absoluta impropriedade da metodologia empregada, em detrimento do interesse público.

XI

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão da presença do advogado e corretor de imóveis Francisco Rodrigues da Silva como advogado da parte beneficiada com a indenização e como corretor de imóveis responsável pela avaliação do valor do imóvel nos processos de “desapropriação consensual” nºs 51.210.000.340/93-9, de Tetsuo Otsuka, e 51.210.000.056/93-9, da Indústria Gráfica São José.

11. Alega o Procurador Gilton Andrade Santos que os laudos emitidos pelo Dr. Francisco Rodrigues da Silva foram inadvertidamente juntados aos processos mencionados, não produzindo, entretanto, efeito significativo no resultado das avaliações.

11.1 De fato, ante a absoluta impropriedade da metodologia das avaliações conduzidas no 11º DRF/DNER (item 10.2), o acréscimo dessa irregularidade em nada piora a qualidade da avaliação efetuada, mas apenas confirma a absoluta impropriedade da metodologia de avaliação empregada pelo DNER.

XII

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão do cálculo do valor da indenização a partir de avaliações baseadas em amostras de imóveis com frente para a rodovia, como se o proprietário do imóvel houvesse sido expropriado do direito à frente do imóvel para a rodovia, resultando em avaliações superdimensionadas do custo de reposição da área expropriada e, portanto, do valor da indenização (o imóveis não possuíam frente para a rodovia anteriormente à desapropriação, logo, não pode ter sido desapropriada a frente do imóvel para a rodovia), nos 24 processos administrativos examinados pela equipe de auditoria do TCU.

12. Em suas razões de justificativa, o Sr. Gilton A. Santos discorda da tese da equipe de auditoria, alegando que só há o direito à desapropriação se o imóvel apossou-se de parte do imóvel, logo o remanescente sempre possui frente para a rodovia.

12.1 Não obstante, é exatamente por essa razão que na avaliação dos imóveis não deve ser considerado o valor da frente da rodovia, é que o imóvel desapropriado não perdeu a frente da rodovia, mas passou a tê-la.

12.2 A título explicativo, transcrevemos a explicação do Relatório de Auditoria:

“3.7 Sobre o valor da justa indenização

3.7.1 A construção de uma rodovia federal afeta o direito de propriedade relativo aos imóveis em seu entorno de duas maneiras:

(1) os imóveis podem ser valorizados ou desvalorizados como decorrência dos benefícios/prejuízos advindos da construção da rodovia (exemplos de benefícios: melhoria no acesso; exemplo de malefício: aumento do risco de queimadas ou aterros resultando no represamento de águas);

(2) alguns imóveis serão desapropriados no todo ou em parte, para que a rodovia possa ser construída.

3.7.2 No caso da construção de uma rodovia proporcionar uma valorização dos imóveis, o legislador proporcionou um instrumento para evitar o enriquecimento sem causa de tais indivíduos, qual seja: a cobrança de contribuição de melhoria

3.7.3 Caso a construção de uma rodovia proporcione uma desvalorização dos imóveis, cabe a parte que se entenda prejudicada com a ação do Estado exigir-lhe uma indenização, recorrendo ao Judiciário

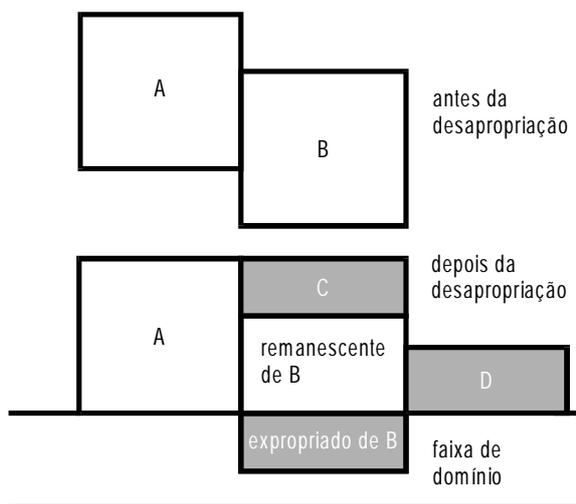
3.7.4 Caso a ação do Estado exija a desapropriação de imóveis, no todo ou em parte, ofendendo ao direito de propriedade do indivíduo, torna-se exigível do Estado, por via administrativa ou judicial, que o mesmo lhe pague o que se convencionou chamar de justa indenização.

3.7.5 É usual considerar-se como justa a indenização que permita ao proprietário do imóvel desapropriado adquirir um imóvel semelhante, sendo pacífico o entendimento de que inclui-se na estimativa de preço do bem expropriado indiretamente a valorização da área esbulhada, em decorrência das obras públicas realizadas no local, porque de caráter geral para todas as propriedades da área

3.7.6 Tal entendimento não define, entretanto, a metodologia para a avaliação do imóvel expropriado

Vejam os **Figura I** a seguir.

Figura I: Ilustração dos efeitos de desapropriações ao longo de uma rodovia.



3.7.7 Tomemos o caso de maior interesse para a questão, que são os imóveis urbanos em que um rodovia trouxe uma valorização dos imóveis da região. Imaginemos que, antes da desapropriação, os imóveis A e B eram absolutamente equivalentes em termos de área e valor de mercado.

3.7.8 Com a construção da rodovia, delimitada pela faixa de domínio indicada, o proprietário do imóvel A beneficiou-se com a rodovia. Beneficiou-se, em particular, porque passou a ter uma frente para a rodovia que, em perímetro urbano, se apresenta como uma avenida comum. Já proprietário do imóvel B também beneficiou-se com a valorização, mas perdeu parte de suas terras, tendo sido, portanto, parcialmente prejudicado

3.7.9 Cabia ao Estado, à época pertinente, efetuar a cobrança de contribuição de melhoria, para evitar tal enriquecimento sem causa. Não o tendo feito, isto é, se o Estado não se utilizou, à época pertinente, de sua prerrogativa de cobrar a contribuição de melhoria de todos os beneficiados com a construção da obra, é justo e pacífica a jurisprudência no sentido de que não cabe descontar da indenização devida em função da desapropriação a valorização que a obra trouxe para o imóvel remanescente.

3.7.10 Registre-se que a cobrança de contribuição de melhoria, regulamentada a nível federal pelo Decreto-Lei nº 195, de 24/02/67, não é um ato discricionário à administração, sendo uma obrigação (um poder/dever) da unidade administrativa responsável pela execução da obra proceder todos os atos necessários para a constituição do crédito tributário, bem como a sua cobrança, nos termos do referido Decreto-lei. O erro original, a omissão do Estado na cobrança da contribuição de melhoria, não justifica, entretanto, um novo erro do Estado, beneficiando desproporcionalmente aqueles que tiveram suas terras expropriadas. A justa indenização não pode, ao pretender corrigir um ônus desigual imposto aos cidadãos, propiciar um benefício desproporcional aos afetados pela obra. Assim, retornando ao exemplo da **Figura 1**, a indenização ao proprietário B deve ser de tal monta que o conduza a uma situação análoga ao proprietário do imóvel A, já que ambos, A e B, encontravam-se em uma situação semelhante, antes da construção da rodovia.

3.7.11 Na **Figura 1**, o valor da justa indenização deve ser tal que permita ao proprietário do imóvel B adquirir uma área equivalente à que possuía (de forma a complementar sua propriedade com uma área como a localizada na posição C), levando-o a uma situação econômica semelhante à do proprietário do imóvel A. Caso o valor da justa indenização tome por base o valor de mercado de imóveis limítrofes à rodovia, como o imóvel D, estará concedendo ao proprietário do imóvel B uma indenização que lhe permite atingir um patamar econômico superior ao do proprietário do imóvel A, já que, por razões comerciais, os imóveis lindeiros a uma avenida possuem maior valor econômico dos que os imóveis afastados da mesma.

3.7.12 Apenas a título de ilustração, observe a diferença de preços nos três imóveis próximos entre si, na região mais valorizada da Av. Fernando Corrêa da Costa (BR364/070/163), próximo ao centro de Cuiabá, MT (anúncios classificados do jornal A Gazeta de 19/02/98):

1) Terreno ao lado da Vitória Régia c/ barracão de 620m², c/ frente para a Fernando Corrêa e corredor de saída para a rua dos fundos (17,5x70 + 4x30, R\$ 150.000,00, aceita proposta): **R\$ 111,52/m²**

2) Terreno ao lado da Vitória Régia, c/ frente para a Fernando Corrêa (15x17, R\$ 95.000,00, aceita proposta): **R\$ 90,48/m²**

3) Terreno atrás do BEMAT VIP (“de costas” para a Av. Fernando Corrêa, com frente para a primeira paralela à mesma) estuda condições de pagamento e aceita carro no negócio (1.200 m², R\$ 60.000,00): **R\$ 50,00/m²**

3.7.13 No caso da **Figura 1**, o proprietário do imóvel B, da mesma forma que o proprietário do imóvel A, não foi expropriado do direito de ter seu imóvel de frente para a rodovia. Não pode a indenização cobrir o valor atribuível a tal característica do imóvel

3.7.14 Assim sendo, entendemos que, por ocasião da elaboração dos laudos de avaliação, devem os mesmos basear-se em imóveis da circunvizinhança da rodovia, mas que não possuam frente para a mesma e não, da forma como vem ocorrendo, basear-se em imóveis com frente para as rodovias, onerando o Erário com uma indenização indevida.

12.3 Ou, em complemento à explicação do Relatório de Auditoria, o valor dos dois imóveis “A” e “B” anteriormente à construção da rodovia pode ser escrito como $P \cdot A$, onde P é o preço por unidade de área e A é a área do imóvel. Após a construção, o valor do imóvel “A” passa a ser $(V + P \cdot k \cdot A)$, onde k é uma fator que reflete a valorização do preço por unidade de área e V é o valor economicamente apreciável da frente para a rodovia. Assim, o proprietário do imóvel “A” ganhou pela valorização da área do imóvel (fator k , incidente sobre o preço por unidade de área) e pelo imóvel passar a ter uma frente para a rodovia. Já o valor do imóvel “B” passou a ser $(V + P \cdot k \cdot (A - A'))$, onde A' é a área desapropriada pela faixa de domínio da rodovia. Para que a indenização conduza os dois proprietários de imóvel a uma situação de igualdade, o valor da indenização deverá ser a diferença entre os valores das duas áreas finais (após a construção da rodovia), isto é $P \cdot k \cdot A'$. Conclui-se, assim, que o valor da indenização deve excluir o valor economicamente apreciável da frente do imóvel para a rodovia (ou, de outra forma, o laudo pericial deve basear-se em imóveis de “costas” para a rodovia), mas deve ser considerada a valorização do imóvel decorrente do aumento do preço por unidade de área (o fator k).

XIII

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão da alegação, no processo de desapropriação indireta de Anamélia Adrien Corrêa da Costa, da prescrição a partir do momento em que o DNER declarou de utilidade pública a propriedade da autora, isto é, 01/02/74, data da Portaria nº 005/DES, mesmo sabendo, por dever de ofício, que:

- as obras realizadas pelo DNER no período de 1972 a 74, no trecho onde se localiza a área em questão, somente abrangeram serviços no acostamento, conforme consta no projeto final de engenharia;

- a área já era atravessada por asfalto em 23/06/72, conforme consta na Certidão de Legítima Materna do Cartório do 5º Ofício, elemento do processo de “desapropriação consensual”;

- o segmento terroso implantado pelo CER/MT em 1950 foi absorvido pelo 11º DRF em 1961, remontando a pavimentação de tal segmento de rodovia à década de 60, através de obras diversas realizadas pelo próprio DNER, através do 11º DRF;

- o prazo vintenário relativo à desapropriação indireta começa a fluir da data da indevida ocupação do imóvel - lapso não alterado por eventual decreto posteriormente baixado, declarando de utilidade pública para fins de desapropriação, se o apossamento já havia ocorrido;

além da não utilização da decisão relativa à ação ordinária de desapropriação indireta nº 12.471/84-1, movida por Luiz João e sua mulher Maria Helena Goulart Siqueira contra o DNER, como precedente favorável.

13. Em suas razões de justificativa, o Sr. Gilton A. Santos alega:

a) a inexistência no 11º DRF de qualquer registro, planta ou projeto desse traçado terroso, mesmo nos pontos onde a estrada atual se sobrepunha à antiga;

b) a estrada antiga possuía dimensões de largura inferiores à rodovia pavimentada (70 m de faixa de domínio);

c) negar o direito a quem busca indenização por perda parcial de propriedade e sem poder comprovar essa alegação é ser arbitrário;

d) a existência de mais de uma dezena de ações de igual natureza à de Luiz João em que o 11º DRF/DNER foi condenado, apesar de todos os recursos impetrados.

13.1 Já fartamente comprovada a prescrição do direito da Sra. Anamélia (itens 2, 3 e subitens), deve ser registrado que não obstante a inexistência no 11º DRF/DNER do traçado da antiga rodovia, dentre outros fatos:

a) o 11º DRF possuía o projeto das obras levadas a efeito em 1972 a 1994, que confirmam que o segmento onde se encontra o imóvel de Anamélia Adrien Corrêa da Costa já se encontrava pavimentado anteriormente a tais obras (item 3.5, b);

b) era de conhecimento de servidores do 11º DRF/DNER o histórico da rodovia (item 3.5.a);

c) o Sr. Procurador do 11º DRF/DNER, Gilton Andrade Santos, possuiu em mãos prova objetiva, inquestionável, de que em 1972 a rodovia já se encontrava pavimentada: a Certidão de Legítima Materna de Anamélia Adrien Corrêa da Costa (item 3.5, c).

13.2 Era, portanto, impossível que a Procuradoria do DNER tivesse desconhecimento da prescrição do direito da Sra. Anamélia Adrien Corrêa da Costa, mas principalmente, era dever da procuradoria defender judicialmente o DNER, o que não o fez, mas apenas submeteu-se a todas as solicitações efetuadas

XIV

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão da não apresentação, pela procuradoria do DNER, de elementos de defesa comprovando a prescrição nos

diversos processos de desapropriação indireta contra o DNER, nos processos de Anamélia Adrien Corrêa da Costa; Espólio de Salim Felício; Luiz João e outro; e Marguerite Dorine Hermann e outras.

14. Em suas razões de justificativa o Sr. Gilton Andrade Santos alega (fl. 436):

a) não é possível ao procurador alegar que não é verdade que a estrada não tomou parte da propriedade ou que inexistiu um processo administrativo aguardando disponibilidade de recursos para o pagamento;

b) a única defesa possível é a alegação de que o órgão não possui poderes para administrar seus recursos dependendo de recursos do Tesouro Nacional;

c) quanto à prescrição, alega que ela nunca ocorreu.

14.1 Não obstante o alegado, a farta documentação juntada aos autos pela equipe de auditoria comprova a prescrição do direito à indenização (títulos II e III).

14.2 Deve ser observado que a farta documentação que comprova a prescrição foi obtida em grande parte fora do DNER em razão da falta de guarda pela autarquia da documentação probatória. Mesmo assim, era documentação pública, facilmente obtível no Arquivo Público Estadual e na Biblioteca Nacional. Além disso, a documentação existente no DNER por si só já era suficiente para provar a prescrição em diversos dos casos mencionados, como é o caso da Certidão de Legítima Materna de Anamélia Adrien Corrêa da Costa.

14.3 A defesa que o Procurador do DNER faz dos interesses contrários ao da instituição que representa, chama a atenção (itens 3.8.5, 3.8.9.2, 3.9.3 e subitens do Relatório de Auditoria, fls. 138/144). A esse título, deve-se lembrar que a procuradoria do DNER é órgão vinculado à Advocacia Geral da União, por força do disposto no capítulo IX - Dos Órgãos Vinculados, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), de onde, da mesma forma que os membros-efetivos da AGU, seus procuradores efetivos devem dar-se por impedidos quando hajam proferido parecer favorável à pretensão deduzida em juízo pela parte adversa (LC nº 73, art. 30, inciso I). Não poderia, portanto, o Sr. Gilton Santos ter atuado no processo em questão pelo seu reiterado posicionamento favorável ao pagamento das indenizações.

XV

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão da escritura e registro do imóvel desapropriado de Hilton Corrêa da Costa (fl. 010, livro 83, Cartório do 6º Ofício; matrícula 23.743, fl. 198, livro 2CI) em nome da Prefeitura Municipal de Cuiabá, mera executora do processo desapropriatório por força do convênio especial de Cooperação assinado pela Prefeitura Municipal de Cuiabá com o DNER, e não em nome da União, verdadeira adquirente do imóvel

15. Alega o Sr. Gilton Santos que o fato deu-se na administração de seu antecessor frente à condução da Procuradoria Distrital mas, pelo Convênio firmado com a Prefeitura Municipal de Cuiabá, esta desapropriava, pagava a indenização,

firmava a escritura correspondente e doava toda a área ao DNER. Alega, ainda, que face ao tempo decorrido não localizou a doação na Procuradoria (fl. 436).

15.1 Equivoca-se o Sr. Procurador do 11º DRF/DNER. Foi na qualidade de Chefe Substituto da Procuradoria do 11º DRF/DNER que o mesmo, em 04/12/81, emitiu seu parecer pela regularidade do processo de desapropriação do imóvel do Sr. Hilton Corrêa da Costa (exatamente o mesmo imóvel que o de Anamélia Adrien Corrêa da Costa) afirmando que o mesmo está “em condições de evoluir a superior apreciação do GPA/sede e à Procuradoria Geral, a fim de ser aprovado” (fls. 35, vol. II)

15.2 Posteriormente ao despacho do Sr. Gilton, conforme relata o Relatório de Auditoria:

“4.1.2.8 Em 28/12/81, o Sr. José de Andrade Filho, Procurador do DNER, se manifesta pela regularidade do processo, alertando “que a expropriação do domínio útil deverá ser procedida em nome do DNER, para que a titularidade do imóvel reste plena em favor da Autarquia, já que o Distrito vem aceitando expropriatórios, em outros casos semelhantes, em nome da Prefeitura, que é mera executora do processo expropriatório, por força do Convênio especial de Cooperação assinado com o DNER” (fls. 39/40, vol. II)

4.1.2.9 Em 12/01/82 foi efetuada a transferência de CR19.680.000,00 para o 11º Distrito Rodoviário para o pagamento de desapropriações (fls. 42, vol. II).

4.1.2.10 O imóvel foi desapropriado conforme escritura pública de 15/02/82, fls. 010, livro 83 do Cartório do 6º Ofício, pela Prefeitura Municipal de Cuiabá, pelo valor de “CR\$ 7.928.012,00 (sete milhões, novecentos e vinte e oito mil e doze cruzeiros), conforme cheque no 345.992, com verba fornecida pelo DNER”, tendo sido registrado o imóvel desapropriado sob matrícula 23.743, fls. 198, livro 2CI, em 04/03/82, em nome da Prefeitura Municipal de Cuiabá (fls. 44/45 e 270/271, vol. II).”

XVI

Das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER em razão da exclusão no trabalho pericial relativo ao processo judicial de Anamélia Adrien Corrêa da Costa, através de petição em 28/07/95, do quesito essencial de informar se as áreas objeto da ação realmente pertenciam aos seus autores, não obstante o conhecimento:

- por ter participado dos dois processos de desapropriação, que as áreas já haviam sido parcialmente desapropriadas, havendo intersecções entre a área desapropriada no processo de Hilton Corrêa da Costa (processos administrativos nºs 11.003.214-81 e 11.003.910/81) e a área desapropriada no processo de Anamélia Adrien Corrêa da Costa (processo administrativo nº 20111.000.183/92-4 e processo 94.000869 da Justiça Federal); e

- por dever de ofício, que não se encontra comprovado que a Sra. Anamélia Adrien Corrêa da Costa é a efetiva titular das áreas, já que 2/3 do imóvel desapropriado pertencem aos outros dois herdeiros de Maria Áurea Dorilêo Adrien e os desdobramentos e desmembramentos da área não comprovam que a Sra. Anamélia seja a titular de toda a área fronteira com a rodovia.

16. Em suas razões de justificativa o Sr. Gilton Andrade Santos alegou:

a) a exclusão do trabalho pericial deu-se em razão da existência de processo administrativo que já continha planta levantada por técnico do DNER, já sendo, portanto conhecida a área desapropriada, razão porque a perícia apenas levaria a um custo adicional;

b) a equipe de auditoria confunde-se em afirmar a existência de intersecção entre as duas áreas. Tratam-se de áreas distintas, em estradas distintas;

c) o topógrafo do DNER constatou que a área pertence apenas à Sra. Anamélia Adrien Corrêa da Costa. Tanto é assim que até o momento nenhum dos dois irmãos da Sra. Anamélia efetuou até hoje qualquer reclamação no DNER.

16.1 Não obstante o alegado, os imóveis objeto das duas desapropriações são o mesmo (Tijucal e São José), sendo que as áreas desapropriadas são parcialmente coincidentes, como demonstram os mapas às fls. 258/261, vol. II, elaborados a partir dos caminhamentos das áreas. Não há qualquer dúvida acerca da intersecção das duas áreas desapropriadas (de que a primeira área desapropriada possui intersecção com a segunda área desapropriada do mesmo imóvel). Falta apenas, em razão da não identificação dos pontos de amarração, levantar a área da intersecção

16.2 Carece de razoabilidade a alegação de que o topógrafo teria constatado que a área pertence a Sra. Anamélia. O topógrafo (alegado, mas não provado) não possui competência para informar a real titulação de uma área, mas apenas de levantar seu caminhamento a partir da delimitação física da área ou, ao no sentido inverso, dado o caminhamento, demarcar a área. A transmissão de bem imóvel só se dá pela transcrição do título e, no caso, o imóvel desapropriado (na realidade dois imóveis designados por **Tijucal e São José**) foi transmitido por legítima materna de Maria Áurea Dorileo Adrien, para seus herdeiros: Jesus Áureo Lange Adrien, Maurício Dumont Lange Adrien, e Anamélia Adrien Corrêa da Costa, cabendo a cada um 1/3 (um terço) do referido imóvel, e à herdeira Anamélia Adrien Corrêa da Costa a sede da sesmaria (fls. 03 a 08, vol. II). Não há qualquer delimitação da área, mas apenas um quinhão (uma fração ideal) correspondente a cada um dos herdeiros que são donos de toda à área (à exceção da sede que é de propriedade exclusiva da Sra. Anamélia).

16.3 Nos dois processos de desapropriação houve a participação do Sr. Gilton Andrade Santos (da primeira vez na qualidade de Chefe Substituto da Procuradoria do 11º DRF/DNER, fls. 35, vol. II, e na segunda como Procurador-chefe do 11º Distrito Rodoviário), que deveria ter, face seu dever funcional e por ter participado nos dois processos, pleno conhecimento das intersecções entre as áreas desapropriadas.

XVII- Conclusão

17. Os autos revelam a responsabilidade dos Srs. Maurício Hasenclever Borges, Rômulo Fontanelle Morbach e Gilton Andrade Santos nos danos causados aos cofres do públicos com os pagamentos indevidos relativos aos processos desapropriatórios a seguir:

<i>Processo</i>	<i>Parte interessada</i>
51210.000.756/77 (vol. III)	José da Conceição Coelho
94.869-4 da Justiça Federal/MT e 20111.000183/92-4 (vol. II)	Anamélia Adrien Corrêa da Costa

17.1 Relativamente aos processos abaixo, não obstante comprovado o dano, faltam nos autos os elementos probatórios necessários (cópia do processo de “desapropriação consensual”), razão porque, considerando a existência de diversos outros processos de desapropriação que necessitarão ser analisados e objetivando agilidade processual, propomos que seja determinada à Secretaria Federal de Controle a apuração das irregularidades.

<i>Processo</i>	<i>Parte interessada</i>
201.11.002.453/87	Khalil Mikahil Malouf
51210.000.692/93	João Arcanjo Ribeiro
51210.000.687/93	João Arcanjo Ribeiro e Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.690/93	Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.056/93	Indústria Gráfica São José

17.2 Constata-se a existência de procuração em que Anamélia Adrien Corrêa da Costa delega poderes diversos a seu Advogado, o Dr. **Francisco Rodrigues da Silva**, em “**caráter irrevogável, irretroatável e isenta de prestação de contas**” (fl. 135-verso, vol. II)

17.2.1 De forma análoga, constata-se na procuração do Sr. José da Conceição Coelho ao Dr. Francisco Rodrigues da Silva, que o último fica “**isento de prestações de contas**” (fl. 52, vol. III).

17.2.2 Ensina Sílvio Rodrigues²⁰ que:

“(…) no contrato de mandato, o interesse que habitualmente se procura proteger é o do mandante. Por isso é ele revogável **ad nutum**, ou seja, ao inteiro arbítrio do constituinte. Ora, se, ao contrário, se procura assegurar outro interesse que não o do mandante, desnaturando, dessa maneira, o contrato de mandato, é justo que se estipule a irrevogabilidade do mandato”.

17.2.3 No caso em questão (o da Sra. Anamélia), sutilmente diferente do exemplo do Prof. Sílvio Rodrigues, o caráter irrevogável do contrato, revela que o interesse protegido não é apenas o da senhora Anamélia, mas o do próprio mandatário, que passa “a agir em seu próprio nome, no seu próprio interesse e por sua própria conta”²¹. É que tal procuração, que se caracteriza com procuração em causa própria, “trata-se, a rigor, de negócio de alienação gratuita ou onerosa”²².

17.2.4 Ensina Humberto Theodoro Júnior²³ que:

²⁰ in Direito Civil, volume 3 - Dos contratos e das obrigações unilaterais de vontade. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 285.

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 356.

²² GOMES, Orlando. *Opus cit.*, p. 356.

²³ in Curso de Direito Processual Civil - vol. III - Procedimentos Especiais. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 97.

“Consiste a prestação de contas no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem, realizada por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato.

Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico de tal modo que, ao final, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora.”

17.2.5 Nos casos em questão, a isenção do dever de prestar contas possibilita ao administrador dos bens (o Dr. Francisco) de outrem (a Sra. Anamélia e o Sr. Coelho) tomar para si até mesmo o valor integral recebido a título de indenização, já que aos mandantes não resta o direito de exigir tal prestação. Caracteriza, portanto, que o interesse efetivamente defendido é o do Sr. Francisco

17.2.6 Tal caráter da procuração **caracteriza, ainda, o reconhecimento, pelos titulares do direito de propriedade dos imóveis desapropriados (a Sra. Anamélia e o Sr. Coelho), de que somente através do Dr. Francisco haveria a possibilidade de recebimento da indenização** pois, de outra forma, como justificar que abrissem mão do direito de exigir a prestação de contas ?

17.3 O Relatório de Auditoria registra, ainda, que “nem o projeto de engenharia nem as certidões citadas nem qualquer outro elemento que comprove a data da efetiva posse nas áreas em questão consta do processo judicial, mas apenas, e tão somente, a certidão às fls. 55/56, vol. II (parte integrante do processo 20111.000183/92-4 de Anamélia Adrien Corrêa da Costa), que possui o verso da folha 01 faltando, exatamente onde consta a descrição do imóvel (dizendo que o mesmo já era atravessado por asfalto por ocasião de sua aquisição pela Sra Anamélia)” (item 3.8.3.8, fl. 136). Ocorre que tal Certidão de Legítima Materna faltando a folha 02 (**que comprova que a rodovia já era asfaltada em 1972**) foi juntada ao processo 20111.000183/92-4, por ocasião do pedido de Anamélia Adrien Corrêa da Costa, ocasião em que foi juntado instrumento que constitui seu bastante procurador o Dr. Francisco Rodrigues da Silva, caracterizando (se desconsiderarmos a hipótese ingênua de falha) a má fé na ação do advogado.

17.3.1 Tal omissão, ao contrariar o disposto no art. 14, inciso III, do CPC (obrigação dos procuradores e das partes de não formularem pretensões cientes de que estão destituídos de fundamentos), impõe a responsabilidade solidária do Dr. Francisco Rodrigues da Silva.

17.4 Acrescente-se, ainda, outros fatos constantes no Relatório de Auditoria que apontam na mesma direção:

a) a participação do advogado e corretor de imóveis **Dr. Francisco Rodrigues da Silva** em grande parte dos processos envolvendo irregularidades (item 5.1, fl. 155);

b) que no processo nº 51210.000.445/92-7 de Lucinda Franco Renosto, o Juiz Pedro Pereira Campos Filho ao autorizar o levantamento integral da indenização pela Sra. Lucinda Resnoto, assim refere-se aos honorários advocatícios

cobrados pelo Dr. **Francisco Rodrigues da Silva**: “No tocante aos honorários advocatícios estabelecidos no estonteante percentual de 60% (sessenta por cento) da indenização, faculto a requerente, descontar do valor recebido, se for do seu interesse efetuar o pagamento, nos termos do contrato de fls. 07, apenas o equivalente a 60% (sessenta por cento) de sua meação, consoante manifestação do Ministério Público” (fl. 151).

17.5 Ante o exposto, incumbe analisar a possibilidade jurídica de o Dr. Francisco Rodrigues da Silva ficar sujeito à jurisdição do TCU. Para tanto, servimo-nos da lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes²⁴ que afirma (grifo nosso):

“Quando ocorrer um dano ao erário e, no curso da TCE, for constatado que o causador foi exclusivamente um terceiro, sem vínculo com a Administração Pública, impõe-se o encerramento do processo. (...)”

Há duas exceções a essa premissa em que o particular, sem vínculo com a Administração, fica sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas:

- a primeira, **quando em co-autoria com servidor causa lesão aos cofres públicos ficam sujeitos a julgamento pelo TC em virtude do princípio da universalidade do juízo; (...)**”

17.6 Propomos, ainda, o encaminhamento da Decisão que o Tribunal adotar, acompanhada do Relatório e Voto que a precederem, para:

a) a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, em razão dos indícios de cometimento de infrações disciplinares pelo Sr. Francisco Rodrigues da Silva;

b) o Ministério Público Federal no Estado de Mato Grosso, em razão do acompanhamento que o mesmo vem dando à questão;

c) a Advocacia Geral da União, por ser a Procuradoria do DNER órgão vinculado à mesma, competindo à sua Corregedoria-Geral supervisionar e promover correições nos órgãos vinculados (art. 6º, da Lei Complementar nº 73/93), em razão dos indícios de cometimento de falhas funcionais pelo Dr. Gilton Andrade Santos (como, por exemplo, dentre outros, não dar-se por impedido nos processos em que manifestou parecer favorável à pretensão deduzida em juízo pela parte adversa, contrariando o disposto no art. 30, inciso I, da LC nº 73/93); e

d) o Ministro de Estado dos Transportes.

XVIII . Proposta de Encaminhamento

18. Ante todo o exposto, propomos:

18.1 a **conversão dos autos em Tomada de Contas Especial e a citação solidária dos Srs. **Maurício Hasenclever Borges** - ex-Diretor-Geral do DNER-; **Rômulo Fontanelle Morbach** - Procurador-Geral do DNER - e **Gilton Andrade Santos** - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER - para, no prazo de quinze dias, apresentarem defesa ou recolherem as quantias discriminadas:**

²⁴ in Tomada de Contas Especial - Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 83.

18.1.1 solidariamente à Sra. **Anamélia Adrien Corrêa da Costa** e seu procurador; o Advogado **Francisco Rodrigues da Silva**, relativamente ao processo administrativo de “desapropriação consensual” nº 20111.000183/92-4, tendo como beneficiária a referida Sra. Anamélia Adrien Corrêa da Costa, em razão do pagamento indevido dos valores a seguir mencionados a título de indenização por desapropriação indireta, não obstante:

a) a ausência de embasamento legal para o pagamento administrativo fora do prazo prescrito no art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41 (título II);

b) encontrar-se prescrito o direito dos titulares do imóvel (título III);

c) existir processo judicial em curso para a solução do litígio (processo nº 94.000.869-4 da Justiça Federal/MT) (título III);

d) o acordo extrajudicial efetuado contrariar o disposto no art. 1º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.197, de 27/06/1991, tornando-o nulo de pleno direito (título III);

e) a área objeto de desapropriação já ter sido parcialmente desapropriada, conforme escritura e registro do imóvel desapropriado de Hilton Corrêa da Costa (fl. 010, livro 83, Cartório do 6º Ofício de Cuiabá; matrícula 23.743, fl. 198, livro 2Cl) em nome da Prefeitura Municipal de Cuiabá, executora do Convênio Especial de Cooperação entre a referida municipalidade e o DNER - PG 923/81, firmado em 02/09/1981 (títulos VIII, XV e XVI);

f) a avaliação do valor do imóvel pelos técnicos do DNER não observar os seguintes requisitos:

f.1) nível de rigor normal ou superior, conforme NBR 5676, baseado em dados objetivos, isto é operações efetivamente realizadas no mercado e não em opiniões subjetivas, pessoais de corretores de imóveis (títulos IX e X);

f.2) exclusão no valor da indenização do valor economicamente apreciável da frente da rodovia, pois o imóvel não possuía frente para a rodovia anteriormente à desapropriação (título XII);

<i>Data</i>	<i>Valor (R\$)</i>
26/12/96	3.000.000,00
08/07/97	1.000.000,00
14/08/97	1.000.000,00
23/09/97	804.823,06
TOTAL	5.804.823,06

18.1.2 solidariamente ao Sr. **José da Conceição Coelho**, e seu procurador; o Advogado **Francisco Rodrigues da Silva**, relativamente ao processo administrativo de “desapropriação consensual” nº 51210.000.756/77, tendo como beneficiário o mencionado Sr. José da Conceição Coelho, em razão do pagamento indevido **R\$ 2.597.391,63** em 07/09/96, a título de indenização por desapropriação indireta, não obstante:

a) a ausência de embasamento legal para o pagamento administrativo fora do prazo prescrito no art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41 (título II);

b) encontrar-se prescrito o direito do titular do imóvel (título III);

c) a avaliação do valor do imóvel pelos técnicos do DNER não observar os seguintes requisitos:

c.1) nível de rigor normal ou superior, conforme NBR 5676, baseado em dados objetivos, isto é operações efetivamente realizadas no mercado e não em opiniões subjetivas, pessoais de corretores de imóveis (títulos IX e X);

c.2) exclusão no valor da indenização do valor economicamente apreciável da frente da rodovia, pois o imóvel não possuía frente para a rodovia anteriormente à desapropriação (título XII);

18.2 seja **determinado** ao DNER:

18.2.1 que se abstenha de fazer novos pagamentos extra-judiciais de indenizações por ato ilícito do DNER (esbulho de propriedade privada) ante a absoluta falta de amparo legal para tais pagamentos no vigente ordenamento jurídico (título II);

18.2.2 regularize a situação dos imóveis de Antônio Altobelli e Marco Antônio Altobelli, de processo administrativo nº 201.11.000.669/84-3, providenciando a escritura e registro da área de 104,00 ha já paga pelo DNER e ainda não recebida, providenciando a abertura de tomada de contas especial caso não seja possível fazê-lo (título VII);

18.2.3 observe no cálculo da indenização de avaliação de imóveis desapropriados os seguintes critérios:

a) observância do nível de rigor normal ou superior, conforme NBR 5676, baseado em dados objetivos, isto é operações efetivamente realizadas no mercado e não em opiniões subjetivas, pessoais de corretores (títulos IX e X);

b) exclusão do valor economicamente apreciável da frente para a rodovia ou, de outra forma, avaliação a partir de imóveis que não possuem frente para a rodovia (“de costas” para a rodovia) (título XII);

18.2.4 atente para a adequada defesa da autarquia em juízo, observando para isso, dentre outros:

a) para o caput do Decreto nº 20.190, de 6 de janeiro de 1932, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos para todo e qualquer direito de ação contra a Fazenda Federal, seja qual for sua natureza (item 2.11 e subitens);

b) a adequada quantificação do valor da indenização, utilizando-se dos critérios do item 18.2.3;

c) que o prazo prescricional começa a correr a partir da data do efetivo apossamento do imóvel, não sendo afetado por eventual ato posterior declarando de utilidade pública para fim de desapropriação, porque já consumida a desapropriação, embora indiretamente (item 3.3);

d) para o histórico da rodovia (item 3.5);

e) a efetiva titularidade do imóvel desapropriado (título XVI)

18.3 seja **determinado** à Secretaria Federal de Controle do Ministério da Fazenda:

18.3.1 a **abertura de Tomada de Contas Especial** para fins de identificação dos responsáveis e quantificação dos danos causado aos cofres públicos em razão do pagamento administrativo de indenização a título de “desapropriação

consensual” nos processos abaixo relacionados, em que o direito dos titulares dos imóveis já se encontrava prescrito:

Processo	Parte interessada
201.11.002.453/87	Khalil Mikahil Malouf
51210.000.692/93	João Arcanjo Ribeiro
51210.000.687/93	João Arcanjo Ribeiro e Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.690/93	Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.056/93	Indústria Gráfica São José

18.3.2 efetue a revisão de todos os pagamentos efetuados dentro do programa de “desapropriação consensual”, providenciando a abertura de tomadas de contas especiais em todos os casos em que foi efetuado o pagamento de indenização, não obstante encontrar-se caracterizada a prescrição do direito do titular do imóvel, quantificando o dano e identificando os responsáveis pelos pagamentos indevidos (título III e item 17.1)

18.4 seja encaminhada cópia da decisão, relatório e voto que a antecederam para a **Ordem dos Advogados do Brasil**, para o **Ministério Público Federal**, para a **Advocacia Geral da União** e para o **Ministro de Estado dos Transportes**

19. Propomos ainda, por ocasião do julgamento do mérito, caso não sejam julgados em débito os responsáveis, aplicando a multa do art. 57 da Lei nº 8.443/92, que:

19.1 sejam **condenados os Srs. Maurício Hasenclever Borges** - ex-Diretor-Geral do DNER - e **Rômulo Fontanelle Morbach** - Procurador-Geral do DNER à multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92, em razão dos seguintes fatos:

19.1.1 pagamentos administrativos de indenizações a título de desapropriação indireta, fora do prazo prescrito no art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41 e, portanto, sem embasamento legal (título II);

19.1.2 pagamento de indenização administrativa relativamente à desapropriação de áreas já atingidas pela prescrição (título III):

Processo	Parte interessada
51210.000.756/77	José da Conceição Coelho
94.869-4 da JF/MT e 20111.000183/92-4	Anamélia Adrien Corrêa da Costa
201.11.002.453/87	Khalil Mikahil Malouf
51210.000.692/93	João Arcanjo Ribeiro
51210.000.687/93	João Arcanjo Ribeiro e Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.690/93	Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.056/93	Indústria Gráfica São José

19.2 seja **condenado o Sr. Gilton Andrade Santos** - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER - à multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92, em razão dos seguintes fatos:

19.2.1 pagamentos administrativos de indenizações a título de desapropriação indireta fora do prazo prescrito no art. 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41 e, portanto, sem embasamento legal (título II);

19.2.2 pagamento de indenização administrativa relativamente à desapropriação de áreas já atingidas pela prescrição (título III):

Processo	Parte interessada
51210.000.756/77	José da Conceição Coelho
94.869-4 da JF/MT e 20111.000183/92-4	Anamélia Adrien Corrêa da Costa
201.11.002.453/87	Khalil Mikahil Malouf
51210.000.692/93	João Arcanjo Ribeiro
51210.000.687/93	João Arcanjo Ribeiro e Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.690/93	Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.056/93	Indústria Gráfica São José

19.2.3 iniciativa pelo pagamento de indenizações nos seguintes processos de “desapropriação consensual” (título V):

Processo	Parte interessada
201.11.000.672/84-4	Zenor Zamban / Mazan Madeireira Zamban Ltda.
201.11.000.669/84-3	Antônio Altobelli e Marco Antônio Altobelli
201.11.000.638/84-8	Alberto Samaja e outro
201.11.000.664/84-1	Birajá Soares Vasconcellos (herdeiros)
201.11.000.671/84-8	Birajá S. Vasconcellos e Venone Lemos de Melo
20111.003.250/82-7	Hélio Pereira de Moraes Agropastoril Ltda.

19.2.4 inexistência de critérios para a definição dos beneficiados com os recursos destinados às desapropriações consensuais;

19.2.5 irregularidades no cálculo da avaliação de imóveis desapropriados:

a) avaliações por critérios subjetivos, a partir da opinião pessoal de corretores de imóveis e não através da utilização de dados de vendas efetuadas, em inobservância à exigência de idoneidade das fontes de informação nas avaliações ao nível de rigor normal, conforme prescreve a NBR 5676 (títulos IX e X);

b) presença do advogado e corretor de imóveis Dr. Francisco Rodrigues da Silva como advogado da parte beneficiada com a indenização e como corretor de imóveis responsável pela avaliação do valor do imóvel nos processos de “desapropriação consensual” nos 51.210.000.340/93-9, de Tetsuo Otsuka, e 51.210.000.056/93-9, da Indústria Gráfica São José (título XI);

c) cômputo no valor da indenização do valor economicamente apreciável da frente da rodovia, não obstante o imóvel não possuir frente para a rodovia anteriormente à desapropriação (título XII);

19.2.6 não apresentação dos elementos de defesa comprovando a prescrição nos processos de desapropriação indireta movidos contra o DNER por Espólio de Salim Felício; Luiz João e outro; Marguerite Dorine Hermann e outras (título XIV);

19.2.7 escritura e registro do imóvel desapropriado de Hilton Corrêa da Costa (fl. 010, livro 83, Cartório do 6º Ofício de Cuiabá; matrícula 23.743, fl. 198, livro 2CI) em nome da Prefeitura Municipal de Cuiabá, executora do convênio especial de Cooperação entre a referida municipalidade e o DNER - PG 923/81, firmado em 02/09/1981-, e não em nome do DNER, conforme estabelecido na cláusula III do referido convênio (título XV);

É o relatório.

VOTO

Consoante ficou assente no relatório precedente, o DNER, por meio de seu dirigente e de seus Procuradores, promoveu diversas desapropriações no Estado de Mato Grosso, pagando, segundo apurado pela equipe de auditoria, valores de indenização acima do efetivamente devido, com o agravante de que os atos se deram sem a necessária observância das regras do processo expropriatório, estabelecidas, respectivamente, no Decreto-Lei nº 3.365/41 e Lei nº 4.132/62.

Verifica-se, ainda, das informações prestadas pelos responsáveis, em cumprimento à audiência determinada por este relator, que os atos de desapropriação conduzido pela autarquia além de não obedecer a forma prescrita em lei foram feitos após o esbulho possessório, significa dizer que a entidade, antes mesmo de baixar ato declarando a utilidade pública dos bens a serem expropriados, imitiu-se na posse desses imóveis.

Com efeito, o processo de desapropriação direta prevê um prazo de 5 anos, após o ato declaratório de utilidade pública do imóvel (Decreto-Lei nº 3.365/41) e de dois anos para os casos de interesse social (Lei nº 4.132/62), podendo, referidos prazos serem prorrogados a critério da administração. Registre-se, a propósito, que o ato de desapropriação, dentro desse prazo, pode se dar mediante acordo ou judicialmente, sendo verdade que em ambos os casos o procedimento está perfeitamente respaldado pela Lei, sendo legal, portanto, a indenização do bem. Fora desse prazo, consoante assinalou a instrução, não há falar em desapropriação consensual mas sim ato ilícito, visto configurar-se, conforme dito acima esbulho, cabendo ao Estado a responsabilização pelos danos causados pelos seus agentes, podendo, em caso comprovado de culpa e dolo resguardar-se nos termos do preceituado no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

O que causa estranheza nos fatos, ora sob exame, é saber que as próprias regras internas do DNER foram elaboradas em conformidade com o Decreto-Lei nº 3.365/41, cujos textos, consoante informado pela instrução, não autorizavam a desapropriação indireta (esbulho) e nem a consensual, pagamento administrativo de indenização por perdas e danos, sem que a autarquia fosse provocada.

No caso presente, o DNER, a despeito de existir um processo em curso na Justiça Federal de Mato Grosso, transigiu sem atentar para o resguardo do interesse público, preferindo não aguardar a decisão final do Juízo que, segundo apurado pela auditoria, importava em torno de R\$530.000,00.

Sobre o assunto, mais uma vez se faz oportuno trazer à colação o problema da competência do DNER, tão em volga nos últimos tempos, principalmente naquilo que se refere à sua faculdade unilateral de transigir fora do juízo, diante do manifesto interesse público.

Nesse particular força é convir a oportuna colocação feita pela instrução quando se refere à competência da entidade para transigir, senão vejamos:

“Ainda sobre a questão de competências, a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, estabelecia, condicionada a homologação à manifestação do Ministério Público, que:

“Art. 1º Os representantes judiciais da União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais poderão transigir para terminar litígio nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo”.

Transigir, ensina Acquaviva, é o “ato jurídico pelo qual as partes (transigentes) extinguem obrigações litigiosas mediante concessões mútuas” (grifo nosso)

A lei somente autorizou a transação em causas (a “lide ou questão agitada entre os litigantes em juízo”), isto é, para solução de conflitos judiciais. Inexistindo causa, não há o que transacionar

E, mesmo que se entenda que a Lei houvesse autorizado transações sem causa, tal possibilidade estaria limitada às causas de valor inferior a Cr\$ 300.000,00, sem qualquer previsão de correção monetária.

E, finalmente, mesmo que se entenda que foi autorizada a transação (concessões recíprocas para por fim a lide, assim entendida como evento anterior à causa), não foram autorizadas as outras formas de autocomposição de conflito (quanto mais a arbitragem e a autotutela), quais sejam, a desistência (renúncia à pretensão) ou a submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão). Constatase nos processos conduzidos pelo DNER que **não houve qualquer resistência de sua parte**, ao contrário, há processos em que sequer há que se falar em pretensão (“a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio”) quando **não houve qualquer manifestação da parte prejudicada no processo de desapropriação consensual, tendo o próprio DNER dado início ao processo**

Com o advento da Medida Provisória nº 1.561, de 20 de dezembro de 1996, de suas reedições, convertida na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passou-se à seguinte condição (grifo nosso):

“Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, **em juízo**, para terminar litígio, nas causas de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.”

Reafirmando a legislação anterior, a Lei nº 9.469/97 outorga competência para o dirigente máximo das autarquias federais efetivar acordos ou transações **em juízo**, apenas. Não há qualquer autorização para a celebração das “desapropriações consensuais” efetivadas pelo DNER

*Não se encontravam aptos, portanto, o órgão jurídico e o dirigente máximo do DNER, a efetuarem acordos extra-judiciais para por fim a lides inexistentes (ou, de acordo com a segunda interpretação exposta, não estavam autorizados o órgão jurídico e o dirigente máximo do DNER a renunciar à resistência à pretensão, quanto mais a advogarem à favor dos proprietários dos imóveis esbulhados). Assim, o que DNER vem chamando de “desapropriação consensual” não é autorizado pelo art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal; não é o procedimento de desapropriação consensual autorizado pelo Decreto-lei nº 3.365/41; não é autorizado pelo Decreto-lei nº 512/69; não é autorizado pelos normativos internos do DNER e **nem sequer é um processo de desapropriação**, mas o pagamento administrativo de indenização por perdas e danos (art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41).*

Não é possível avaliar-se neste processo a justificativa de que a “desapropriação consensual” minimiza fases de tramitação burocratizadas, tendo a autarquia obtido resultados plenamente satisfatórios, face a complexidade da matéria, que comportaria uma auditoria operacional. Entretanto, é sugestivo o despacho em 03 de novembro de 1999 do Ministro dos Transportes Eliseu Padilha (publicado no D.O.U. de 08/11/99, seção 01, pág. 04), que determinou, dentre outros, a abertura de processo administrativo disciplinar e a abertura de sete tomadas de contas especiais relativas a processos de “desapropriação consensual”.

Observa-se dos autos que vários processos de desapropriação foram pagos administrativamente pelos responsáveis, a despeito de os respectivos atos declaratórios de utilidade pública haverem caducados, não fazendo jus os proprietários, a princípio, ao pagamento das respectivas indenizações.

Registre-se, por oportuno, que, em todo processo expropriatório, há que estar presente a finalidade pública da medida ou o relevante interesse social, não se convalidando o ato administrativo na falta destes, sendo, portanto, nulo de pleno direito o ato praticado.

Verifica-se, pois, das respostas apresentadas pelo ex-dirigente do DNER e do Procurador do Distrito Rodoviário da autarquia no Estado de Mato Grosso, bem assim do seu Procurador-Geral, que os pagamentos por eles autorizados, em decorrência da desapropriação de imóveis sem a necessária observância das leis disciplinadoras sobre o assunto constitui, até prova em contrário, ato irregular de gestão, uma vez feito ao arrepio da Lei, com fortes indícios de grave prejuízo aos cofres da autarquia

Observo, ainda, que as responsabilidades pelos atos praticados não são isoladas, visto que o provável dano só pôde ocorrer graças ao concurso de terceiros, no caso em tela com a participação dos próprios donos dos imóveis desapropriados.

Sobre o discorrido no parágrafo anterior, registre-se que o Tribunal, no exercício de sua missão de fiscalização, estabelece no art. 47, caput, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU) o seguinte:

“Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei”.

Em perfeita harmonia com o dispositivo legal *suso* referido, dispõe o artigo 12, incisos I e II da Lei nº 8.443/92, verbis:

“Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:

I- definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado;

II- se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida”.

Assim, entendo que o então Diretor-Geral da autarquia Maurício Hasenclever Borges, Rômulo Fontanelle Morbach -Procurador-Geral do DNER e Gilton Andrade Santos, Procurador-Chefe do 11º Distrito Rodoviário Federal da entidade e os beneficiários pelas elevadas somas de indenização à título de desapropriação, Sra. Anamélia Adrien Corrêa da Costa, Sr. José da Conceição Coelho e o Advogado Francisco Rodrigues da Silva, devem ser citados solidariamente, consoante sugerido pela Unidade Técnica, para que lhes sejam aberta a oportunidade de apresentarem defesa, na forma do preceito legal acima e, caso rejeitadas as defesas apresentadas, condenados ao ressarcimento, por ocasião do julgamento das contas

Com relação à multa proposta pela Unidade Técnica, entendo que a aplicação desta pode aguardar até o pronunciamento de mérito destes autos, até por uma questão de graduação da pena, porquanto o dispositivo legal prevê que a mesma poderá ser de até 100% do valor do débito apurado (art.57, da Lei nº 8.443/92).

Outra medida que reputo conveniente é a sugestão feita pela Secex/MT no sentido de se encaminhar à Advocacia-Geral da União cópia da Decisão a ser proferida, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentarem, para os fins previsto no art. 6º, da Lei Complementar nº 73/93 (Lei Orgânica Nacional da Advocacia-Geral da União), tendo em vista que cabe ao órgão, entre outras atribuições, promover correições em seus órgãos jurisdicionados, nos quais está contemplada a Procuradoria Jurídica do DNER (art.2º, § 3º da LC nº 73/93), à vista da atuação duvidosa desta em diversos processos envolvendo a autarquia, culminando com a aceitação pacífica dos pedidos de indenização dos autores nos processos de desapropriação, além de “completo desconhecimento” do instituto da prescrição.

De igual modo, que se encaminhe à Ordem dos Advogados, Seção de Mato Grosso, cópia do Relatório, Voto e Decisão aqui proferidos, em razão dos indícios de cometimento de infrações disciplinares, configurada na advocacia concomitante tanto do autor como do réu, pelo Sr. Francisco Rodrigues da Silva, ora funcionando como procurador da parte beneficiada, ora como corretor na avaliação do bem objeto da desapropriação pelo DNER. Igualmente oportuno seria o envio de cópia das referidas peças ao Ministro de Estado dos Transportes, para fins da supervisão Ministerial prevista no artigo 20, do Decreto -Lei 200/67.

Entendo também pertinente e oportuno, considerando que a Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso apura irregularidades envolvendo os processos de desapropriação em que é parte o DNER, que o Tribunal deva encaminhar ao representante do **Parquet** Federal cópia da Decisão, Relatório e Voto para subsidiar procedimento no âmbito daquele órgão do Ministério Público Federal.

Por fim, à vista do preceituado no artigo 74, inciso IV e parágrafo 1º, da nossa Lei maior, penso que, para se apurar as supostas irregularidades envolvendo pagamentos de desapropriação realizado pelo DNER nos últimos 5 (cinco) anos, necessário se faz que a Secretaria Federal de Controle Interno exerça sua missão constitucional, auxiliando o Tribunal na apuração dos fatos inquinados, devendo, nesse sentido, ser-lhe endereçada determinação.

Com essas considerações, acolho o parecer da Unidade Técnica com os ajustes julgados necessários e Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à elevada apreciação deste Plenário.

DECISÃO Nº 850/2000 - TCU - PLENÁRIO²⁵

1. Processo nº TC- 425.021/1998-0 c/06 volumes, Apensos: TC- 425.052/1998-2 e TC- 010.044/1999-9

2. Classe de Assunto: V- Relatório de Auditoria

3. Responsáveis: Maurício Hasenclever Borges, ex-Diretor-Geral do DNER; Rômulo Fontanelle Morbach - Procurador-Geral do DNER; Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER

4. Entidade: 11º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

5. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto

6. Representante do Ministério Público: Não atuou

7. Unidade Técnica: Secex/MT

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e à vista do preceituado no artigo 47, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1 converter os presentes autos em Tomada de Contas Especial para, preliminarmente promover a citação dos Srs. Maurício Hasenclever Borges - ex-Diretor-Geral do DNER; Rômulo Fontanelle Morbach - Procurador-Geral do DNER - e Gilton Andrade Santos - Procurador Chefe do 11º DRF/DNER:

8.1.1 solidariamente com os herdeiros e sucessores da Sra. **Anamélia Adrien Corrêa da Costa** e seu então procurador, o Advogado **Francisco Rodrigues da Silva**, para, no prazo de quinze dias, apresentarem defesa ou recolherem as quantias abaixo discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos, calculados a partir das datas, a seguir especificadas, concernentes ao processo administrativo de “desapropriação consensual” nº 20111.000183/92-4, tendo como beneficiária a própria Sra. Anamélia Adrien Corrêa da Costa, decorrentes das seguintes irregularidades: falta de embasamento legal para o pagamento administrativo, uma vez não mais configurada a situação prevista no art. 10, do Decreto-Lei nº 3.365/41 (decorridos mais de 5 anos do ato Declaratório de utilidade pública); existir processo judicial em curso para a solução da lide, no qual o valor concedido pelo Juiz era de pouco mais de 10% do valor pleiteado pela autora

²⁵ Publicada no DOU de 20/10/2000.

(Processo nº 94.000.869-4, da Justiça Federal de Mato Grosso); a área do imóvel ter sido parcialmente desapropriada quando era dono o Sr. Hilton Corrêa da Costa, além de não ter sido observado determinados critérios de avaliação do imóvel, constantes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em especial da NBR5676, que disciplina de forma objetiva, baseada em opiniões técnicas e judiciais, inclusive, a avaliação de imóveis urbano e rural, o que elevou, em princípio, o montante pago:

Data	Valor (R\$)
26/12/96	3.000.000,00
08/07/97	1.000.000,00
14/08/97	1.000.000,00
23/09/97	804.823,06
TOTAL	5.804.823,06

8.1.2 solidariamente com o Sr. **José da Conceição Coelho**, e seu procurador, o Advogado **Francisco Rodrigues da Silva**, para, no prazo de quinze dias, apresentarem defesa ou recolherem a quantia de R\$ 2.597.391,63, (dois milhões, quinhentos e noventa e sete mil, trezentos e noventa e um reais e sessenta e três centavos), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos, calculados a partir de 07/09/96, relativamente ao processo administrativo de “desapropriação consensual” nº 51210.000.756/77, tendo como beneficiário o mencionado Sr. José da Conceição Coelho, em razão das seguintes irregularidades observadas no processo de pagamento de indenização, a título de desapropriação indireta: falta de embasamento legal para o pagamento administrativo, uma vez não mais configurada a situação prevista no art. 10, do Decreto-Lei nº 3.365/41 (decorridos mais de 5 anos do ato Declaratório de utilidade pública), além de não ter sido observado determinados critérios de avaliação do imóvel, constantes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em especial da NBR nº 5676 (Norma Brasileira Registrada), que disciplina de forma objetiva, baseada em opiniões técnicas e judiciais, inclusive, a avaliação de imóveis urbano e rural, o que elevou, em princípio, o montante pago;

8.2 determinar ao DNER:

8.2.1 que se abstenha de fazer novos pagamentos extra-judiciais de indenizações por ato ilícito do DNER (esbulho de propriedade privada) ante a absoluta falta de amparo legal para tais pagamentos, no vigente ordenamento jurídico;

8.2.2 fixar o prazo de 45 dias para que informe ao Tribunal a regularização da situação dos imóveis de Antônio Altobelli e Marco Antônio Altobelli, de processo administrativo nº 201.11.000.669/84-3, providenciando a escritura e registro da área de 104,00 ha já paga pelo DNER e ainda não recebida, providenciando, a abertura de tomada de contas especial caso não seja possível fazê-lo;

8.2.3 proceda a abertura de Tomada de Contas Especial para fins de identificação dos responsáveis e quantificação dos danos causados aos cofres públicos, em razão do pagamento administrativo de indenização a título de “desapropriação consensual” nos processos abaixo relacionados, em que o direito dos titulares dos imóveis já se encontrava prescrito, devendo, referidos processos, serem submetidos à Secretaria Federal de Controle Interno, antes de sua remessa a este Tribunal, que deverá se dar no prazo máximo de 45 dias;

Processo	Parte interessada
201.11.002.453/87	Khalil Mikahil Malouf
51210.000.692/93	João Arcanjo Ribeiro
51210.000.687/93	João Arcanjo Ribeiro e Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.690/93	Joseph Jaoudath Haraoui
51210.000.056/93	Indústria Gráfica São José

8.2.4 observe no cálculo da indenização de avaliação de imóveis desapropriados a estrita observância do nível de rigor normal ou superior, conforme NBR 5676, baseado em dados objetivos, isto é operações efetivamente realizadas no mercado e não em opiniões subjetivas, pessoais de corretores;

8.2.5 atente para a adequada defesa da autarquia em juízo, observando para tanto, o seguinte:

8.2.5.1 o artigo 1º, do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos para todo e qualquer direito de ação contra a Fazenda Federal, seja qual for sua natureza ;

8.2.5.2 a adequada quantificação do valor da indenização, utilizando-se dos critérios do item 8.2.3 supra;

8.2.5.3 a fruição do prazo prescricional para fins de apossamento do imóvel, prazo este que não deve ser afetado por eventual ato posterior de declaração de utilidade pública para fim de desapropriação, porque já consolidada a desapropriação, embora indiretamente;

8.2.5.4 o histórico da rodovia e a efetiva titularidade do imóvel desapropriado;

8.3 nos termos do art. 74, inciso IV e § 1º da Constituição Federal determinar à Secretaria Federal de Controle Interno:

8.3.1 que efetue a revisão de todos os pagamentos efetuados dentro do programa de “desapropriação consensual”, pelo 11º Distrito Rodoviário Federal de Mato Grosso, no período de 1995 até o corrente ano, solicitando ao DNER , nos casos em que for constatada a prescrição do direito do titular do imóvel, a abertura dos respectivos processos de tomadas de contas especiais pelos pagamentos indevidos, objetivando a quantificação dos valores pagos e identificação dos responsáveis e dos beneficiários desses pagamentos, após o que deverão ser-lhes submetidos para a emissão e certificados de auditoria a seu encargo, antes de sua remessa a este Tribunal, no prazo máximo de 60 dias;

8.3.2 para os fins previstos no subitem anterior, encaminhar ao referido órgão de controle interno, cópia de inteiro teor do Relatório de Auditoria produzido pela Unidade Técnica do Tribunal em Mato Grosso, bem assim do Relatório, Voto e Decisão aqui proferidos;

8.4 encaminhar cópia da presente Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que fundamentam à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Ministério Público Federal, à Advocacia Geral da União e, por fim, ao Ministro de Estado dos Transportes, para fins da supervisão ministerial.

9. Ata nº 40/2000 - Plenário

10. Data da Sessão: 11/10/2000 - Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

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

IRAM SARAIVA
Presidente

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Ministro-Relator

**INFRAERO - SUBSÍDIO À COMISSÃO MISTA DE PLANOS,
ORÇAMENTOS PÚBLICOS E FISCALIZAÇÃO DO CONGRESSO
NACIONAL**
Relatório de Auditoria

Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi

Grupo II - Classe V - Plenário

TC-007.582/2000-5

Natureza: Relatório de Auditoria

Entidade: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO

Responsável: Eduardo Bogalho Pettengill (ex-Presidente)

Ementa: Auditoria realizada com o intuito de subsidiar a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional. Obras no Aeroporto Internacional Guararapes, em Recife - PE. Inexistência de irregularidades. Determinações. Oportuna juntada às contas.

RELATÓRIO

Cuida-se de auditoria realizada nas obras de modernização do Aeroporto Internacional Guararapes, em Recife - PE, em cumprimento ao Plano Especial para Levantamentos de Auditoria em Obras Públicas, elaborado com o objetivo de subsidiar a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional no exame das peças orçamentárias da União para o próximo exercício.

2. As referidas obras originaram-se de Termo de Convênio celebrado em 17/03/2000, entre o Estado de Pernambuco e a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, que definiu como prioridades as seguintes:

- a) construção do novo Terminal de Passageiros e obras complementares;
- b) construção do Estacionamento de Veículos
- c) infra-estrutura básica da área do novo Terminal de Passageiros; e
- d) adequação do sistema de acesso ao Aeroporto.

3. O valor das obras e serviços do Convênio foi estimado em US\$ 71.838,334.00 (setenta e um milhões, oitocentos e trinta e oito mil, trezentos e trinta e quatro dólares americanos), sendo desses US\$ 62,000,000.00 (sessenta e dois milhões de dólares americanos) provenientes do Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste do Brasil (PRODETUR/NE), US\$ 2,238,334.00 (dois milhões, duzentos e trinta e oito mil, trezentos e trinta e quatro dólares americanos) oriundos da Infraero e US\$ 7,600,000.00 (sete milhões e seiscentos mil dólares americanos) aportados pelo Estado de Pernambuco. O Instrumento estabeleceu, ainda, que os

recursos provenientes do PRODETUR correriam por conta do Estado, da Embratur e da Infraero, na proporção de 50%, 30% e 20%, respectivamente.

4. Especificamente quanto aos recursos do Prodetur, seriam alocados da seguinte forma:

a) aqueles a cargo da Embratur (US\$ 18,600,000.00), os já disponibilizados no Orçamento Geral da União do ano de 2.000 e seriam repassados ao Estado, conforme convênio a ser firmado entre aquele e a Embratur (item 2.2.2.1 do Termo de Convênio);

b) a parcela a cargo da Infraero (US\$ 12,400,000.00) correria por conta dos Recursos ATAERO. Seriam disponibilizados no exercício de 2.000 aqueles recursos destinados ao pagamento de serviços de fiscalização das obras, sendo o restante liberado apenas a partir do ano 2.001 (item 2.2.3 do Termo de Convênio);

c) a cota do Estado seria originária de Contrato de Empréstimo, “celebrado e a ser celebrado”, entre o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco do Nordeste S/A, comprometendo-se o Estado a “alocar recursos próprios ou de outras fontes caso não se concretize o financiamento do BID” (itens 2.2 e 2.2.1 do Termo de Convênio).

5. Os demais recursos a cargo da Infraero (US\$ 2,238.334.00) correriam, igualmente, à conta de verbas provenientes da ATAERO (item 2.2.3.2 do Termo de Convênio).

6. Os desembolsos à cargo da Infraero ocorreriam em conformidade com o cronograma indicado no Anexo III daquele Instrumento, sendo US\$ 2,638,334.00 neste ano de 2.000, US\$ 5,800,000.00 no ano de 2.001 e US\$ 6,200,000.00 no ano de 2.002 (item 2.2.4 do Termo de Convênio).

7. Competiria ao Estado licitar, contratar e pagar as obras e serviços de engenharia (itens 3.1.5 e 3.1.6 do Termo de Convênio), competindo-lhe, ainda, conjuntamente com a Infraero, elaborar os editais de licitação (item 3.1.3). Da mesma forma, seria o Estado o responsável pelos pagamentos dos serviços (item 2.2.5).

8. Competiria à Infraero, dentre outras providências, “apresentar o projeto básico, a especificação técnica, a planilha quantitativa e o orçamento básico das obras e serviços constantes dos subitens 1.1.1, 1.1.2 e 1.1.3 da Cláusula Primeira deste Termo de Convênio [serviços discriminados nas alíneas “a”, “b” e “c” do item 2 retro], elementos necessários para a elaboração dos Editais de Licitações” (item 4.1.2 do Termo de Convênio).

9. Em 16/05/2000 foi publicado, no Diário Oficial da União, o Edital de Pré-Qualificação, tendo por objeto:

“(...) a contratação das obras e serviços de engenharia do novo Terminal de Passageiros, de suas obras complementares, da construção do Estacionamento de Veículos e da reforma do atual Terminal de Passageiros do Aeroporto Internacional Guararapes, no Recife - PE”, com as seguintes características:

1.1.1 Construção do novo Terminal de Passageiros (TPS) com:

- 47.444m² de área construída;

- 11 passarelas de embarque de passageiros em aeronave;

- 10 elevadores;
- 9 escadas rolantes;
- sistema automatizado de transporte e manuseio de bagagens (300 metros lineares de esteiras transportadoras; 64 unidades de esteiras injetoras com balanças; 4 esteiras tipo carrossel para bagagem embarcada e 6 esteiras tipo carrossel para bagagem desembarcada);
- sistema informatizado de automação predial e de informações de operação e segurança aeroportuária;
- sistema de ar condicionado com central de água gelada, com capacidade de 2.250 TR;
- fundações profundas;
- 13.000 metros cúbicos de concreto;
- estrutura metálica em 500.000 Kg;
- instalações elétricas com potência total instalada de 8 Mva;

1.1.2 Construção da infra estrutura básica da área do novo Terminal de Passageiros (TPS);

1.1.3 Construção de edifício garagem para estacionamento de 2.080 veículos;

1.1.4 Reforma da atual estação de passageiros.”

10. A auditoria, a cargo da SECEX-PE, foi realizada no período de 26/06/2000 a 21/07/2000 e assinalou que as obras ainda não haviam sido iniciadas. A Unidade Técnica destacou que “há indícios de irregularidades graves”, sendo elas:

“I- Irregularidades no PT do Embratur:

a) imprecisão da finalidade do crédito ‘Modernização da Infra-Estrutura Aeroportuária’ (LC nº 101/2000 art. 5º, § 4º);

b) inadequação da modalidade 90 (aplicação direta) constante do detalhamento do Programa de Trabalho-0631, Lei nº 9.969/00, (Lei nº 9.811/99, art. 13);

c) inexistência de projeto básico (Lei nº 4.320/64 arts. 20,25 e 28, II e Res/Confea nº 361/91 arts. 1º a 3º, 6º e 7º).

II- Irregularidades no procedimento licitatório da Concorrência Pública Internacional nº 001/2000: solicitação e autorização indevidas para sua abertura (Ofício GS nº 0385/00 e Ato Governamental nº 1.800 (in DOU 05/05/00) por inexistir projeto básico (Lei nº 8.666/93 art. 6º, IX 7º, I, 2º, I e § 6º) e com créditos orçamentários insuficientes para assegurarem o pagamento das obrigações decorrentes durante o exercício em curso (Lei nº 8.666 art. 7º, § 2º, III e art. 38, caput).

III- Irregularidades no Edital de Pré-Qualificação, dentre outras:

a) realização da Concorrência sem projeto básico (Lei nº 8.666/93 arts. 6º, IX; 7º, I, § 2º, I, § 6º); e com insuficiência de créditos orçamentários e recursos (v. obs. abaixo c/c item 2.2.5 às fls. 12) que assegurassem o pagamento das obrigações decorrentes durante o exercício em curso (Lei nº 8.666 arts. 7º, § 2º, III, e 38 caput);

b) vinculação insubsistente das obras e serviços (constante no item 14 do Edital) ao Contrato de Empréstimo Externo nº 841/OC-BR, BNB/BID, única fonte de financiamento especificada, ante o cadastro Siafi nº 501629 a informar que: o contrato, avalizado pelo Tesouro Nacional, foi assinado em 12/12/1994 para

financiar obras em outros aeroportos no nordeste; que não houve aditamento contratual; que a data limite de seu cronograma de desembolso venceu em 12/12/99 (tranche não-cadastrada), fls. 34/35;

c) inserção da Reforma do Atual Terminal de Passageiros não abrangida pelo 'Termo de Convênio'.

d) omissão na indicação da Central de Utilidades de Trabalho-CUT declarada no Aviso do Edital;

e) submissão (item 15.2 do Edital) das licitantes, tão-somente pelo ato de apresentação da documentação de pré-qualificação, à aceitação incondicional de seus termos, determinando que esse ato representa o conhecimento do objeto em licitação com a agravante da inexistência do projeto básico, a ser disponibilizado somente quando da posterior publicação do 'Edital de Oferta de Preço' (Lei nº 8.666/93 arts. 21, § 3º, 40, § 2º, I, 41, § 1º e 2º c/c a Decisão TCU-Plenário-455/98), fls. 111.

IV-Irregularidades no compromisso celebrado, dentre outras (CC arts. 116, 130, 145, V):

a) indevida fundamentação do 'Termo de Convênio nº 001/2000' na IN/STN nº 1/97 por inexistência de requisitos para celebração de convênio exigidos pelo seu art. 2º, dentre os quais:

a.1) projeto básico;

a.2) indicação dos créditos que suportariam as despesas (Dec. nº 93.872/86 art. 33, § 2º, alínea 'd'; Dec nº 20/91 art. 6º IV; Norma Licitação da Infraero-N16.01/A item 17.1.2);

a.3) indicação do projeto existente no orçamento do Estado a cuja dotação deveriam ser consignadas as transferências da União (Dec. nº 20/91 arts 5º, 6º, VII);

a.4) cronograma de desembolso;

a.5) exigência de contrapartida;

a.6) prévia contratação de operação de crédito externo (Dec. nº 93.872/86 art. 32) etc.

b) publicação irregular do extrato do 'Termo de Convênio' (in DOU 22/03/00) por omitir elementos necessários a sua pretendida eficácia: d.1) resumo do objeto; d.2) crédito orçamentário; d.3) número, data e valor da nota de empenho; d.4) prazo de vigência (Dec. nº 20/91 art. 6º, III, IV, V, IX e Dec nº 93.872/86 art. 33, § 2º).

V-Irregularidades imputadas à Empresa projetista contratada para elaborar o projeto básico e o orçamento que estão sendo objeto de Representação, Processo nº TC-011.094/2000-5."

11. Em conclusão, a SECEX-PE propôs a realização das seguintes audiências:

a) dos Srs. Caio Luiz Cibella de Carvalho, Presidente da Embratur, Roston Luiz Nascimento, Diretor de Marketing da Embratur, Bismark Costa Lima Pinheiro Maia, Diretor de Economia e Fomento da Embratur, Edson José Fernandes Ferreira, Diretor de Administração e Finanças da Embratur e Tupy Barreto Junior, Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração, "pela irregularidade no PT [Programa de Trabalho] 23.695.5399.0001";

b) dos Srs. Jarbas de Andrade Vasconcelos, Governador do Estado de Pernambuco, Fernando Antonio Caminha Dueire, Secretário de Infra-Estrutura do Estado de Pernambuco, Carlos Eduardo Cintra da Costa Pereira, Secretário de Desenvolvimento Econômico, Turismo e Esportes do Estado de Pernambuco, Eduardo Bogalho Pettengill, ex-Presidente da Infraero e Nelson Vitali Pazzini, Diretor de Engenharia e Manutenção, Diretor de Engenharia e Manutenção da Infraero, “pela irregular celebração do compromisso instrumentalizado pelo ‘Termo de Convênio nº 001/2000’ ”;

c) do Sr. Jarbas de Andrade Vasconcelos, Governador do Estado de Pernambuco, “em face da solicitação, autorização indevida para abertura do procedimento licitatório relativo à Concorrência Pública Internacional nº 001/2000 bem como pelas irregularidades no seu Edital, com vistas a sua anulação (...)”;

12. Adicionalmente, sugeriu a conversão destes autos em “processo de acompanhamento para oportuna adoção de providências demandadas pela espécie”.
É o Relatório.

VOTO

A SECEX-PE reuniu os achados de auditoria em 04 grupos, que denominou: “Irregularidades no PT Embratur”, “Irregularidades no procedimento licitatório da Concorrência Pública Internacional nº 001/2000”, “Irregularidades no Edital de Pré-Qualificação” e “Irregularidades no compromisso celebrado”. Além desses grupos, mencionou, ainda, a existência de “Irregularidades imputadas à Empresa projetista contratada para elaborar o projeto básico e o orçamento que estão sendo objeto de Representação, Processo nº TC-011.094/2000-5”.

2. Embora reconheça a existência de impropriedades, discordo da Unidade Técnica quanto à afirmação da existência de indícios de irregularidades graves que, diga-se, estariam a obstar a destinação de novos recursos orçamentários à concretização das obras. De igual forma, entendo inadequada a audiência alvitrada, na forma proposta pela SECEX-PE. Passemos à análise individualizada de cada um dos pontos destacados pela auditoria.

3. As falhas reunidas no grupo I se referem à impropriedades de natureza orçamentária, no que concerne aos recursos que seriam de responsabilidade da Embratur. Preliminarmente, registre-se que o Termo de Convênio celebrado entre a Infraero e o Governo do Estado de Pernambuco previa, em seu item 2.2.2.1, que os recursos da Embratur seriam repassados ao Governo por meio de convênio a ser firmado entre ambos (Governo e Embratur). O Relatório da SECEX-PE não dá notícias acerca da existência desse convênio, o que, desde logo, prejudica a maior compreensão do assunto

4. Passando-se ao exame de cada uma das ocorrências, enquadradas nesse grupo I, vê-se, de plano, que a “imprecisão da finalidade do crédito ‘Modernização da Infra-Estrutura Aeroportuária’ estaria, segundo a SECEX-PE, a infringir o § 4º do art. 5º da Lei Complementar nº 101/2000, que dispôs, *in verbis*: “É vedado consignar na lei orçamentária crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada.” Ocorre que a Lei Complementar nº 101 é de 04 de maio de 2.000, sendo,

portanto, posterior à elaboração do orçamento anual vigente para este ano. Não se pode alegar que uma proposta orçamentária elaborada em 1999 tenha descumprido uma lei que passou a vigor no ano de 2.000.

5. Mais que isso, ainda, o crédito não menciona simplesmente a “Modernização da Infra-Estrutura Aeroportuária”, como assinalou a Unidade Técnica, mas a “Modernização da Infra-Estrutura Aeroportuária *em Recife*” (grifo nosso), o que lhe tira a subjetividade que entendeu existir a SECEX-PE.

6. Quanto à “inadequação da modalidade 90 (aplicação direta) constante do detalhamento do Programa de Trabalho-0631, Lei nº 9.969/00”, apontada pela Unidade Técnica como infringência ao art. 13 da Lei nº 9.811/99, assinalo, de início, que a falha não seria da Embratur, uma vez que a Lei nº 9.969/00 é a própria Lei do Orçamento vigente para o exercício de 2.000, aprovada pelo Congresso Nacional. O mencionado art. 13, supostamente infringido, reza:

“Art 13. A modalidade de aplicação, referida no artigo anterior, destina-se a indicar se os recursos serão aplicados diretamente pela unidade detentora do crédito orçamentário, ou transferidos, ainda que na forma de descentralização, a outras esferas de governo, órgãos ou entidades, de acordo com a especificação estabelecida pela Secretaria de Orçamento Federal, do Ministério do Orçamento e Gestão, observando-se, no mínimo, o seguinte detalhamento:

- I - 30 - governo estadual;*
- II - 40 - administração municipal;*
- III - 50 - entidade privada sem fins lucrativos;*
- IV - 90 - aplicação direta; ou*
- V - 99 - a ser definida.”*

7.A impropriedade seria, portanto, considerar-se como “aplicação direta” recursos que seriam repassados ao “Governo Estadual”. Não obstante, o art. 12 da mesma Lei, dispôs:

“Art 12. As fontes de recursos e as modalidades de aplicação aprovadas na lei orçamentária e em seus créditos adicionais poderão ser modificadas, justificadamente, para atender às necessidades de execução se publicadas por meio de:

- I - portaria do Ministro de Orçamento e Gestão, para as fontes, exceto as de que trata o § 2º do art. 69 desta Lei;*
- II - portaria do dirigente máximo de cada órgão a que estiver subordinada a unidade orçamentária, para as modalidades de aplicação, desde que verificada a inviabilidade técnica, operacional ou econômica da execução do crédito na modalidade prevista na lei orçamentária..”* (grifo nosso)

8. A modalidade “aplicação direta” poderia, portanto, ser modificada. A Unidade Técnica não efetuou, contudo, as diligências que seriam necessárias para esclarecer se houve a publicação da Portaria referida no inciso II do art. 12, ou não. De qualquer forma, vê-se que ainda que não tenha sido publicada tal Portaria, o fato está a caracterizar mera falha, facilmente corrigível, e não irregularidade grave. Mormente porque não pode, como já mencionei, ser imputada exclusivamente à Embratur.

9. Quanto à última das falhas reunidas no grupo I, contrariamente ao que afirma a Unidade Técnica, o projeto básico não é exigido para a inclusão do recurso no orçamento. Os artigos 20, 25 e 28, II, da Lei nº 4.320/64, mencionados pela SECEX-PE, em nenhum lugar o afirmam.

10. A falha tratada no grupo II diz respeito ao “procedimento licitatório da Concorrência Pública Internacional nº 001/2000” e se resume à “solicitação e autorização indevidas para sua abertura (...) por inexistir projeto básico (...) e com créditos orçamentários insuficientes para assegurarem o pagamento das obrigações decorrentes durante o exercício em curso”.

11. Na realidade, creio que a Unidade Técnica equivocou-se, senão vejamos: o Ato do Governador do Estado autorizou a realização da Concorrência Pública Internacional, *especificamente no que concerne aos procedimentos de pré-qualificação*, conforme expressamente constou de sua publicação. A pré-qualificação, nas palavras de Marçal Justen Filho, “consiste em dissociar a fase de habilitação do restante do procedimento da concorrência” (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., 1998, p. 625).

12. A pré-qualificação é prevista no art. 114 do Estatuto das Licitações, que em seu § 2º prevê que ela deverá observar as exigências da Lei relativas “à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação”. Esse dispositivo e as exigências nele contidas devem ser analisados no conjunto do que vem a significar a própria pré-qualificação. Nesse aspecto, frise-se que tal procedimento é adotado quando a Administração, pela complexidade do objeto a ser licitado, entende ser necessário que os concorrentes apresentem qualificações especiais, superiores às exigidas em atividades normais. Ora, à Administração interessa, portanto, certificar-se de que as empresas que venham oportunamente a concorrer estejam aptas ao desempenho das tarefas que lhe serão cometidas. Para tanto, não precisa a Administração, nesse momento, demonstrar quais serão os recursos financeiros que serão utilizados ou especificar os detalhes dos projetos

13. Novamente, nossa percepção é corroborada pelo ensinamento de Marçal Justen Filho, que menciona:

“A pré-qualificação deverá respeitar os princípios gerais da Lei, especialmente os atinentes aos prazos e publicidade. No entanto, a pré-qualificação não pode ser limitada estritamente às regras constantes nos arts. 27 a 31. Os requisitos de qualificação técnica e econômica-financeira poderão ser adequados ao caso concreto. Será cabível exigir outros requisitos, além daqueles enumerados nos arts. 30 e 31. O controle sobre tais requisitos seguirá o princípio geral da pertinência e da necessidade. Mas a própria razão de ser da adoção da pré-qualificação conduz à admissibilidade de uma investigação aprofundada acerca da capacitação operacional real dos licitantes para executar o objeto da licitação.” (op. cit., p. 626)

14. Vê-se, portanto, que todo o foco da pré-qualificação centra-se na capacidade econômica e operacional dos candidatos, não se fazendo necessário, para tanto, desde logo, a explicitação dos detalhes do projeto a ser executado ou dos créditos a serem utilizados. Logicamente que mesmo sem a existência do projeto

detalhado, devem existir noções razoáveis do que se venha a contemplar nos projetos, como forma de compatibilizar as exigências para a habilitação, requeridas na pré-qualificação, com a realidade que se pretende executar. Nesse sentido, noto que o edital de pré-qualificação, embora não tenha sido acompanhado de um projeto básico, caracterizou com bastante propriedade o objeto, como se demonstra:

“(...) a contratação das obras e serviços de engenharia do novo Terminal de Passageiros, de suas obras complementares, da construção do Estacionamento de Veículos e da reforma do atual Terminal de Passageiros do Aeroporto Internacional Guararapes, no Recife - PE”, com as seguintes características:

1.1.1 Construção do novo Terminal de Passageiros (TPS) com:

- 47.444m² de área construída;*
- 11 passarelas de embarque de passageiros em aeronave;*
- 10 elevadores;*
- 9 escadas rolantes;*

- sistema automatizado de transporte e manuseio de bagagens (300 metros lineares de esteiras transportadoras; 64 unidades de esteiras injetoras com balanças; 4 esteiras tipo carrossel para bagagem embarcada e 6 esteiras tipo carrossel para bagagem desembarcada);

- sistema informatizado de automação predial e de informações de operação e segurança aeroportuária;

- sistema de ar condicionado com central de água gelada, com capacidade de 2.250 TR;

- fundações profundas;

- 13.000 metros cúbicos de concreto;

- estrutura metálica em 500.000 Kg;

- instalações elétricas com potência total instalada de 8 Mva;

1.1.2 Construção da infra estrutura básica da área do novo Terminal de Passageiros (TPS);

1.1.3 Construção de edifício garagem para estacionamento de 2.080 veículos;

1.1.4 Reforma da atual estação de passageiros.”

15. Ainda a respeito, registre-se que a existência de projeto básico constitui requisito essencial para que as diversas empresas possam estimar os custos e prazos de execução das obras. No entanto, na etapa de pré-qualificação não existe, ainda, essa necessidade. Os custos e prazos de execução serão parametrizados quando da análise das ofertas de preços, por ocasião da divulgação do Edital de Licitação, propriamente dito.

16. Por fim, gostaria de frisar que a pré-qualificação é um procedimento apartado, que não se confunde com a própria concorrência. Como mencionou Toshio Mukai:

“A pré-qualificação, como a sua própria denominação indica, não faz parte da concorrência. É procedimento preliminar da licitação, que seleciona um número determinado de empresas, após ampla divulgação, para participarem (e somente elas) de uma certa concorrência, onde haverá a fase de habilitação e de julgamento das propostas”. (in Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos, 2^a ed., 1990, p. 146).

17. As falhas tratadas nas alíneas “a” e “b” do grupo III (item 10 do Relatório que antecede este Voto) referem-se, igualmente, de forma indevida, à exigência de projeto básico e da perfeita discriminação dos créditos orçamentários já na pré-qualificação, que já se demonstrou decorrer de inadequada interpretação da lei.

18. Já a ocorrência apontada na alínea “c” considera como indevida a “inserção [no Edital de Pré-Qualificação] da Reforma do Atual Terminal de Passageiros, não abrangida pelo Termo de Convênio”.

19. Novamente, há que se analisar a ocorrência apontada no contexto que levou a decidir-se por realizar as obras no Aeroporto Guararapes. Nesse sentido, é oportuno que se transcreva alguns dos “considerandos” lançados no início do Termo do Convênio:

“Considerando a importância social, econômica e estratégica do Aeroporto Internacional Guararapes, devido a sua posição geográfica, como portão de entrada da América do Sul para vôos procedentes da Europa e África, e, de assegurar condições para atendimento às demandas emergentes e futuras por transporte aéreo do Estado”;

...

“Considerando que na ótica de modernização dos principais terminais aeroportuários do Brasil, a implementação destes investimentos no Aeroporto Internacional Guararapes não somente dinamizará o movimento de passageiros e cargas da região, mas, principalmente, oferecerá ótimas condições de atendimento ao fluxo turístico nacional e internacional, atraídos pelo clima ameno e pelas belezas naturais abundantes na Região Nordeste, atualmente em notória ascensão:

...

“e, finalmente, considerando a necessidade e as vantagens de se unirem esforços para a consecução desses objetivos”.

20. Resta patente, portanto, que o convênio foi firmado, sobretudo, visando ao maior aproveitamento do fluxo turístico da região. Não há como se imaginar, nesse sentido, que se amplie o Aeroporto com modernas instalações, relegando-se, simultaneamente, as instalações já existentes, permitindo a coexistência de dois aeroportos em um único: o primeiro, com terminais de passageiros modernos e bem adaptados às exigências do fluxo turístico; e o segundo, com terminais obsoletos, sujeitando os passageiros que neles transitam à utilização de instalações obsoletas e inadequadas. Parece-me claro que o objeto atende aos interesses do Governo Federal, representado pela Infraero e Embratur.

21. Mais ainda, vejo que o item 1.1.1 da Cláusula Primeira do Convênio menciona como objeto a “Construção do novo Terminal de Passageiros (TPS) e obras complementares”. Pode-se admitir como razoável a interpretação de que as obras complementares estariam a incluir a adaptação do Terminal atualmente existente.

22. A alínea “d” desse denominado grupo III (item 10 do Relatório que antecede este Voto) menciona como sendo irregular a “omissão na indicação da Central de Utilidades de Trabalho-CUT declarada no Aviso do Edital”. Embora haja nítida imprecisão na descrição da irregularidade, que aparece mencionada pela Unidade

Técnica sem nenhuma complementação que, entendo, se faria necessária para melhor elucidá-la, creio que a equipe esteja a referir-se ao fato de não haver constado do Edital de Pré-Qualificação referência à Central de Utilidades de Trabalho do Aeroporto, mencionada como parte do objeto no Aviso de Licitação de Pré-Qualificação publicado no Diário Oficial da União em 16/05/2000.

23. Analisando os autos, verifico constar do Relatório Preliminar relativo à análise do Edital de Pré-Qualificação, elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, inserido pela equipe de auditoria no Vol. I, fls. 217/235, a menção de que o Edital contém 12 Anexos, sendo que a Central de Utilidades de Trabalho estaria referenciada no Anexo XII, Vol. 1, Memorial Descritivo / Plantas Gerais de Arquitetura. Vê-se, portanto, que a falha apontada pela SECEX-PE, na realidade, não existe, posto que os Volumes Anexos fazem parte integrante do Edital e foram fornecidas a todos os concorrentes. Mais ainda, aquele Tribunal de Contas Estadual destaca que “o Anteprojeto Arquitetônico é suficiente para a análise requerida neste estágio do Processo Licitatório” (fl. 233, Volume Anexo I).

24. A ocorrência registrada pela equipe de auditoria na alínea “e” do grupo III (item 10 do Relatório que antecede este Voto) menciona que seria irregular o item 15.2 do Edital de Pré-Qualificação, que dispõe:

“A licitante deverá examinar detidamente as disposições contidas neste Edital e seus anexos, pois a simples apresentação da documentação de pré-qualificação submete a licitante à aceitação incondicional de seus termos, independente de transcrição, bem como representa o conhecimento do objeto em licitação, não sendo aceita alegação de desconhecimento de qualquer pormenor.”

25. A SECEX-PE alega que foram infringidos os arts. 21, § 3º, 40, § 2º, I, 41, §§ 1º e 2º e ainda a Decisão nº 455/98 - Plenário. Ocorre que nenhum dos dispositivos mencionados trata da questão suscitada pela SECEX-PE. Tal questão também não é discutida na Decisão Plenária nº 455/98, suscitada pela Unidade Técnica

26. Quanto ao assunto, novamente não vislumbro irregularidade. Mencione-se que o item 15.2 do Edital de Pré-Qualificação não foi objeto de impugnação de nenhuma das setenta empresas que adquiriram o edital, o que demonstra, por si só, que não existe qualquer absurdo em ser exigida, desde logo, a submissão das empresas a seu conteúdo, ainda que não seja de conhecimento público o projeto básico.

27. Relembre-se, novamente, que a ausência do projeto básico não significa a falta de detalhamento do objeto, como faz crer a Unidade Técnica. Ao contrário, como já demonstramos, o objeto se encontra bastante bem definido

28. Finalmente, a equipe apontou “irregularidades no compromisso celebrado”, que compõem o grupo IV das “irregularidades”. De início, é apontada a inexistência dos seguintes requisitos, exigidos pela IN STN nº 01/97: a) projeto básico; b) indicação dos créditos que suportariam as despesas; c) indicação do projeto existente no orçamento do Estado a cuja dotação deveriam ser consignadas as transferências da União; d) cronograma de desembolso; e) exigência de contrapartida; e f) prévia contratação de operação de crédito externo.

29. Dessas ocorrências, descartam-se, de plano, por inadequadas, aquelas registradas nas alíneas “d” e “e”, por se encontrarem claramente atendidas. O cronograma de desembolso se encontra inserido no Anexo III ao Termo de Convênio

e se encontra explicitamente referenciado no item 2.2.4 do Termo de Convênio. Da mesma forma, a contrapartida está convenientemente definida, ainda que não sob esse nome (“contrapartida”), na Cláusula Segunda - Valor e Participação Financeira das Partes, em que são especificadas as despesas que correrão às expensas do Estado, que discriminei nos itens 3 e 4 do Relatório que antecede este Voto.

30. Quanto à ausência da indicação dos créditos que suportariam as despesas, embora o Termo de Convênio mencione genericamente que os recursos adviriam do PRODETUR/NE e do Ataero, assiste razão à Unidade Técnica, estando o fato a exigir as providências necessárias ao seu maior detalhamento, fazendo-se necessário, a meu ver, determinar-se à Infraero sua correção, que poderá ocorrer mediante a assinatura de Termo Aditivo. Ainda com relação ao assunto, veja-se existir a necessidade de especificação, também, da origem do crédito dos recursos estaduais, uma vez que o item 2.2.1.1. apenas atribuiu ao Estado a responsabilidade pela integralização de sua contrapartida, sem especificar a fonte (essa falha deve ser corrigida conjuntamente com a necessidade de ser observada, em relação ao Estado, a necessidade da prévia contratação de operação de crédito externo, caso venha o Estado a confirmar a utilização dessa fonte dos recursos).

31. Relativamente à necessidade de existência do projeto básico, previamente à assinatura do convênio, de fato assim o exige a IN STN nº 01/97, como mencionou a Unidade Técnica. Nesse caso específico, contudo, entendo existir particularidade na execução do objeto, que estaria a justificar seu descumprimento. Observe-se que o convênio celebrado entre a Infraero e o Governo do Estado de Pernambuco é atípico, por tratar de assunto de interesse do Estado e envolver bem de propriedade do Governo Federal (Infraero). Estamos, assim, a cogitar da execução de obras em bem federal, ao contrário do que ocorre diuturnamente, quando esta Corte analisa convênios em que a União (ou seus entes) transfere recursos federais para a execução de obras que virão a incrementar o patrimônio de terceiros (Estados ou Municípios). Naqueles convênios típicos, justifica-se a exigência de projeto básico antecipado, como uma espécie de salvaguarda de que os recursos federais serão aplicados em objeto certo e definido. No caso agora examinado, entretanto, tal salvaguarda é desnecessária, uma vez que a própria Cláusula Quarta - Obrigações e Prerrogativas da Infraero prevê, em seu item 4.1.2, que é de obrigação da Infraero a apresentação do projeto básico, bem assim das planilhas quantitativas e dos orçamentos básicos das obras, e ainda sua fiscalização

32. Rememore-se que o convênio ainda se encontra em suas etapas preliminares, não tendo ocorrido a liberação de recursos. Assim, não foi efetuada, como se poderia eventualmente imaginar, a liberação de recursos para a aplicação em obras que não teriam projeto básico.

33. Creio que assiste razão à SECEX-PE, também, quanto à ausência de indicação do projeto existente no orçamento do Estado a cuja dotação deveriam ser consignadas as transferências da União, uma vez que essa não restou demonstrada. Tal falha pode, igualmente, ser corrigida mediante determinação.

34. Finalmente, ao tempo em que reitero meu entendimento de que não constam, destes autos, irregularidades, esclareço que não tenho como me manifestar

acerca do registro constante do “grupo V”, “Irregularidades imputadas à Empresa projetista contratada para elaborar o projeto básico e o orçamento que estão sendo objeto de Representação, Processo nº TC-011.094/2000-5”, uma vez que aquele processo ainda se encontra sob análise da Unidade Técnica

35. Em tempo, esclareço que trouxe este processo à apreciação do Colegiado na Sessão de 27.09.2000, oportunidade em que o Ministério Público junto a este Tribunal, representado por seu Procurador-Geral, Dr. Lucas Rocha Furtado, solicitou vistas dos autos, nos termos do art. 50 do Regimento Interno desta Casa. Em decorrência, elaborou extenso parecer, manifestando-se, ao final, de acordo com as conclusões que havíamos apresentado, acrescentando, apenas, duas determinações: à Infraero, para que faça incluir no subitem 1.1 do Termo de Convênio nº 001/200, celebrado com o Estado de Pernambuco, a reforma do atual terminal de passageiros do Aeroporto Internacional Guararapes, para maior clareza; e à SECEX-PE, “*para que acompanhe a publicação do edital pertinente à Concorrência Pública Internacional nº 001/2000, verificando a sua fiel observância aos ditames da lei nº 8.666/93, mormente quanto ao indispensável projeto básico*”.

36. Por considerar pertinentes tais sugestões, decidi por incluí-las na proposta que hoje trago à consideração dos nobres Pares

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

DECISÃO Nº 876/2000 -TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC nº 007.582/2000-5
2. Classe de Assunto: V - Relatório de Auditoria
3. Responsável: Eduardo Bogalho Pettengill (ex-Presidente)
4. Entidade: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO
5. Relator: MINISTRO ADHEMAR PALADINI GHISI.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado
7. Unidade Técnica: SECEX-PE
8. Decisão: Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 43, I, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1 determinar à Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, relativamente ao Termo de Convênio celebrado com o Estado de Pernambuco, tendo por objeto a realização de obras e serviços relacionados com o Aeroporto Internacional Guararapes, na cidade de Recife - PE, que faça incluir naquele instrumento, se necessário mediante a assinatura de Termo Aditivo, dos seguintes elementos:

a) precisa indicação dos créditos que suportarão as despesas, em cumprimento às disposições contidas na alínea “d” do § 2º do art. 33 do Decreto nº 93.872/86, no inciso IV do art. 6º do Decreto nº 20/91 e no inciso IV do art. 6º da IN STN nº 01/97,

¹ Publicada no DOU de 27/10/2000.

inclusive quanto à origem dos recursos estaduais, genericamente especificados no item 2.2.1.1 do Termo de Convênio, atentando para a necessidade de que eventuais créditos externos que venham a ser indicados pelo Estado como fonte dos recursos por ele aportados, estejam prévia e comprovadamente contratados, como determina o art. 32 do Decreto nº 93.872/86, bem assim o § 3º do art. 2º da IN SFN nº 01/97;

b) indicação do projeto ou atividade, no orçamento do Estado de Pernambuco, a cuja dotação serão consignadas as transferências efetuadas pelo Governo Federal, em cumprimento às disposições contidas nos arts. 5º e 6º, inciso VII, do Decreto nº 20/91 e no § 4º do art. 2º da IN STN nº 01/97;

c) reforma do atual terminal de passageiros do Aeroporto Internacional Guararapes, para maior clareza de seu objeto;

8.2 determinar à SECEX-PE que acompanhe a publicação do edital pertinente à Concorrência Pública Internacional nº 001/2000, verificando a sua fiel observância aos ditames da Lei nº 8.666/93, mormente quanto à apresentação do indispensável projeto básico;

8.3 remeter cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, destacando a inexistência de irregularidades graves quanto aos procedimentos até aqui analisados por este Tribunal, relacionados às obras de modernização do Aeroporto Internacional Guararapes, em Recife-PE;

8.4 promover a oportuna juntada destes autos às contas da Infraero relativas ao exercício de 2.000, para exame em conjunto e confronto.

9. Ata nº 41/2000 – Plenário

10. Data da Sessão: 18/10/2000 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (na Presidência), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Guilherme Palmeira e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

11.2 Ministro que alegou suspeição: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
na Presidência

ADHEMAR PALADINI GHISI
Ministro-Relator

**FUNDAÇÃO CENTRO BRASILEIRO PARA A INFÂNCIA E
ADOLESCÊNCIA - APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COM
PROVENTOS INTEGRAIS
Aposentadoria**

Ministro-Relator Valmir Campelo

Grupo II – Classe V – 2ª Câmara

TC – 023.984/1992-9

Natureza: Aposentadoria

Órgão: Fundação Centro Brasileiro Para a Infância e Adolescência

Interessado: Nilton Oliveira Richter

*Ementa: Concessão de aposentadoria voluntária com proventos integrais. Alegação pelo Ministério Público da impossibilidade jurídica do arredondamento previsto no art. 101 da Lei nº 8.112/90, ante a decisão de mérito proferida na ADIn nº 609-6, cuja eficácia seria **erga omnes** e os efeitos **ex tunc**. Reiterado entendimento do Tribunal no sentido da legalidade dos arredondamentos anteriores a 08/04/92. Legalidade da concessão mantendo o arredondamento.*

RELATÓRIO

Os presentes autos tratam de concessão de aposentadoria voluntária, com vigência a partir de 09/07/91, com proventos integrais, contando com o arredondamento previsto no parágrafo único do art. 101 da Lei nº 8.112/90, vez que o servidor contou com 34 anos, 6 meses e 9 dias de tempo de serviço para efeito de aposentadoria.

2. Em sua instrução de fls. 36/37 a 2ª Secretaria de Controle Externo manifestou-se favoravelmente à manutenção do arredondamento, com base na Decisão Administrativa nº 560/97, por meio da qual o Plenário desta Corte entendeu ser lícita a aplicação do arredondamento previsto no parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, nas concessões com data de vigência anterior a 08/04/92, data da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na medida cautelar que suspendeu a eficácia do referido parágrafo (ADIn nº 609-6), eis que tais concessões, efetuadas nos estritos termos da legislação vigente até a referida data, constituem atos válidos e por isso considerados legais para efeito de registro.

3. O nobre Representante do Ministério Público, em seu parecer de fl. 38, considerando a decisão de mérito sobre a mencionada ADIn, publicada em 16/02/96, opina nos termos a seguir:

“Questionada a constitucionalidade desse dispositivo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 609.6, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar - publicada em 08/04/92 - suspendendo a sua vigência.

Posteriormente, foi publicada, em 16/02/96, a decisão de mérito proferida na mencionada ADIn nº 609.6, confirmando a inconstitucionalidade do aludido preceito, tornando definitiva a vedação de se utilizar o arredondamento previsto do parágrafo único do artigo 101 da Lei nº 8.112/90 na contagem de tempo de serviço, para fins de aposentadoria.

*Anuindo ao entendimento de que a decisão definitiva da Suprema Corte, em sede de controle concentrado, tem eficácia **erga omnes** e produz efeitos **ex tunc**, conclui-se que deixou de ser juridicamente possível o arredondamento de que cuidava o citado normativo.*

Assim, forçoso é reconhecer que o interessado não preenchia, em 09/07/91, o requisito temporal exigido para aposentadoria voluntária com proventos integrais, com fundamento no artigo 186, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 8.112/90.

*Ante o exposto, manifestamo-nos, **data maxima venia** das posições contrárias, no sentido de que seja a concessão considerada ilegal, negando-se, em consequência, o registro do ato.”*

É o Relatório.

VOTO

4. Em que pese as manifestações do douto Ministério Público, a posição deste E. Tribunal sobre a matéria, a exemplo da Decisão Administrativa nº 560/97, é clara e conclusiva no sentido de que as aposentadorias anteriores a 08/04/92, data da publicação da citada medida cautelar, continuam amparadas pelo dispositivo pertinente ao arredondamento do tempo de serviço. Entendo não haver razões para mudança desse entendimento.

Ante todo o exposto, com as devidas **venias** do nobre representante do Ministério Público e acolhendo os demais excertos dos pareceres, VOTO por que se adote a decisão que ora submeto a esta E. 2ª Câmara.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha

Examina-se, para fins de registro, a aposentadoria do servidor Nilton Oliveira Richter (fls. 17), no cargo de Auxiliar de Apoio Operacional Especializado, do quadro permanente da Fundação Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência, com vigência a partir de 09/07/1991, tendo por fundamento o artigo 186, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 8.112/90.

Observa-se que foi utilizado o critério de arredondamento previsto no artigo 101, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, uma vez que, conforme demonstrativo de fls. 05, o servidor contava, na data da aposentadoria, com 34 anos, 6 meses e 9 dias de serviço (descontado o período de 24 dias, compreendido entre 07 e 30/11/1966, em que teria havido dupla contagem do tempo de serviço, consoante documentos de fls. 23 e 26).

Questionada a constitucionalidade desse dispositivo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 609.6, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar – publicada em 08/04/1992 – suspendendo a sua vigência.

Posteriormente, foi publicada, em 16/02/1996, a decisão de mérito proferida na mencionada ADIn nº 609.6, confirmando a inconstitucionalidade do aludido preceito, tornando definitiva a vedação de se utilizar o arredondamento previsto do parágrafo único do artigo 101 da Lei nº 8.112/90 na contagem de tempo de serviço, para fins de aposentadoria.

Anuindo ao entendimento de que a decisão definitiva de mérito da Suprema Corte, em sede de controle concentrado, tem eficácia **erga omnes** e produz efeitos **ex tunc**, conclui-se que deixou de ser juridicamente possível o arredondamento de que cuidava o citado normativo.

Assim, forçoso é reconhecer que o interessado não preenchia, em 09/07/1991, o requisito temporal exigido para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, com fundamento no artigo 186, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 8.112/90.

Ante o exposto, manifestamo-nos, **data maxima venia** das posições contrárias, no sentido de que seja a concessão julgada ilegal, negando-se, em consequência, o registro do ato.

DECISÃO Nº 430/2000 - TCU - 2ª CÂMARA¹

1. Processo nº TC - 023.984/1992-9
2. Classe de Assunto: (V) Aposentadoria
3. Interessado: Nilton Oliveira Richter
4. Entidade: Fundação Centro Brasileiro Para a Infância e Adolescência
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha
7. Unidade Técnica: 2º SECEX
8. Decisão: A Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE considerar legal a concessão da Aposentadoria ao Sr Nilton Oliveira Richter, ordenando o registro do ato de fl. 17.
9. Ata nº 42/2000 – 2ª Câmara
10. Data da Sessão: 16/11/2000 – Ordinária

¹ Publicada no DOU de 24/11/2000.

11. Especificação do *quorum*:
11.1 Ministros presentes: Adhemar Paladini Ghisi (Presidente), Bento José Bugarin, Valmir Campelo (Relator) e Adylson Motta.

ADHEMAR PALADINI GHISI
Presidente

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator

**MUNICÍPIO DE SANTOS DUMONT/MG - DOAÇÃO À
ENTIDADE PÚBLICA DE DIREITO PRIVADO DE PRÉDIO
CONSTRUÍDO COM RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS A
PREFEITURA MUNICIPAL MEDIANTE CONVÊNIOS
Tomada de Contas Especial**

Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo

Grupo II – Classe II – 1ª Câmara

TC-004.230/2000-9

TC-000.504/2000-7 (c/ 2 volumes)

TC-000.507/2000-9

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Entidade: Município de Santos Dumont/MG.

Responsável: José Antônio Pedro, ex-Prefeito (falecido).

Ementa: Tomadas de Contas Especiais instauradas pelo FNDE em decorrência da doação a entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados a prefeitura municipal mediante convênios. Ausência de débito a ser imputado ao responsável, uma vez comprovada nos autos a aplicação dos recursos, bem assim dos rendimentos financeiros auferidos, em proveito do Município. Contas julgadas regulares com ressalva e quitação ao responsável relativamente aos recursos federais aplicados anteriormente à doação do aludido prédio; e contas julgadas irregulares quanto aos recursos federais aplicados após a referida doação. Fixação de prazo para que o Município recolha ao FNDE o débito apurado. Encaminhamento de cópia das Decisões, bem assim do Relatório e da Proposta de Decisão que as fundamentam, à Prefeitura e à Câmara Municipal.

RELATÓRIO

Tratam os processos acima relacionados das Tomadas de Contas Especiais instauradas contra o Sr. José Antônio Pedro, ex-Prefeito do Município de Santos Dumont/MG (falecido), em decorrência da doação à Fundação Educacional São José, entidade pública de direito privado, de um prédio construído com recursos federais repassados ao referido Município por força dos Convênios ns. 3.186/93 (fls. 140/145 do TC-004.230/2000-9), 079/94 (fls. 58/59 do TC-000.504/2000-7), e 850/94 (fls. 32/33 do TC-000.507/2000-9).

2. A então Secretaria de Controle Interno no MEC, com o endosso da autoridade ministerial, certificou a irregularidade das referidas contas.

3. A Secex/MG, ao instruir esses autos, teceu, entre outras, as seguintes considerações:

3.1 “não há débito a ser imputado ao responsável, tendo em vista a comprovação das despesas e dos rendimentos financeiros no objeto do convênio” (fl. 513 – TC-000.507/2000-9);

3.2 “a doação do imóvel ‘Colégio Municipal São José a uma Entidade de Direito Privado e a emissão de Termo de Aceitação da Obra sem que a mesma tenha sido concluída ensejaria a realização de audiência para que o responsável apresentasse razões de justificativas quanto às referidas irregularidades. Por conseguinte, caso não fosse acolhida a audiência, poder-se-ia ocasionar apenas uma suposta aplicação de multa ao responsável. Contudo, há que se ponderar que a audiência prévia tem caráter pessoal, e a multa (...) contrariamente ao débito, não recairia sobre os herdeiros, extinguindo-se com o falecimento do responsável” (fls. 513/514 – TC-000.507/2000-9);

3.3 “não basta comprovar a boa e regular aplicação dos recursos no objeto do convênio, apresentando a prestação de contas. É fundamental que fique plenamente demonstrado que esses recursos tenham sido destinados às finalidades indicadas no convênio” (fl. 514 – TC-000.507/2000-9);

3.4 “ocorreu a doação dos bens móveis e imóveis, incorporados ao patrimônio do município, à Fundação Educacional São José, entidade instituída pela Lei Municipal nº 2.733, em 13/02/95. A mencionada doação, praticada pelo município, ocorreu em 30/06/95, antes do término da vigência do presente convênio [Convênio nº 850/94 – TC-000.507/2000-9], conforme certidão, anexada no processo denúncia [dirigida à DEMEC], constituído do Volume I do TC-000.504/2000-7 – fls. 123/125 e 135/138, respectivamente. Nota-se que, em um curto espaço de tempo, através de uma manobra legal, criou-se uma Lei Municipal nº 2.810, de 27/11/95, modificando a natureza jurídica da citada fundação, que saiu da esfera pública para pessoa jurídica de Direito Privado” (fl. 514 – TC-000.507/2000-9);

3.5 “inspeção **in loco** realizada pela DEMEC confirmou que o prédio do Colégio Municipal São José, recentemente construído com os recursos federais, foi inaugurado em 15/11/96 e está ocupado pela Fundação – a Faculdade de Turismo (3º Grau), caracterizando, deste modo, o prejuízo ao ensino fundamental, pois houve redução de vagas para tal finalidade” (fl. 514 – TC-000.507/2000-9);

3.6 “os administradores não podem balizar seus atos apenas no aspecto da legalidade, mas também devem observar outros princípios que regem a Administração Pública, em face do disposto no art. 37, **caput**, da CF/88” (fl. 516 – TC-000.507/2000-9);

3.7 “ficou visível o prejuízo à comunidade local, sobretudo, aos munícipes mais carentes, posto que o colégio, a princípio, deveria atender ao Ensino Fundamental, gratuitamente. Aliás, foi nesse propósito que o então Prefeito José Antônio Pedro, por intermédio do Of. nº 442/93, de 10/05/93, se dirigiu ao Ministério da Educação e do Desporto, solicitando verbas para a edificação de uma escola de

ensino básico, alegando a necessidade de se atacar os problemas do ensino fundamental” (fl. 516 – TC-000.507/2000-9);

3.8 “o ato (doação do colégio – transformação de uma entidade pública de direito privado para pessoa de direito privado) não foi praticado pela pessoa física do Prefeito, mas sim pelo Município, tendo em vista a edição de leis municipais para esse fim, envolvendo, conseqüentemente o executivo e o legislativo municipal. Portanto, o Município deve responder por essa atitude” (fl. 516 – TC-000.507/2000-9).

4. Conclusivamente, propõe a unidade técnica a citação da Prefeitura Municipal de Santos Dumont/MG para que apresente alegações de defesa ou recolha ao FNDE as quantias abaixo indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, nos termos da legislação vigente:

Processo nº	Convênio nº	Valor	Data
TC-004.230/2000-9	3.186/93	CR\$ 4.776.000,00	09/11/93
		CR\$ 4.000.000,00	03/12/93
TC-000.504/2000-7	079/94	CR\$ 47.183.580,54	10/05/94
		R\$ 1.000,01	29/11/94
TC-000.507/2000-9	850/94	R\$ 44.962,98	04/07/94
		R\$ 92.465,12	28/09/94
		R\$ 92.465,12	16/02/95

5. A douta Procuradoria, por meio dos pareceres da Procuradora Maria Alzira Ferreira, manifesta-se por que seja citado o representante legal do Município de Santos Dumont/MG para que apresente alegações de defesa ou recolha ao FNDE as quantias indicados no subitem supra.

6. É o relatório.

PROPOSTA DE DECISÃO

Registre-se, inicialmente, que inspeção **in loco** realizada pela Demec/MG na referida Prefeitura, em agosto/97, constatou que (fls. 175/187 – vol. 1 – TC-000.504/2000-7):

1.1 “O Colégio Municipal São José está ocupando/locado nas dependências do prédio/unidade escolar mais antiga (inaugurado em 27/08/71) e 05 (cinco) salas de aula, inacabadas, do nível subsolo do prédio/unidade escolar mais nova (inaugurado em 15/11/96)”;

1.2 “A Fundação Educacional São José – Faculdade de Turismo está ocupando/locada todo o nível primeiro andar (07 salas, 04 sanitários e 01 auditório) do prédio novo” (fl. 183 – vol. 1 – TC-000.504/2000-7).

2. Importa considerar que a referida Fundação foi criada no dia 30/06/1995, com o registro no cartório da escritura pública de doação e constituição, bem assim que, de acordo com as Relações de Pagamentos Efetuados constantes nas prestações de contas dos convênios, verifica-se que:

2.1 no tocante ao Convênio nº 3.186/93, todos os recursos foram aplicados antes da mencionada doação (fls. 155/157 do TC-004.230/2000-9);

2.2 relativamente ao Convênio nº 079/94, os valores a seguir indicados foram aplicados após a doação (fls. 81/83 do TC-000.504/2000-7):

Data do Pagamento	Valor R\$
24/07/95	582,00
02/08/95	290,25
05/09/95	582,00
19/09/95	441,08
TOTAL	1.895,33

2.3 quanto ao Convênio nº 850/94, os valores a seguir indicados foram aplicados após a doação (fls. 48, 53, 65 e 150/152 do TC-000.507/2000-9):

Data do Pagamento	Valor R\$
14/09/95	1.745,00
19/10/95	5.125,00
19/10/95	23.280,00
20/10/95	557,70
17/11/95	28.405,00
26/12/95	1.301,30
27/12/95	465,00
28/12/95	520,80
28/12/95	74.489,22
TOTAL	135.888,22

3. A utilização de recursos concernentes aos Convênios ns. 079/94 e 850/94 no Colégio Municipal São José após a doação pela Prefeitura para a constituição da supramencionada Fundação caracteriza, a meu ver, desvio de finalidade na aplicação de tais recursos, porquanto destinavam-se ao ensino fundamental.

4. Não obstante, assiste razão à unidade técnica quando conclui que não há débito a ser imputado ao Sr. José Antônio Pedro, ex-Prefeito, tendo em vista que os recursos repassados, bem assim os rendimentos financeiros deles auferidos, foram aplicados em proveito do Município.

5. É certo, igualmente, que o desvio de finalidade acima apontado sujeitaria o referido gestor à multa prevista no parágrafo único do art. 19 da Lei nº 8.443/92. Entretanto, conforme bem ressaltou a Secex/MG, com o falecimento do responsável tornou-se inaplicável tal pena por ser de caráter pessoal, consoante dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

6. Quanto à Tomada de Contas Especial de que trata o TC-004.230/2000-9, dirijo dos pareceres, por entender que não está configurada irregularidade na aplicação dos recursos federais repassados em decorrência do Convênio nº 3.186/93, uma vez que restou comprovado nos autos terem sido os recursos objeto do convênio em tela utilizados no mencionado Colégio antes de ter sido doado, pela Prefeitura, para a constituição da supramencionada Fundação.

7. Quanto às propostas de citação tanto da Prefeitura Municipal, quanto do representante legal da Prefeitura, trago à colação os seguintes argumentos do eminente Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha, ao proferir o voto no TC-575.992/90-5:

“Com relação ao Município de Cachoeiras de Macacu/RJ, não vislumbro como chamá-lo aos autos por meio de citação, na pessoa do seu atual Prefeito, deixando assente que, em caso de eventual cobrança executiva, esta deverá recair sobre os bens patrimoniais da pessoa jurídica e não do dirigente citado. Os precedentes observados em situações congêneres têm sido no sentido de o Tribunal determinar à Prefeitura que promova os ressarcimentos pretendidos, à conta de dotações próprias, como verificado na Decisão nº 125/92 – 1ª Câmara, adotada em etapa pregressa deste Processo. O embaraço passível de advir de tal comando, recusa ou relutância da Municipalidade em acatar a decisão do Tribunal, poderá ser contornado mediante a adoção da medida prevista no § 2º do art. 3º da IN nº 02, de 19 de abril de 1993, qual seja: considerar a Prefeitura Municipal impedida de celebrar convênios com órgãos/entidades federais em virtude da pendência existente em relação aos recursos do SUS”.

8. Destarte, tenho para mim que se deva determinar à Prefeitura Municipal de Santos Dumont/MG que recolha ao FNDE os valores apontados no item 2 supra, com os acréscimos legais devidos calculados a partir das datas dos pagamentos efetuados à conta dos recursos repassados por força dos Convênios ns. 079/94 e 850/94, tendo em vista que tais recursos foram aplicados no mercado financeiro, evitando dessa forma a ocorrência de **bis in idem**.

Ante o exposto, dissentindo, em parte, dos pareceres, manifesto-me por que sejam adotadas as decisões, sob a forma de acórdão, que ora submeto a esta Câmara.

ACÓRDÃO Nº 582/2000 – TCU – 1ª CÂMARA¹

1. Processo nº TC-000.504/2000-7 (c/ 2 volumes).
2. Classe de Assunto: II – Tomada de Contas Especial instaurada em decorrência da doação a entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados mediante convênio.
3. Responsável: José Antônio Pedro, ex-Prefeito (falecido).
4. Entidade: Município de Santos Dumont/MG.
5. Relator: Auditor José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representante do Ministério Público: Dr^a Maria Alzira Ferreira.
7. Unidade Técnica: Secex/MG.
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial de responsabilidade do Sr. José Antônio Pedro, ex-Prefeito do Município de Santos Dumont/MG (falecido), instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em decorrência da doação, pela referida Prefeitura, do Colégio Municipal São José para constituir a Fundação Educacional São José, entidade pública de direito privado.

Considerando que a então Ciset/MEC certificou a irregularidade das contas e a autoridade ministerial manifestou-se de acordo;

¹ Publicado no DOU de 30/11/2000.

Considerando que não há débito a ser imputado ao responsável, tendo em vista que os recursos repassados, bem assim os rendimentos financeiros deles auferidos, foram aplicados em proveito do Município;

Considerando que – pelo fato de o Colégio Municipal São José, construído com recursos federais destinados ao ensino fundamental, ter sido doado a uma entidade pública de direito privado, para a constituição da Fundação Educacional São José com a finalidade preferencial da implantação de uma faculdade de turismo – a Secex/MG propõe a citação da Prefeitura em questão para que apresente alegações de defesa ou recolha ao FNDE as quantias repassadas por força do Convênio nº 079/94, nos valores de CR\$ 47.183.580,54 e de R\$ 1.000,01, com os acréscimos legais devidos;

Considerando que, pela mesma razão, o Ministério Público manifesta-se por que seja citado o representante legal do referido Município;

Considerando que restou comprovado nos autos terem sido aplicados no mencionado Colégio, após a referida doação, os valores de R\$ 582,00, R\$ 290,25, R\$ 582,00 e R\$ 441,08, pagos em 24/07/95, 02/08/95, 05/09/95 e 19/09/95, respectivamente, relativamente aos recursos federais repassados à Prefeitura Municipal de Santos Dumont/MG, em decorrência do Convênio em tela, o que caracteriza desvio de finalidade, porquanto destinavam-se ao ensino fundamental, cabendo ao Município, portanto, restituir, ao FNDE, os aludidos recursos, atualizados monetariamente e acrescidos dos encargos legais devidos;

Considerando, ainda, que o desvio de finalidade acima apontado sujeitaria o Sr. José Antônio Pedro à multa prevista no parágrafo único do art. 19 da Lei nº 8.443/92, não fosse o fato desse responsável haver falecido, o que torna inaplicável tal sanção, em face do disposto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, em:

8.1 julgar as presentes contas irregulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea **b**, 23, inciso III, todos da Lei nº 8.443/92, e dar quitação ao Sr. José Antônio Pedro, em face de não haver débito a ele imputável e da inaplicabilidade de multa, de conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, ante o falecimento do responsável;

8.2 determinar à Prefeitura Municipal de Santos Dumont/MG, na pessoa de seu atual Prefeito, Sr. José Nogueira Costa, que, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência, efetue e comprove perante o TCU, o recolhimento, ao FNDE, das importâncias de R\$ 582,00, R\$ 290,25, R\$ 582,00 e R\$ 441,08, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora devidos a partir de 24/07/95, 02/08/95, 05/09/95 e 19/09/95, respectivamente, correspondentes à parte dos recursos federais, objeto do Convênio nº 079/94, aplicada após a doação, pela referida Prefeitura, do Colégio Municipal São José para a constituição da Fundação Educacional São José;

8.3 comunicar à Prefeitura Municipal de Santos Dumont/MG que o não-cumprimento da determinação constante do subitem anterior acarretará a inadimplência perante o FNDE, e a conseqüente vedação de celebrar instrumentos regidos pela IN/STN nº 01/97, com órgão ou entidade da administração direta ou indireta, nos termos do art. 5º, inciso I, da referida Instrução Normativa;

8.4 encaminhar cópia desta decisão, bem assim do Relatório e da Proposta de Decisão que a fundamentam, à Prefeitura e à Câmara Municipal de Santos Dumont/MG.

9. Ata nº 43/2000 – 1ª Câmara

10. Data da Sessão: 21/11/2000 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Walton Alencar Rodrigues e Guilherme Palmeira.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO
Relator

Fui presente:

MARIA ALZIRA FERREIRA
Rep. do Ministério Público

ACÓRDÃO Nº 583/2000 – TCU – 1ª CÂMARA²

1. Processo nº TC-000.507/2000-9
2. Classe de Assunto: II – Tomada de Contas Especial instaurada em decorrência da doação a entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados mediante convênio.
3. Responsável: José Antônio Pedro, ex-Prefeito (falecido).
4. Entidade: Município de Santos Dumont/MG.
5. Relator: Auditor José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representante do Ministério Público: Dra. Maria Alzira Ferreira.
7. Unidade Técnica: Secex/MG.
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial de responsabilidade do Sr. José Antônio Pedro, ex-Prefeito do Município de Santos Dumont/MG (falecido), instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em decorrência da doação, pela referida Prefeitura, do Colégio Municipal São José para constituir a Fundação Educacional São José, entidade pública de direito privado.

Considerando que a então Ciset/MEC certificou a irregularidade das contas e a autoridade ministerial manifestou-se de acordo;

Considerando que não há débito a ser imputado ao responsável, tendo em vista que os recursos repassados, bem assim os rendimentos financeiros deles auferidos, foram aplicados em proveito do Município;

² Publicado no DOU de 30/11/2000.

Considerando que – pelo fato de o Colégio Municipal São José, construído com recursos federais destinados ao ensino fundamental, ter sido doado a uma entidade pública de direito privado, para a constituição da Fundação Educacional São José com a finalidade preferencial da implantação de uma faculdade de turismo – a Secex/MG propõe a citação da Prefeitura em questão para que apresente alegações de defesa ou recolha ao FNDE as quantias repassadas por força do Convênio nº 850/94, nos valores de R\$ 44.962,98 e de R\$ 92.465,12, R\$ 92.465,12, com os acréscimos legais devidos;

Considerando que, pela mesma razão, o Ministério Público manifesta-se por que seja citado o representante legal do referido Município;

Considerando que restou comprovado nos autos terem sido aplicados no mencionado Colégio, após a referida doação, os valores de R\$ 1.745,00, R\$ 5.125,00, R\$ 23.280,00, R\$ 557,70, R\$ 28.405,00, R\$ 1.301,30, R\$ 465,00, R\$ 520,80 e R\$ 74.489,22, pagos em 14/09/95, 19/10/95, 19/10/95, 20/10/95, 17/11/95, 26/12/95, 27/12/95, 28/12/95 e 28/12/95, respectivamente, relativamente aos recursos federais repassados à Prefeitura Municipal de Santos Dumont/MG, em decorrência do Convênio em tela, o que caracteriza desvio de finalidade, porquanto destinavam-se ao ensino fundamental, cabendo ao Município, portanto, restituir, ao FNDE, os aludidos recursos, atualizados monetariamente e acrescidos dos encargos legais devidos;

Considerando, ainda, que o desvio de finalidade acima apontado sujeitaria o Sr. José Antônio Pedro à multa prevista no parágrafo único do art. 19 da Lei nº 8.443/92, não fosse o fato desse responsável haver falecido, o que torna inaplicável tal sanção, em face do disposto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, em:

8.1 julgar as presentes contas irregulares, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea b, 23, inciso III, todos da Lei nº 8.443/92, e dar quitação ao Sr. José Antônio Pedro, em face de não haver débito a ele imputável e da inaplicabilidade de multa, de conformidade com o disposto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, ante o falecimento do responsável;

8.2 determinar à Prefeitura Municipal de Santos Dumont/MG, na pessoa de seu atual Prefeito, Sr. José Nogueira Costa, que, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência, efetue e comprove perante o TCU, o recolhimento, ao FNDE, das importâncias de R\$ 1.745,00, R\$ 5.125,00, R\$ 23.280,00, R\$ 557,70, R\$ 28.405,00, R\$ 1.301,30, R\$ 465,00, R\$ 520,80 e R\$ 74.489,22, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora devidos a partir de 14/09/95, 19/10/95, 19/10/95, 20/10/95, 17/11/95, 26/12/95, 27/12/95, 28/12/95 e 28/12/95, respectivamente, correspondentes à parte dos recursos federais, objeto do Convênio nº 850/94, aplicada após a doação, pela referida Prefeitura, do Colégio Municipal São José para a constituição da Fundação Educacional São José;

8.3 comunicar à Prefeitura Municipal de Santos Dumont/MG que o não-cumprimento da determinação constante do subitem anterior acarretará a inadimplência perante o FNDE, e a conseqüente vedação de celebrar instrumentos

regidos pela IN/STN nº 01/97, com órgão ou entidade da administração direta ou indireta, nos termos do art. 5º, inciso I, da referida Instrução Normativa;

8.4 encaminhar cópia desta decisão, bem assim do Relatório e da Proposta de Decisão que a fundamentam, à Prefeitura e à Câmara Municipal de Santos Dumont/MG.

9. Ata nº 43/2000 – 1ª Câmara

10. Data da Sessão: 21/11/2000 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Walton Alencar Rodrigues e Guilherme Palmeira.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO

Relator

Fui presente:

MARIA ALZIRA FERREIRA

Rep. do Ministério Público

ACÓRDÃO Nº 584/2000 – TCU – 1ª CÂMARA³

1. Processo nº TC-004.230/2000-9.
2. Classe de Assunto: II – Tomada de Contas Especial instaurada em decorrência da doação a entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados mediante convênio.
3. Responsável: José Antônio Pedro, ex-Prefeito (falecido).
4. Entidade: Município de Santos Dumont/MG.
5. Relator: Auditor José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representante do Ministério Público: Drª Maria Alzira Ferreira.
7. Unidade Técnica: Secex/MG.
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial de responsabilidade do Sr. José Antônio Pedro, ex-Prefeito do Município de Santos Dumont/MG (falecido), instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, em decorrência da doação, pela referida Prefeitura, do Colégio Municipal São José para constituir a Fundação Educacional São José, entidade pública de direito privado.

³ Publicado no DOU de 30/11/2000.

Considerando que a então Ciset/MEC certificou a irregularidade das contas e a autoridade ministerial manifestou-se de acordo;

Considerando que não há débito a ser imputado ao responsável, tendo em vista que os recursos repassados, bem assim os rendimentos financeiros deles auferidos, foram aplicados em proveito do Município;

Considerando que – pelo fato de o Colégio Municipal São José, construído com recursos federais destinados ao ensino fundamental, ter sido doado a uma entidade pública de direito privado, para a constituição da Fundação Educacional São José com a finalidade preferencial da implantação de uma faculdade de turismo – a Secex/MG propõe a citação da Prefeitura em questão para que apresente alegações de defesa ou recolha ao FNDE as quantias repassadas por força do Convênio nº 3.186/93, nos valores de CR\$ 4.776.000,00 e de CR\$ 4.000.000,00, com os acréscimos legais devidos;

Considerando que, pela mesma razão, o Ministério Público manifesta-se por que seja citado o representante legal do referido Município;

Considerando, no entanto, que restou comprovado nos autos terem sido os recursos objeto do convênio em tela aplicados no mencionado Colégio antes da aludida doação, não se configurando, portanto, desvio de finalidade dos recursos em referência:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18, 23, inciso II, da Lei nº 8.443/92, em julgar as presentes contas regulares com ressalva e dar quitação ao Sr. José Antônio Pedro.

9. Ata nº 43/2000 – 1ª Câmara

10. Data da Sessão: 21/11/2000 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Walton Alencar Rodrigues e Guilherme Palmeira.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO

Relator

Fui presente:

MARIA ALZIRA FERREIRA

Rep. do Ministério Público

**TRT - 2ª REGIÃO/SP - RECURSO INTERPOSTO PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU CONTRA OS TERMOS
DO ACÓRDÃO Nº 168/98 - TCU - PLENÁRIO**
**Recurso de Revisão - Tomada de Contas do Exercício de
1992**

Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-700.282/1993-9

Natureza: Recurso de Revisão – Tomada de Contas do Exercício de 1992.

Unidade: Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região – São Paulo.

Ementa: Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região – São Paulo. Exercício de 1992. Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra os termos do Acórdão nº 168/98 – TCU – Plenário. Superveniência de novos documentos, decorrentes da apuração operada por meio do TC-001.025/1998-8. Fatos associados à obra de construção do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo. Conexão processual ao TC-700.115/1996-0 (Tomada de Contas do TRT – 2ª Região – SP, exercício de 1995), por força da Decisão nº 591/2000 – TCU – Plenário. Preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Conhecimento. Exame de mérito cometido, em caráter excepcional, à SECEX/SP, em razão de juntada destes autos, e de outros, às contas do exercício de 1995.

RELATÓRIO

As contas anuais do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região – São Paulo, exercício de 1992, consubstanciadas nestes autos, foram submetidas a julgamento na Sessão Ordinária de Plenário de 11/11/1998.

2. Na oportunidade, o Colegiado, por meio do Acórdão nº 168/98 – TCU – Plenário – Ata nº 45/98, firmou o juízo de regularidade das contas, com ressalvas, expedindo quitação aos responsáveis, ao tempo em que consignou determinação ao Presidente daquela Corte Trabalhista.

3. Posteriormente, na assentada de 05/05/1999, o Tribunal examinou os elementos concernentes à inspeção realizada na obra do Fórum Trabalhista da cidade de São Paulo, com o propósito específico de verificar a compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro daquele empreendimento.

4. A deliberação resultante (Acórdão nº 45/94 – TCU – Plenário, Ata nº 16/99 – TC-001.025/1998-8), em seu item “i”, expediu comando no sentido de remeter o referido processo ao Ministério Público junto ao Tribunal, para que fosse verificada a conveniência e oportunidade de interpor recurso de revisão nas contas do TRT/SP relativas aos exercícios de 1992, 1994 e 1996.

5. Realizada tal providência, o **Parquet** entendeu conveniente entrar com Recurso de Revisão contra o Acórdão nº 168/98 – TCU – Plenário, vazado nos seguintes termos (fls. 4/5, vol 1):

“(…)

I

Constatam-se nos autos do TC 001.025/98-8, que trata de auditoria realizada objetivando verificar a compatibilidade entre os cronogramas físico e financeiro das obras de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, as seguintes irregularidades de que resultaram dano ao erário, de relevante materialidade, tendo sido infringidos diversos dispositivos e princípios legais e constitucionais, conforme fartamente demonstrado no relatório de auditoria (fls. 50/75, volume principal), instrução (fls. 358/383, volume principal), relatório e voto do Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário, relativamente ao exercício de 1992:

a) assinatura do contrato para construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, na modalidade “aquisição de edifício a construir”, junto à empresa INCAL Incorporações S/A, em flagrante desacordo com as normas aplicáveis às obras públicas. De se registrar que este vício de origem deu causa a inúmeras outras irregularidades em exercícios posteriores;

b) apropriação indevida de serviços não realizados em medições da obra em andamento;

c) utilização de créditos orçamentários recebidos de diversos Tribunais Regionais do Trabalho, mediante provisão, originários de Programas de Trabalhos distintos (fato cuja apuração encontra-se pendente de aperfeiçoamento, conforme observação constante do Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário); e

d) realização de pagamentos sem a observância da necessária compatibilização entre os cronogramas físico e financeiro, caracterizando antecipação de pagamento

II

Por outro lado, examinando-se os fundamentos do Acórdão nº 168/98-TCU-Plenário, observa-se que as contas em questão foram julgadas regulares com ressalva, em face da ocorrência de impropriedades de natureza formal de que não resultaram danos ao erário, que ensejaram determinação nos seguintes termos: “determinar ao Presidente do TRT da 2ª Região que evite a realização de quaisquer despesas em desacordo com o disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).”

III

Depreende-se que os fatos tratados no TC – 001.025/98-8 não foram apreciados na decisão supra. As irregularidades suscitadas, quer pela magnitude da materialidade do dano ao erário, já devidamente caracterizado no Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário, quer pela gravidade da ofensa às normas constitucionais e legais aplicáveis à espécie, ensejariam o julgamento pela irregularidade das contas do exercício em questão.

Não obstante a existência de outras deliberações do Tribunal contidas no Acórdão nº 045/99-TCU-Plenário, em especial aquelas contidas nos itens “c” (conversão dos presentes autos em Tomada de Contas Especial, com vistas à responsabilização e obtenção do ressarcimento de R\$ 57.374.209,84, valor correspondente ao descompasso entre a execução física e a financeira da obra de construção do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo) e “d” (realização de nova inspeção com o fito de apurar a ocorrência de danos superiores aos já apurados, em face da superveniência de fatos novos suscitados na investigação da CPI do Judiciário), que poderão igualmente percutir no mérito das contas de diversos exercícios, os fatos supervenientes ora colacionados, constantes do TC nº 001.025/98-8, são suficientes, de per si, para que o mérito das contas do exercício de 1992 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região seja reformado.

IV

Em face do exposto, esta representante do Ministério Público requer que esta egrégia Corte de Contas, com base no artigo 35, inciso III, da Lei nº 8.443/92, e à luz das deliberações presentes à Decisão nº 789/98-TCU-Plenário, in BTCU nº 80, de 16 de novembro de 1998, conheça do presente Recurso de Revisão para, dando-lhe provimento, rever o julgamento proferido por meio do Acórdão nº 168/98-TCU-Plenário (TC nº 700.282/1993-9 – Tomada de Contas do Exercício de 1992 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região), na Sessão de 11 de novembro de 1998, Ata 45/98, julgando-se irregulares as contas dos gestores responsáveis que deram causa às irregularidades ora suscitadas, aplicando-se-lhes as sanções cabíveis, ao mesmo tempo em que requer seja juntado ao TC nº 700.282/1993-9 a cópia integral do volume principal do TC nº 001.025/98-8, onde se encontram os fatos e documentos supervenientes ensejadores da reforma da decisão ora guerreada.”

6. Para efeito de exame do recurso foi, inicialmente, sorteado (em 25/08/1999) o Ministro Guilherme Palmeira, a quem coube enviar o processo à 10ª SECEX com o intuito de providenciar a instrução (13/09/1999).

7. Com o advento da Decisão nº 591/2000 – TCU – Plenário (Sessão Ordinária de 02/08/2000, Ata nº 30/2000), que trouxe à lume novos desdobramentos associados à questão do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, o Colegiado, sensível à importância de se dispensar às contas do TRT – 2ª Região – São Paulo, pertinentes ao exercício de 1992 a 1998, exame em conjunto e em confronto, deliberou no sentido

de determinar a juntada às contas do exercício de 1995 das demais compreendidas no mencionado período histórico.

8. Tal comando ensejou a vinda destes autos à condução deste Relator, conforme entendimento proposto pela 10ª SECEX (fl. 17) e recepcionado pelo Sr. Ministro Guilherme Palmeira (fl. 18).

9. Ato contínuo ao recebimento do processo, determinei à 10ª SECEX que efetuasse o exame de admissibilidade. Essa providência, inserta à fl. 20, indica que foram satisfeitos os requisitos específicos (art. 35, inciso III, da Lei nº 8.443/92), haja vista a superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida, decorrentes de irregularidades verificadas nos autos do TC-001.025/1998-8, as quais dizem respeito, **a priori**, também, à conduta dos responsáveis pelas contas do ente jurisdicionado, exercício de 1992.

Vale lembrar que não há pronunciamento do **Parquet** especializado sobre o exame vestibular da unidade instrutiva, o que, em nome da agilidade processual, poderá ser feito nesta sessão, mediante intervenção oral de seu representante, caso entenda necessário.

PROPOSTA DE DECISÃO

A Resolução TCU nº 133, de 22/03/2000, que trata da organização administrativa e competência das unidades integrantes da Secretaria deste Tribunal, ao tratar, em seu art. 50, sobre as competências da 10ª SECEX, indica, entre outras, as de instruir os recursos interpostos a deliberação dos órgãos Colegiados e de empreender diligência, audiência, citação, notificação e demais providências determinadas pelo Relator.

2. Em momento anterior à edição do aludido ato normativo, foram suscitados questionamentos acerca da disciplina específica que deveria reger o pedido de reabertura de contas formulado pelo Ministério Público junto ao TCU (TC-008.974/1997-7 – Sigiloso, Administrativo), dado envolver “... *um reinício da atividade de instrução*”, o que, no âmbito dos estudos orientados pelo Sr. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira (hoje aposentado), estaria a reclamar ajustes na Resolução TCU nº 74/96 (que dispunha sobre a criação da 10ª SECEX, vindo posteriormente a ser revogada pela já referida Resolução TCU nº 133/2000).

3. Propunha Sua Excelência, na condição de autor do correspondente Projeto de Resolução, no tocante à questão mencionada, que, nas hipóteses identificadas (I – recurso de revisão interposto pelo MP/TCU, onde se requeresse tão somente a reabertura das contas; e II – interposição de qualquer outro recurso com função meramente rescindente de decisão ou de acórdão), a instrução do feito corresse à conta da unidade técnica responsável pela apreciação inicial da matéria

4. Ocorre, todavia, que o Relator original da matéria, Ministro Bento José Bugarin, houve por bem oferecer ao Colegiado, na Sessão de 11/11/1998 – Extraordinária de caráter reservado, substitutivo ao referido projeto.

5. A deliberação resultante (Decisão nº 789/98 – TCU – Plenário, Ata nº 45/98, TC-008.974/1997-7), firmou, em relação ao assunto capital, a seguinte orientação:

“(...)

8.2 deixar assente que, até que seja aprovada norma disciplinadora do tratamento a ser dispensado ao recurso de revisão interposto pelo Ministério Público junto ao TCU e aos demais recursos interpostos pelo Parquet, devem ser observados os seguintes princípios, para fins de uniformização:

8.2.1 observância aos pressupostos recursais, sob pena de nulidade;

8.2.2 necessidade de instauração do contraditório, quando se tratar de recurso tendente a agravar a situação do responsável, sob pena de infringência ao princípio constitucional da ampla defesa;

8.2.3 atuação do Relator sorteado até o julgamento que decide acerca da reforma ou não da decisão recorrida, sob pena de negativa de prestação jurisdicional por parte do Relator sorteado;

8.2.4 obrigatoriedade de audiência do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei;

8.2.5 validade e eficácia da decisão recorrida até que o Tribunal prolate nova decisão que a casse, em virtude de nulidade devidamente comprovada, ou que a reforme, em razão do julgamento de mérito do recurso interposto, sob pena de se infirmar o princípio da segurança jurídica e de se afrontarem a coisa julgada, as normas do TCU e o devido processo legal, constitucionalmente garantidos.

6. No entanto, cabe ter presente que, na situação **sub judice** existem peculiaridades, as quais, na compreensão deste Relator, estão a reclamar tratamento excepcional quanto ao rito aplicável ao exame deste processo.

7. O Tribunal Pleno, ao deliberar nos exatos termos da Decisão nº 591/2000 – TCU – Plenário, entendeu que, no caso das contas do TRT – 2ª Região – SP, exercício de 1992 a 1998, os fatos supervenientes, associados às irregularidades encontradas na obra do Fórum Trabalhista da Cidade de São Paulo, estão a exigir o exame em conjunto e em confronto desses demonstrativos anuais, cabendo a atribuição de capitanear o TC-700.115/1996-0 (Tomada de Contas TRT – 2ª Região – SP, exercício de 1995).

8. Por esse motivo o Relator sorteado, no caso deste Recurso, declinou da relatoria para que os autos fossem remetidos a mim (Relator do TC-700.115/1996-0).

9. Dessarte, estando o processo com o pronunciamento da 10ª SECEX favorável ao acolhimento do Recurso, posto terem sido preenchidos os requisitos de admissibilidade (art. 35, inciso III, da Lei nº 8.443/92), entendo necessário, após o recebimento do Recurso pelo Colegiado, que seja, excepcionalmente, conferido o exame de mérito à SECEX/SP, a fim de que se possa cumprir, no seu propósito, a Decisão nº 591/2000 – TCU – Plenário, que é, justamente, permitir o exame em conjunto e em confronto com as demais contas já identificadas.

Assim, de acordo com os pronunciamentos do órgão técnico, e com o acréscimo que entendo necessário ao assunto, proponho que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao descortino do Egrégio Plenário.

DECISÃO Nº 973/2000 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo nº: TC-700.282/1993-9, com 1 volume e um apenso (TC-700.650/1992-0).
2. Classe: I - Assunto: Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público junto ao TCU em processo original de Tomada de Contas Anual (exercício de 1992).
3. Interessado: Ministério Público junto ao TCU.
4. Unidade: Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região – São Paulo.
5. Relator: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha.
6. Representante do Ministério Público: Drª Cristina Machado da Costa e Silva, Procuradora.
7. Unidade Técnica: 10ª SECEX.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 conhecer do Recurso de Revisão interposto pelo Ministério Público junto a este Tribunal, com fundamento no art. 35, inciso III, da Lei nº 8.443/92, por resultar caracterizada a superveniência de documentos novos capazes de repercutir no mérito das contas do TRT – 2ª Região – São Paulo, exercício de 1992, consignado no Acórdão nº 168/98 – Plenário, Ata nº 45/1998, Sessão Ordinária de 11/11/1998; e
 - 8.2 determinar, em caráter excepcional, que a SECEX/SP promova o exame da matéria, em conformidade com o determinado na Decisão nº 591/2000 – TCU – Plenário (TC-700.115/1996-0, Sessão Ordinária de 02/08/2000, Ata nº 30/2000)
9. Ata nº 46/2000 – Plenário
10. Data da Sessão: 22/11/2000 – Ordinária
11. Especificação do *quorum*:
 - 11.1 Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

IRAM SARAIVA
Presidente

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Relator

¹ Publicada no DOU de 12/12/2000.

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

Ministro-Relator Adylson Motta

Grupo I - Classe I - Plenário

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

Apensados: TC-001.838/1998-9

TC-005.005/1998-1

TC-700.214/1998-4

TC-003.858/1999-5

TC-007.506/1999-6

TC-008.817/2000-8

Natureza: Pedidos de Reexame

Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

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

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

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- questão preliminar:

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

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

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

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

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

- questões de mérito:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- questões preliminares:

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

- questões de mérito:

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, **as sanções previstas em lei**, que estabelecerá, entre outras cominações, **multa proporcional ao dano causado ao erário**;’ (grifou-se)

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

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)' (grifou-se)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

‘O pagamento antecipado depende da existência de dois requisitos.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

VI - DO ADITAMENTO DO REEQUILÍBRIO FINANCEIRO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

‘V.2 - Da Ação Cautelar Inominada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Constituição Federal de 1988

'Art. 167. São vedados:

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

(...)

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

(...)'

Lei nº 8.429/92

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

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

(...)

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

(...)'

Decreto-Lei nº 2.848/40 – Código Penal

'Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III

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

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

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

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

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

V

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

VI

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

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

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

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

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

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

I. Admissibilidade

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Mérito

(...)

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

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

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

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

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

I. Admissibilidade

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

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

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

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

II. Mérito

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

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

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

CONCLUSÃO

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

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

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

17. Propomos a este Egrégio Tribunal o seguinte:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

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

V

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

VI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“2.4 Do pedido de reexame

(...)

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

(...)” (grifou-se)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II

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

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

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

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

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

III

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

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

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

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

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

No entanto, deixamos esta sugestão para o momento oportuno.

V

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

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

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

É o Relatório.

VOTO

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

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

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

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

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

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

II

Passo ao exame dos recursos interpostos pelo Ministério Público.

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

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

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

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

III

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pelo exposto, também rejeito a segunda preliminar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.....

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

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

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

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

Prossigo no exame das outras alegações apresentadas pelo recorrente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

Passo ao exame do mérito.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No ponto, dispõe a nossa Carta:

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Portanto, rejeito essa alegação do recorrente.

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

VI

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

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

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator.

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

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

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

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

II

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

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

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

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

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

III

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

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

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

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

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

No entanto, deixamos esta sugestão para o momento oportuno.

V

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

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

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

ACÓRDÃO Nº 298/2000-TCU - PLENÁRIO¹

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

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

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

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

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

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

e

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

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

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

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

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

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

d) dar ciência aos recorrentes da presente deliberação;

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

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

9. Ata nº 47/2000 – Plenário

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

11. Especificação do *quorum*:

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

IRAM SARAIVA
Presidente

ADYLSON MOTTA
Ministro-Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

**PROCURADORIA DA UNIÃO/ES - APLICAÇÃO DO
ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99 NOS PROCESSOS DE
APOSENTADORIA
Solicitação**

Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça

Grupo II - Classe VII - Plenário

TC-013.829/2000-0

Natureza: Solicitação

Órgão: Advocacia-Geral da União (Procuradoria da União no Estado do Espírito Santo)

Interessada: Maria José Oliveira Lima Roque (Procuradora-chefe substituta da Procuradoria da União no Estado do Espírito Santo)

Ementa: Solicitação da Procuradoria da União no Estado do Espírito Santo. Dúvida sobre a aplicabilidade do art. 54 da Lei nº 9.784/99 aos processos e julgamentos da competência deste Tribunal, em matéria relativa à apreciação de atos concessórios de aposentadoria. Inaplicabilidade, em sentido obrigatório, de todo o teor da mencionada lei. Ausência de exercício de função administrativa. Ciência aos interessados.

RELATÓRIO

Trata o processo de solicitação da Procuradora-chefe substituta da Procuradoria da União no Estado do Espírito Santo, vinculada à Advocacia-Geral da União, com vistas a que o Tribunal se pronuncie acerca da aplicabilidade do art. 54 da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aos exames de aposentadoria realizados por esta Corte, no desempenho da competência cometida pelo art. 71, inciso III, **in fine**, da Constituição Federal.

2. Conforme a solicitante, a demanda é motivada pela obtenção de liminar em sede de Mandado de Segurança por Wandoalei José Jeveaux, que se opôs à anulação de sua aposentadoria, formalizada por meio da Portaria nº 145, de 24/07/2000, do Diretor-Geral do Centro Federal de Educação Tecnológica do Espírito Santo (CEFET/ES), em atenção à Decisão TCU nº 211/2000-2ª Câmara, que considerou ilegal a inativação do servidor, negando-lhe o respectivo registro.

3. Na ação judicial, o servidor alega em seu favor, substancialmente, as disposições do referido art. 54 da Lei nº 9.784/99, que preceitua:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

4. Assim, tendo sido instituído o ato de concessão da aposentadoria em 16/03/1992, ou seja, há mais de cinco anos da decisão que negou-lhe o registro, entende o servidor que a Administração não tem o poder de anulá-lo, em que pese a ilegalidade proclamada por este Tribunal.

5. Diante da relevância e da complexidade da matéria, o Ministro-Presidente desta Corte requereu os pareceres da Consultoria Jurídica (CONJUR) e da Secretaria-Geral de Controle Externo (SEGCEX), após o que, em razão da divergência entre os posicionamentos, determinou o sorteio de Relator para o processo, cabendo a mim tal incumbência.

Parecer da CONJUR

6. Em seu parecer de fls. 25/27, a Consultoria Jurídica apresenta a seguinte opinião:

“(...)

2. A competência desta Corte de Contas para apreciar a legalidade dos atos de concessão de aposentadoria encontra-se consubstanciada no art. 71, inciso III, da Constituição Federal e na Lei nº 8.443/92, que determina:

‘Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

.....
V – apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

.....
Art. 39. De conformidade com o preceituado nos arts. 5º, inciso XXIV, 71, incisos II e III, 73, **in fine**, 74, § 2º, 96, inciso I, alínea ‘a’, 97, 39, §§ 1º e 2º e 40, § 4º, da Constituição Federal, o Tribunal apreciará, para fins de registro ou reexame, os atos de:

.....
II – concessão inicial de aposentadoria, reformas e pensões, bem como de melhorias posteriores que tenham alterado o fundamento legal do respectivo concessório inicial.

Parágrafo único. Os atos a que se refere este artigo serão apreciados pelo Tribunal na forma estabelecida no Regimento Interno.'

3. *A finalidade da Administração Pública é propiciar o bem comum, agindo de acordo com as normas jurídicas e dentro da moral administrativa. Se a atividade do Poder Público em algum momento desgarrar-se da lei ou desviar-se do bem comum, é dever da administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato contrário às suas finalidades.*

4. *Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles: 'A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos'. (Direito Administrativo Brasileiro – 22ª ed. – 1997 – Malheiros Editores Ltda. – p. 190)*

5. *Entretanto, admitindo a possibilidade de decadência do direito da Administração de anular seus próprios atos, acrescenta: '(...) Para a anulação do ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo a revogação, e não a anulação) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando norma legal o fixar expressamente. (...)'* (ob. cit., p. 190 – grifamos).

6. *O dispositivo legal que delimita este prazo decadencial para a Administração rever seus próprios atos encontra-se no art. 54 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:*

'O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé' (grifamos).

7. *A Lei nº 9.784/99, conforme se verifica em seu artigo 1º, estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. O § 1º do mesmo artigo determina a aplicabilidade dos preceitos da Lei aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.*

8. *O Tribunal de Contas da União é órgão integrante do Poder Legislativo Federal, tendo como origens normativas para o desempenho de sua missão a Constituição Federal e a sua Lei Orgânica – Lei nº 8.443/92.*

9. *Dessa maneira, ante a redação do artigo 1º da Lei nº 9.784/99, fica claro que seus imperativos aplicam-se subsidiariamente aos atos desta Corte de Contas, sempre que não houver disposição específica sobre a matéria na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Tribunal.*

10. *No que diz respeito ao prazo decadencial para anulação de atos administrativos que favoreçam os administrados, como é o caso presente, não há disposição constitucional ou legal (Lei nº 8.443/92) expressa a respeito da matéria, motivo pelo qual entende-se serem aplicáveis aos atos emanados por esta Corte em processos de aposentadoria e pensão as disposições do artigo 54 da Lei nº 9.784/99."*

Parecer da SEGECEX

7. Por sua vez, a Secretaria-Geral de Controle Externo expõe o seguinte (fls. 28/33):

“(…)

2. *Por despacho do Presidente, foi dada à Secretaria-Geral de Controle Externo a honrosa oportunidade de manifestar-se acerca da matéria descrita. Para tanto, mostra-se necessário o exame de dois aspectos: a natureza das atividades desempenhadas pelo TCU, que permitirá formar opinião quanto à aplicabilidade das normas contidas na Lei nº 9.784/99 à apreciação das concessões de aposentadoria, e a determinação do **dies a quo** para o início da contagem do prazo para a anulação dos atos de aposentadoria.*

Aplicabilidade das normas contidas na Lei nº 9.784/99 à apreciação das concessões de aposentadoria

3. *Indaga-se se a apreciação da legalidade das concessões de aposentadoria, para fins de registro, efetuada pelo Tribunal de Contas da União com fulcro no disposto pelo art. 71, III, da Constituição, sujeita-se ao prazo decadencial estabelecido pelo art. 54 da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:*

‘Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.’

4. *Para o exame dessa questão, é crucial identificar o campo de incidência dos preceitos estabelecidos pelo referido diploma legal. Essa matéria está disciplinada no seu artigo 1º, nos termos seguintes:*

‘Art 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.’

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.’

5. *Cobra especial atenção o comando contido no parágrafo 1º. Ao declarar que os preceitos da lei só se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário quando no desempenho de função administrativa, ele limita o escopo da lei às atividades inerentes à função administrativa **stricto sensu**, e por conseqüência, não abrange as atividades típicas dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário. Nem poderia ser diferente, visto que, para estas últimas, há de existir regulamentação específica, que atenda às suas peculiaridades. Assim, fora do Poder Executivo, que exerce precipuamente a função administrativa, a aplicabilidade da Lei nº 9.784/99 depende mais da natureza da atividade a qual se pretende aplicá-la do que do órgão que a exerce.*

6. *Nos termos do artigo 71 da Constituição Federal, ‘o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União’. Essa assertiva demonstra que o direito constitucional brasileiro inseriu*

o controle externo na esfera de atribuições do Poder Legislativo, como o fez com diversas outras atribuições que não se resumem à produção de leis. Com o desenvolvimento da democracia, o papel do poder legislativo transcende à sua função original, influenciando a dinâmica do Estado em grande parte por meio de controles exercidos sobre os demais poderes.

7. Em reforço a essa tese, vale registrar o magistério de José Afonso da Silva:

‘Vimos que o Congresso Nacional é órgão legislativo da União. Apesar disso, suas atribuições não se resumem na competência para elaborar leis. Exerce outras de relevante importância, e todas podem ser classificadas em cinco grupos:

I) atribuições legislativas, (...);

II) atribuições meramente deliberativas, (...);

III) atribuições de fiscalização e controle, que exerce por vários procedimentos, tais como: a) pedidos de informação, por escrito, encaminhados pelas Mesas aos Ministros, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas; b) comissão parlamentar de inquérito, nos termos do art. 58, § 3º, como vimos; c) controle externo com auxílio do Tribunal de Contas e da Comissão mista a que se refere o art. 66, § 1º, que compreenderá toda a gama de medidas constantes dos arts. 71 e 72, culminando com o julgamento das contas que anualmente o presidente da República há de prestar (art. 49, IX); d) fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X); e) tomada de contas pela Câmara dos Deputados, quando o Presidente não as prestar no prazo que a Constituição assinala, ou seja, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, então até 15 de abril (arts. 51, II, e 84, XXIV); (sem destaque no original)

IV) atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade (...);

V) atribuições constituintes (...).’ (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª edição, 1992, Malheiros Editores, p. 454/455)

8. Nos termos do art. 71 da Lei Maior, o Tribunal de Contas da União é o órgão encarregado do exercício do controle externo da administração pública federal. Daí percebe-se que, quando no exercício do rol de competências elencadas naquele dispositivo, não se pode falar em função administrativa, já que se trata de atividade inerente ao Poder Legislativo. E, por via de consequência, tais atividades não se encontram sob a égide das normas contidas na Lei nº 9.784/99, conforme deflui do disposto no seu artigo 1º, § 1º. Esse, aliás, tem sido o posicionamento da 2ª Secretaria de Controle Externo, já manifestado por ocasião do exame de recurso contra diligências realizadas nos TCS 002.816/94-6, 002.849/94-1, 002.841/94-0, 002.576/94-5 e 002.615/94-0, ainda não julgados.

9. Por precaução, cumpre examinar um raciocínio freqüente, porém impreciso, que consiste em rotular o controle realizado pelo TCU como administrativo, em contraposição ao controle judicial

10. O primeiro equívoco dessa abordagem está em desconsiderar que o direito brasileiro abriga outras formas de controle, tal como visto no parágrafo 8. Desde

1891 o controle externo tem previsão constitucional, com um conjunto de características que o tornam peculiar em relação aos demais.

11. A segunda falha está em não atentar para o fato de que o controle administrativo caracteriza-se por ser desempenhado pelo órgão integrante da Administração Pública sobre os seus próprios atos, sob a forma de autocontrole. A esse propósito, cumpre destacar o magistério de Hely Lopes Meirelles:

‘Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos da administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades de serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito.’ (in *‘Direito Administrativo Brasileiro’*, 19ª ed., 1994, São Paulo, Malheiros, p. 574-575).

12. Filiando-se a esse entendimento, Diógenes Gasparini faz coincidir o controle administrativo com o controle interno da organização:

‘O controle administrativo, também chamado de autocontrole, é o exercício pelo poder Executivo e por órgãos da administração do Legislativo e do Judiciário sobre suas próprias atividades administrativas, visando confirmá-las ou desfazê-las, conforme sejam, ou não, legais, convenientes, oportunas e eficientes. É controle, como se vê, que ocorre tanto no Executivo como nos setores da administração dos demais Poderes, que se realiza nas suas direções, ou seja, em relação à legalidade e ao mérito das atividades administrativas. É controle interno, porque o órgão controlador bem como o controlado, integram a mesma administração.’ (in *Direito Administrativo*, 4ª ed, 1995, São Paulo, Editora Saraiva, p. 532/533)

13. Uma vez que o controle externo é realizado por um órgão não integrante da estrutura administrativa do órgão controlado, não pode ser caracterizado como administrativo.

Natureza Complexa do Ato de Aposentadoria

14. A competência do Tribunal de Contas da União para o exame dos atos de aposentadoria encontra-se inscrita no artigo 71 da Constituição Federal, nos termos seguintes:

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

(...)

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.’

15. Esse dispositivo revela a intenção de instituir um registro dos eventos mais relevantes da vida profissional do servidor público - o seu ingresso e o seu desligamento da administração pública. Diz-se que o objetivo histórico desse registro é evitar a perda completa dos dados funcionais, freqüente nos regimes de exceção, para assegurar a produção dos seus efeitos jurídicos normais.

16. Entretanto, o objetivo dessa atividade não se resume ao registro mecânico dos atos de admissão e aposentadoria praticados pela autoridade administrativa, que facilmente poderia ter sido instituído, caso fosse desejado. O texto constitucional condiciona o registro à apreciação da legalidade desses atos por um órgão autônomo em relação ao agente que os praticou, de modo a proteger o erário das concessões temerárias, nas quais não tenham sido obedecidos os requisitos fáticos estabelecidos em lei.

17. Dessa forma, a apreciação da legalidade da aposentadoria, culminada com o respectivo registro, na forma do artigo 71, III, da Constituição Federal, é elemento essencial para que o ato se aperfeiçoe para todos os fins de direito, sob pena de negar a própria missão constitucional da Corte de Contas no tocante a estes atos

18. Na jurisprudência, encontra-se reiteradamente o acolhimento da tese de que a aposentadoria é um ato complexo. Neste sentido, traz-se à colação aresto do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa assim declara:

'APOSENTADORIA – ATO ADMINISTRATIVO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA – NATUREZA – COISA JULGADA ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA. O ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante a Corte de Contas. Insubsistência da decisão judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa.' (RE-195861/ES, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 26/08/97 - Segunda Turma)

19. No mesmo sentido encontram-se os seguintes precedentes, todos citados no compêndio *'Jurisprudência Administrativa'*, de José Cretella Jr., 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 19:

'ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO – 'O ato complexo, de que participou sucessivamente o Poder Executivo e o Tribunal de Contas, não pode ser anulado pela Administração sem a concordância do Tribunal.' (STF, em RDA, vol. 53, p. 216). *'Não pode o Governo revogar **ad libitum** ato administrativo complexo'* (STF, em RDA, vol. 53, p. 224). *'Não pode ser anulado ato administrativo complexo de concessão de gratificação a magistrado, registrada pelo Tribunal de Contas'* (STF, em RDA, vol. 54, p. 275). *'Ato complexo não se desfaz pela vontade de um só dos órgãos que dele participam'* (TJ-SP, em RDA, vol. 80, p. 149). *'O ato administrativo complexo não pode ser impugnado sem que as autoridades que dele participaram sejam chamadas para defender a sua legitimidade'* (TJ-SP, em RDA, vol. 126, p. 332).'

20. Admitindo-se ser complexo o ato de aposentadoria, conclui-se que o prazo para sua anulação começa a fluir a partir do momento em que ele se aperfeiçoa, com o respectivo registro pelo TCU. Assim, ainda que se admita a aplicabilidade da Lei 9.784/99 às atividades de controle externo, o prazo decadencial estabelecido pelo seu art. 54 não constitui um impedimento à apreciação contemplada pelo art. 71, inciso III, da Lei Fundamental.

21. Por fim, e para que não restem dúvidas quanto à complexidade do ato de aposentadoria, cumpre analisar uma objeção freqüentemente levantada contra essa tese. Argumenta-se que atribuição de efeitos à concessão efetuada pela autoridade administrativa - tais como a vacância do cargo e o pagamento do abono provisório - indicaria o aperfeiçoamento da aposentadoria pela sua simples outorga pelo órgão da administração.

22. Ocorre que o ato complexo em questão - a aposentadoria - é um procedimento formado por um conjunto de atos independentes entre si, praticados por órgãos distintos, voltados para a mesma finalidade: o ato da administração, que concede o benefício em caráter provisório, e o ato de controle externo, que chancela a legalidade da concessão. Os efeitos acima referidos são inerentes à concessão realizada pela autoridade administrativa, e o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico não afasta a necessidade de que o procedimento tenha de ser completado, sob pena de invalidade do próprio ato concessório

23. A idéia de que o ato complexo é compatível com o procedimento formado por atos autônomos encontra amparo na doutrina administrativa. A esse propósito, cumpre registrar o magistério citado por Sandra Julien Miranda, em dissertação de mestrado intitulada 'Do Ato Administrativo Complexo' (Malheiros Editores, 1998, p.58/59):

'Conclui, assim, Bielsa que, em substância, o ato administrativo complexo pode ser definido como ato constituído ou formado por vários atos independentes, mas com a mesma causa jurídica e emanados de órgãos administrativos centralizados ou descentralizados.

Na França a notícia que se tem é que pouco ou quase nada foi dedicado ao ato administrativo complexo, exceção feita a Du Bézin e Laubadère, que no capítulo de sua obra Tratado Elementar de Direito Administrativo dedicado à classificação dos atos administrativos refere-se, inicialmente, à classificação segundo a forma de manifestação da vontade, distinguindo aí atos unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

Em seguida, classifica-os segundo sua estrutura interna, quando, então, identifica atos simples e atos complexos ou operações administrativas.

Segundo o autor os atos administrativos complexos apresentam duas fases que considera sucessivas, das quais participam diferentes autoridades administrativas, acentuando ser freqüente na França este procedimento, especialmente quando um estatuto ou ordenamento é aprovado em função do parecer de um Conselho, ou ainda o próprio ritual da desapropriação, a adjudicação pública, a decisão de uma autoridade local que implica concurso de uma autoridade titular, e outros.

Assinala finalmente o autor que o interesse existente na distinção entre atos simples e atos complexos está justamente no fato de que o direito positivo aceita com grande freqüência, sob o ponto de vista do regime jurídico, o caráter dissociável da operação complexa, principalmente no que concerne aos recursos contra as medidas que concorrem para essa operação, mas que permanecem distintas.' (sem grifo no original)

Conclusão

*Com essas considerações, espera-se ter demonstrado que a apreciação de atos concessórios de aposentadoria pelo TCU, exercida com fundamento na competência instituída no art. 71, III, não é alcançada pelo prazo decadencial instituído pelo art. 54 da Lei nº 9.784/99, quer por não se caracterizar como atividade administrativa, o que afasta a incidência do referido diploma com arrimo do disposto pelo seu art. 1º, parágrafo 1º, quer por apresentar-se o aposentamento como ato complexo, razão pela qual a dita apreciação constituiria o **dies a quo** para o cômputo daquele prazo.”*

É o relatório.

VOTO

Refiro-me, inicialmente, à perfeita admissibilidade da requisição, que encontra amparo no artigo 4º da Lei nº 9.028/95, a qual disciplina o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, bem assim, internamente, no artigo 48 da Resolução TCU nº 136/2000.

2. No conteúdo, traz importantíssima questão a ser decidida por esta Corte, acerca da aplicabilidade das disposições da recente Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) sobre a atividade finalística do Tribunal, especialmente em face do seu artigo 54, que estabelece o prazo decadencial de cinco anos para a Administração exercer o direito de anular os próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, se deles decorrerem efeitos favoráveis para os administrados.

3. Como bem se vê, estaremos a discutir, mais uma vez, a posição conferida constitucionalmente ao Tribunal dentro da estrutura do Estado e a natureza jurídica de suas decisões, sem o que não será fidedigna a solução que apontar para a aplicabilidade, de maneira primária ou subsidiária, ou para a inaplicabilidade da processualística administrativa nos julgados que daqui defluem.

4. Nessa esteira, é a própria Lei nº 9.784/99 que nos dá a primeira e decisiva orientação, ao dispor, já no § 1º de seu artigo 1º, que deverá ser observada por todos aqueles que exercem função administrativa, em quaisquer dos poderes da União. Daí que quando a lei emprega o termo “Administração”, a exemplo do que ocorre no artigo 54, que mais nos interessa, empresta-lhe um significado funcional, para corresponder a quem, precipuamente ou não, exerce função administrativa, por distinção daqueles que desempenham as demais funções estatais, legislativa e judiciária.

5. Para o estudioso mais atento não será difícil observar a estreita correlação entre o artigo 54 da Lei do Processo Administrativo e as famosas Súmulas nºs 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, essências da teoria da autotutela administrativa, que assim enunciam, respectivamente:

“A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e

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

6. No dizer também de Hely Lopes Meirelles, “*desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa.*” (in “Direito Administrativo Brasileiro”. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 182)

7. Cotejando a nova norma processual com o entendimento sumulado, nota-se que o poder-dever de anulação declarado pela doutrina e pela jurisprudência, dantes de abrangência indefinida, agora encontra o limite temporal de cinco anos, depois do que a inércia da Administração levará à consolidação da situação jurídica estabelecida pelo ato irregular.

8. Noutros termos, o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 tem o objetivo de mitigar o uso indiscriminado do princípio da autotutela administrativa, fazendo-o inoperante em casos em que colaboraria para a insegurança das relações jurídicas providas pelo Estado, em prejuízo dos administrados. Protege-se, com isso, a boa-fé e a confiança daqueles que, presumindo regular a atuação da Administração, correriam o risco de ver seus direitos repentinamente cassados, após certo tempo de estabilidade. Em resumo, privilegia-se o cânone da segurança jurídica, expressamente introduzido no direito administrativo pela mesma Lei nº 9.784/99, como determina o seu artigo 2º, **caput**: “*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*” (grifei)

9. Enfim, as coisas começam a tornar-se harmônicas, ao se perceber que o dispositivo questionado da Lei nº 9.784/99, conquanto de reconhecida valia, do ponto de vista formal nada mais é do que um freio ao pleno exercício da autotutela administrativa, a qual, evidentemente, só está a alcance de quem expediu o ato inquinado, ou seja, a Administração. Basta, por similaridade, ver quem são os destinatários da Súmula nº 473 do STF. De outra parte, este Tribunal, quando afirma a ilegalidade de um ato, em estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, não está praticando autotutela, porque aí inexistente desempenho de função administrativa, mas sim controle da atividade alheia.

10. E trata-se de um controle externo, no sentido de que está localizado fora da Administração, ou, como se queira, da função administrativa, bem como é exterior o controle a cargo do Judiciário. Ambos são olhos vigiando, a seu modo, a atividade administrativa, agindo sobretudo quando falha a autotutela.

11. Reproduzo, em reforço, o magistério de Diógenes Gasparini:

“*O ato administrativo, ou, dito mais largamente, todo e qualquer comportamento da Administração Pública, está sujeito aos controles administrativo e judicial. O primeiro é realizado pela própria Administração Pública no exercício do poder de autotutela, que nesse mister age espontaneamente ou provocadamente, e tem em vista o exame dos atos e comportamentos da Administração Pública no que concerne ao mérito e à legalidade. O segundo é realizado pelo Poder Judiciário, que somente atua provocado, visando a legalidade de tais atos e comportamentos. (...) Isso, no entanto, não é tudo, pois os atos administrativos também estão sujeitos a exames do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas competentes.*” (in “Direito Administrativo”. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 107)

12. Seria realmente um paradoxo constitucional se o controle externo confiado ao Poder Legislativo fosse realizado com a cooperação de um órgão investido em função administrativa. Não é demais lembrar o que diz o artigo 71, **caput**, da Constituição Federal: “*O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (...)*”. Afinal, é esse Tribunal que, no âmbito da União, com o longo rol de competências que lhe foram cometidas, concretiza, direta e substancialmente, o controle externo.

13. Dessa forma, exerce este Tribunal função própria do Legislativo, ou, em sentido amplo, função legislativa. Não se relaciona, evidentemente, com a função de elaborar leis, porém com a de fiscalizar sua correta aplicação. De fato, com o amadurecimento do regime democrático e o aprimoramento da separação de poderes, o Legislativo ganha outros contornos, indo além da função de legiferar. Sua missão atual, como se depreende da Constituição brasileira, envolve igualmente a importante função controladora, que se nota presente por meio das comissões parlamentares de fiscalização e controle, de inquérito e do contributo deste Tribunal de Contas.

14. A propósito, já escreveu o ilustre professor e ex-senador Josaphat Marinho: “*(...) a diversidade das funções do Estado, crescente no mundo hodierno, leva à necessidade cada vez maior de especificação também das funções do Poder Legislativo. Historicamente, essas funções como que se bifurcavam entre a função legislativa ou normativa preeminente e a de crítica. (...) As transformações do Estado (...), ampliando os deveres da Administração, têm concorrido para alterar a competência do Poder Legislativo, que perde, crescentemente, parcelas de sua função normativa para o Poder Executivo. O Parlamento não tem mais o apanágio da função legislativa. A iniciativa em matéria legislativa e financeira escapa-lhe parcialmente. A prática da delegação de poderes contribui para restringir seu papel no domínio da lei, mas ao mesmo tempo, as prerrogativas das Assembléias deslocam-se para a esfera do controle da atividade governamental.*” (in “A função de controle do Congresso Nacional”. Revista de Informação Legislativa, vol. 14, nº 53, jan/mar de 1977. p. 17/38)

15. Nesse moderno contexto da ação parlamentar, insere-se o imprescindível trabalho das Cortes de Contas, perfilhado também por José Afonso da Silva, ao comentar suas competências constitucionais: “*Em todas essas hipóteses, na verdade, o que ocorre é uma função de controle; e uma função de controle que é tão elevada como a função jurisdicional. (...) A função de controle é, realmente, a função fundamental dos Tribunais de Contas.*” (in “Tribunais de Contas: função jurisdicional e execução de seus julgados”. Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nº 54, 1986. p. 33/48)

16. E mais ainda, a lição do constitucionalista Luís Roberto Barroso:

“*Nada obstante o desgaste doutrinário e político das últimas décadas, ainda prevalece no mundo jurídico a convicção de que o Estado realiza os seus fins por meio de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. Na lição sempre lembrada de Seabra Fagundes, legislar consiste em editar o direito positivo, administrar é aplicar a lei de ofício e julgar é aplicar a lei contenciosamente. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.*”

A função legislativa, ao longo dos anos, tem se caracterizado, não apenas pela edição de normas, como também pela missão, elevadíssima, de fiscalização dos atos governamentais, nos diferentes níveis, que vão desde sua conveniência política até sua legalidade. É neste domínio que se insere o Tribunal de Contas (...), ao qual compete, em controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos gastos públicos, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (CF 1988, arts. 70 e 71). Não é papel do Tribunal de Contas, por via de consequência, dizer definitivamente o Direito – pois isto incumbe ao Judiciário – nem tampouco substituir-se aos agentes públicos constitucionalmente designados para tomada de decisões políticas e administrativas – que é atribuição do Poder Executivo.” (in “Tribunais de Contas: algumas incompetências”. Revista de Direito Administrativo, nº 203, 1996. p. 131/140)

17. Posto que muitas vezes admitida como função autônoma, já que o Estado deve ter tantas funções quantas delas precisar, o controle, pela doutrina clássica, que faz corresponder as atividades estatais aos três poderes constituídos, vem compreendido numa das funções administrativa, legislativa ou judiciária. Por se referir a controle externo, a cargo do Poder Legislativo, a atividade deste Tribunal, de conformidade com a doutrina clássica, não pode ser outra senão função legislativa.

18. Com efeito, função judiciária não pode ser, porque no mais das vezes as decisões emanadas dos Tribunais de Contas estão sujeitas à revisão judicial, em face do que prescreve o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Trata-se, é bem verdade, de uma revisão normalmente circunscrita à conferência de aspectos formais, dado que a matéria **sub judice** remete à competência do mesmo modo constitucional das Cortes de Contas

19. Igualmente não se cuida de função administrativa, cuja definição encontramos na lição de Maria Sylvania Zanella di Pietro:

*“Embora haja três Poderes, a distribuição das funções entre eles não é rígida; cada qual exerce **predominantemente** uma função que lhe é própria, mas, paralelamente, desempenha algumas atribuições dos outros Poderes. Assim, a função administrativa cabe, precipuamente, ao Poder Executivo (...).*

*Considerando, pois, as três funções do Estado, sabe-se que a **administrativa** caracteriza-se por prover de maneira **imediata e concreta** às exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos preestabelecidos em lei. Costuma-se apontar três características essenciais da função administrativa: é **parcial, concreta e subordinada**. É **parcial** no sentido de que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é **concreta**, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei; é **subordinada**, porque está sujeita a controle jurisdicional.” (in “Direito Administrativo”. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 160)*

20. Seguindo o ensinamento da célebre administrativista, a função legislativa, de controle externo, não é parcial, porque o Parlamento ou o Tribunal de Contas não é parte das relações jurídicas que aprecia, e tampouco é concreta, visto que age decidindo da legalidade de atos administrativos, não concretizando as situações apreciadas. Por outro lado, essa espécie de função legislativa subordina a administrativa, porque exerce sobre ela o controle externo.

21. Tem-se, pois, que os misteres constitucionais dos Tribunais de Contas consistem em função de controle externo, pertencente à função legislativa, não dizendo qualquer respeito à função administrativa de que cuida a Lei nº 9.784/99.

22. Disso, com as vênias ao saudoso Hely Lopes Meirelles, as Cortes de Contas não se constituem em órgãos jurisdicionais administrativos, como são os Conselhos de Contribuintes, os Conselhos Curadores de Fundos e o Tribunal Marítimo, todos vinculados ao Poder Executivo. Por consequência, as decisões dos Tribunais de Contas também não podem ser vistas como administrativas, situando-se em patamar superior a essas, diante de seu destaque constitucional, a despeito da possibilidade de revisão judicial. São elas, em verdade, atos de controle, pertencentes à atividade legislativa, ou ao exercício de função legislativa, tomada em amplitude, segundo o melhor entendimento.

23. Do contrário, consistiriam as decisões dos Tribunais de Contas meros atos administrativos, que segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, reportando-se ao critério funcional, são somente aqueles praticados “*no exercício concreto da função administrativa*”, sejam eles editados “*pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos*”, no exercício daquela função (ob. cit., p. 160). Não é essa, entretanto, como já se viu, a função finalística desempenhada pelo Tribunal de Contas.

24. Com muita propriedade, o mestre Miguel Reale, partindo de seus conhecimentos jusfilosóficos, que lhe permitem discernir a essência das coisas como ninguém, já discorria há algumas décadas acerca da similaridade entre a jurisdição própria do Poder Judiciário e aquela atribuída constitucionalmente às Cortes de Contas:

“(...) se os Tribunais de Contas não constituem órgãos jurisdicionais propriamente ditos, nem por isso se lhes pode recusar, na estrutura do Estado de Direito, uma posição que poderia ser considerada ‘parajurisdicional’, prevalecendo cada vez mais na doutrina a tese tendente a afirmar o caráter jurisdicional de suas decisões. Por outro lado estas se estendem até mesmo à esfera legislativa, sendo-lhes reconhecida a faculdade de negar executoriedade a leis inconstitucionais. Tal matéria pode, aliás, ser considerada pacífica, consoante expresse pela Ementa nº 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.” (in “Direito Administrativo - Estudos e Pareceres”. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 94)

25. Decerto, não esteve a própria Corte Suprema outorgando a um órgão de jurisdição administrativa parcela da nobre missão de controlar a constitucionalidade das leis, conforme diz a sua Súmula nº 347: “*O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.*”

26. São assim as decisões dos Tribunais de Contas como um meio-termo entre a dita “coisa julgada administrativa” e a apreciação judicial, que somente se dá, usualmente, à vista da aceitação da competência originária constitucional do controle externo (artigo 71 da Constituição), para verificar a conformidade do devido processo legal (v.g., RE-55.821/PR: “*Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave, ou manifesta ilegalidade*”; MS-8.886/ES: “*A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário*”; MS-21.466/DF: “*Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. No exercício de sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre outras atribuições, à verificação da aposentadoria, e determina – tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo – a efetivação, ou não, de seu registro.” (grifei)*

27. Não sendo órgão que exerça função administrativa, ou mesmo jurisdição de cunho administrativo, exceto sobre os assuntos internos, o Tribunal de Contas não está compelido a observar os ditames da Lei nº 9.784/99, que aliás determina uma processualística amplamente divergente daquela já regulada pela Lei nº 8.443/92, aplicável aos julgamentos em matéria de controle externo.

28. Quanto à instrumentalização do autocontrole realizado pela Administração, previsto pela Lei nº 9.784/99, o professor Diógenes Gasparini explica o seguinte:

“O controle administrativo, também chamado de autocontrole, é o exercido pelo Executivo e por órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário sobre suas próprias atividades administrativas, visando confirmá-las ou desfazê-las, conforme sejam, ou não, legais, convenientes, oportunas e eficientes. (...) É controle interno, porque o órgão controlador bem como o controlado integram a mesma organização. (...)

O fundamento do controle administrativo reside no dever-poder de autotutela que a Administração Pública tem sobre suas atividades, atos e agentes. (...)

Os instrumentos do controle são todos os meios que propiciam à Administração Pública e aos órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário o reexame de suas próprias decisões e atividades. Tais instrumentos são: direito de petição; pedido de reconsideração; reclamação administrativa; recurso administrativo.” (ob. cit., p. 725/726)

29. Desses instrumentos de autocontrole, ao lado dos quais encontra-se, evidentemente, o poder da Administração de rever seus atos de ofício, o recurso administrativo está disciplinado pela Lei nº 9.784/99, em seu capítulo XV, demonstrando que o mencionado normativo regula o controle administrativo.

30. Por seu turno, a processualística particular do controle externo tem como objeto imediato o ato já consumado e presumidamente revisto pela Administração, atingindo direitos subjetivos por via reflexa, ao considerar legal ou ilegal determinada conduta atinente à atividade administrativa. Em outras palavras, não visa atender aos interesses individuais dos administrados nem prover-lhes direta e concretamente uma ação, mas sim materializar interesses públicos amplos, de toda a coletividade.

31. Daí que abrange instrumentos como o exame de contas, a denúncia, a representação, a auditoria e outras formas de defesa do interesse público que culminam em decisões de controle externo passíveis de recursos especiais, tudo consoante dispõe a Lei nº 8.443/92, para o caso deste Tribunal. Tem-se, com efeito, um processo de natureza especial, que mesmo se considerado administrativo, tão-somente por argumentação, contaria com a excepcionalidade decretada pelo artigo 69 da Lei nº 9.784/99: “*Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*”

32. No entanto, os processos administrativos de que trata o referido artigo da Lei nº 9.784/99 devem ser entendidos como aqueles que cuidam diretamente de um interesse privado, por meio de um serviço de interesse público, ou que providenciam o funcionamento de uma atividade pública concreta, a exemplo dos seguintes: o processo administrativo previsto no artigo 38 da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93); o discriminatório das terras devolutas da União (Lei nº 6.383/76); o de determinação e exigência de créditos tributários da União; o estabelecido no Capítulo XVIII do Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9.503/97); o disciplinar da Lei nº 8.112/90 etc.

33. Efetivamente, a Lei nº 8.443/92, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas da União, regulamenta parte relevante do ordenamento constitucional, concernente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e suas entidades (Seção IX do Capítulo I do Título IV). Seu contexto inclui-se na organização do Poder Legislativo, segundo se depreende da articulação do corpo da Lei Maior, de tal sorte que, mais uma vez, percebe-se a intenção do constituinte de qualificar as atribuições deste Tribunal como função legislativa, em sentido amplo.

34. Portanto, assim como não seria de se admitir que tivesse aplicação sobre o controle jurisdicional do Poder Judiciário, a Lei do Processo Administrativo, estabelecendo as regras da processualística peculiar da Administração, não pode se estender ao controle externo parlamentar efetuado com o auxílio do Tribunal de Contas, sob pena de subverter a lógica da distribuição e separação dos poderes.

35. Ademais, é bom ressaltar, não poderia a lei restringir, sem o devido permissivo constitucional, uma competência entregue ao Tribunal de Contas de maneira ilimitada em sua origem, segundo a vontade nacional captada pelo constituinte.

36. Não se quer dizer, claramente, que os princípios que norteiam o processo administrativo nunca serão levados em conta fora de seu âmbito. Contudo, serão por representarem princípios constitucionais ou por consistirem em valores reconhecidos pelo direito. Quando forem apenas regras específicas do processo administrativo,

não terão o condão de vincular as decisões do controle, seja judicial ou parlamentar, em que pese os processos do Tribunal de Contas poderem aproveitá-los, subsidiariamente, conforme acontece com os princípios da oficialidade, do formalismo moderado e da verdade material.

37. Veja-se exatamente o caso do princípio da segurança jurídica, de mais alta valia, proveniente do ordenamento constitucional, e que baliza a regra do artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Sua inteligência é bastante utilizada como parâmetro de justiça em decisões judiciais, bem assim nos julgados desta Corte. Ocorre que a Lei do Processo Administrativo lhe deu traços exclusivos, ao fixar o lapso de cinco anos como fronteira entre a possibilidade e a impossibilidade de anulação dos atos administrativos pela própria Administração, no exercício da autotutela. Essa particularidade, no entanto, não amarra o controle externo, que permanece apto a declarar a nulidade dos atos administrativos desconformes com a lei.

38. Neste Tribunal, o cânone da segurança jurídica vem assumindo espaço cada vez maior, em que pese sua aplicação estar condicionada, normalmente, ao exame das circunstâncias dos casos em que terá ele lugar. Em determinadas situações, opera atenuando os efeitos maléficos do rigoroso emprego do princípio da legalidade; noutras, chega a convalidar relações jurídicas estabelecidas sem a fiel observância da lei, em respeito ao interesse público primaz.

39. Exemplo das primeiras situações é a própria Decisão nº 211/2000-2ª Câmara, que deu origem a este processo. Embora recuse registro ao ato de concessão da aposentadoria, por reputá-lo ilegal, dispensa “*a reposição das quantias recebidas de boa-fé, nos termos do Enunciado nº 106 da Sumula de Jurisprudência desta Corte*”, que prescreve: “*O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.*”

40. No mesmo sentido estão as Súmulas nºs 74 (não aplicável ao arredondamento para aposentadoria especial de professor, objeto da Decisão nº 211/2000-2ª Câmara) e 105, que dizem, respectivamente:

“*Para efeito apenas de aposentadoria – e não para o de acréscimo por tempo de serviço ou qualquer outra vantagem – admite-se a contagem do período de inatividade, com o objetivo de suprir lacuna deixada pela exclusão de tempo de serviço não computável em face da lei e o de evitar a reversão à atividade de antigos servidores, cujas concessões foram tardiamente submetidas a exame e julgamento do Tribunal de Contas da União*”; e

“*A modificação posterior da Jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior.*”

41. Idem estão os Acórdãos nºs 55/98-Plenário e 75/98-Plenário e as Decisões nºs 81/97-1ª Câmara, 217/97-Plenário, 228/98-Plenário, 123/99-2ª Câmara, 131/99-1ª Câmara, 146/99-1ª Câmara, 171/99-1ª Câmara, 215/99-Plenário, 285/98-1ª Câmara, 420/99-Plenário, 458/99-Plenário, 482/99-Plenário, 586/98-Plenário, 270/99-1ª Câmara, 904/99-Plenário e 211/2000-Plenário, entre diversos outros, que reproduzem a jurisprudência sumulada desta Corte ou constroem soluções jurídicas novas e peculiares.

42. No que diz respeito às situações de convalidação, tomo como exemplos as Decisões nºs 85/96-2ª Câmara, 336/97-Plenário e 256/2000-1ª Câmara.

43. Não se deve perder de vista, enfim, que as decisões do Tribunal de Contas traduzem o exercício da função de controle externo, de caráter legislativo, sobre a função administrativa, que com aquela não se confunde. Ao apontarem irregularidades quando da fiscalização da atividade administrativa, as decisões do Tribunal exigem um ato posterior da Administração, para a correção do ponto impugnado. Todavia, agindo assim, a Administração Pública não exerce autotutela, como se retirasse do mundo jurídico, **sponte sua**, o ato irregular. Na realidade, está sendo vinculada a esse agir, por força de determinação do órgão de controle externo. Nesses casos, inexistindo autotutela, não há que se falar na aplicação da Lei nº 9.784/99.

44. Tudo o que foi dito até aqui bastaria para afastar a incidência da Lei do Processo Administrativo sobre todos os processos da competência deste Tribunal, delineados pelo artigo 71 da Constituição Federal. Mas no caso particular da apreciação de concessões de aposentadoria, ainda se pode ter em consideração a natureza complexa do ato concessório, que impediria o efeito decadencial argüido nos termos do artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

45. Ao apreciar tais atos, o Tribunal exerce mais uma vez sua função de controle externo, a teor da disposição constitucional, comentada por José Afonso da Silva:

“Em verdade, (...) ao Tribunal de Contas cabe apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões independentemente de sua apreciação as melhorias posteriores [exceto, quanto a estas, quando houver modificação do fundamento original].

Num trabalho por mim publicado, salientei que, apesar do texto falar em simples registro, na verdade, o Tribunal de Contas não exerce uma função puramente cartorária; o que o Tribunal de Contas deverá continuar julgando é realmente da legalidade para integrar o ato efetivamente.” (ob. cit.)

46. Da mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer a natureza complexa dos atos de concessão de aposentadorias, admite a magnitude das decisões das Cortes de Contas concernentes a sua legalidade, de acordo com o que afirma a Súmula nº 6 daquele Tribunal Constitucional: *“A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário.”*

47. Com isso, o ato não se esgota enquanto inexistir o pronunciamento pela legalidade do Tribunal de Contas competente, de sorte que, somente a contar desse momento, começaria a correr eventual prazo de decadência.

48. No entanto, ressalte-se, a apreciação pelo Tribunal de Contas corresponde, verdadeiramente, ao exercício da função de controle externo, da índole do Legislativo, e não ao desempenho, ainda que de modo complementar, de função administrativa, como leciona Diógenes Gasparini:

“Em mais de uma passagem a Constituição da República outorga ao Legislativo competência para participar da função administrativa realizada, precipuamente, pelo Executivo. A contribuição dos órgãos legiferantes para a validade da atuação da Administração Pública acaba redundando em controle, já que lhe cabe aprovar ou autorizar essa atuação.” (ob. cit., p. 739/740)

49. Em idêntica linha, o posicionamento de Caio Tácito, apresentado por Sandra Julien Miranda:

“Observa aquele tratadista a necessidade de ser examinada a natureza administrativa ou jurisdicional das manifestações do Tribunal de Contas, como órgão de controle financeiro, sobre a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões (in “Revisão administrativa e atos julgados pelo Tribunal de Contas”. RDA 52. p. 216-223).

Isto porque, muito embora uma das formas típicas do ato complexo seja aquele sujeito a autorização ou aprovação de outra autoridade, a doutrina italiana costuma distinguir o ato complexo em que a aprovação integra a manifestação de vontade das formas de mero controle de legalidade, em que o ato, apesar de perfeito, depende, para sua eficácia, de ação de outra autoridade, verdadeira condição suspensiva.

Considera, assim – observa Caio Tácito –, que, desde que se limite o conceito de aprovação aos atos típicos de controle, especialmente de entes personalizados, não há identidade de fins e de conteúdo entre as duas manifestações de vontade, que, embora concorrentes, atendem a interesses distintos. O pronunciamento inicial constitui, assim, um ato perfeito, de eficácia condicionada à aprovação. (...)

Nessa ordem de idéias, a participação do Tribunal de Contas como órgão de controle financeiro sobre a legalidade das aposentadorias, reformas e pensões, na realidade, não integraria o ato concessório, que se consuma na esfera administrativa. Sua análise, circunscrita ao plano da legalidade e visando à garantia do Erário, se realiza sobre o ato já praticado pela autoridade administrativa competente.” (in “Do ato administrativo complexo”. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 119/120)

50. No mesmo trabalho, a referência ao pensamento de Victor Nunes Leal, Ministro Emérito do STF, quando proferiu o voto vencedor no julgamento do MS-8.886/ES:

“A aprovação do Tribunal não integra o ato mesmo; em relação a ele é um plus, de natureza declaratória quanto à sua legitimidade em face da lei. (...)

Invoca, então, os ensinamentos de Francisco Campos, observando que a eficácia de certos atos administrativos, em razão do interesse público, fica suspensa até que outro órgão a aprove, mas este nada acrescenta ao ato: declara-lhe, apenas, a conformidade com a lei, e dessa declaração decorre, para o ato em foco, uma força nova, a saber: a aptidão a gerar efeitos. Tal é a natureza da função de controle, que não integra nem completa o ato, já anteriormente acabado e perfeito, diversamente da função de aprovação, pela qual a autoridade a quem é cometida a aprovação do ato colabora com a sua vontade no acabamento ou aperfeiçoamento do mesmo.

*Por tais razões, conclui que o julgamento favorável da aposentadoria pelo Tribunal de Contas tem efeito **ex tunc**. O ato de aposentadoria, mesmo antes de julgado pelo Tribunal de Contas, produz efeitos condicionados àquele julgamento; o principal deles é a vacância do cargo, que pode ser imediatamente provido com outro titular.” (ob. cit., p. 123/124)*

51. Por todo o exposto, restam inaplicáveis, de forma obrigatória, os preceitos da Lei nº 9.784/99 aos processos da competência constitucional deste Tribunal de Contas, do mesmo modo que não se impõem aos atos administrativos que meramente cumprem as decisões do controle externo proferidas para a correção de ilegalidades observadas na atividade administrativa.

Assim, peço vênias por discordar da CONJUR; acolho, em sua maior parte, o parecer da SEGECEX; e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto à deliberação do Plenário.

DECISÃO Nº 1020/2000-TCU-PLENÁRIO¹

1. Processo nº TC-013.829/2000-0
2. Classe de Assunto: VII - Solicitação da Advocacia-Geral da União
3. Órgão: Advocacia-Geral da União (Procuradoria da União no Estado do Espírito Santo)
4. Interessada: Maria José Oliveira Lima Roque (Procuradora-Chefe substituta da Procuradoria da União no Estado do Espírito Santo)
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Instrutivas: CONJUR e SEGECEX
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 conhecer da presente solicitação, por estar amparada nos artigos 4º da Lei nº 9.028/95 e 48 da Resolução TCU nº 136/2000;
 - 8.2 responder à interessada que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não tem aplicação obrigatória sobre os processos da competência deste Tribunal de Contas, definida pelo artigo 71 da Constituição Federal, de maneira que, em consequência, não cabe argüir acerca da inobservância do artigo 54 da mencionada lei em apreciações de atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões (artigo 71, inciso III, da C.F.); e
 - 8.3 enviar cópia desta decisão, assim como do relatório e voto que a fundamentam, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Chefe da União no Estado do Espírito Santo.
9. Ata nº 47/2000 – Plenário
10. Data da Sessão: 29/11/2000 – Ordinária
11. Especificação do *quorum*:

¹ Publicada no DOU de 15/12/2000.

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

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
na Presidência

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

INSS E DATAPREV - GASTOS COM BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS NÃO RESSARCIDOS DEVIDAMENTE

Relatório de Auditoria Integrada

Ministro-Relator Guilherme Palmeira

Grupo I – Classe V – Plenário

TC-001.983/98-9

Natureza: Relatório de Auditoria Integrada

Responsáveis: Crésio de Matos Rolim (Presidente INSS) e Ramon Eduardo Barros Barreto (DATAPREV)

Entidade: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social - DATAPREV

Ementa: Relatório de Auditoria Integrada. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV. Gastos com benefícios assistenciais não ressarcidos devidamente. Insuficiência de recursos humanos e operacionais. Ausência de segregação de funções para os servidores que habilitam, concedem e revisam os benefícios. Fragilidade dos sistemas informatizados. Determinações. Encaminhamento de cópias ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, Presidente da Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, ao Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social e aos Presidentes do INSS e DATAPREV.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório o Sumário Executivo do Relatório de Auditoria Integrada realizada no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e na Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV:

“A auditoria operacional e financeira no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, extensível à Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV, foi realizada em cumprimento à Decisão nº 791 – TCU – Plenário, de 19 de novembro de 1997, a qual acolheu a solicitação do então Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia.

A equipe composta inicialmente por analistas da 7ª SECEX, SEINF, SAUDI e 5ª SECEX, sob a coordenação da primeira, procedeu ao levantamento de auditoria, delimitando as questões para exame, tendo apresentado o respectivo relatório em 28 de agosto de 1998.

Em despacho de 20/01/99, o Relator restituiu os autos à 7ª SECEX para a adequação do planejamento dos trabalhos às alterações da legislação da Previdência Social, face à aprovação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998

Feitas as adequações, acolhidas pelo Relator, à época, Ministro Homero Santos, o processo foi restituído à 4ª SECEX, e não à 7ª, uma vez que o Ministério da Previdência e Assistência Social passou a integrar a clientela daquela SECEX, conforme Portaria TCU – GP nº 61, de 29/01/99.

A nova equipe de auditoria, coordenada pela 4ª SECEX, com a incumbência de dar continuidade aos trabalhos de auditoria operacional em órgão de clientela recém recebida, sem ter participado do levantamento preliminar, solicitou e obteve do novo Relator, Ministro Guilherme Palmeira, o prazo de 40 dias úteis, a contar de 8 de junho de 1999, para revisão das questões apresentadas inicialmente e elaboração da matriz de planejamento de auditoria.

As questões revisadas e o respectivo conjunto de matriz de planejamento foram aprovados pelo Relator, consoante Despacho de 13 de setembro de 1999.

Os trabalhos de auditoria foram executados no período de 13/09 a 17/12/1999.

2. OBJETIVO

O presente relatório aborda a atuação do INSS nas áreas de arrecadação, fiscalização, cobrança administrativa, cobrança judicial, benefícios e segurança lógica dos seus sistemas informatizados, mantidos pela Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV, no período de 1994 – 1998, com o objetivo de explicitar os seguintes aspectos:

- a) arrecadação financeira a partir de 1994;
- b) despesas administrativas e com benefícios a partir de 1994;
- c) estrutura e dispositivos de segurança do sistema operacional de arrecadação bancária;
- d) estrutura e dispositivos de segurança do sistema operacional de concessão de benefícios;
- e) sistema de programação de fiscalização previdenciária;
- f) sistema de cobrança administrativa e judicial de débitos;
- g) avaliação da legislação referente ao parcelamento de débitos.

3. METODOLOGIA ADOTADA

Dada a extensão do trabalho, o tratamento dos temas foi efetuado por diferentes equipes, utilizando-se a metodologia descrita no Manual de Auditoria de Desempenho. O presente trabalho é composto do relatório preliminar de levantamento de auditoria, matrizes de planejamento de auditoria, relatório final e deste sumário executivo.

A análise dos sistemas operacionais do INSS, desenvolvidos e mantidos pela DATAPREV, foi realizada de acordo com as orientações do Manual de Auditoria de Sistemas e dos Procedimentos de Auditoria de Sistemas, ambos editados pela SAUDI.

PARTE I

4. PRINCIPAIS CONSTATAÇÕES

O Decreto-lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, é considerado um marco na história da Previdência Social no Brasil. Conhecido como Lei Eloy Chaves, esse diploma legal instituiu as Caixas de Aposentadoria e Pensão, que vinculavam a contribuição e a concessão de benefícios a empresas e seus empregados.

Desse marco inicial até o ano de 1976, quando os benefícios de previdência e assistência social foram estendidos aos empregados rurais e seus dependentes, até então excluídos do sistema, nem todas as pessoas que exerciam atividades remuneradas tinham o direito de filiar-se ao sistema oficial de previdência social.

O Regime Geral de Previdência Social abrange os segurados - empregados, trabalhadores autônomos, empresário, trabalhador avulso, produtor, meeiro, parceiro e arrendatários rurais - e os seus dependentes - cônjuge, companheira (o), filho não emancipado, pais e irmão não emancipado.

A administração do Regime Geral de Previdência Social é atribuída ao Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, sendo exercida pelos órgãos e entidades a ele vinculados, notadamente, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social - DATAPREV.

O INSS foi instituído como autarquia federal, mediante a fusão do IAPAS com o INPS, em 1990. Verificou-se que, apesar de passados quase nove anos da fusão, os Postos de Arrecadação e Fiscalização funcionam em locais separados dos Postos de Seguro Social, responsáveis pela concessão de benefícios. Tal estrutura deverá ser unificada quando da implantação efetiva do Decreto nº 3.081, de 10 de junho de 1999, o qual promoveu modificações em toda a estrutura organizacional do INSS.

Em 1997, o INSS contratou a Fundação Instituto de Administração da Universidade de São Paulo para realizar uma avaliação de sua estrutura. Apresentadas as conclusões desse trabalho, foi editado o referido Decreto nº 3.081/99, cuidando da reestruturação da autarquia, o que não pôde ser avaliado pela equipe de auditoria, uma vez que os presentes trabalhos foram realizados justamente na fase de transição entre a nova e a antiga ordem.

O número de servidores ativos no INSS vem diminuindo desde 1994. Assim, em dezembro de 1998 eram 42.741 servidores em atividade, o que representou uma redução de 12,78% em relação ao quantitativo de 49.002 de 1994. Os servidores inativos, no entanto, cresceram 46,37% nesse período.

4.1 ORÇAMENTO

A seguridade social compreende um conjunto de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

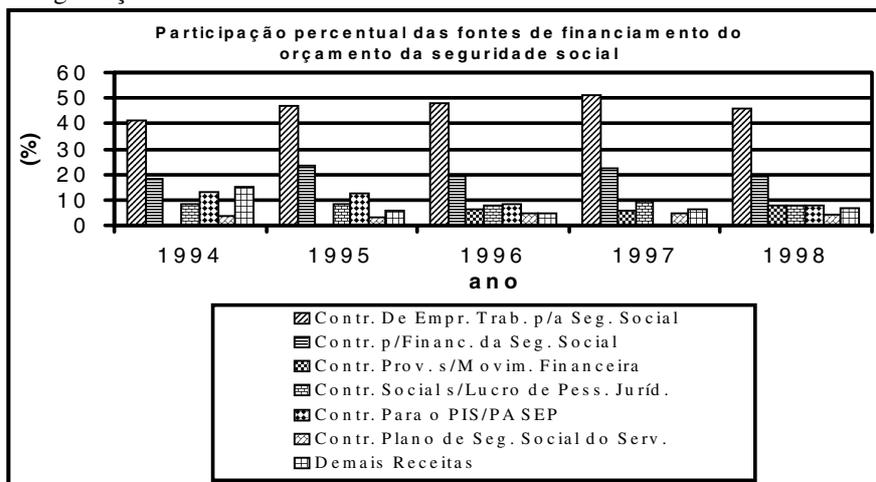
Os recursos destinados às ações de previdência social acham-se discriminados no orçamento da seguridade social, que é composto, no âmbito federal, das seguintes receitas:

- a) receitas da união;
- b) receitas das contribuições sociais;
- c) outras receitas;

Compete à Secretaria da Receita Federal arrecadar, fiscalizar, lançar e regulamentar o recolhimento das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro das empresas e sobre a receita dos concursos de prognósticos (art. 33 da Lei nº 8.212/91). Ao INSS compete desenvolver essas mesmas ações em relação à contribuição de empregadores e trabalhadores para a seguridade social e às contribuições incidentes sobre a folha de salários, devidas a entidades conveniadas com o Instituto.

As contribuições sociais constituem-se nas principais fontes de financiamento da seguridade social, destacando-se dentre elas a Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, a Contribuição Social sobre o Lucro de Pessoas Jurídicas, dentre outras cuja participação no orçamento da seguridade social acha-se demonstrada no Gráfico 1.

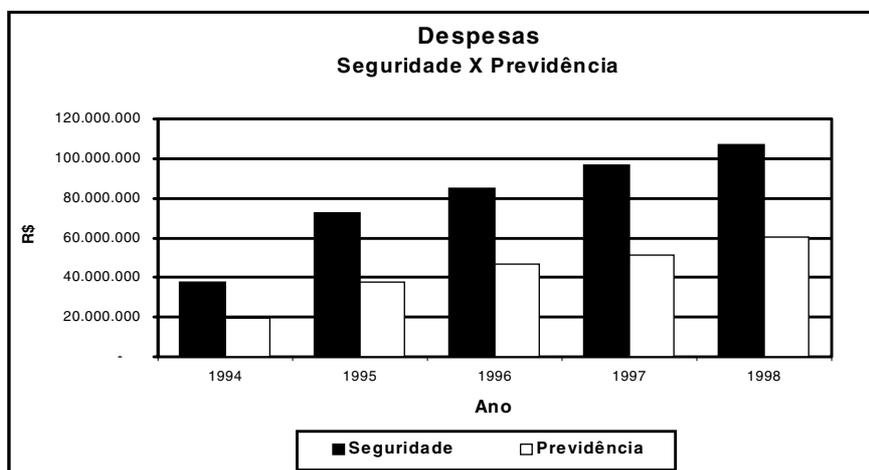
Gráfico 1. Participação percentual das fontes de financiamento do orçamento da seguridade social.



Fonte: Orçamento Geral da União 1994 a 1998

No período compreendido entre 1994 e 1998, mais de 50% das despesas da seguridade foram realizadas com ações de previdência social, relação essa demonstrada no Gráfico 2.

Gráfico 2. Comparativo entre as despesas da Seguridade e da Previdência Social.



Fonte: STN/CCCONT - SIAFI

4.2 ARRECADAÇÃO, FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA ADMINISTRATIVA

Os recursos destinados à manutenção das ações de previdência podem ser classificados em três grupos:

a) recursos diretamente arrecadados pelo INSS, que não transitam financeiramente pelo Tesouro Nacional:

Fonte 154 - Contribuição dos Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social ;

Fonte 250 – Recursos Próprios Diretamente Arrecadados ;

Fonte 292 – Saldos de exercícios anteriores;

b) recursos vinculados à Seguridade Social, transferidos pelo Tesouro Nacional, em conformidade com o disposto na Lei Orçamentária Anual:

Fonte 122 – Contribuição Sobre a Receita de Concurso de Prognósticos;

Fonte 123 – Cota de Previdência;

Fonte 151 – Contribuição Social sobre o Lucro da Pessoa Jurídica;

Fonte 153 – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social;

Fonte 156 – Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público;

Fonte 198 – Contribuição para o FINSOCIAL – Recuperação de Depósitos Judiciais;

Fonte 329 – Recursos de Concessões e Permissões

c) recursos não vinculados à Seguridade Social, transferidos à Previdência Social pelo Tesouro Nacional, para suprir a sua necessidade de financiamento:

Fonte 100 – Recursos Ordinários;

Fonte 144 – Títulos de responsabilidade do Tesouro Nacional;

Fonte 199 – Fundo Social de Emergência/Fundo de Estabilização Fiscal.

A receita proveniente da Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a seguridade social é a de maior expressão no âmbito da previdência social. No período em análise, ela supriu, em média, 66% dos recursos da previdência

Procedeu-se à apuração da arrecadação líquida do INSS, no período de 1994 a 1998, comparando-a com o valor total de benefícios pagos. Do confronto entre as receitas arrecadadas e os benefícios pagos pelo Instituto, verificou-se que, em termos reais, enquanto a arrecadação cresceu 17%, o total de benefícios pagos aumentou 41,3%, de 1995 a 1998.

A partir de 1996, o sistema perdeu a capacidade de financiar seus gastos com benefícios com receitas próprias. Mais do que isso, a diferença entre a arrecadação líquida e os benefícios pagos aumentou de forma acentuada.

Uma explicação para tal comportamento é que, a partir do exercício de 1996, a União começou a arcar com o pagamento dos benefícios assistenciais a idosos e portadores de deficiência física, instituídos pela Lei nº 8.742/93 (Lei de Assistência Social – LOAS).

O pagamento dos benefícios assistenciais é efetuado pelo INSS por força de um convênio firmado entre o Instituto e a Secretaria de Assistência Social do MPAS. O convênio estabelece que os valores gastos com o pagamento dos benefícios assistenciais e as despesas operacionais decorrentes dessa prestação de serviços devem ser ressarcidos ao INSS, o que não vem ocorrendo nos valores efetivamente devidos.

A análise do fluxo de caixa do INSS demonstra a dificuldade do sistema em financiar-se, já a partir de 1995, ano em que o saldo operacional do INSS, isto é, o valor da arrecadação total não foi suficiente para suportar o valor dos pagamentos efetuados.

Nos anos de 1996 a 1998, o INSS recorreu a operações de crédito, junto ao Banco do Brasil, para financiar o seu déficit.

Embora os resultados de caixa da previdência tenham sido desfavoráveis nos anos em questão, constatou-se que a arrecadação das receitas que compõem os recursos da seguridade e da previdência social vêm confirmando a sua previsão de arrecadação, e por vezes, a superam.

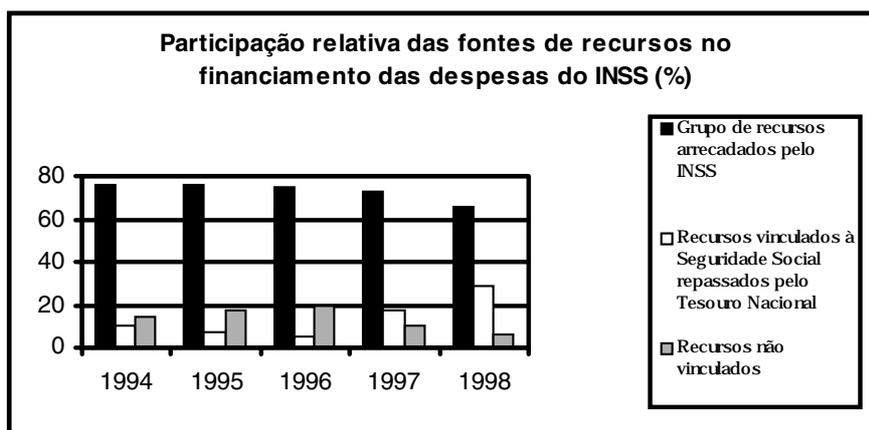
Em termos reais a arrecadação das principais receitas, comuns à seguridade social e ao INSS no período compreendido entre 1995 a 1998, teve um crescimento real de 9,1%.

Ocorre, porém, que nem toda a arrecadação efetuada nas fontes como a COFINS e a CSSL são destinadas à previdência social, já que financiam, também, ações de saúde e de assistência.

No período analisado, uma média de 72,00% das despesas do INSS foram financiadas com recursos diretamente arrecadados pelo Instituto. A participação dos recursos vinculados à Seguridade Social nas despesas do INSS variou de 9,83% para 28,24%, de 1994 a 1998.

O percentual das despesas do INSS financiadas com recursos dos Tesouro Nacional vem oscilando. Em 1994, foi de 14,56% e em 1996, 19,69%, caindo para 6,91% em 1998.

Gráfico 3. Participação relativa das fontes de recursos no financiamento das despesas do INSS (%).



Fonte: INSS, SIAFI

Essa constatação torna-se preocupante na medida em que os recursos provenientes do Fundo Social de Emergência e, posteriormente, do Fundo de Estabilização Fiscal, não são vinculados à Seguridade Social, embora 20% de todas as contribuições sociais tenham sido destinadas a esses Fundos.

Tal procedimento possibilita um maior poder de remanejamento de recursos para áreas de interesse do Governo Federal, mediante a destinação do FSE/FEF, para fins outros que não ações de seguridade social. Assim, a previdência social passou a ter uma participação maior nos recursos vinculados à seguridade social, por força de um aumento de recursos repassados a título de COFINS e CSSL, em detrimento das áreas de saúde e assistência social.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, ficou vedado o uso de recursos provenientes do recolhimento de contribuições sociais pelas empresas, sobre a folha de salários, e dos trabalhadores para o pagamento de outras despesas que não se configurem benefícios previdenciários, excluindo, portanto, a possibilidade da incidência do FEF sobre essas contribuições.

O INSS arrecada, fiscaliza e efetua a cobrança de contribuições destinadas a entidades tais como o SESC, SEBRAE, SENAI, dentre outras, recebendo para tanto uma quantia devida a título de taxa de administração.

Verificou-se que o INSS, por deficiência de controle, repassou quantias superiores às devidas a essas entidades, denominadas, genericamente, como

‘Terceiros’. No entanto, já adotou medidas para corrigir a falha detectada. Além disso, a adoção da Guia de Informações para o FGTS e para a Previdência Social (GFIP) deverá possibilitar a identificação das receitas por código, dificultando o repasse incorreto de receitas do INSS para outras entidades.

Uma tentativa de aumentar a arrecadação, proposta pelo INSS, foi a mudança na legislação que concedia tratamento diferenciado às entidades de fins filantrópicos em relação à cobrança da contribuição social. Em novembro de 1998, segundo dados do INSS, havia 5.745 entidades isentas do recolhimento da parte patronal para os cofres da Previdência. Em junho de 1999, esse número caiu para 5.100 entidades, uma redução de 12%, o que é creditado à edição da Lei nº 9.732/98, conhecida como a Lei das Filantrópicas, cujos efeitos estão suspensos por liminar concedida pelo STF em ADIN proposta pela Confederação Nacional de Saúde.

Uma das dificuldades enfrentadas no desenvolvimento do trabalho está relacionada com o tratamento dos dados relativos à realização de despesas e receitas do INSS. Os dados do Anuário Estatístico da Previdência Social são apresentados sem explicitar os conceitos e as metodologias usadas para o tratamento.

Outras formas de aumentar a arrecadação do INSS estão relacionadas a ações de fiscalização e cobrança.

A estrutura da fiscalização do INSS está mudando. O número de empresas fiscalizadas no período em análise vem decrescendo ao passo que o Resultado da Ação Fiscal - RAF vem aumentando.

O incremento da RAF, no entanto, acontece em condições de trabalho adversas. De acordo com o presidente da Associação Nacional de Fiscais de Contribuições Previdenciárias – ANFIP, são necessários no mínimo 7.500 fiscais – atualmente o quadro conta com aproximadamente 4.000 fiscais. Outra deficiência constatada no desempenho das atribuições inerentes à fiscalização, particularmente no combate à sonegação e à fraude, situa-se no setor de informática, onde verificou-se a existência de equipamentos obsoletos e em quantidade insuficiente, além de sistemas informatizados com pouca confiabilidade.

Por outro lado, verificou-se que o INSS vem mudando a forma de fiscalizar, desde a implantação do Sistema de Gerenciamento de Segmentação – SGS, o qual acompanha – mediante o monitoramento de dados de consumo de água, energia, ocupação de mão-de-obra, por exemplo – o desempenho de dezoito segmentos econômicos.

Por esse acompanhamento, empresas de um mesmo setor têm o seu desempenho e pagamento das contribuições comparados entre si, possibilitando detectar anormalidade em relação ao pagamento das contribuições devidas. O SGS passou, também, a direcionar o planejamento de ações fiscais de caráter nacional.

O INSS vem tentando agilizar o processo de cobrança administrativa. Segundo apurado, esse processo pode tramitar por um período mínimo de 229 dias. A meta

traçada pela área de arrecadação, fiscalização e cobrança, a partir de 1996, diminuiu esse período para 150 dias.

O estabelecimento dessa meta parece ter influenciado positivamente nos registros do órgão, já que a quantidade de débitos administrativos reduziu-se em 56,1% de julho de 1997 a dezembro de 1998.

O alcance dessa meta, no entanto, não implica incremento da arrecadação já que se corre o risco de se transferirem débitos cobrados administrativamente, para a cobrança judicial.

Em 1998, as empresas privadas – situadas nesse conceito as pessoas físicas e jurídicas – eram responsáveis por 76,9% dos débitos com a previdência, cabendo o restante aos órgãos públicos e as suas autarquias e fundações.

4.3 SISTEMA DE COBRANÇA JUDICIAL

A Procuradoria do INSS é o órgão encarregado da cobrança judicial dos débitos previdenciários. Esses débitos são classificados em dois grandes grupos: “Dívida Ativa” e “Contencioso Geral”.

Os débitos são inscritos na Dívida Ativa quando o contribuinte, regularmente notificado sobre um débito previdenciário, não recolhe o *quantum* devido apurado em fase administrativa.

Os débitos referentes ao Contencioso Geral são aqueles originários de processos judiciais envolvendo acidentes de trabalho, área de pessoal, revisão de benefícios, ações patrimoniais, dentre outros, onde o INSS seja parte.

O INSS atua, ainda, em causas de: liquidação extrajudicial de débitos, liquidação parcial da execução fiscal, parcelamentos judiciais, liquidações diversas de natureza não fiscal ou residual e na recuperação de valores havidos e processos de falência e concordata.

O montante da dívida previdenciária somava, em 1998, R\$ 53,9 bilhões, enquanto a arrecadação da mesma foi de R\$ 981 milhões naquele exercício (TC 003.067/99-8, Decisão nº 585/99 – TCU – Plenário).

Segundo dados do Anuário Estatístico da Previdência Social, 75% das ações que tramitam na procuradoria do INSS concentram-se na área de benefícios previdenciários e execução fiscal.

As atividades finalísticas da Procuradoria são funcionalmente exercidas pelos Procuradores Autárquicos do INSS e por advogados autônomos contratados, sem vínculo empregatício, na forma prevista pela Lei nº 6.539/78, regulamentada pela ordem de Serviço INSS/PG no 14, de 03/11/93, com a redação dada pela Ordem de Serviço INSS/PG nº 17/94.

O INSS não se responsabiliza pelo reembolso de quaisquer despesas com viagens, transporte e estadias em hotéis, que o advogado seja levado a efetuar no cumprimento das obrigações assumidas. A autorização para pagamento de honorários advocatícios é dada pelo Procurador Regional, ou mediante delegação, pelo Procurador Estadual, condicionada à apresentação das peças processuais

comprobatórias da prática dos atos em juízo. O valor médio mensal pago, em 1998, a título de honorários advocatícios, a um advogado autônomo contratado foi de R\$ 2.479,00.

Segundo informações colhidas na Coordenação das Procuradorias Estaduais do INSS, existem três ações civis públicas questionando a legalidade dessas contratações. Há a possibilidade de que, judicialmente, as contratações efetuadas sejam declaradas ilegais por vício de inconstitucionalidade, tornando indisponível às demandas do INSS um contingente superior a 500 advogados.

A correlação média entre o *Número de processos X o Número de procuradores/advogados contratados*, no período de 1996 a 1998 foi de:

1996 – 1.004 processos por mês

1997 – 1.205 processos por mês

1998 – 1.158 processos por mês

Assim, verifica-se que a carga de cada procurador autárquico e dos advogados contratados foi, em média, de 38 processos por dia, ao longo de 1998. Esses dados evidenciam que há, de fato, escassez de recursos humanos em vista da necessidade de se fazer um acompanhamento processual com a qualidade mínima desejável.

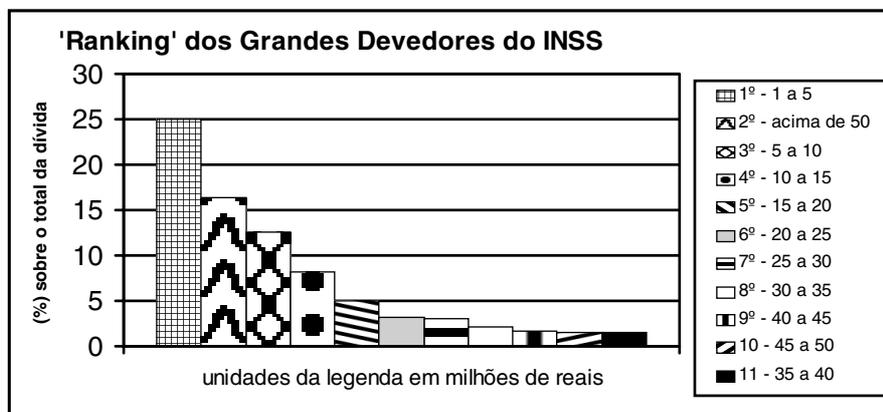
No período de 1996 a 1998, houve um incremento de 135% no valor dos débitos de procuradoria. No entanto, não houve aumento proporcional no quantitativo de pessoal especializado para a arrecadação desses valores e nem um incremento proporcional na arrecadação por parte da Procuradoria do INSS.

A maior parte dos débitos previdenciários concentra-se no setor privado, motivo pelo qual devem ser procurados mecanismos que melhorem a eficácia no sistema de cobrança para esse tipo de instituição, como, por exemplo, o levantamento de bens penhoráveis garantidores da execução da dívida ativa inscrita, ou mesmo alteração da legislação sobre os Sistemas CND e CADIN.

Outra constatação é a de que, enquanto o desempenho das procuradorias pertencentes às regiões Norte e Centro-Oeste aumentou no período de 1996-1998, o desempenho das regiões Sul, Sudeste e Nordeste decresceu. Tal fato é agravado pela constatação de que, segundo dados constantes do CD-ROM 'IDEIA' referentes à posição de maio/99, são atribuídos aos estados das regiões Sul, Sudeste e Nordeste 90% do total da dívida ativa.

Traçado o perfil da dívida ativa concernente aos débitos previdenciários, constatou-se que mais de 80% dessa acha-se vinculada aos grandes devedores do INSS, ou seja, aqueles com débitos superiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Por outro lado, o número dos grandes devedores representa menos de 6% do total, ou seja, aproximadamente, 9.800 devedores. A concentração dos débitos agrupados mediante a participação percentual das diversas faixas de grandes devedores do INSS, acha-se demonstrada no gráfico a seguir:

Gráfico 4. 'Ranking' dos Grandes Devedores do INSS



Fonte: INSS

A Procuradoria instituiu, em 1998, o Sistema de Gerenciamento por Segmentação da Procuradoria – SGPS, a fim de efetuar o acompanhamento da dívida dos grandes devedores.

Verificou-se que a figura do grande devedor está presente em todos os estados do país. No entanto, o acompanhamento informatizado dos grandes devedores, mediante o Sistema de Gerenciamento por Segmentação de Procuradoria (SGSP), vem sendo realizado, de forma parcial, somente nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. Há previsão de que esse sistema de acompanhamento seja estendido, futuramente, para os estados da Região Sul, além da Bahia e Pernambuco.

Afora o acompanhamento pelo SGSP, não foi constatado qualquer outro critério de classificação que priorize o acompanhamento de cobrança no universo dos grandes devedores.

Nas Procuradorias Estaduais do INSS, além da questão de falta de pessoal, foram detectadas, mediante o levantamento realizado pelas SECEX regionais, as seguintes deficiências: insuficiência de equipamentos de informática; ausência de normas que identifiquem a situação patrimonial dos grandes devedores; dificuldade na localização de devedores e bens; carência de recursos materiais; ausência de política de treinamento de pessoal, dentre outros.

Durante os trabalhos de auditoria, foram verificadas, ainda, as seguintes ocorrências: inconsistência na base de dados referente à Dívida Ativa contida no CD-Rom IDEIA; deficiência quanto ao acompanhamento dos processos judiciais a cargo da Procuradoria do INSS; insuficiência de livros e periódicos jurídicos; ausência do controle gerencial sobre a motivação das decisões judiciais nas causas em que o INSS seja parte vencida; desatualização da homepage da Procuradoria do INSS na internet; ausência de normativo interno referente ao ajuizamento de ações decisórias, dentre outras.

4.4 SISTEMA DE CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DE BENEFÍCIOS

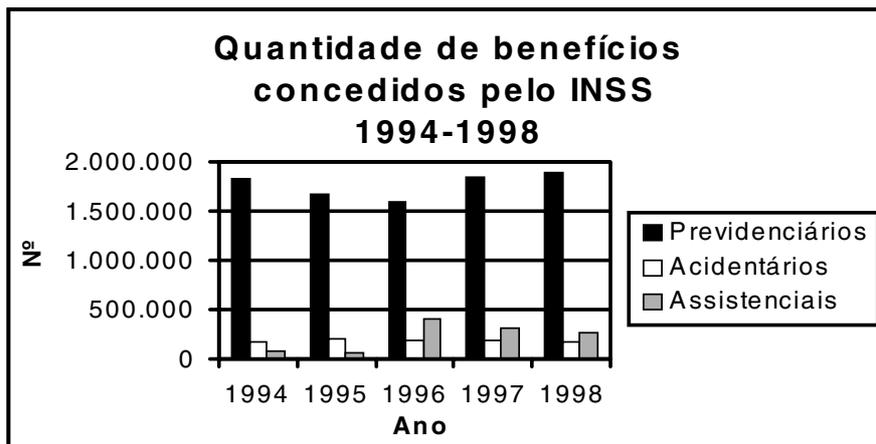
Os benefícios pagos pelo INSS classificam-se em: previdenciários, cuja concessão depende, normalmente, de um período de carência; acidentários, concedidos em razão de acidente de trabalho, sem carência; e assistenciais, concedidos independentemente de contribuições efetuadas e com administração a cargo do INSS, mediante repasse de recursos da União, consignados especificamente à Secretaria de Assistência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social

Além da concessão de benefícios, o INSS presta outros serviços, como reabilitação social, serviço social e perícia médica.

As classes de benefícios são ordenadas em grupos - como aposentadoria, pensão ou auxílio - e espécie - aposentadoria por tempo de serviço, por exemplo.

Para fins estatísticos, os benefícios são classificados como concedidos, cessados, emitidos ou mantidos (ou em manutenção). No presente trabalho, foram analisados os benefícios pelos conceitos de concedido - isto é, aquele que foi deferido por preencher todos os requisitos da espécie solicitada - e mantido, ou seja, o estoque de benefícios existentes no sistema em um dado momento.

No período de 1994 a 1998 não houve grandes oscilações na quantidade anual de benefícios concedidos, conforme demonstrado no Gráfico 5.



Fonte: Anuário Estatístico da Previdência Social

No entanto, o incremento líquido de benefícios no sistema não se dá pela variação do número de concessões, mas pela diferença entre o número de benefícios concedidos e o de benefícios cessados. Nesse raciocínio, verificou-se que a média anual de incremento líquido no sistema, nos últimos cinco anos, foi de cerca de 890.583 benefícios.

Nem todo benefício concedido ingressa no estoque de benefícios pagos pela Previdência Social, dado que a concessão pode não ser confirmada pelo fato de o beneficiário não apresentar efetivamente as condições exigidas para o deferimento do pedido. Por essa razão, a média de crescimento anual dos benefícios mantidos

pelo INSS foi de 703.067, inferior à média de incremento líquido de benefícios no sistema, que foi de 890.583 benefícios .

As despesas realizadas com o pagamento de benefícios, no período de 1994 a 1998, apresentou um crescimento real em 1998, em relação a 1994, da ordem de 137,14%, para os benefícios previdenciários, 164,58% para os acidentários e 135,79% para os assistenciais. A taxa de crescimento anual, no entanto, apresenta tendência de queda.

As despesas administrativas do INSS, em termos reais, sofreram uma queda de 13,53% no período de 1995 a 1998. Cabe observar, no tocante às despesas com pessoal, que os gastos com pessoal ativo vêm decrescendo desde 1995, ao passo que com os inativos vêm crescendo de forma progressiva, chegando a representar, em 1998, cerca de 57% das despesas com pessoal.

O INSS, mediante convênio firmado com a Secretaria de Assistência Social – SAS, do Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, concede e realiza o pagamento dos benefícios assistenciais de amparo ao idoso e ao portador de deficiência, denominados Benefícios de Prestação Continuada

Pelos termos do convênio, a União deveria repassar ao INSS, mensalmente, recursos para o pagamento às empresas de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e à Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN quando relacionados aos serviços pertinentes à implementação do Benefício de Prestação Continuada.

O INSS, no entanto, está deixando de receber o valor total devido pela prestação desse serviço. A SAS reconheceu uma dívida de R\$ 106.271.871,25 relativa ao exercício de 1996 e solicitou, no exercício de 1998, um crédito adicional para pagamento dessa dívida e das despesas operacionais de 1997 e dos benefícios de 1998, o qual não foi aprovado. Em junho de 1999, a SAS, por intermédio da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão/MPAS, solicitou, novamente, um crédito adicional para fazer frente às dívidas de 1996, 1997, despesas operacionais de 1998 e 1999, o qual estava sob análise da Secretaria de Orçamento Federal quando da realização desta auditoria

Quanto ao pagamento de benefícios e à arrecadação das contribuições do setor rural para a previdência social, verifica-se que a arrecadação total corresponde a 8% do montante necessário para o pagamento dos benefícios. Cabe lembrar que sendo os recursos recolhidos a título de contribuição para a seguridade social, esses recursos podem ainda ser destinados às ações de saúde e assistência.

Dada essa constatação, pode-se inferir que, pelo menos nos últimos cinco anos, mais de 92% dos gastos com benefícios rurais foram financiados com recursos de outras fontes do sistema previdenciário. Considerando que a despesa com o pagamento de benefícios rurais representa 21% do total das despesas com benefícios, conclui-se que o dispêndio com esses benefícios constitui uma das causas do desequilíbrio financeiro do sistema de previdência social.

Quanto à atuação do INSS, pôde-se constatar, mediante levantamento das rotinas adotadas nas Gerências Regionais de Seguro Social – GRSS e nos Postos de Seguro Social - PSS, pelas SECEX regionais, que:

a) as normas operacionais, pertinentes à área de concessão de benefícios, chegam aos postos de seguro social até 30 dias após sua entrada em vigor e são aplicadas pelos servidores sem uma prévia orientação quanto às alterações introduzidas;

b) não há segregação de funções para os servidores que habilitam, concedem e revisam os benefícios. A maioria dos chefes dos PSS alegou ser inviável a atribuição dessas funções a servidores distintos, por falta de pessoal;

c) na fase de habilitação do benefício no Sistema PRISMA, em regra, não se faz o cruzamento dos dados declarados pelo segurado com os existentes na base de dados do INSS. Tal procedimento impede que o indeferimento de benefícios após a concessão ser evitado, contrariando o disposto no art. 333 do Decreto nº 3.048/99;

d) existem funcionários não pertencentes ao quadro de pessoal do INSS credenciados para a habilitação, concessão e revisão de benefícios;

e) é freqüente a ocorrência de filas e a demora para o atendimento ao segurado, devido principalmente aos seguintes fatores: demanda dos serviços no posto; número de servidores alocados para o atendimento ao público; equipamentos de informática disponíveis; arranjos gerenciais adotados para suprir essas deficiências;

f) há falta de treinamento dos servidores, sobretudo na área de informática;

g) os PSS vêm cumprindo o prazo de até quarenta e cinco dias, estipulado no art. 174 do Decreto nº 3.048/99, para o primeiro pagamento da renda mensal do benefício, após a apresentação pelo segurado, de toda documentação necessária à sua concessão;

h) a DATAPREV tem informado, ao segurado e ao PSS responsável, a concessão definitiva do benefício mediante o envio do documento denominado ‘Carta de Concessão/Memória de Cálculo’;

i) na maioria dos PSS visitados, os processos de benefícios são arquivados em locais e de forma inadequados;

j) quanto à comunicação obrigatória de óbitos ao INSS, verificou-se que os cartórios de registro civil não têm cumprido tal exigência e que a fiscalização do INSS é deficiente.

5. PONTOS POSITIVOS:

a) o INSS vem tentando agilizar o processo de cobrança administrativa. A meta traçada pela área de arrecadação, fiscalização e cobrança, a partir de 1996, diminuiu esse período de 229 para 150 dias;

b) a quantidade de débitos administrativos reduziu-se em 56,1% de julho de 1997 a dezembro de 1998;

c) o número de empresas fiscalizadas no período em análise vem decrescendo ao passo que o Resultado da Ação Fiscal-RAF vem aumentando, demonstrando um redirecionamento eficaz na forma de fiscalizar, alcançado mediante a implantação do Sistema de Gerenciamento de Segmentação – SGS;

d) a implantação do Sistema de Gerenciamento por Segmentação da Procuradoria do INSS permitiu o monitoramento quanto ao estado de solvência de

uma empresa grande devedora, para fins de ajuizamento de ação cautelar fiscal, e integração com a área de fiscalização;

e) os PSS vêm cumprindo o prazo de até quarenta e cinco dias, estipulado no art. 174 do Decreto nº 3.048/99, para o primeiro pagamento da renda mensal do benefício, após a apresentação pelo segurado, de toda documentação necessária à sua concessão;

f) a DATAPREV tem informado, ao segurado e ao PSS responsável, a concessão definitiva do benefício mediante o envio do documento denominado 'Carta de Concessão/Memória de Cálculo'.

6. RECOMENDAÇÕES/DETERMINAÇÕES:

Diante de todo o exposto, propomos :

I – Seja determinado à Secretaria de Assistência Social/MPAS que adote providências com o objetivo de regularizar os repasses ao INSS, para pagamento dos amparos assistenciais ao idoso e ao portador de deficiência, de que tratam os artigos 20, 21 e 35 da Lei nº 8.742, de 07/12/93, bem como das respectivas despesas operacionais pertinentes, conforme disposição da cláusula segunda do Convênio nº 001/MPAS/SAS/96, de 11/03/96, firmado entre a União, por intermédio do MPAS, e o INSS.

II – Seja determinado ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que adote medidas com vistas a regularizar o saldo repassado indevidamente a terceiros nos exercícios de 1994 a 1998, conforme item deste relatório, fazendo constar nas próximas contas as providências adotadas para recuperação desses valores;

III – Seja recomendado ao Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) que:

a) estude a viabilidade de encaminhar à Presidência da República proposta de projeto de lei que contemple aumento do quadro de pessoal da Procuradoria do INSS, ante a carência de recursos humanos verificada, bem como a existência de irregularidade na contratação dos advogados autônomos por aquele instituto (art. 37, *caput* e incisos II e IX, c/c § 2º do art. 131, todos da Constituição Federal de 1998) e, ainda, o limite temporal (fixado pelo art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.849, de 26/10/99) para a prorrogação das contratações de pessoal efetuadas com fundamento no art. 17 da Lei nº 8.620, de 05/01/93;

b) realize consulta junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre a possibilidade de aproveitamento de servidores públicos federais, que estejam em disponibilidade, nos quadros do Instituto Nacional do Seguro Social (art. 30 e seguintes da Lei 8.112/90);

c) realize consulta ao Ministério da Fazenda sobre a possibilidade de serem alocados, prioritariamente e mediante cessão de uso, equipamentos de informática apreendidos pela Secretaria da Receita Federal (art. 28 do Decreto-lei 1.455/76);

d) reveja a forma de apresentação dos dados no Anuário Estatístico da Previdência Social, de forma a explicitar os conceitos e as metodologias utilizadas para o tratamento dos dados;

e) adote medidas com vistas a consolidar a legislação previdenciária, de forma a facilitar o acompanhamento das normas pertinentes ao setor pelos servidores do órgão e demais interessados;

- IV – Seja recomendado ao Instituto Nacional de Seguro Social - INSS que:
- a) implemente estudos de forma que sejam identificadas as unidades da Procuradoria do INSS em que a carência de equipamentos de informática seja mais crítica;
 - b) envie esforços para a ampliação do Sistema de Gerenciamento por Segmentação de Procuradoria (SGSP), priorizando a alocação de recursos materiais e humanos, em especial para que seja efetivado o acompanhamento de devedores na faixa de débitos situados entre 1 (um) milhão e 5 (cinco) milhões de reais;
 - c) adote novo critério de classificação, no universo dos grandes devedores, identificando aqueles com melhor capacidade de pagamento de débitos, mediante análise econômico-financeira de balanços, acompanhamento sobre o pagamento de débitos parcelados, verificação da situação da empresa no mercado acionário, levantamento de certidões de ações judiciais e outros indicativos sobre o estado de solvência do devedor;
 - d) oriente as Procuradorias Estaduais, não contempladas pelo SGSP, a implementar mecanismos que priorizem o acompanhamento sobre os grandes devedores estaduais do INSS;
 - e) realize seleção pública simplificada, com ampla divulgação aos interessados, para as futuras contratações de advogados autônomos, com base em critérios de seleção objetivos;
 - f) oriente as procuradorias estaduais do INSS para que façam o controle sobre o prazo de tramitação dos processos, identificando as causas de eventuais morosidades;
 - g) oriente as procuradorias estaduais para que façam levantamentos periódicos sobre o perfil da dívida e para a identificação dos grandes devedores do INSS, no âmbito das respectivas circunscrições;
 - h) envie esforços no sentido de manter atualizado o Informativo da Procuradoria Geral do INSS em sua *home-page* na internet;
 - i) oriente os procuradores autárquicos do INSS a utilizar a tecnologia “PUSH”, nos Tribunais pátrios que disponibilizam esse tipo de serviço, para o recebimento automático dos andamentos processuais;
 - j) regulamente, mediante ordem de serviço, o ajuizamento de ações rescisórias;
 - k) proceda à classificação e registro da motivação judicial de todas as ações – transitadas em julgado, com julgamento de mérito – em que a autarquia tenha sucumbido, para fins gerenciais, estatísticos, de orientação aos seus procuradores e advogados e de acompanhamento da atuação desses profissionais;
 - l) aloque recursos para a aquisição de periódicos e livros jurídicos à Procuradoria do INSS;
 - m) envie esforços para o aparelhamento dos setores de arrecadação, fiscalização e cobrança administrativa de débitos, com intensificação sistemática do uso de informática, buscando acompanhar o desempenho das empresas e o comportamento dos contribuintes em relação às contribuições sociais;

n) envie esforços no sentido de estabelecer um intercâmbio de informações entre os setores de fiscalização nas esferas federal, estadual e municipal;

o) envie esforços no sentido de estabelecer um intercâmbio de informações entre o INSS e demais órgãos da administração pública, responsáveis pelo recolhimento de contribuições sociais ou pelo manuseio de dados e parâmetros de acompanhamento necessários pela fiscalização;

p) adote providências com vistas a possibilitar a aplicação adequada e tempestiva das normas operacionais editadas para a área de benefícios, uma vez que as mesmas têm chegado com atraso aos Postos, para implementação imediata, sem que para isso os servidores que atuam no atendimento ao segurado tenham recebido a devida orientação;

q) adote providências com vistas a instituir o procedimento da conferência, após a validação dos dados do benefício em concessão, a ser efetuada por servidor distinto do habilitador/concessor, a fim de garantir a segregação de funções no processo concessório de benefícios, tendo em vista que a ausência dessa segregação na execução desses procedimentos possibilita a ocorrência de erros e fraudes ;

r) adote a prática do cruzamento dos dados declarados pelo segurado com os do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), na fase de habilitação/concessão, em observância ao disposto no art. 333 do Decreto nº 3.048/99, a fim de reduzir o excessivo número de indeferimentos que ocorrem após a validação dos dados do benefício em concessão;

s) alerte as Agências da Previdência Social (ex-Postos de Seguro Social) para que não recusem requerimento de benefício com documentação incompleta e observem o prazo conferido ao segurado para atendimento de exigências, consoante o disposto nos arts. 176 e 177 do Decreto nº 3.048/99;

t) adote providências no sentido de compelir os cartórios de registro civil a cumprirem a obrigação de comunicar o registro de óbitos, sob pena de aplicação de multa, com base no art. 68 da Lei nº 8.212/91;

V – Seja enviada cópia deste relatório, bem como da decisão que vier a ser adotada, acompanhada dos respectivos relatório e voto às seguintes autoridades:

a) Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados;

b) Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social;

c) Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS;

PARTE II

AUDITORIA NOS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Preliminarmente, cabe observar que a auditoria nos sistemas informatizados do INSS, desenvolvidos e mantidos pela DATAPREV, adotou metodologia específica para a sua execução, a fim de atender a solicitação formulada pela Comissão de Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, objetivando avaliar a confiabilidade dos dados processados nos seus sistemas operacionais. Para tanto, foram selecionados os sistemas de maior importância relativos às áreas de

Arrecadação, Controle Financeiro, Fiscalização, Cobrança, Procuradoria e Benefícios, tendo sido utilizados os critérios de auditoria definidos no Manual de Auditoria de Sistemas deste Tribunal

1. PRINCIPAIS CONSTATAÇÕES/RECOMENDAÇÕES

A DATAPREV presta serviços ao INSS conforme os termos do Contrato Nº 19/95, de 03/07/95 (Volume 7). No entanto, constatou-se que, nos exercícios de 1997, 1998 e parte de 1999, a DATAPREV prestou serviços ao INSS sem que houvesse cobertura contratual. Em 02/07/99, foi assinado Termo Aditivo prorrogando o contrato original por mais 12 meses e fixando o valor de R\$ 14.411.382,60 para o exercício de 1999

Os custos dos serviços prestados pela DATAPREV, muito embora estejam especificados no Contrato, não permanecem fixos, tendo em vista que existe uma constante alteração nos sistemas e, conseqüentemente, nos serviços prestados ao INSS.

A questão relativa à apuração dos custos dos serviços prestados pela DATAPREV tem merecido reiteradas determinações por parte deste Tribunal. Desta forma, entende-se que esse item deve ser objeto de futuros trabalhos de auditoria, com vistas a avaliar a metodologia de apuração de custos adotada, bem como a legitimidade dos valores pagos à DATAPREV.

Avaliando o Sistema de Processamento de Dados da DATAPREV, constatou-se que os controles existentes se mostraram ineficazes e fracos, apresentando, em síntese, as seguintes características:

- sistemas com documentação incompleta;
- sistemas antigos;
- grande volume de dados;
- atividades de atualização muito freqüentes;
- numerosos tipos de transação e de fontes de dados;
- estrutura de dados complexa; e
- falta de padrões para o processamento de dados, especialmente quanto à segurança, acesso e controle de mudança de programas.

Com relação à capacidade de *hardware* do ambiente *mainframe*, verificou-se uma alta taxa de utilização dos *mainframes*, sendo que a demanda nessas máquinas é sempre crescente devido a fatores como: implantação de novos postos de benefícios, surgimento da emissão de CND via *internet*, criação de novos sistemas e programas; aumento na utilização das máquinas; e, aumento das informações contidas no CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, que atualmente ocupa um *mainframe* exclusivo, contendo 105 milhões de registros sendo que a previsão é que atinja 1,5 *TeraBytes*, ou seja, mais que uma vez e meia o tamanho de todas as base de dados atuais da Previdência, que está próxima de um *TeraByte*.

Em julho de 1999, os *mainframes* localizados no Centro de Tratamento da Informação de São Paulo – CTSP alcançavam uma taxa de utilização de 95%, quando o máximo recomendado é 70%. Isso ocasionou problemas no processamento dos dados, fazendo com que a Gerência suspendesse, em determinados horários, o

funcionamento de alguns sistemas em detrimento do funcionamento de outros. Para eliminar esse problema vêm sendo efetuados upgrades nos *mainframes* da Empresa, reduzindo a taxa de utilização para 75 a 80% da capacidade, o que é considerada alta. Segundo gerentes do Centro de Tratamento de Informação do Rio de Janeiro – CTRJ, a demanda nas máquinas já está próxima de atingir o limite máximo recomendado. A Empresa procura gerenciar os programas de seus sistemas de forma que utilizem o mínimo de capacidade da máquina.

RECOMENDAÇÃO: à DATAPREV que proceda a estudos objetivando a otimização da utilização de seus mainframes, incluindo, projeções futuras dessa utilização.

A Rede de Informação da Previdência interliga as seguintes entidades: MPAS, Diretorias do INSS, postos/agências do INSS, Procuradorias, DATAPREV, seus escritórios estaduais e os Centros de Tratamento da Informação do Rio de Janeiro e de São Paulo. São mais de 2.200 locais com 28.000 pontos conectados, com perspectiva de se alcançar 34.000 pontos. As conexões entre as bases de dados, armazenadas em 3 *mainframes* e 35 máquinas de médio porte (bases descentralizadas), são feitas através de cerca de 5.000 circuitos terrestres e 61 antenas de satélite.

Apesar de imensa, a rede da Previdência se apresenta ultrapassada, conforme depoimentos e relatório de avaliação da rede elaborado pelo MPAS: *a arquitetura de rede apresenta tecnologias ultrapassadas em função dos sistemas que não evoluíram, impedindo uma atualização rápida e eficiente.* Esse mesmo relatório concluiu, entre vários problemas, que há falta de gerenciamento da rede e que seu custo é muito elevado

O controle dos equipamentos que compõem o parque de informática do MPAS não é efetivo, tampouco confiável, muito embora o Ministério tenha efetuado levantamento desses equipamentos no início de 1999, verificou-se que foi realizado de forma setorializada, alcançando erros da ordem de 50% nos testes de validação das informações.

RECOMENDAÇÃO: Ao Comitê de Tecnologia e Informação que adote medidas no sentido de viabilizar um controle efetivo dos equipamentos de hardware que compõem o parque computacional da Previdência.

A locação e manutenção de hardware, software e upgrade de máquinas viabiliza-se mediante contratos celebrados com a UNISYS, no total de 23, sendo a DATAPREV, segundo informações fornecidas pela gerência do CTSP, o maior cliente da UNISYS no mundo, em termos de utilização das máquinas. Tal grandiosidade recentemente ocasionou problemas no banco de dados DMS II, que nem a própria UNISYS conseguiu solucionar. Fatos como esse podem comprometer a integridade dos dados.

No entanto, verificou-se que a DATAPREV pretende licitar outros equipamentos de hardware, com o objetivo de diversificar o seu parque computacional e evitar a dependência de um único fornecedor.

O Programa Geral de Segurança da DATAPREV, na qualidade de empresa contratada pelo INSS para ser depositária das informações e do conhecimento relativos

à informática dentro da Previdência Social, tem por finalidade definir e implantar o sistema de segurança de toda a Previdência em âmbito nacional. Assim, com o objetivo de dar cumprimento a esse encargo, a Empresa instituiu, em 15/04/96, o Projeto de Segurança nos Sistemas da Previdência Social – DAP 12 e contratou a consultoria da UNISYS para sua operacionalização

No entanto, os principais pontos da proposta original do DAP 12, quais sejam, a definição da estrutura organizacional de suporte às funções de segurança, projetadas no Modelo de Gestão, e a implementação dos modelos definidos, não foram executados

Na avaliação dos controles organizacionais, verificou-se que a atual estrutura organizacional da DATAPREV, além de não conter todas as funções de segurança delineadas como necessárias, faz com que não haja segregação na execução das mesmas. Dificulta, assim, o estabelecimento de uma linha de comando com poder decisório para implantação da política de segurança estabelecida. O primeiro passo a ser dado para implementação dos conceitos definidos no Projeto de Segurança dos Sistemas da Previdência Social - DAP 12 é a reestruturação organizacional da empresa, privilegiando as funções de segurança do Modelo de Gestão e estabelecendo uma centralização do poder decisório no relacionamento com a Previdência Social.

As principais falhas detectadas no atual modelo de gestão de segurança adotado pela DATAPREV, são, em suma, as seguintes:

- a alta administração não realiza avaliações periódicas do risco para determinar se as técnicas de controle para segregação de funções estão funcionando como esperado e mantendo o risco em níveis aceitáveis;
- no organograma da DATAPREV não existe uma gerência designada para tratar de segurança física e lógica em informática;
- não existem políticas de segurança definidas pela Organização; e
- quanto à supervisão do programa de segurança observou-se que: não são devidamente analisados os *logs* e relatórios de violações aos procedimentos de segurança; os *logs* não são protegidos contra destruição intencional ou acidental; violações de segurança e atividades suspeitas, tais como tentativas frustradas de entrada no sistema, não são relatadas para a gerência e investigadas; não são tomadas medidas de disciplina para corrigir as violações de segurança detectadas; e, as políticas de controle de acesso não são modificadas quando violações de segurança são detectadas.

Assim, as falhas encontradas no programa geral de segurança da DATAPREV são graves e só serão solucionadas com a implantação do Modelo de Gestão de Segurança. Os produtos gerados pela consultoria da UNISYS no Projeto DAP 12 atendem aos preceitos geralmente recomendados para a segurança de um ambiente informatizado, porém as medidas adotadas pela Previdência, até o momento, não se coadunam com os princípios ali explicitados. Medidas paliativas, como a compra de software de segurança ou a edição de portaria ministerial, efetivamente, não tornaram o ambiente mais seguro.

RECOMENDAÇÕES:

- que a DATAPREV, quando de sua reestruturação organizacional, atente para o posicionamento hierárquico da área de segurança física e lógica dos sistemas, que deve constar em um nível superior;

- que a DATAPREV adote as medidas recomendadas por sua Auditoria Interna quando da auditoria de sistemas efetuada no CTRJ, em 1999;

- que o Comitê de Tecnologia e Informação da Previdência Social adote medidas com vistas a agilizar a implementação dos produtos do Projeto DAP 12; atentando para procedimentos relativos ao programa de segurança, especialmente quanto à análise dos logs e relatórios de violações dos procedimentos de segurança; proteção dos logs contra destruição intencional ou acidental; violações de segurança e tentativas frustradas de acesso ao sistema

Ressalte-se, ainda, que não existe, na DATAPREV, um plano formal, regularmente atualizado e testado, que contenha medidas de contingência e recuperação de processos, ou diretrizes para a continuidade de serviços

RECOMENDAÇÃO: que a DATAPREV proceda à implantação de um Plano de contingência geral e atualizado, nos termos definidos no Projeto DAP 12.

O controle de acesso aos dados da Previdência Social, que pode ser entendido como o conjunto de mecanismos utilizados para limitar a utilização de funções ou o conhecimento das informações de um ambiente operacional ou de um sistema, apresentou as seguintes falhas:

- quanto à classificação dos recursos de informação, não existem políticas e procedimentos documentados para a classificação desse recursos pelos critérios de importância e vulnerabilidade dos dados; e, os proprietários dos recursos (INSS e seus gestores de sistemas) não estão cientes dos critérios de classificação estabelecidos e não efetuaram a classificação dos principais recursos sob sua responsabilidade.

- quanto à lista de atualização e níveis de acesso, as autorizações de acesso não são automaticamente desativadas após um período determinado; a gerência de segurança não revisa ou valida periodicamente as capacidades de acesso providas aos usuários; e, a segurança não é notificada imediatamente quando usuários do sistema são demitidos ou transferidos.

- não existem controles lógicos e físicos de acesso para auxiliar na restrição das atividades dos funcionários às ações autorizadas, de acordo com as responsabilidades dos respectivos cargos.

- o número de usuários autorizados ao acesso remoto dos sistemas não é limitado e as justificativas para esse acesso não são documentadas e aprovadas pelos proprietários dos recursos.

- o acesso aos *softwares* de segurança não é restrito aos administradores de segurança.

O controle de acesso aos sistemas mantidos pela Dataprev, teoricamente, apresenta todas as bases para ser considerado fechado, em termos de segurança das informações. Porém, detectou-se, além das falhas já apresentadas, aspectos básicos, carentes de implementação e que comprometem ações de segurança que venham a ser instaladas.

Foram efetuados testes com *UserCodes* e *AccesCodes* falhos, constatando que os mesmos permitiam o acesso a bancos de dados da Previdência, além de possibilitar a utilização das transações dos sistemas. De posse dessas facilidades e de algumas informações técnicas fornecidas pela DATAPREV, constatou-se a possibilidade de alteração nos parâmetros do Sistema de Controle de Acesso – SCA, o que permitiria o acesso a consultas de informações contidas nos bancos de dados da Previdência e, até, à possibilidade de alteração de algumas informações.

Outro aspecto relevante, relativo à operação do software de segurança, é o descumprimento de vários artigos da Portaria/MPAS 4.494/98, no que diz respeito aos gestores dos sistemas. Como por exemplo, estabelece o seu art. 5º, que todos os gestores devem ser servidores do INSS, no entanto, o que se constatou foi que, em vários sistemas, os principais gestores são funcionários da DATAPREV.

RECOMENDAÇÃO:

- que a DATAPREV adote as seguintes medidas:
 - . implantação do Modelo de Gestão de Segurança definido pelo Projeto DAP 12;
 - . efetivação de estudos no sentido de obrigar a confirmação de acesso de usuários, por cada gestor, nos moldes, por exemplo, da Conformidade de Operados do sistema SIAFI; e
 - . implementação das medidas corretivas dos problemas relatados na Resolução/Dataprev nº 2.246/98; e
- que o INSS e a DATAPREV procedam à aplicação imediata dos preceitos constantes da Portaria/MPAS nº 4.494/98 e do Manual para Acesso Lógico aos Sistemas Informatizados da Previdência Social.

A DATAPREV está tentando criar um procedimento padrão para o desenvolvimento de sistemas, com o estabelecimento de uma Metodologia de Desenvolvimento de Sistemas - MDS. Entretanto, vem encontrando dificuldades, ante as seguintes constatações: a documentação dos sistemas e programas não é completa, atualizada e/ou de boa qualidade; quando o sistema novo ou modificado é posto em operação, a documentação não é atualizada em relação ao software, hardware, pessoal de operação e usuários envolvidos; e, os manuais de operação e procedimentos não estão de acordo com os padrões estabelecidos para *design*, desenvolvimento, operação e manutenção de sistemas de informação.

A documentação de sistemas da DATAPREV é precária. Tal carência acarreta conseqüências, como: comprometimento da qualidade dos serviços prestados aos clientes; aumento do custo de manutenção; dificuldades na divulgação das informações pertinentes aos sistemas; e, possibilidade de ocorrência de graves transtornos, no caso do afastamento dos técnicos responsáveis pelos sistemas cuja documentação é deficiente ou não existe.

Nesse ponto, o grande problema existente na área de desenvolvimento de sistemas da DATAPREV é a falta de uma unidade de centralização de negociações e tratamento com os clientes. Hoje, a atuação direta de área-a-área, entre INSS e DATAPREV, acaba por gerar uma relação de informalidade, prejudicial ao bom desempenho das equipes de desenvolvimento.

Sobreleva salientar que os problemas de desenvolvimento de sistemas da Empresa advêm, também, da estrutura organizacional inadequada. Apesar de existirem, teoricamente, métodos para solução dos problemas, as ações não são implementadas.

RECOMENDAÇÃO: que a DATAPREV informe a este Tribunal, quando da apresentação de sua Prestação de Contas do próximo exercício, sobre a forma como está sendo utilizada a Metodologia de Desenvolvimento de Sistemas - MDS e o desenrolar dos projetos DAP 35/99 e DAP 37/99.

Os principais sistemas da área de arrecadação acham-se listados a seguir:

- CAPRE – Controle de Entradas da Arrecadação Previdenciária: responsável pela validação dos arquivos recebidos dos Bancos conveniados, procedendo conforme regras previstas no Protocolo de Arrecadação. Suas informações são enviadas à Coordenação Financeira do INSS, responsável pela cobrança de remessas não enviadas ou enviadas com erro.

- COBRE – Controle Básico de Receitas: processa as remessas bancárias referentes à arrecadação previdenciária (recebidas através do CAPRE), armazena as informações constantes das Guias da Previdência Social – GPS's e permite ao INSS o controle financeiro dos agendes arrecadadores e valores arrecadados.

- CND – Sistema de Emissão de Certidão Negativa de Débito: visa emitir a Certidão Negativa de Débito, documento hábil comprobatório de inexistência de débito para com a Previdência Social, eliminando a emissão de CND por papel especial.

- GFIP – Sistema de controle da GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social): esse sistema cadastra no banco de dados da arrecadação (BDCONTRIB) as informações de empregadores e empregados constantes da Guia. O processamento se inicia na Caixa Econômica Federal que, depois de separar as informações pertinentes a cada órgão, envia um arquivo para a Previdência. Esse arquivo é processado no sistema CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, que alimenta sua base de dados e gera um novo arquivo, especificamente para o sistema GFIP

- AGUIA – Ajuste de Guias de Arrecadação: permite o ajuste de guias de recolhimento da Previdência

Na avaliação desses Sistemas foram detectadas as falhas a seguir:

- quanto ao CAPRE, os recursos computacionais disponíveis para o Sistema não garantem plena confiabilidade às informações utilizadas, por conter parte de seu desenvolvimento baseado em *Clipper*/DBF. Entretanto, nesse sistema, o problema foi reduzido, tendo em vista que as informações contidas nas remessas bancárias não são gravadas em *Clipper*. Somente passam pelo módulo de controle (em *Clipper*) os arquivos de resultado de processamento e totalização de remessas. Não obstante tal constatação, a DATAPREV informou que a mudança de plataforma é prioridade da equipe de manutenção do CAPRE.

- No que diz respeito ao Sistema CND, devido a inconsistências e à pouca confiabilidade de dados da Arrecadação, muitas informações (por exemplo, falta de

contribuição) apresentadas como restrições à concessão da CND, não podem ser consideradas como verdadeiras, necessitando, nesses casos, que o contribuinte faça comprovação documental da efetiva quitação do débito previdenciário. Com essa comprovação, o chefe do Posto pode emitir a CND por meio de uma Autorização Especial. Ocorre que, mesmo com os problemas existentes nas bases de dados, o número de emissões de CND por Autorização Especial é muito elevado. Verificou-se que, em média, 67% das CND's emitidas mensalmente pertencem ao grupo de Autorização Especial. Apesar da responsabilidade atribuída aos chefes dos Postos e de haver listagem explicitando os motivos da exigência de liberação, esse tipo de emissão não sofre nenhum acompanhamento por parte do INSS.

- Verificou-se que no Sistema AGUIA, quando do registro da guia, efetuado no BDCONTRIB, existe um campo denominado 'marca de erro', que identifica se a guia foi processada com algum tipo de erro. Entende-se que o sistema AGUIA deveria fornecer mecanismos que possibilitassem a identificação e correção desse tipo de registro

RECOMENDAÇÕES:

- ao INSS:

- *adote medidas que visem controlar e fiscalizar a utilização das rotinas de emissão de CND's que fogem à regra geral, principalmente, quando se trata de contribuintes com restrições, de forma a minimizar a emissão de CND por meio de Autorização Especial; e*

- *realize levantamento e fiscalização sobre emissões passadas.*

- *estude a possibilidade de adotar as seguintes providências, quanto ao sistema AGUIA:*

. *requisitar à DATAPREV o desenvolvimento de uma rotina de emissão de relatório periódico que identifique os registros com 'marca de erro'; e*

. *definir uma equipe de controle para verificar os relatórios emitidos, tanto das guias atuais, quanto daquelas já pertencentes ao banco de dados.*

No que diz respeito aos sistemas relativos ao Controle Financeiro, caberiam, inicialmente, algumas considerações sobre o batimento físico-financeiro realizado pelo INSS.

O controle na arrecadação pode ser efetuado por meio de 4 tipos de batimentos (verificação da veracidade de uma informação por meio da comparação entre dois dados referentes a essa informação): documental, físico, financeiro e físico-financeiro. Alguns desses batimentos eram efetuados nos Estados, mas a partir de 1999 o controle por batimentos foi todo centralizado em Brasília.

O batimento documental refere-se a comparações das guias com os dados inseridos no sistema COBRE, com o objetivo de verificar erros de digitação. Esse batimento, segundo informações do setor financeiro do INSS, era realizado apenas por alguns Estados e, agora, com a centralização em Brasília, se tornou inviável.

O batimento físico, antes de 1998, era realizado nos Estados, através do COBRE. Após 1998, esse batimento passou a ser feito em Brasília por uma equipe da Arrecadação. Nesse batimento são checados erros de preenchimento de guias,

através de comparações entre os campos. Se o erro foi de digitação, o banco é penalizado. Há um grande volume desses erros.

O batimento financeiro sempre foi realizado em Brasília. Já o batimento financeiro da antiga GRPS-papel se dava em 5 Estados. Há casos de batimentos financeiros pendentes, geralmente de bancos liquidados, como o Bancesa, que possui uma dívida em torno de R\$ 45 milhões. Esse tipo de batimento será melhor detalhado a seguir, relativo ao sistema Sistema de Controle Financeiro (SCF)

O batimento físico-financeiro era efetuado nos Estados e se dava por comparações de dados do constantes dos sistemas CAPRE, COBRE e ARREC/BENEF (antecessor do SCF que foi implantado em dezembro/93), digitados em planilhas Excel. O batimento se dava por banco, por mês e por Estado. Quando da ocorrência de diferenças, havia uma compensação no mês seguinte. Em 1998, passou a ser feito, em Brasília. Hoje, o COBRE envia dados sobre as GPS's recebidas do SCF, que efetua o batimento físico-financeiro com os dados dos valores depositados na conta do INSS.

Atualmente o sistema responsável pelo batimento físico-financeiro é o SCF – Sistema de Controle Financeiro, que tem por finalidade conferir os valores e dados arrecadados e pagos, repassados pelos bancos ao INSS. É o instrumento usado para garantir que toda a arrecadação foi repassada ao Órgão, como também que todos os benefícios foram devidamente pagos ou, quando não pagos, que tenham retornado ao INSS, e, para controlar o pagamento das remunerações pelos serviços prestados pelos agentes bancários contratados.

O SCF permite a realização do batimento físico-financeiro a partir de 1998, mas o INSS está procedendo, inicialmente, ao batimento de 1999.

Segundo informações do INSS, a utilização do SCF não é satisfatória, por problemas de compatibilização de informações com outros sistemas. Os dados recebidos de sistemas alimentados fora da DATAPREV não estão de acordo com as definições exigidas pelo próprio Sistema. As funções de relatório ainda não estão disponíveis.

RECOMENDAÇÃO: que o INSS e DATAPREV adotem, com urgência, medidas para agilizar a completa funcionalidade do sistema SCF.

Com relação aos sistemas desenvolvidos para a área de Fiscalização, verificou-se que em 1998 a DATAPREV deu início ao Projeto de Descentralização das Bases de Dados da Arrecadação (RADAR), também conhecido como Projeto DAP 23, que tem como principal objetivo o desenvolvimento de um novo sistema de fiscalização, automatizando as funções desempenhadas pelas então Gerências Regionais de Arrecadação e Fiscalização - GRAF's, garantindo a segurança dos dados processados e possibilitando a interligação entre os diversos níveis do INSS. Tem, ainda, como premissa básica, a criação de um nível intermediário de processamento nos equipamentos U6000 (computadores de médio porte) dos escritórios estaduais da DATAPREV, possibilitando a consolidação das informações da área de Arrecadação (Arrecadação, Cobrança e Fiscalização) por Estado e permitindo consultas e relatórios sobre uma base de dados ORACLE.

Causa preocupação, quanto à implementação do mencionado Projeto, a constatação de que o seu sucesso, teoricamente garantido, depende da modernização da estrutura organizacional e do ambiente de processamento de dados do INSS e da DATAPREV. Ademais, devem também ser considerados, na sua viabilização, os seguintes fatores: limpeza e equalização das bases de Arrecadação, Cobrança e Fiscalização; modernização do parque de computadores do INSS; viabilização do projeto de Evolução da Rede de Telecomunicações – DAP 13; e, alocação de pessoal capacitado ao Projeto.

RECOMENDAÇÃO: à DATAPREV, que adote, com urgência, medidas para agilizar a completa implantação do projeto RADAR.

Outro Sistema voltado à área de Fiscalização é o SISG – Sistema de Informações Gerenciais por Segmentação. Esse sistema fornece informações detalhadas de 50 mil empresas, responsáveis por 80% da arrecadação previdenciária, facilitando a escolha daquelas que preferencialmente serão fiscalizadas. Trata-se de ferramenta que controla as empresas de forma segmentada como, por exemplo, o segmento das empresas de aviação. É a grande arma da fiscalização e da cobrança, inclusive no controle dos grandes devedores. O Sistema já está implantado em 30 unidades de fiscalização do INSS e, até março de 2000, deverá estar presente em todas 100 regionais. Possui um módulo para a Procuradoria.

Atuando de forma integrada com o SIGS, está o Agenda Fiscal, que é um programa que auxilia o planejamento da alocação da carga fiscal, ou seja, na distribuição das tarefas de fiscalização, na execução das atividades planejadas e na avaliação da qualidade do planejamento. Esse Sistema captura do SIGS as empresas que serão trabalhadas, estando atualmente instalado em 33 unidades de fiscalização do Instituto. Ambos sistemas dotarão as Gerências Regionais de um total controle das empresas monitoradas e do planejamento fiscal.

Também atuando na área de Fiscalização, o INSS conta com o Sistema denominado GIRAFÁ – Gerência Regional de Arrecadação e Fiscalização, que tem por objetivo principal a manutenção de uma base de dados nas então Gerências de Arrecadação e Fiscalização - GRAF, atuando como interface de comunicação com os sistemas e bases corporativas. Esse sistema tem papel fundamental no planejamento da ação fiscal. Sua atuação está voltada para as três atividades desenvolvidas nas GRAF's: Fiscalização, Arrecadação e Cobrança.

Entretanto, observou-se que os recursos computacionais disponíveis para esse Sistema não garantem plena confiabilidade às informações utilizadas, por se tratar de uma base de dados padrão DBF, como também, ante o crescente volume de programas e informações utilizados pelo GIRAFÁ.

Cabe, ainda, acrescentar que o processo de distribuição das novas versões desse Sistema, realizado pela própria equipe de desenvolvimento, não garante a sua plena utilização. Como por exemplo, pode-se citar que a distribuição da versão 5.10A foi iniciada em 16/09/99 e, dos 683 locais onde o GIRAFÁ está instalado, 465 (68%) haviam realizado a atualização até 07/10/99

RECOMENDAÇÃO: à DATAPREV, que agilize as migrações dos sistemas cruciais da Previdência que utilizam a linguagem Clipper.

A área de Cobrança conta com os Sistemas SICAD – Sistema de Cadastramento e Alteração de Documentos e SICOB – Sistema de Registro e Controle de Débitos, Parcelamento e Cobrança.

Quando da implantação do SICAD, o cadastramento de débitos sofreu um grande atraso, gerando uma queda representativa da quantidade de dados inserida. Isso ocorreu pelo fato do Sistema ter entrado em operação antes do SICOB, ocasionando incompatibilidade de informações. Além disso, o ambiente (DOS) e a base de dados (Clipper/DBF) utilizados pelo sistema implicam em fragilidade, dando margem à falta de integridade das informações armazenadas e enviadas para processamento. Esse ambiente já se encontra no seu limite de processamento, além de não oferecer mecanismos para controle e segurança de seus dados.

O SICOB, Sistema de Registro e Controle de Débitos, Parcelamento e Cobrança, tem por objetivos a manutenção dos registros e o controle do andamento de processos de créditos previdenciários, no âmbito administrativo, além de fornecer informações consolidadas acerca desses processos e dos respectivos devedores.

Verificou-se que a base de dados do SICOB necessita de uma varredura, que identifique divergências, duplicidades e outros erros que porventura ocorreram no processo de migração da base antiga (ATARE), bem como, migração dos registros que ainda permanecem nessa base.

Além desse fato, constatou-se que, após a implantação do SICOB, foi evidenciada a falta de recursos computacionais necessários à sua operacionalização no CTSP. A situação já havia sido prevista por aquele Centro de Tratamento de Informação, porém, a adequação do hardware não foi realizada tempestivamente.

Essa situação, inclusive, implicou em redução no cadastramento de parcelamentos de débitos, resultando, portanto, em um prejuízo para o INSS quanto ao quantitativo de débitos não cadastrados e, conseqüentemente, prejuízo financeiro na arrecadação.

RECOMENDAÇÕES:

- à DATAPREV, que adote um planejamento mais eficaz quando da implantação de sistemas com vistas a evitar incompatibilidade de informações entre sistemas afins, como no ocorrido quando da implantação do SICAD;

- ao INSS e à DATAPREV, que adotem providências para viabilizar a migração dos dados referentes à dívida (administrativa ou judicial), contidos no sistema ATARE, para o sistema SICOB; e que a DATAPREV centralize a operacionalização das implantações de sistemas.

No que diz respeito à Procuradoria, verificou-se que a mesma dispõe de uma base de dados (BD-Procuradoria) com informações cadastrais de processos judiciais, que detecta duplicidade de ações em nível nacional.

Constatou-se, ainda, a existência de dois sistemas afetos à Procuradoria, são eles: o Sistema DIVIDA – Sistema de Controle da Dívida Ativa (novo) e o MCP – Módulo de Controle de Processos.

Com relação ao DIVIDA, verificou-se que, na sua implantação, os dados de entrada não foram tratados corretamente. Isso fez com que vícios inerentes à base antiga fossem migrados para tratamento no DIVIDA. Além disso, alguns débitos antigos não são compatíveis com a nova estrutura do SICOB, não sendo possível o seu retorno à cobrança administrativa quando necessário.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à falta de recursos computacionais necessários para a operacionalização desse Sistema no CTPS, da mesma forma como já ressaltado no caso da implantação do SICOB.

Quanto ao MCP, detectou-se os seguintes fatores que podem afetar a integridade dos dados desse Sistema: o *modus operandi* nas procuradorias estaduais se dá de diferentes formas, dependendo das normas estaduais; a numeração da documentação, que não é normatizada, fica a critério de cada procurador; existência de um controle paralelo dos processos, em ficha, efetuado pelos procuradores; a dívida consta como um número sem indicar se é o valor total ou um parcelamento; e, a base de dados não é segura, deixando em dúvida a integridade dos dados.

RECOMENDAÇÕES:

- ao INSS e à DATAPREV, que realizem esforço concentrado para que todos os dados referentes à dívida (administrativa ou judicial) sejam migrados;

- ao INSS, que adote medidas para agilizar a implantação e utilização do MCP, se esse se mostrar ser o sistema de controle de processos mais adequado, assim como, providencie medidas adequadas à correção de suas falhas.

Quanto à concessão e manutenção de Benefícios, verificou-se que o processo é iniciado com o cadastramento das informações no Sistema PRISMA – Projeto de Regionalização de Informações e Sistemas, que efetua a habilitação e concessão do benefício. O PRISMA, posteriormente, envia as informações para o Sistema SUB – Sistema Único de Benefícios, conjunto de bancos de dados processados em nível central. Os bancos de dados do SUB interagem e realizam as seguintes funções: fazem as críticas, efetuam os cálculos, liberam o crédito e geram outros produtos

Os trabalhos de auditoria demonstraram as seguintes fragilidades do Sistema PRISMA:

- as informações recebidas e tratadas pelo PRISMA não são enviadas para processamento e arquivamento no ambiente de grande porte, em sua totalidade. No caso de vínculos empregatícios dos beneficiários, somente as 36 últimas informações de vínculos são armazenadas pelo SUB. Qualquer processamento que necessite de informações adicionais deverá buscá-las no ambiente operacional dos Postos de Seguro Social;

- os dados incorretos não são rejeitados pelas transações em processamento;

- não existem manuais de desenvolvimento e de suporte do PRISMA. Não foram detectados, na DATAPREV, relatórios gerenciais ou trabalhos específicos para controle e processamento do PRISMA;

- não há, no INSS, um grupo de controle/segurança responsável por atividades, tais como: investigar e corrigir qualquer problema operacional em terminal, microcomputador ou outro dispositivo de entrada de dados; investigar qualquer ação

de intervenção do operador; assegurar que os procedimentos de ‘restart’ são executados de maneira correta; monitorar as atividades de entrada de dados no terminal, microcomputador ou outro dispositivo similar; e, investigar qualquer desvio dos procedimentos de entrada de dados pré-estabelecidos.

O Sistema Único de Benefícios – SUB permite o armazenamento de todo o ciclo de vida de um benefício, desde a concessão até o encerramento. Todos os tipos de benefícios têm suas informações reunidas numa mesma base de dados. As funções são processadas centralizadamente, em grande porte: concessão, atualização, cálculo mensal de créditos, controle dos pagamentos, IR, auditoria e disseminação de informações. O acesso às funções é controlado pelo Sistema de Controle de Acesso – SCA.

Entretanto, no que diz respeito ao Sistema SUB, foram detectadas fragilidades, como: não são garantidas entradas de dados únicas para alteração dos dados; quanto à autorização para entrada de dados, o pessoal responsável pela autorização da entrada de dados executa tarefas incompatíveis; os mecanismos de segurança instalados para gerenciar a autorização de acesso às transações on-line e seus registros associados permitem acesso indevido às informações; a validação dos dados não é executada em todos os campos do registro ou tela de entrada; e, não existe controle sobre os erros ocorridos na entrada dos dados, não sendo possível identificá-los, juntamente com as medidas que foram adotadas para corrigi-los e o tempo transcorrido entre a sua ocorrência e sua correção.

RECOMENDAÇÕES:

- ao INSS que :
- estude a possibilidade de criação de um grupo de controle/segurança que seja responsável por atividades como:
 - . investigar e corrigir qualquer problema operacional no terminal, microcomputador ou outro dispositivo de entrada de dados;
 - . investigar qualquer ação de intervenção do operador;
 - . assegurar que os procedimentos de ‘restart’ sejam executados de maneira correta;
 - . monitorar as atividades de entrada de dados no terminal, microcomputador ou outro dispositivo similar; e
 - . investigar qualquer desvio dos procedimentos de entrada de dados pré-estabelecidos.
- adote medidas com vistas a manter um controle sobre as rotinas de benefícios que fogem à regra geral de concessão ou atualização, como no caso da transação denominada Atualização Especial de Benefício – AEB; e
- agilize o processo de correção das distorções dos bancos de Benefícios.

No que diz respeito à Administração de Bancos de Dados – ABD, área que tem por objetivo gerenciar a forma como os dados são armazenados, com vistas a garantir a recuperação íntegra dos mesmos, verificamos os seguintes pontos frágeis: falta de um controle centralizado da segurança lógica dos bancos de dados; não-execução de procedimentos de otimização de bancos de dados; as ferramentas de

consulta a banco de dados com controle falho de acesso; não são salvas as versões anteriores da estrutura de bancos de dados; e ausência de histórico das alterações efetuadas nos bancos de dados.

RECOMENDAÇÕES:

- à DATAPREV que:

- *adote rotinas e procedimentos de controle que garantam que todos os projetos de segurança lógica dos bancos de dados sigam padrões pré-estabelecidos, de modo a atingir os objetivos determinados na política de segurança ;*

- *realize procedimentos periódicos de avaliação do desempenho dos bancos de dados, visando sua otimização;*

- *adote providências com vistas a obter um controle de acesso mais eficaz quanto às ferramentas de consulta a banco de dados;*

- *adote providências com vistas a manter salvas versões anteriores das estruturas de banco de dados; e*

- *adote providências com vistas a manter um histórico das alterações efetuadas nos banco de dados*

Quanto à área de Administração de Dados – AD, que tem por objetivo acompanhar a definição da estrutura de dados utilizada pelos sistemas, impedindo que os dados sejam utilizados de forma repetida ou desnecessária, permitindo a produção de informações confiáveis e economia de recursos computacionais, foram identificadas as seguintes falhas: falta de negociação entre a AD e a área de Sistemas, quando da implementação de estruturas de dados; o modelo conceitual dos dados não é preservado; a Administração de dados centralizada não abrange o CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais; não existem modelos de dados representando a estrutura dos bancos de dados implementados no ambiente de grande porte; não é mantido um histórico das alterações nos modelos de dados e das respectivas justificativas; e, os analistas de sistemas têm poder de alteração no dicionário de dados.

RECOMENDAÇÕES:

- à DATAPREV que:

. *adote providências com vistas a viabilizar soluções intermediárias entre a Administração de Dados e a área de Sistemas, quando da implementação de estruturas de dados;*

. *mantenha em arquivo o modelo conceitual dos dados;*

. *adote rotinas e procedimentos que evitem que as duas áreas de administração de dados atuem de forma descoordenada e criem soluções de modelagem conflitantes entre si;*

. *proceda a levantamentos de modelos de dados que representem a estrutura dos bancos de dados implementados no ambiente de grande porte; e*

. *estude a possibilidade de criar um pseudo-sistema dentro do Designer 2000, contendo a documentação pelas equipes de desenvolvimento.*

2. PONTOS POSITIVOS

Ante as considerações acima, verificou-se que a constituição do Comitê de Tecnologia e Informação no âmbito do MPAS veio suprir a ausência de coordenação entre esse Ministério e suas entidades vinculadas, INSS e DATAPREV, no que diz respeito ao planejamento das ações, definição de diretrizes e normatização, visando à adequada utilização e manutenção dos recursos tecnológicos de informática da Previdência Social.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito à segurança física dos equipamentos de informática localizados nos Centros de Tratamento de Informações do Rio de Janeiro e São Paulo (CTRJ e CTSP), onde constatou-se que os controles de acesso físico aos computadores de grande porte são bastante rigorosos. Como também, os sistemas de proteção contra incêndio, bem como os demais dispositivos de segurança física, presentes nesses locais, permitem assegurar a integridade dos equipamentos e a manutenção de sua operacionalidade, mesmo em situações de emergência.

A Administração de Banco de Dados - ABD e Administração de Dados - AD mostraram-se bem estruturadas e desenvolvem suas atividades de modo criterioso e efetivamente controlado, fazendo uso em larga escala dos softwares e facilidades disponíveis no ambiente computacional, com desenvolvimento eventual de softwares próprios de apoio, atuando de forma a garantir que todos os dados armazenados possam ser recuperados, no caso da ABD; como também, a permitir a integração de sistemas a partir desses dados, no caso da AD”.

A Diretora da 2ª Divisão da 4ª SECEX anuiu às proposições apresentadas.

A Titular da 4ª SECEX, por sua vez, ao manifestar-se favoravelmente com as conclusões do Relatório, ressaltou tão-somente que restaram prejudicadas as seguintes propostas de determinação: i) referente à contratação de advogados autônomos, porquanto o INSS, mediante a IN nº 24/2000 (DOU de 06/06/2000), disciplinou o processo seletivo para a contratação de prestação de serviço por tempo determinado; e, ii) referente à Secretaria de Estado de Assistência Social, uma vez que a determinação sugerida já foi efetuada quando da apreciação do TC-004.295/2000-3.

É o Relatório.

VOTO

A questão do desequilíbrio financeiro do sistema previdenciário nacional tem provocado, nos últimos anos, amplo debate na sociedade quanto à real necessidade da formulação de um novo modelo que restabeleça a relação positiva das receitas próprias frente aos gastos.

Para ilustrar o grave quadro evidenciado, tem-se que, no período de 1995 a 1998, enquanto a arrecadação cresceu, em termos reais, 17,8%, o total de benefícios elevou-se em 41,3%.

Essa crescente incapacidade de auto-sustentação do sistema, delineando uma perspectiva de colapso, tem exigido ações políticas efetivas, no sentido de garantir seu financiamento para os próximos anos, procurando, em última instância, dar segurança aos beneficiários no presente e honrar os direitos dos atuais contribuintes.

As mudanças têm abarcado duas importantes vertentes.

A primeira, de ordem estrutural, além de ter em vista uma maior equidade social, procura adaptar o arcabouço legal às transformações sociais, tais como o envelhecimento da população e a informalização da economia.

Nesse contexto, incluem-se à Emenda Constitucional nº 20/98 e inúmeras legislações ordinárias.

A segunda vertente é a de ordem gerencial e diz respeito às medidas adotadas com vistas a dar maior eficiência à administração.

O presente trabalho visa dar uma contribuição a essa última, uma vez que buscou avaliar de forma ampla a engrenagem organizacional da previdência, apontando falhas e procedimentos que podem ser aperfeiçoados, de forma a propiciar, em última análise, o aumento da arrecadação e a redução dos gastos.

No tocante à arrecadação, três aspectos principais foram abordados: evasão de receitas, ação fiscalizadora e mecanismos de cobrança.

Um ponto importante, por exemplo, refere-se ao ressarcimento ao INSS do pagamento dos benefícios assistenciais de que trata a Lei nº 8.742/93, bem como das despesas operacionais dele decorrentes, em valores inferiores aos efetivamente devidos, situação inconcebível para um sistema já deficitário.

No entanto, considerando que tal constatação já foi objeto de determinação por este Tribunal (Decisão nº 209/98 – Plenário), como observado inclusive pela Titular da 4ª SECEX, não vejo razão para repeti-la, devendo a Unidade Técnica, em futuros trabalhos de fiscalização, verificar seu cumprimento.

Com relação ao saldo transferido indevidamente a terceiros (R\$ 12.572 mil), cabe esclarecer que as providências adotadas, a que se refere o Relatório precedente, dizem respeito tão-somente à implantação da Guia da Previdência Social- GPS, em setembro de 1999, que permitiu a partir dali um maior controle dos valores repassados, não havendo, entretanto, informações acerca das medidas tomadas com vistas à recuperação da quantia desviada.

No tocante à fiscalização, observa-se que o acompanhamento do desempenho dos segmentos produtivos revela um redirecionamento de sua atuação.

O mesmo se observa na Procuradoria, quanto às cobranças judiciais dos débitos previdenciários, já que vem buscando priorizar suas ações junto a grandes devedores, com destaque, nesse particular, para o Sistema de Gerenciamento por Segmentação da Procuradoria – SGSP.

É importante assinalar que os grandes devedores representam mais de 80% do total da dívida ativa. Convém salientar, a propósito, que em 1998 as empresas privadas eram responsáveis por 76,9% dos débitos.

Nessas circunstâncias, verifica-se que a Procuradoria exerce relevante função, tendo em vista que os créditos previdenciários em poder de terceiros, entes públicos ou privados, que não se reverteram aos cofres do INSS, são bem significativos. A título de ilustração, o montante da dívida totalizava, ao final de 1998, R\$ 53,9 bilhões, enquanto a arrecadação desses débitos ficou em R\$ 981 milhões no mesmo exercício, perfazendo 1,8% do total.

Diante desse quadro, os setores de fiscalização e de cobrança assumem um relevante papel, devendo os problemas de escassez de recursos humanos e operacionais identificados serem solucionados no menor tempo possível.

Quanto à proposta de determinação relativa à contratação dos advogados autônomos, deixo de acatá-la, porque, como bem observou a Sra. Secretária, o INSS, mediante a Instrução Normativa nº 24/2000 (DOU de 06/06/2000), disciplinou o processo seletivo para a contratação dos serviços desses profissionais por tempo determinado.

Com relação aos gastos, um ponto importante a ser destacado refere-se à ausência de segregação de funções para os servidores que habilitam, concedem e revisam os benefícios, situação essa propícia à ocorrência de fraudes.

Outro aspecto também suscetível à fraude e, portanto, merecedor de determinação, diz respeito à constatação de que os cartórios de registro civil não têm cumprido a exigência legal de comunicar os óbitos ao INSS.

Além disso, em que pese a importância da criação do Comitê de Tecnologia de Informação com objetivo de coordenar o processo de modernização tecnológica da Previdência, constatou-se que muitos ainda são os problemas relacionados aos sistemas informatizados, desde incompatibilidades e inconsistências de dados até dificuldade em acompanhar as inúmeras alterações das normas previdenciárias. Mas, sem dúvida, os problemas que precisam ser imediatamente atacados são aqueles atinentes à segurança dos sistemas, por permitirem acessos indevidos que podem incorrer em procedimentos fraudulentos, conforme logrou comprovar a equipe de auditoria.

Muito embora a presente auditoria tenha sido realizada em meio a um momento de significativas mudanças nas entidades auditadas e ser perceptível o empenho da administração em otimizar e modernizar os procedimentos inerentes ao sistema previdenciário, considero bastante oportunas as determinações sugeridas, não obstante a possibilidade de várias falhas identificadas já terem sido corrigidas.

Quanto à proposta de auditoria específica para avaliar os custos relativos à prestação de serviços da DATAPREV ao INSS, acolho-a na íntegra, uma vez que essa questão, não obstante já ter sido objeto de decisões do Tribunal, necessita de um exame mais aprofundado.

Com relação à proposição, contida no Relatório de Auditoria, de tornar sem efeito o item 8.1.5 da Decisão nº 286/98 – Plenário, retificado pela Decisão nº 585/98 – Plenário, entendo que a mesma não deve prosperar por duas razões. Primeiro, porque considero ainda pertinente a alínea “a”, uma vez que a determinação de envio das planilhas de custos nos processos de prestação de contas, em obediência à referida deliberação do Tribunal, não se refere somente ao Sistema de Gestão da Previdência (desativado), mas a todos os projetos e sistemas desenvolvidos pela DATAPREV para o INSS, além do que a auditoria para avaliar os custos relativos à prestação desses serviços, aqui prevista, retratará apenas a situação encontrada no momento dos trabalhos. No tocante à alínea “b”, mesmo concordando que o processo de depuração do banco de dados é um processo contínuo, sendo indevida a

determinação para que se apresente um cronograma para sua conclusão, não vejo razão para torná-la insubsistente já que as determinações exaradas nestes autos, a respeito do mesmo assunto, sobrepõem-se às anteriormente efetuadas.

Cabe consignar, outrossim, que em atendimento à Decisão nº 002/99 – Plenário, no sentido de se apurar as circunstâncias e responsabilidades que teriam permitido à empresa SERSAN Engenharia e demais empresas do mesmo grupo empresarial obter Certidões Negativas de Débito – CND, a equipe de auditoria constatou a emissão de certidões somente à SERSAN Táxi Aéreo Ltda., sendo que os extratos da memória dos registros existentes no Sistema CND demonstraram que, à época das emissões das CND identificadas, não havia débitos cadastrados em nome da referida empresa.

Com essas considerações, VOTO por que seja adotada Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

DECISÃO Nº 1049/2000 – TCU – PLENÁRIO¹

1. Processo nº TC-001.983/98-9
2. Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria Integrada
3. Responsáveis: Crésio de Matos Rolim (Presidente do INSS) e Ramon Eduardo Barros Barreto (Presidente da DATAPREV)
4. Entidades: Instituto Nacional do Serviço Social – INSS e Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social - DATAPREV
5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: 4ª SECEX (Coordenação)
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que:

8.1.1 providencie a regularização das transferências indevidamente efetuadas a “Terceiros” (SESC, SEBRAE, SENAI e outros), nos exercícios de 1994 a 1998, consignando nas próximas contas as medidas implementadas para a recuperação desses valores;

8.1.2 regularize, com a maior brevidade possível, seu contrato de prestação de serviços com a DATAPREV, especificando os serviços a serem prestados e os valores envolvidos;

8.1.3 normatize as rotinas de emissão de Certidões Negativas de Débito - CND que fogem à regra geral, principalmente aquelas referentes a contribuintes com restrições, de forma a minimizar a emissão de CND por meio de Autorização Especial, realizando levantamento e fiscalização sobre as emissões passadas;

8.1.4 quanto ao Sistema de Atualização de Guias da Previdência – AGUIA, estude a possibilidade de requisitar à DATAPREV o desenvolvimento de uma rotina de emissão de relatório periódico que identifique os registros com “marca de erro”,

¹ Publicada no DOU de 10/01/2001.

definindo uma equipe de controle para verificar os relatórios emitidos, tanto das guias atuais quanto daquelas já pertencentes ao banco de dados, de forma a efetuar as devidas correções;

8.1.5 adote, de imediato, providências com vistas a adequar às normas em vigor o termo de convênio celebrado entre o MPAS/INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD, definindo com clareza e precisão seu objeto e a destinação dos recursos;

8.1.6 adote medidas para agilizar a implantação e utilização do Sistema Módulo de Controle de Processos - MCP, providenciando a correção de suas falhas;

8.1.7 estude a possibilidade de criação de um grupo de controle/segurança, na área de informática, que seja responsável por:

a) investigar e corrigir qualquer problema operacional em terminal, microcomputador ou outro dispositivo de entrada de dados;

b) investigar qualquer ação de intervenção do operador;

c) assegurar que os procedimentos de “restart” sejam executados de maneira correta;

d) monitorar as atividades de entrada de dados no terminal, microcomputador ou outro dispositivo similar; e

e) investigar qualquer desvio dos procedimentos de entrada de dados pré-estabelecidos;

8.1.8 adote medidas com vistas a manter o controle sobre as rotinas que fogem à regra geral de concessão ou atualização de benefícios, como a transação AEB – Atualização Especial de Benefício e aquelas com base em decisões judiciais (regidas pelos Despachos 03 e 04), de forma a impedir acesso indevido às transações *on-line*;

8.1.9 implemente o projeto de apuração de inconsistências nas bases de dados de benefícios, com vistas a agilizar o processo de correção de distorções identificadas;

8.1.10 implemente, com a maior brevidade possível, procedimentos de confronto entre os fluxos financeiro e documental (Guia da Previdência Social - GPS) da arrecadação das contribuições previdenciárias;

8.1.11 adote providências no sentido de equipar as unidades da Procuradoria do INSS em que a carência de equipamentos de informática seja mais crítica;

8.1.12 envide esforços para promover a ampliação do Sistema de Gerenciamento por Segmentação de Procuradoria (SGSP), priorizando a alocação de recursos materiais e humanos, em especial para que seja efetivado o acompanhamento de devedores na faixa de débitos situados entre 1 (um) milhão e 5 (cinco) milhões de reais;

8.1.13 adote novo critério de classificação, no universo dos grandes devedores, identificando aqueles com melhor capacidade de pagamento de débitos, mediante análise econômico-financeira de balanços, acompanhamento sobre o pagamento de débitos parcelados, verificação da situação da empresa no mercado acionário, levantamento de certidões de ações judiciais e outros indicativos sobre o estado de solvência do devedor, de forma a tornar mais efetiva as ações das procuradorias;

8.1.14 oriente as procuradorias estaduais a controlar o prazo de tramitação dos processos, identificando as causas de eventuais morosidades, bem como a fazer levantamentos periódicos sobre o perfil da dívida, para a identificação dos grandes devedores do INSS no âmbito das respectivas circunscrições, com vistas ao melhor direcionamento de suas ações;

8.1.15 envie esforços no sentido de manter atualizado o Informativo da Procuradoria-Geral do INSS em sua *home-page* na internet;

8.1.16 oriente os procuradores autárquicos do INSS a utilizar a tecnologia “PUSH”, nos tribunais pátrios que disponibilizam esse tipo de serviço, para o recebimento automático dos andamentos processuais;

8.1.17 regulamente, mediante ordem de serviço, o ajuizamento de ações rescisórias, de forma a eliminar as deficiências nos acompanhamentos do desfecho em que o INSS é parte sucumbida;

8.1.18 proceda à classificação e ao registro da motivação judicial de todas as ações – transitadas em julgado, com julgamento de mérito – em que a autarquia tenha sucumbido, para fins gerenciais e estatísticos de orientação aos seus procuradores e advogados e de acompanhamento da atuação desses profissionais;

8.1.19 aloque recursos para a aquisição de periódicos e livros jurídicos à Procuradoria do INSS;

8.1.20 envie esforços para o aparelhamento dos setores de arrecadação, fiscalização e cobrança administrativa de débitos, com intensificação sistemática do uso de informática, buscando acompanhar o desempenho das empresas e o comportamento dos contribuintes em relação às contribuições sociais;

8.1.21 envie esforços no sentido de estabelecer intercâmbio de informações entre os setores de fiscalização nas esferas federal, estadual e municipal, bem como entre o INSS e demais órgãos da administração pública, responsáveis pelo recolhimento de contribuições sociais ou pelo manuseio de dados e parâmetros de acompanhamento;

8.1.22 adote providências com vistas a possibilitar o recebimento tempestivo, pelos postos de atendimento do INSS, das normas operacionais editadas, promovendo a orientação dos servidores responsáveis pela implementação das mesmas;

8.1.23 adote providências objetivando instituir o procedimento da conferência, após a validação dos dados do benefício em concessão, a ser efetuada por servidor distinto do habilitador/concessor, a fim de garantir a segregação de funções no processo concessório de benefícios, uma vez que a ausência dessa segregação na execução desses procedimentos possibilita a ocorrência de erros e fraudes;

8.1.24 adote a prática do cruzamento dos dados declarados pelo segurado com os do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), na fase de habilitação/concessão, em observância ao disposto no art. 333 do Decreto n° 3.048/99, para que seja reduzido o excessivo número de indeferimentos que ocorrem após a validação dos dados do benefício em concessão;

8.1.25 alerte as Agências da Previdência Social (ex-Postos de Seguro Social) para que não recusem requerimento de benefício com documentação incompleta, consoante o disposto no art. 176 do Decreto n° 3.048/99;

8.1.26 adote providências no sentido de compelir os cartórios de registro civil a cumprirem a obrigação de comunicar o registro de óbitos, conforme o art. 228 do Decreto nº 3.048/99, sob pena de aplicação de multa, com base no art. 68 da Lei nº 8.212/91;

8.2 determinar ao INSS e à DATAPREV que:

8.2.1 quanto ao controle de acesso aos sistemas, procedam à aplicação imediata dos preceitos constantes da Portaria/MPAS nº 4.494/98 e do Manual para Acesso Lógico aos Sistemas Informatizados da Previdência Social;

8.2.2 adotem, com urgência, medidas que permitam a completa funcionalidade do Sistema de Controle Financeiro – SCF, eliminando os problemas de compatibilização com outros sistemas, com vistas a confrontar os valores arrecadados e pagos ao INSS pelos bancos;

8.2.3 adotem providências para viabilizar a migração de todos os dados referentes à dívida (administrativa e judicial), contidos no sistema antecessor (ATARE), para o Sistema de Registro e Controle de Débitos, Parcelamento e Cobrança - SICOB;

8.2.4 realizem esforço concentrado para que todos os dados referentes à dívida (administrativa e judicial), migrados para o novo sistema DÍVIDA, sejam depurados, eliminando inconsistências e erros porventura existentes;

8.2.5 atentem para um gerenciamento quantitativo e qualitativo das informações do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, de forma a tornar mais eficaz sua utilização;

8.3 determinar à DATAPREV que:

8.3.1 proceda a estudos objetivando a otimização da utilização de seus *mainframes*, incluindo projeções futuras dessa utilização, com vistas a evitar problemas no processamento de dados;

8.3.2 regularize, na maior brevidade possível, sua relação contratual com a Unisys, por meio de um contrato elaborado nos termos das normas vigentes, especificando os serviços a serem prestados e os valores envolvidos;

8.3.3 quando de sua reestruturação organizacional, atente para o posicionamento hierárquico da área de segurança física e lógica de sistemas, que deve constar em um nível superior, de forma a conter todas as funções de segurança delineadas como necessárias, estabelecendo, em consequência, segregação na execução das mesmas;

8.3.4 adote as medidas recomendadas por sua Auditoria Interna, quando de fiscalização efetuada no CTRJ, em 1999, como por exemplo a implementação de um plano formal que contenha medidas de contingência e recuperação de processos;

8.3.5 proceda a estudo objetivando adotar um sistema que prepare automaticamente os procedimentos que devam ser executados diariamente;

8.3.6 adote as seguintes medidas, quanto ao controle de acesso aos sistemas:

a) implantação do Modelo de Gestão de Segurança definido pelo Projeto DAP 12;

b) efetivação de estudos no sentido de obrigar a confirmação de acesso de usuários, por gestor, nos moldes, por exemplo, da Conformidade de Operadores do sistema SIAFI;

c) implementação das medidas corretivas dos problemas relatados na Resolução/DATAPREV nº 2.246/98;

8.3.7 informe a este Tribunal, quando da apresentação de sua próxima Prestação de Contas, sobre a forma como está sendo utilizada a Metodologia de Desenvolvimento de Sistemas - MDS e o desenrolar dos projetos DAP 35/99 (Documentação de Sistemas) e DAP 37/99 (Construção e Desenvolvimento de Manuais Interativos e Tutoriais para os Sistemas);

8.3.8 adote, com urgência, medidas visando à completa implantação do Projeto de Descentralização das Bases de Dados da Arrecadação – RADAR, com vistas a garantir a segurança dos dados processados e a possibilitar a interligação entre os diversos níveis do INSS;

8.3.9 agilize as migrações dos sistemas cruciais da Previdência que utilizam a linguagem *Clipper* para plataformas mais modernas e integradas que permitam o efetivo gerenciamento nas unidades regionais;

8.3.10 adote um planejamento mais eficaz quando da implantação de sistemas, inclusive centralizando sua operacionalização, com vistas a evitar incompatibilidade de informações entre sistemas afins, como o ocorrido entre o Sistema de Cadastramento e Alteração de Documentos - SICAD e o Sistema de Registro e Controle de Débitos, Parcelamento e Cobrança – SICOB;

8.3.11 adote rotinas e procedimentos de controle que garantam que todos os projetos de segurança lógica dos bancos de dados sigam padrões pré-estabelecidos, de modo a atingir os objetivos determinados na política de segurança;

8.3.12 desenvolva metodologia de avaliação do desempenho dos bancos de dados, objetivando a eliminação, por exemplo, entraves no processamento e procedimentos de consulta e de atualização mal construídos, com vistas a otimizar sua utilização;

8.3.13 adote providências com vistas a:

a) preservar as versões anteriores das estruturas de banco de dados, de forma a recompor emergencialmente situações anteriores;

b) manter um histórico das alterações efetuadas nos bancos de dados, juntamente com suas justificativas, com vistas a fundamentar decisões tomadas, assim como dar subsídios a decisões futuras;

d) viabilizar soluções intermediárias entre a administração de dados e a área de Sistemas, quando da implementação de estruturas de dados, com a finalidade de reduzir a manutenção, eliminar a falta de confiabilidade dos dados e a falta de integração entre os aplicativos;

8.3.14 mantenha em arquivo o modelo conceitual dos dados que retrate o seu inter-relacionamento, adotando, ainda, rotinas e procedimentos que evitem que as duas áreas de administração de dados atuem de forma descoordenada e criem soluções de modelagem conflitantes entre si;

8.3.15 proceda a levantamento dos modelos de dados que representem a estrutura dos bancos de dados implementados no ambiente de grande porte;

8.3.16 estude a possibilidade de criar um pseudo-sistema dentro do Designer 2000 que permita o acesso somente à leitura da documentação pelas equipes de desenvolvimento, para que não se perca o controle sobre alterações efetuadas;

8.3.17 envie esforços na depuração da base de dados do CD-IDEIA Procuradoria, corrigindo os dados constantes nos seguintes campos de registro: indicador de débito, data de atualização, data de cadastramento, data do documento de origem, data da fase anterior, data da fase atual e data de inscrição;

8.4 determinar ao Comitê de Tecnologia e Informação que:

8.4.1 adote medidas no sentido de viabilizar um controle efetivo dos equipamentos de *hardware* que compõem o parque computacional da Previdência;

8.4.2 adote medidas visando agilizar a implementação dos produtos do Projeto DAP 12, atentando para procedimentos relativos ao programa de segurança, especialmente quanto a: análise dos *logs* e relatórios de violações dos procedimentos de segurança; proteção dos *logs* contra destruição intencional ou acidental; violações de segurança; e tentativas frustradas de acesso ao sistema;

8.5 recomendar ao Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) que:

8.5.1 estude a viabilidade de encaminhar à Presidência da República proposta de projeto de lei que contemple aumento do quadro de pessoal na Procuradoria do INSS, ante a carência de recursos humanos verificada, situação que pode comprometer o processo de cobrança judicial dos débitos previdenciários;

8.5.2 realize consulta junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre a possibilidade de aproveitamento de servidores públicos federais, que estejam em disponibilidade, nos quadros do Instituto Nacional do Seguro Social (art. 30 e seguintes da Lei 8.112/90);

8.5.3 realize consulta ao Ministério da Fazenda sobre a possibilidade de serem alocados, prioritariamente e mediante cessão de uso, equipamentos de informática apreendidos pela Secretaria da Receita Federal (art. 28 do Decreto-lei nº 1.455/76);

8.5.4 reveja a forma de apresentação dos dados no Anuário Estatístico da Previdência Social, de modo a explicitar os conceitos e as metodologias utilizadas para o tratamento dos dados;

8.5.5 adote medidas com vistas a consolidar a legislação previdenciária, de forma a facilitar o acompanhamento das normas pertinentes pelos servidores do órgão e demais interessados;

8.6 determinar à 4ª SECEX que, oportunamente:

8.6.1 inclua no Plano específico Auditoria a ser realizada no INSS, extensível à DATAPREV, objetivando avaliar os custos relativos à prestação de serviços existentes entre as partes, bem como examinar o termo de convênio celebrado entre o MPAS/INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD, com vistas a verificar a sua adequação às normas em vigor; 8.7. encaminhar cópia do Relatório de Auditoria e da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, ao Presidente da Comissão de Fiscalização e Controle do

Senado Federal, ao Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, ao Presidente do INSS e ao Presidente da DATAPREV;

8.8 juntar os presentes autos às contas do INSS relativas ao exercício de 1998.

9. Ata nº 48/2000 – Plenário

10. Data da Sessão: 06/12/2000 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues e Guilherme Palmeira (Relator)

IRAM SARAIVA
Presidente

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

**DNER - BR-381/MG/SP, BR-116/SP/PR, BR-116/376/PR E
BR-101/SC**
**Acompanhamento de outorga de concessão de trechos
rodoviários**

Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues

Grupo I - Classe V – Plenário

TC-016.248/2000-6, 016.249/2000-3 e 016.250/2000-4 (todos com 2 anexos)

Natureza: Acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários

Órgão: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem –DNER

Responsável: Genésio Bernardino de Souza, Diretor-Geral

Ementa: Acompanhamento do processo de outorga da concessão dos trechos das rodovias BR-381/MG/SP (Belo Horizonte-São Paulo); BR-116/SP/PR (São Paulo-Curitiba); BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba-Florianópolis). Primeiro e segundo estágios. Encaminhamento, fora do prazo, da documentação do primeiro estágio do acompanhamento pelo DNER. Impossibilidade da apreciação da correção do procedimento de concessão em prazo exíguo, sobretudo quando todos os estudos, agora submetidos ao TCU, já se encontravam prontos desde janeiro de 2.000. Notícias na imprensa sobre possíveis irregularidades, levantadas por órgão de classe, com a exigência de elevados índices financeiros para as empresas participantes, comprometendo o caráter competitivo da licitação. Realização de diligências. Determinação de suspensão cautelar dos processos de outorga, até o esclarecimento de todas as questões levantadas. Ciência ao responsável e ao órgão de classe

RELATÓRIO

Pela objetividade com que expostos os fatos relacionados com os processos de outorga de concessão de trechos rodoviários, adoto como Relatório a instrução, comum a todos os processos, do diretor da 9ª Secex, Ricardo André Becker, com a qual o secretário da unidade técnica manifestou-se de acordo:

“Trata-se de acompanhamento do processo de outorga da concessão de serviços públicos (operação, monitoração, conservação, manutenção e melhoramentos) dos seguintes trechos de rodovias:

- BR-381/MG/SP, trecho Belo Horizonte-São Paulo, que compõe o lote 11 do Programa de Concessão de Rodovias Federais;

- BR-116/SP/PR, trecho São Paulo-Curitiba, que compõe o Lote 12 do Programa de Concessão de Rodovias Federais;

- BR-116/376/PR e BR-101/SC, trecho Curitiba-Florianópolis, que compõe o Lote 13 do Programa de Concessão de Rodovias Federais.

Os trechos de rodovias federais mencionados foram incluídos no Programa Nacional de Desestatização – PND por intermédio do Decreto nº 2.444, de 30/12/1997 (fls.2 e 3).

Por meio do Ofício nº 1357/DG-2000 (fl. 01), de 08/11/2000, o DNER encaminhou, para cada trecho, o estudo de viabilidade econômica-financeira da concessão e o edital de licitação. Esses dois documentos, para cada processo, dizem respeito, respectivamente, ao primeiro e ao segundo estágio de acompanhamento previsto na Instrução Normativa TCU nº 27/98.

I – Descrição e importância dos trechos rodoviários em comento

Entre os sete lotes que compõem a nova rodada de licitações para concessão da exploração de rodovias, indubitavelmente os trechos acima referenciados são os de maior significado sócio-econômico e estratégico.

O primeiro trecho, com 561,5 km de extensão, interliga as regiões metropolitanas de duas das principais cidades brasileiras, Belo Horizonte e São Paulo e é denominado de Rodovia Fernão Dias. O crescimento do volume de tráfego da rodovia, em suas quatro décadas de operação, tem sido significativo, intensificando-se nas proximidades de Belo Horizonte e São Paulo. As projeções de crescimento também são expressivas, situando-se entre 1,5 e 2,5% ao ano, dependendo do tipo de tráfego considerado (veículos leves ou comerciais).

As obras de duplicação da pista estarão concluídas até o início da concessão. A estimativa de arrecadação durante os vinte e cinco anos de concessão (receita bruta de pedágio) é da ordem de 4,278 bilhão de reais, a valores de julho de 1999, o que situa este trecho como o segundo maior valor estimado de contrato.

O trecho São Paulo-Curitiba (Rodovia Régis Bittencourt) possui 402,3 km de extensão, que serão entregues à futura concessionária inteiramente duplicados, à exceção de um pequeno segmento de 30 km, cuja duplicação constitui encargo desta. Esta ligação rodoviária integra o principal corredor de interligação dos mais importantes pólos econômicos das regiões sudeste e sul do Brasil e destas com os principais países do Mercosul.

Os volumes médios de tráfego diário atingem 45.000 veículos na saída de São Paulo e 30.000 veículos na chegada a Curitiba. No restante de sua extensão, o tráfego médio varia entre 10.000 e 12.000 veículos/dia, com a predominância de veículos comerciais (entre 50 e 70%, dependendo do trecho).

A estimativa de arrecadação durante os vinte e cinco anos de concessão (receita bruta de pedágio) é da ordem de 5,466 bilhão de reais, a valores de julho de 1999, o que situa este trecho como o de maior valor estimado de contrato, dentre os sete lotes ora objeto de licitação.

Já o trecho Curitiba-Florianópolis possui extensão de 367,6 km, dos quais 329,8 km estão duplicados. Os 3,5 km em pista simples a duplicar e os 34,3 km, aproximadamente, do contorno de Florianópolis serão encargos da futura concessionária.

Da mesma forma que o trecho São Paulo-Curitiba, este segmento é integrante do corredor rodoviário de ligação das regiões Sudeste e Sul, bem como destas com o Mercosul.

Os volumes médios de tráfego diário situam-se atualmente em torno de 12.000 veículos nos trechos menos sujeitos à influência urbana, com participação de veículos comerciais da ordem de 50%. Nas proximidades de Florianópolis essa média se eleva para cerca de 25.000 veículos/dia. É de se ressaltar a sazonalidade associada ao período de férias de verão, quando o tráfego diário nos segmentos próximos ao litoral pode sofrer acréscimo da ordem de 50%.

O valor estimado de contrato, para este trecho, correspondente à receita bruta de pedágio, é da ordem de R\$ 3,681 bilhão (valores de julho de 1999).

II – Análise do Primeiro Estágio

O documento ‘Estudo da Viabilidade Econômica-Financeira’, para cada um dos trechos citados, visa a atender o requerido no art. 7º, inciso I, da Instrução Normativa TCU nº 27/98 concernente ao primeiro estágio de acompanhamento do processo de outorga de concessão, in verbis:

‘Art. 7º A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada nos estágios a seguir relacionados, mediante análise dos respectivos documentos:

I - primeiro estágio:

a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental’.

O prazo para encaminhamento dos documentos desse primeiro estágio está previsto no art. 8º, inciso I, da mencionada IN, a seguir transcrito:

‘Art. 8º O dirigente do órgão ou da entidade federal concedente encaminhará, mediante cópia, a documentação descrita no artigo anterior ao Tribunal de Contas da União, observados os seguintes prazos:

I – primeiro estágio – 30 (trinta) dias, no mínimo, antes da publicação do edital de licitação’.

O aviso de licitação de cada um dos trechos em exame – relativos aos Editais nºs 0495/2000-00 (TC-016.248/2000-6), 0496/2000-00 (TC-016.249/2000-3) e 0497/2000-00 (TC-016.250/2000-4) – foi publicado no D.O.U. de 03/11/2000 (fl.5). Assim, o DNER deveria ter encaminhado a este Tribunal os documentos concernentes ao primeiro estágio até o dia 4/10/2000, o que não ocorreu. Esses documentos somente deram entrada nesta Corte em 8/11/2000, juntamente com os respectivos editais.

Ressalte-se que desde o acompanhamento do processo de concessão da Ponte Rio-Niterói, em 1993, e, posteriormente, quando do acompanhamento da concessão dos quatro primeiros trechos de rodovias federais, em 1994, este Tribunal tem disciplinado os procedimentos a serem observados pelo poder concedente, conforme Decisões Plenárias TCU nº 141/93, 437/93, 287/94 e 394/95. Essas decisões serviram de base para a edição da Instrução Normativa nº 10/95, substituída pela Instrução Normativa nº 27/98. Não se vislumbra, portanto, qualquer justificativa razoável para o encaminhamento tardio ao TCU dos estudos de viabilidade, principalmente se for considerado, conforme consta da capa do volume I de cada processo, que os estudos de viabilidade estavam concluídos desde janeiro de 2000.

Além da questão do descumprimento de prazos, verifica-se que não foram encaminhados elementos indispensáveis a uma análise mais apurada dos processos. Pode-se mencionar, exemplificativamente, a explicitação dos diversos componentes da taxa interna de retorno utilizada nos cálculos, a descrição da metodologia utilizada para estimar o volume de tráfego em cada praça de pedágio, os parâmetros utilizados para estimar as perdas de arrecadação (denominadas de fuga, impedância e isenção), os estudos realizados para projeção das taxas de crescimento de tráfego, a compatibilização entre os custos de investimentos estimados pela consultora contratada e o sistema SICRO existente no DNER, os estudos que levaram à fixação do prazo de vinte e cinco anos para a exploração da concessão, entre outros.

Todos esses pontos influenciam diretamente os custos ou as estimativas de receita e podem vir a ter, portanto, impacto no valor das tarifas de pedágio. É necessário, então, que sejam submetidos a uma análise minuciosa por parte do Tribunal. Em reunião no dia 21/11, com a participação de técnicos do DNER, do TCU e da empresa consultora, os elementos enumerados foram solicitados informalmente. Entendemos conveniente, entretanto, formalizar o pedido por meio de diligência

III – Análise do Segundo Estágio

A IN TCU nº 27/98, em seu art. 7, inciso II, prevê o encaminhamento dos seguintes documentos relativos ao segundo estágio de acompanhamento:

‘II – segundo estágio:

a) edital de pré-qualificação;

b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação;

- c) relatório de julgamento da pré-qualificação;
- d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação;
- e) edital de licitação;
- f) minuta de contrato;
- g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas’.

A mencionada IN (art. 8, inciso II, letra ‘c’) prevê que o edital de licitação deve ser encaminhado a esta Corte 5 (cinco) dias, no máximo, após a sua publicação. Os editais (avisos de licitação) foram publicados no D.O.U. de 3/11/2000, tendo sido encaminhados tempestivamente a esta Corte em 8/11/2000.

Algumas questões relativas aos editais foram apresentadas na reunião ocorrida no dia 21 de novembro. Por serem pontos importantes, demandarão uma análise cuidadosa por parte do Tribunal. Entendemos pertinente, também neste caso, formalizar o pedido por meio de diligência.

IV – Notícias na imprensa

Em reportagem publicada no jornal Folha de São Paulo de 24/11/2000 (fls. 8 a 12) com o título ‘DNER limita disputa a grandes empresas’, são relatados diversos pontos questionados pelo SindusCon-SP, sindicato de construtoras paulistas, em pedido de impugnação do edital para concessão do trecho São Paulo-Curitiba protocolado no DNER.

Entre outros indícios de irregularidades, questiona-se a exigência de índices de liquidez elevados, assim como a fórmula adotada pelo DNER para calcular o patrimônio líquido das empresas consorciadas. Segundo a reportagem, mantidas essas exigências, somente as sete maiores empreiteiras do país teriam condições de participar, isoladamente, da disputa pelos três maiores lotes. Estaria caracterizado, assim, o risco de favorecimento a grandes empreiteiras e a formação de cartel, uma vez que empresas menores somente teriam acesso ao certame licitatório em consórcio com pelo menos uma das sete grandes construtoras.

As possíveis irregularidades mencionadas na reportagem, a nosso ver, merecerem análise aprofundada por parte do Tribunal.

V – Proposta de encaminhamento

Considerando o disposto no art. 17 da IN/TCU nº 27/98;

Considerando a possibilidade de eventuais danos às ações de controle decorrentes do descumprimento do prazo contido no inciso I do art. 8º da IN/TCU nº 27/98 em função do encaminhamento concomitante, pelo DNER, dos estudos de viabilidade e dos editais de licitação;

Considerando a relevância sócio-econômica e estratégica dos trechos a serem licitados;

Considerando que os estudos de viabilidade estavam concluídos desde janeiro de 2000;

Considerando a necessidade de uma análise cuidadosa de todos os aspectos relativos às licitações;

Considerando a publicação de denúncias na imprensa sobre o assunto;

Considerando a inexistência de documentação suficiente nos autos para propiciar uma análise adequada de diversas questões essenciais para a formação de juízo sobre as concessões em apreço

Propomos:

I - *que seja realizada diligência junto ao DNER para obtenção dos seguintes documentos/informações:*

1 - com relação ao estudo de viabilidade econômico-financeira dos lotes 11, 12 e 13 do Programa de Concessão de Rodovias Federais, correspondente aos trechos BR-381/MG/SP (Belo Horizonte-São Paulo), BR-116/SP/PR (São Paulo-Curitiba), e BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba-Florianópolis):

a) estudos e justificativas que fundamentaram a fixação do prazo de concessão em 25 anos;

b) parâmetros e metodologia utilizados para estimar as perdas de arrecadação (valores de fuga, impedância e isenção), mencionando, inclusive, as fontes de pesquisa utilizadas, se for o caso;

c) descrição da metodologia utilizada para estimar o volume de tráfego em cada praça de pedágio, explicitando quando e de que forma foram realizadas as contagens de tráfego;

d) estudos que embasaram a fixação das taxas de crescimento de tráfego;

e) explicitação da metodologia e de todos os componentes utilizados para a fixação da taxa interna de retorno dos projetos;

f) compatibilização entre a terminologia utilizada no sistema SICRO do DNER e a utilizada pela consultora com relação aos investimentos a serem realizados;

g) relatório de custos do sistema SICRO, relativo ao mês de julho de 1999;

h) metodologia utilizada para cálculo do benefício potencial ao usuário com a cobrança de pedágio;

2 – com relação ao Edital para concessão da exploração dos lotes 11, 12 e 13 do Programa de Concessão de Rodovias Federais correspondente aos trechos BR-381/MG/SP (Belo Horizonte-São Paulo); BR-116/SP/PR (São Paulo-Curitiba); e BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba-Florianópolis):

a) razões para a exigência de atestado de Gerência ou supervisão de operação de vias ou rodovias com pedágio (item 131 do Edital), tendo em vista que a concessão de rodovias é um procedimento recentemente adotado no país;

b) critérios para a fixação dos índices contábeis estipulados no item 138 do edital, uma vez que a exigência de índices muito elevados pode representar restrição ao caráter competitivo da licitação;

c) *inexistência de critérios explícitos para atribuição de notas às Propostas de Metodologia de Execução (item 166 do Edital), o que pode conferir subjetividade ao processo;*

d) *critérios para a exigência de Patrimônio Líquido para empresa isolada ou em consórcio (item 136, alínea c do Edital), uma vez que a exigência mínima estabelecida, para empresas isoladas, e a fórmula de cálculo do patrimônio líquido, para empresas em consórcio, podem representar restrição ao caráter competitivo da licitação.*

II - *que o Tribunal determine ao DNER, cautelarmente, a suspensão do processo de licitação para concessão dos seguintes trechos de rodovias federais: BR-381/MG/SP (Belo Horizonte-São Paulo); BR-116/SP/PR (São Paulo-Curitiba); e BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba-Florianópolis), por um período não inferior a trinta dias a contar do recebimento neste Tribunal de resposta à diligência proposta no item anterior.”*

Estando os autos em meu gabinete, para análise, foi recebida, da 9ª Secretaria de Controle Externo, instrução complementar, dando notícia de expediente, oferecido em 1º.12.2000 pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo – SindusCon-SP

Nele, informa a entidade que apresentou impugnação, junto ao DNER, contra o processo licitatório de concessão dos trechos rodoviários e representação, junto à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, mencionando especificamente os seguintes aspectos que mereceriam reparos na concessão da rodovia BR 116/SP/PR – trecho São Paulo-Curitiba:

a) a forma utilizada pelo edital para disciplinar a participação de empresas em consórcio, notadamente quanto à possibilidade de empresas cujo patrimônio líquido seja superior ao patamar mínimo exigido de R\$ 422 milhões não atingirem, quando associadas, o valor exigido de R\$ 548,6 milhões para participação em consórcio; e

b) excesso de exigências quanto aos índices necessários à comprovação de capacidade econômico-financeira das empresas licitantes, o que restringiria a participação na licitação.

A 9ª Secex esclarece que esses aspectos, já noticiados pela imprensa, foram objeto de proposta de diligência na instrução anterior, supra transcrita.

Registra, ainda, que o DNER encaminhou, em 1º.12.2000, parte dos esclarecimentos solicitados pelos técnicos do Tribunal, em reunião realizada no dia 21.11.2000, os quais não elidem as dúvidas suscitadas na ocasião, seja pela falta de técnica nas respostas às questões, seja por não contemplarem, objetivamente, o que foi requerido em cada item.

Por todo o exposto, a Unidade Técnica mantém as propostas de encaminhamento anteriores e enfatiza a necessidade de mais tempo para um exame minucioso dos processos ora em apreciação.

É o relatório.

VOTO

Verifico, inicialmente, que o DNER descumpriu o prazo mínimo de 30 dias, antes da publicação do edital de licitação, para o encaminhamento dos documentos relativos ao primeiro estágio de acompanhamento dos processos de outorga de concessões de trechos rodoviários, previsto no art. 8º, inciso I, da Instrução Normativa TCU nº 27, que dispõe sobre a fiscalização, exercida pelo Tribunal de Contas da União, sobre os processos de desestatização, desde 2 de dezembro de 1998

O DNER fez publicar todos os avisos de licitação, no Diário Oficial da União, no dia 3.11.2000, e apenas enviou os documentos do primeiro estágio à apreciação do Tribunal de Contas da União somente cinco dias depois, em 8.11.2000, violando dispositivo da Instrução Normativa nº 27/98 e prejudicando a adequada análise desta Corte. Aduzo que nenhuma justificativa foi apresentada para tal proceder, a confrontar as normas de fiscalização existentes para assegurar a eficácia dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, dentre outros.

Na forma da legislação em vigor, os editais somente poderiam ser publicados no dia 8.12.2000, trinta dias depois de efetivamente enviados à análise, e não em 3.11.2000, data da publicação, já que somente encaminhados em 8.11.2000

Contemplo este fato como de extrema gravidade, pois trata de hipótese em que o prazo existente, por escasso, inviabiliza a atuação eficaz do controle externo, necessária para a precisa avaliação da correção do procedimento levado a efeito pela Administração, com a análise técnica de multifária e complexa documentação

Esclareço que este processo não trata de concessões de pequeno vulto, mas das maiores concessões de trechos rodoviários, existentes no País, a cortar através das regiões de maior fluxo de veículos e a ligar as regiões economicamente mais ricas, daí o absoluto interesse deste Tribunal que elas sejam feitas em consonância com a totalidade das normas legais em vigor, cujo desrespeito poderia ocasionar a lesão do direito de todos os milhões de usuários das rodovias.

Além disso, a brevidade do prazo para que o TCU afira a legalidade dos documentos decorre da atuação omissiva, dolosa, do administrador, obrigado ao encaminhamento, em prazo certo, e não o fez. Ademais, sempre se soube que a totalidade da documentação estava pronta no DNER desde janeiro deste ano e não foi, sem nenhuma justificativa, encaminhada ao TCU.

Ademais, a abertura das propostas, prevista para o dia 7 de dezembro deste ano, criaria situação de fato em que já habilitados os licitantes para cada rodovia, podendo dar ensejo à considerações de realidade consumada, o que dificultaria sobremaneira a realização isenta do controle.

Verifico, também, que, na hipótese, existem possíveis irregularidades relativas à exigência de índices de liquidez elevados e à fórmula adotada pelo DNER para calcular o patrimônio líquido das empresas consorciadas, conforme reportagem publicada no jornal Folha de São Paulo de 24.11.2000, tendo o edital, para concessão do trecho São Paulo-Curitiba, sido objeto de pedido de impugnação, protocolado no DNER, pelo SindusCon-SP

Nova notícia, publicada na edição de 30.11.2000 do mesmo periódico, relata que o DNER rejeitou a impugnação, tendo a Comissão Especial de Licitação julgado inexistentes as irregularidades apontadas pelo SindusCon-SP

Em vista disso, entendo que a questão requer, também, maiores esclarecimentos, por intermédio de diligência específica, a ser realizada junto ao DNER na forma proposta pela 9ª Secex.

Por conseguinte, considero de bom alvitre, no caso concreto, a concessão de medida cautelar, proposta pela unidade técnica, no sentido de determinar ao DNER que suspenda os respectivos processos de licitação para a outorga de concessão dos trechos rodoviários, até o completo esclarecimento da questão.

Assim, acolhendo, por seus fundamentos, o parecer da unidade técnica, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à deliberação deste Plenário.

DECISÃO Nº 1048/2000 - TCU -PLENÁRIO¹

1. Processos nºs TC 016.248/2000-6, 016.249/2000-3 e 016.250/2000-4 (todos com 2 anexos)

2. Classe de Assunto: V – Acompanhamento da outorga de concessão de trechos rodoviários.

3. Responsável: Genésio Bernardino de Souza, Diretor-Geral.

4. Órgão: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem–DNER.

4.1 Concessões: trechos das rodovias BR-381/MG/SP (Belo Horizonte-São Paulo); BR-116/SP/PR (São Paulo-Curitiba); BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba-Florianópolis).

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues

6. Representante do Ministério Público: Não atuou.

7. Unidade Técnica: 9ª Secex.

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IV, 5º e 45 da Lei 8.443/92, c/c o art. 195 do Regimento Interno, DECIDE:

8.1 determinar a realização de diligência junto ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem–DNER para obtenção dos seguintes documentos/ informações:

a) com relação ao estudo de viabilidade econômico-financeira dos lotes 11, 12 e 13 do Programa de Concessão de Rodovias Federais, correspondente aos trechos BR-381/MG/SP (Belo Horizonte-São Paulo), BR-116/SP/PR (São Paulo-Curitiba), e BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba-Florianópolis):

a.1) estudos e justificativas que fundamentaram a fixação do prazo de concessão em 25 anos;

a.2) parâmetros e metodologia utilizados para estimar as perdas de arrecadação (valores de fuga, impedância e isenção), mencionando, inclusive, as fontes de pesquisa utilizadas, se for o caso;

¹ Publicada no DOU de 10/01/2001.

a.3) descrição da metodologia utilizada para estimar o volume de tráfego em cada praça de pedágio, explicitando quando e de que forma foram realizadas as contagens de tráfego;

a.4) estudos que embasaram a fixação das taxas de crescimento de tráfego;

a.5) explicitação da metodologia e de todos os componentes utilizados para a fixação da taxa interna de retorno dos projetos;

a.6) compatibilização entre a terminologia utilizada no sistema Sicro do DNER e a utilizada pela consultora com relação aos investimentos a serem realizados;

a.7) relatório de custos do sistema Sicro, relativo ao mês de julho de 1999; e

a.8) metodologia utilizada para cálculo do benefício potencial ao usuário com a cobrança de pedágio;

b) com relação ao Edital para concessão da exploração dos lotes 11, 12 e 13 do Programa de Concessão de Rodovias Federais correspondente aos trechos BR-381/MG/SP (Belo Horizonte-São Paulo); BR-116/SP/PR (São Paulo-Curitiba); e BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba-Florianópolis):

b.1) razões para a exigência de atestado de gerência ou supervisão de operação de vias ou rodovias com pedágio (item 131 do Edital), tendo em vista que a concessão de rodovias é um procedimento recentemente adotado no país;

b.2) critérios para a fixação dos índices contábeis estipulados no item 138 do edital, uma vez que a exigência de índices muito elevados pode representar restrição ao caráter competitivo da licitação;

b.3) inexistência de critérios explícitos para atribuição de notas às Propostas de Metodologia de Execução (item 166 do Edital), o que pode conferir subjetividade ao processo; e

b.4) critérios para a exigência de Patrimônio Líquido para empresa isolada ou em consórcio (item 136, alínea c do Edital), uma vez que a exigência mínima estabelecida, para empresas isoladas, e a fórmula de cálculo do patrimônio líquido, para empresas em consórcio, podem representar restrições ao caráter competitivo da licitação;

8.2 determinar ao DNER, cautelarmente, a suspensão do processo de licitação para concessão dos seguintes trechos de rodovias federais: BR-381/MG/SP (Belo Horizonte-São Paulo); BR-116/SP/PR (São Paulo-Curitiba); e BR-116/376/PR e BR-101/SC (Curitiba-Florianópolis), até o pronunciamento do Tribunal a respeito da diligência realizada nos termos do subitem anterior; e

8.3 enviar cópias desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao responsável indicado no item 3 supra e ao Sindicato das Empresas de Construção Civil do Estado de São Paulo-SindusCon-SP, para conhecimento, ao Presidente do Congresso Nacional, ao Presidente da Câmara dos Deputados e ao Ministro dos Transportes.

9. Ata nº 48/2000 – Plenário

10. Data da Sessão: 06/12/2000 – Ordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator) e Guilherme Palmeira

IRAM SARAIVA
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator





ATOS NORMATIVOS





DECISÃO NORMATIVA Nº 33, DE 25 DE OUTUBRO DE 2000¹

Fixa, para o exercício de 2001, o valor a partir do qual a tomada de contas especial deverá ser imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, e

Considerando o disposto no art. 8º, § 2º, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 148, § 2º, do seu Regimento Interno;

Considerando, ainda, o disposto no art. 6º da Instrução Normativa TCU nº 013/96, com a redação dada pela Instrução Normativa TCU nº 35/2000, resolve (TC-014.314/2000-4):

Art. 1º É fixado, para o exercício de 2001, em R\$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais), o valor a partir do qual a tomada de contas especial, prevista no art. 1º da Instrução Normativa TCU nº 13/96, será imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento. (NR) (*Decisão Normativa nº 36, de 29/11/2000, DO de 01/12/2000*)

Art. 2º Esta Decisão Normativa entra em vigor na data de sua publicação

IRAM SARAIVA
Presidente

¹ Publicada no DOU de 30/10/2000.

DECISÃO NORMATIVA Nº 34, DE 25 DE OUTUBRO DE 2000¹

Fixa o limite para a organização dos processos de prestação e tomada de contas, de forma simplificada, relativas ao exercício financeiro de 2000.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso da competência que lhe confere o art. 71, inciso II, da Constituição Federal e os arts. 1º, inciso I, e 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e considerando as disposições contidas no art. 23, § 2º, da IN/TCU nº 12/96, com a redação dada pelo art. 1º da IN/TCU nº 26/98, resolve (TC-014.278/2000-6):

Art. 1º É fixado em R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) o limite da despesa realizada de que trata o caput do art. 23 da IN/TCU nº 12/96, com a redação dada pela IN/TCU nº 26/98, relativa ao exercício financeiro de 2000, para a organização de processos de prestação e tomada de contas, de forma simplificada, inclusive por meio informatizado

Art. 2º Esta Decisão Normativa entra em vigor na data de sua publicação

IRAM SARAIVA
Presidente

¹ Publicada no DOU de 30/10/2000.

DECISÃO NORMATIVA Nº 35, 22 DE NOVEMBRO DE 2000¹

Altera a sistemática vigente do art. 23 e §§ 1º e 2º, da Resolução TCU nº 36/95, estabelecendo novos critérios para os casos das decisões que envolvam a rejeição de alegações de defesa de responsáveis em processos de contas e fixam novo prazo para o recolhimento do débito.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o art. 71, II da Constituição Federal e os arts. 1º, I, e 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e:

CONSIDERANDO a necessidade de atualizar o procedimento relativo à rejeição de alegações de defesa;

CONSIDERANDO o disposto no art. 12, § 2º, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 153, §§ 4º e 5º, do Regimento Interno,

RESOLVE:

Art. 1º Nos processos de Tomadas de Contas, Prestações de Contas e de Tomadas de Contas Especiais, as Unidades Técnicas competentes examinarão, na oportunidade da resposta à citação prevista no art. 12, II da Lei nº 8.443/92, a boa-fé do responsável e a inexistência de outras irregularidades relativas ao débito apurado nos autos.

Art. 2º Comprovados esses requisitos e subsistindo o débito, o Tribunal proferirá a deliberação formal que rejeita as alegações de defesa, fixando novo e improrrogável prazo, estabelecido no Regimento Interno, para o responsável recolher a importância devida.

Parágrafo Único – O ofício que cientificar o responsável da rejeição das alegações de defesa deverá conter, expressamente, a informação de que o recolhimento tempestivo do débito, atualizado monetariamente, sanará o processo e implicará no julgamento das contas pela regularidade com ressalva, nos termos do art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 153, §§ 4º e 5º, do RI/TCU.

Art. 3º Na hipótese de não se configurar a boa-fé do responsável ou na ocorrência de outras irregularidades relacionadas no art. 16, III, da Lei nº 8.443/92, o Tribunal proferirá, desde logo, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas.

Art. 4º Ficam mantidos os exatos termos das Resoluções TCU nº 36/95 e nº 64/96.

Art. 5º Esta Decisão Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

IRAM SARAIVA
Presidente

¹ Publicada no DOU de 27/11/2000.

DECISÃO NORMATIVA Nº 36, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2000¹

Altera as Decisões Normativas nº 26/1999 e nº 33/2000, que fixam, para os exercícios de 2000 e 2001, respectivamente, o valor a partir do qual a tomada de contas especial deverá ser imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, e

Considerando o disposto no art. 8º, § 2º da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 148, § 2º, do seu Regimento Interno;

Considerando o disposto no art. 6º da Instrução Normativa TCU nº 013/96, com a redação dada pela Instrução Normativa TCU nº 35/2000;

Considerando, ainda, o disposto no art. 29, § 3º, da Medida Provisória nº 1.973-67, de 26 de outubro de 2000, que extinguiu a Unidade Fiscal de Referência - UFIR, resolve:

Art. 1º O art. 1º da Decisão Normativa nº 26/1999, de 24 de novembro de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º “É fixado, para o exercício de 2000, em R\$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais), o valor a partir do qual a tomada de contas especial, prevista no art. 1º da Instrução Normativa TCU nº 13/96, será imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento.”

Art. 2º O art. 1º da Decisão Normativa nº 33/2000, de 25 de outubro de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º É fixado, para o exercício de 2001, em R\$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais), o valor a partir do qual a tomada de contas especial, prevista no art. 1º da Instrução Normativa TCU nº 13/96, será imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento.”

Art. 3º Esta Decisão Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

IRAM SARAIVA
Presidente

¹ Publicada no DOU de 01/12/2000.

DECISÃO NORMATIVA Nº 37, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2000¹

Aprova, para o exercício de 2001, os coeficientes a serem utilizados no cálculo das quotas para a distribuição dos recursos previstos no art. 159, inciso I, alíneas **a**, **b** e **c** da Constituição Federal e da Reserva instituída pelo Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso da atribuição que lhe confere o art. 161, parágrafo único, da Constituição Federal e o art. 1º, inciso VI, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), e ainda o constante no art. 159, inciso I, alíneas **a**, **b** e **c**, da Constituição Federal, no art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989, nos arts. 88 a 92 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional), com as alterações introduzidas pelo Ato Complementar nº 35, de 28 de fevereiro de 1967, e pelo Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981; e nas Leis Complementares nºs 62, de 28 de dezembro de 1989, e 91, de 22 de dezembro de 1997, bem assim o que consta no processo nº TC-016.530/2000-8, resolve:

Art. 1º Ficam aprovados, na forma dos Anexos I a XI desta Decisão Normativa, os coeficientes destinados ao cálculo das quotas referentes ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM, aos recursos para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, previstos no art. 159, inciso I, alíneas **a**, **b** e **c**, da Constituição Federal, bem como à Reserva instituída pelo art. 2º do Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981.

Art. 2º Esta Decisão Normativa entrará em vigor em 1º de janeiro de 2001.

IRAM SARAIVA
Presidente

¹ Publicada no DOU de 28/12/2000.

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 37, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2000¹

Altera a Instrução Normativa nº 12, de 24 de abril de 1996, que trata de tomada e prestação de contas.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, e

Considerando a necessidade de promover ajustes na Instrução Normativa nº 12, de 1996, para adequar a organização dos processos que lhe são submetidos;

Considerando as normas de gestão fiscal estabelecidas pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, resolve:

Art. 1º O Art. 7º da Instrução Normativa nº 12, de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo, renumerando-se o subsequente:

§ 2º Os processos em estado de diferimento devem ser encaminhados pelas unidades técnicas para julgamento por Relação sessenta dias antes do término do prazo mencionado no *caput* deste artigo.

§ 3º

Art. 2º Os dispositivos da Instrução Normativa nº 12, de 1996, abaixo enumerados, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 15.

I -

II -

a) a execução e a avaliação dos programas de governo por meio do cumprimento das metas fixadas e dos indicadores de desempenho utilizados, com esclarecimentos, se for o caso, sobre as causas que inviabilizaram o alcance dos resultados esperados para o programa; (NR)

.....

III -

a)

b)

c)

d) transferências e recebimentos de recursos mediante convênio, acordo, ajuste, termo de parceria ou outros instrumentos congêneres, bem como a título de subvenção, auxílio ou contribuição, destacando, entre outros aspectos, a observância às normas legais e regulamentares pertinentes, em especial às exigências para a realização de transferência voluntária estabelecidas nos artigos 11 e 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a correta aplicação dos recursos recebidos e o alcance dos resultados colimados. (NR)

¹ Publicada no DOU de 20/12/2000.

Art. 16.
I -
II -
a) a execução e a avaliação dos programas de governo por meio do cumprimento das metas fixadas e dos indicadores de desempenho utilizados, com esclarecimentos, se for o caso, sobre as causas que inviabilizaram o alcance dos resultados esperados para o programa; (NR)

.....
III -
a)
b)
c)
d)
e) transferências e recebimentos de recursos mediante convênio, acordo, ajuste, termo de parceria ou outros instrumentos congêneres, bem como a título de subvenção, auxílio ou contribuição, destacando, entre outros aspectos, a observância às normas legais e regulamentares pertinentes, em especial às exigências para a realização de transferência voluntária estabelecidas nos artigos 11 e 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a correta aplicação dos recursos recebidos e o alcance dos resultados colimados. (NR)

Art. 17.
I -
II -
a) a execução dos programas de trabalho e a execução e avaliação dos programas de governo por meio do cumprimento das metas fixadas e dos indicadores de desempenho utilizados, com esclarecimentos, se for o caso, sobre as causas que inviabilizaram o alcance dos resultados esperados para o programa; (NR)

.....
III -
a)
b)
c)
d)
e)
f) transferências de recursos mediante convênio, acordo, ajuste, termo de parceria ou outros instrumentos congêneres, bem como a título de subvenção, auxílio ou contribuição, destacando, entre outros aspectos, a observância às normas legais e regulamentares pertinentes, em especial às exigências para a realização de transferência voluntária estabelecidas nos artigos 11 e 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a correta aplicação dos recursos recebidos e o alcance dos resultados colimados. (NR)

Art. 18.
I -
II -

a) a execução dos projetos de trabalho e a execução e avaliação dos programas de governo por meio do cumprimento das metas fixadas e dos indicadores de desempenho utilizados, com esclarecimentos, se for o caso, sobre as causas que inviabilizaram o alcance dos resultados esperados para o programa; (NR)

Art. 20.

I -

II -

a) a execução dos programas de trabalho e a execução e avaliação dos programas de governo por meio do cumprimento das metas fixadas e dos indicadores de desempenho utilizados, com esclarecimentos, se for o caso, sobre as causas que inviabilizaram o alcance dos resultados esperados para o programa; (NR)

Art. 23.

§ 1º Não se aplica o disposto neste artigo às tomadas ou prestações de contas alcançadas por uma das seguintes hipóteses:

I - tenham recebido certificado de irregularidade do Órgão de Controle Interno;

II - no tocante ao exercício anterior, houverem sido julgadas irregulares ou que, caso ainda não julgadas, tenham recebido certificado de irregularidade do Órgão de Controle Interno;

III - envolvam recursos destinados a custear o pagamento de despesas de natureza sigilosa;

IV - compreendam administração sob contrato de gestão;

V – estejam pendentes de atendimento determinações expedidas por este Tribunal no exercício em referência; (NR)

VI - tenham sido objeto de específica deliberação em contrário do Tribunal.”

Art. 3º Com base no disposto no artigo 47 da Lei Complementar nº 101, de 2000, Seção III do Capítulo II do Título III, a Instrução Normativa nº 12, de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 17-A. Os processos de prestação de contas dos administradores das empresas controladas que não firmarem contrato de gestão conterão, além das peças previstas no artigo anterior, balanços trimestrais com nota explicativa que informará:

I – fornecimento de bens e serviços ao controlador, com respectivos preços e condições, comparando-os com os praticados no mercado;

II – recursos recebidos do controlador, a qualquer título, especificando valor, fonte e destinação;

III – venda de bens, prestação de serviços ou concessão de empréstimos e financiamentos com preços, taxas, prazos ou condições diferentes dos vigentes no mercado.”

Art. 4º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

IRAM SARAIVA

Presidente

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 38, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2000¹

Dispõe alterações na Instrução Normativa nº 13, de 4 de dezembro de 1996, em função do disposto nos artigos 11 e 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no exercício das competências previstas pelos artigos 70 e 71 da Constituição Federal e pelo art. 1º da Lei nº 8.443/92,

Considerando os requisitos para realização de transferências voluntárias, estabelecidos pelos artigos 11 e 25, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, resolve:

Art. 1º O artigo 4º, inciso II, da Instrução Normativa nº 13, de 4 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“II – termo formalizador da avença, quando for o caso, contendo:

a) demonstrativo da existência de dotação específica;

b) demonstrativo da observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;

c) comprovação, por parte do beneficiário, de:

1. que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos definidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

2. cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;

3. observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em restos a pagar e de despesa total com pessoal;

4. previsão orçamentária de contrapartida.

5. que atendeu aos requisitos da gestão fiscal quanto a instituição, previsão e efetiva arrecadação dos impostos da sua competência constitucional.”

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação

IRAM SARAIVA
Presidente

¹ Publicada no DOU de 20/12/2000.





DESTAQUE





DISCURSOS PROFERIDOS NA SOLENIDADE DE POSSE DOS NOVOS PRESIDENTE E VICE-PRESIDENTE DO TCU

Ministro Guilherme Palmeira

“Todos nós somos testemunhas do vigor, do empenho, da seriedade e da dedicação com que o colega Humberto Souto, que hoje se investe na presidência deste Tribunal, vem exercendo nobres e relevantes funções, não só como ministro, mas também como Vice-Presidente na gestão Iram Saraiva. O meu depoimento, portanto, não tem outro propósito que o de ressaltar a circunstância de que essas não são apenas as características do ministro que todos nós aprendemos a admirar. São qualidades do homem público vitorioso que sempre se valeu, no desempenho de mandatos parlamentares, e na superação dos desafios que teve que vencer em vitoriosa carreira política, das reconhecidas virtudes que ornaram sua marcante personalidade. Nelas, não sabemos o que mais apreciar, se o devotamento ou a entrega fervorosa na defesa das grandes e das melhores causas.

Fui companheiro de partido de Humberto Souto no Congresso Nacional, o que poderia tornar-me suspeito na admiração que lhe voto. Isto, porém, não me impede de afirmar que, em todos os longos e fecundos anos de nossa convivência, jamais o vi esmorecer, hesitar ou vacilar ante qualquer obstáculo dos muitos que constituem a rotina da vida política e parlamentar. Sua conduta, suas atitudes, seu destemor e sua combatividade sempre foram estímulos poderosíssimos para os companheiros, o que justifica a aura de prestígio, de influência e de segurança que deixou na Câmara dos Deputados, na vida partidária e na convivência diária daquela fascinante mistura de vocações que conformam a mais alta representação do país e a miniatura da própria nação. Em todas as missões que lhe coube cumprir, Humberto Souto saiu-se sempre com brilho e limpidez, provas irretorquíveis de talento e habilidade, coroadas por sua oportuna e feliz indicação para o alto cargo que ocupa nesta Corte desde 1995.

Estou certo de que faço apenas justiça, ao cumprir o prazeroso dever de saudá-lo em nome de todos os seus colegas e na presença de sua veneranda mãe que prestigia este ato como prova de amor que dá ao filho ilustre e a quem cabe, seguramente, o crédito de suas virtudes e de suas reconhecidas qualidades. Penso falar em nome de todo o Tribunal na reverência que faço à figura por todos os títulos excelsa de D. Quita que tanta honra nos faz com sua presença.

Devo também reservar parte desta minha intervenção para assinalar a feliz circunstância de que Humberto Souto terá a lhe auxiliar na presidência desta Corte, a figura não menos admirada de nosso colega e meu conterrâneo, o ministro Bento José Bugarin, que com ele assume a Vice-Presidência do Tribunal. Como o mais recente dos membros desta Casa, nada poderia acrescentar sobre nosso vice-presidente que não fosse do conhecimento dos demais colegas, da Procuradoria, das Diretorias

e do corpo funcional desta Corte, nos quais S.Exa. é virtualmente uma unanimidade. Sua cultura jurídica, seus profundos conhecimentos na área administrativa, sua carreira acadêmica e sua experiência de vida têm sido o penhor de respeitável autoridade no exercício dos cargos que aqui sempre desempenhou com brilho, equilíbrio, serenidade, isenção e espírito público, desde 1976, como Auditor e Ministro substituto e, desde 1995, como Ministro titular. Seu primoroso desempenho e sua dedicação aos misteres de suas funções são produto também de sua refinada educação pessoal, em que a lhanza do trato se alia ao vigor intelectual e à segurança de seus sempre apreciados juízos. V. Exa., Sr. ministro Bento José Bugarin, honra as tradições de fidalguia de nossa terra comum e constitui motivo de orgulho para seus inúmeros amigos, granjeados ao longo de vitoriosa carreira, tanto aqui como no magistério universitário que V. Exa. abrilhantou durante tantos anos.

Em uma de suas imorredouras crônicas sobre a vida política e parlamentar das velhas instituições do Império, Machado de Assis aludia ao plenário buliçoso e agitado da Câmara, comparando-o às planícies ardentes do Indostão, em contraste com a placidez e a tranqüilidade do Senado que ele cotejava com os cumes gelados e distantes do Himalaia. A essa sadia oposição de temperamentos e ambientes se deve, seguramente, senão total, pelo menos parcialmente, a longevidade do regime imperial, fruto da concepção equilibrada da mais original e duradoura de nossas Constituições. Tenho a certeza que essa mescla criadora de instituições políticas tão distintas, se repetirá aqui, também de forma criativa e generosa, na combinação dos temperamentos que se completam de nosso novo Presidente e seu Vice. A energia, o vigor e a entrega apaixonada que todos admiramos em Humberto Souto nas causas que abraça, certamente se completarão com a serenidade, a ponderação e a tranqüilidade, virtudes não menos admiradas de Bento José Bugarin.

Refiro-me a qualidades humanas que se complementam, porque delas vamos precisar com igual peso e importância, no momento difícil em que se dá a transição que ora se completa, na mudança de comando desta Corte. Todos nós concordamos que a direção firme que imprimiu à sua administração o ministro Iram Saraiva, na liderança incontestável de que desfruta entre nós, foi essencial para que atravessássemos as pequenas tormentas que o país singrou nos últimos meses. Como acontece com tantas outras instituições, nós também fomos vítimas da incompreensão de alguns, do desconhecimento de muitos e do julgamento precipitado de quase todos que ousaram se manifestar no calor dos debates políticos decorrentes, às vezes de problemas episódicos.

Senhor Presidente e srs. Ministros: impõe-se a todos nós o dever da mútua solidariedade, na defesa da instituição a que pertencemos, tão antiga e venerável como a República e a que tantos e tão ilustres brasileiros emprestaram o brilho de suas energias e de sua dedicação ao longo desses mais de cem anos. Mais do que solidariedade, convergências de pontos de vista e mais que convergências, uma fraterna amizade, exigirão de nós, da douta Procuradoria Geral, dos Diretores desta Casa e de seu excelente, dedicado e qualificado corpo profissional, constante empenho, redobrados esforços e permanente vigilância para resistirmos, com a arma insubstituível do trabalho e da eficiência, aos embates que a trajetória do TCU venha a percorrer.

Sou testemunha do zelo com que aqui se cuidam e se defendem os superiores interesses do país, apesar de nossas limitações de caráter institucional. Somos, como os demais congêneres em todo o mundo democrático, uma corte peculiar, cuja jurisdição, ainda que sensivelmente ampliada com a Constituição de 1988, carece de instrumentos mais efetivos para fazer valer suas decisões, calcadas sempre nos estritos limites de nosso dever legal e do ordenamento jurídico que nos rege. Estamos submetidos a uma dupla jurisdição. O controle jurisdicional de nossos atos pelo Poder Judiciário, e o controle político do Congresso, a que temos servido com dedicação, espírito de colaboração e a mais íntima cooperação de que somos capazes. Mesmo na esfera administrativa, que é o âmbito do Executivo, dependemos do acatamento criterioso das autoridades que têm, sob sua responsabilidade, guarda e poder, tanto o emprego de vultosos recursos públicos, quanto o inestimável patrimônio coletivo de toda a Nação.

É justa, legítima e mais do que procedente e justificada, a indignação manifestada pela opinião pública e pelo povo brasileiro, em relação às contínuas, sistemáticas e constantes violações legais, de que têm resultado práticas reiteradas de apropriação indébita de recursos públicos escassos. Não é menor nem menos intensa a nossa repulsa. A correção de tais desvios e a identificação de suas causas, porém, exige mais do que indignação e repulsa. Exige medidas objetivas, providências efetivas e remédios legais, administrativos e políticos que são da alçada dos três Poderes da República, extrapolando por consequência nossas prerrogativas constitucionais.

Por isso, é necessário deixar registrada, clara e ostensivamente, a constatação de que o problema orçamentário brasileiro é uma pauta ainda aberta e não resolvida na agenda política do país. A afirmação ferina do grande tribuno Saldanha Marinho, de que o “Império foi o déficit” não livrou a República nem da prática condenável do encilhamento, nem do uso abusivo das garantias legais dos juros mínimos assegurados pelo Tesouro, responsável pela primeira e mais grave crise do novo regime, de que há tristes, lamentáveis e contundentes registros na obra de Dunshee de Abranches, “Atas e Atos do Governo Provisório”. O sistema que se generalizou na República Velha de utilização das chamadas “caudas orçamentárias”, não provocou só a indignação de presidentes, estadistas e homens públicos de todas as tendências e procedências. Ajudou a agravar a crise do regime, que o remédio tardio da revisão constitucional de 1926 foi capaz de amenizar, mas não de resolver. A questão continuou candente sob o regime liberal da Constituição de 46, o que levou Assis Chateaubriand, através de sua pena contundente e temida, a classificar nossas práticas administrativas e seus beneficiários de “orçamentívoros”, só contidos com os remédios radicais do regime militar que proibiu o aumento de despesas nos projetos oriundos do Executivo, a fixação de despesas sem a indicação da respectiva fonte de origem e as demais restrições que se estenderam dos Atos Institucionais à Constituição de 67 e à emenda 1, de 1969.

A tais práticas, algumas revividas em nossa às vezes frágil democracia, como as que têm sido comprovadas em casos de renúncia fiscal, juntou-se a convicção,

ostensivamente agravada com a transferência da capital para Brasília, de que a modernidade que a inspirou exigia a contrapartida da monumentalidade que se espalhou por todo o Brasil, de forma tão lastimável quanto condenável. Os exemplos não só se multiplicaram e se generalizaram, como também se agravaram, proliferaram em virtualmente todos os Poderes e em todas as esferas de poder, contrastando com a dramática constatação de que continuamos a ser um país rico habitado por um povo em sua maioria pobre e carente. Exatamente por isso, só medidas que permitam a este tribunal julgar a seu alvitre a economicidade, a necessidade e a racionalidade das obras públicas suntuárias, poderá pôr cobro ao que já se tornou, mais do que um hábito, uma deformação administrativa do setor público.

Tudo isso, Senhor Presidente e Srs Ministros, gravita na órbita de nossas preocupações. Tenho porém a certeza de que os ônus e responsabilidades que a partir de hoje pesarão sobre os ombros do presidente Humberto Guimarães Souto e do vice presidente Bento José Bugarin serão amenizados por nossa irrestrita solidariedade nas posições que ambos terão que assumir, em face dos seus deveres de representação institucional a que seguramente não faltarão nem o brilho, nem o talento com que ambos assumem, com o nosso aplauso e os nossos melhores votos de sucesso, as graves responsabilidades de que acabam de ser investidos pela soberana decisão deste plenário. Este é o nosso desejo que, com honra e satisfação, exprimo em nome de cada um dos nossos colegas aqui presentes.”

“Saudações.

Ministro Humberto Souto.

V. Ex^a inicia hoje mais uma etapa de sua vitoriosa vida pública. Traz para a presidência do Tribunal de Contas da União vasta experiência política e extremamente produtiva atuação como Ministro desta Corte.

Órgão técnico, por excelência, não prescinde este Tribunal da experiência administrativa nem da sensibilidade social de seus membros para decidir da forma que melhor atenda ao interesse público.

A esse respeito, Ministro Humberto Souto, V. Exa. assume tarefa tão nobre quanto difícil.

II

Em momentos como este, nunca é demais lembrar e frisar os ideais e os princípios que fundamentam e justificam a existência de uma instituição como o Tribunal de Contas da União. É nesses ideais e nos exemplos históricos daqueles que souberam colocá-los em prática, que buscamos força para superar as adversidades e cumprir bem o vasto rol de atribuições que nos é confiado.

O Tribunal de Contas, que nasceu dos ideais republicanos de igualdade, moralidade, impessoalidade, está muito acima de todos os que o compõem e não pode, sob qualquer pretexto ou circunstância, ter qualquer outra utilidade que não seja a plena realização do interesse público. Prestar contas de seus atos à sociedade não é favor daquele que gere recursos públicos. É dever constitucional num Estado democrático de direito, onde não deve haver espaço para o arbítrio dos que se encontram no poder.

Nenhum Estado moderno prescinde da fiscalização da atividade pública - função indispensável à democracia.

No Brasil, o titular dessa função é o Congresso Nacional, que tem no sufrágio popular a forma mais pura de legitimidade.

Mas também por vontade da mesma Constituição, o controle externo é exercido por órgão técnico, que desfruta de independência na condução de seus trabalhos, não se subordinando a qualquer outro ente estatal.

E assim deve ser. Auxiliar do Congresso na função de controle externo, deve o TCU aperfeiçoar os mecanismos que o permitam prontamente atender às solicitações do Parlamento, conservando, entretanto, sua independência e autonomia funcional. Inconcebível um controle externo diretamente subordinado à vontade da maioria. Se assim o fosse, fatalmente passaria esta Corte a ser instrumento de opressão e retaliação às minorias políticas e de mera homologação dos atos praticados por aqueles que compõem a maioria.

Fruto do gênio de Rui Barbosa, nosso sistema de controle de gastos públicos aperfeiçoou-se em todos os textos constitucionais, chegando ao estágio atual, definido

pela vigente Constituição, de 1988. Uma Corte que atua em auxílio ao Congresso Nacional, mas possuindo seus membros as garantias dos magistrados. Jamais submetidos às disputas partidárias. Essa a melhor fórmula, dentre as várias existentes, a ser utilizada no controle de gastos públicos.

O Tribunal deve ser o aparelho capaz de traduzir a linguagem técnica e complexa da contabilidade, das licitações, das concessões e permissões de serviços públicos, dos sistemas financeiros, informando à sociedade - e a seus legítimos representantes - os erros e acertos dos que administram a coisa pública, possibilitando, dessa forma, que se corrijam os rumos.

III

No Brasil, - todos concordam - não se pode falar em crise do *welfare state*, simplesmente porque, aqui, nunca atingimos o Estado do bem-estar social. Ainda que encontremos, na Constituição e na legislação infraconstitucional brasileira, farta previsão de direitos sociais - saúde, educação, previdência, seguro-desemprego -, o Estado brasileiro não foi capaz de universalizar sua prestação.

Por outro lado, nobre Ministro, a produção de bens e serviços para o mercado - aí incluídos os setores de transportes, energia e telecomunicações - vem sendo transferida para o setor privado, por meio das privatizações.

O TCU tem estado atento a essas mudanças. Fiscal do processo de privatização, assegurando à sociedade a lisura dos atos praticados, sabe o Tribunal que, uma vez transferidos para o setor privado os serviços públicos até então prestados pelo Estado, torna-se indispensável consolidar e aperfeiçoar os mecanismos que permitam efetivamente assegurar à população a quantidade e a qualidade dos serviços a preços justos, cumprindo, na prática, o que determina o ordenamento jurídico.

IV

Além das dimensões continentais de nosso País, a necessária descentralização dos recursos públicos tem dificultado sobremaneira a tarefa de fiscalização dos gastos públicos.

Para responder às diversas demandas sociais que lhe são apresentadas, o Tribunal deve buscar formas de aperfeiçoamento do controle da administração pública e, nesse ponto, é absolutamente imprescindível que se atente para o quadro técnico deste Tribunal.

Sabedor do relevante serviço que prestará à sociedade, o Tribunal tem buscado preparar os seus servidores, procurando torná-los aptos a acompanhar os processos de competência deste Tribunal, inclusive no que se relaciona aos processos de privatização e, posteriormente, ao cumprimento das metas pactuadas com as concessionárias, relativas a investimento, qualidade dos serviços e preços.

Não poderá V. Exa., nesse ponto, descuidar do servidor deste Tribunal. Não pode a Presidência ver em seus servidores inimigos que deverão ser combatidos ou

mantidos sob estrito controle hierárquico. A liberdade de atuação aliada à capacidade de iniciativa dos servidores é elemento essencial à plena satisfação dos ideais democráticos e republicanos desta secular Casa. Como bom mineiro de Montes Claros, quase baiano, portanto, temos absoluta convicção que V. Exa saberá bem conduzir os trabalhos desta Corte, em especial em relação ao treinamento, aperfeiçoamento e motivação de seu tão qualificado corpo funcional.

Para isso existe a tecnologia, a informática, a INTERNET. A informação favorece a democracia. Estimula a participação. Essas novas tecnologias devem ser utilizadas não apenas em vista do treinamento do corpo técnico do TCU, mas como indispensável instrumento que permita à população brasileira ter conhecimento da importante atuação desta Corte, instrumento de democratização, de transparência.

E o Tribunal, capitaneado pelo seu Presidente, o Ministro Iram Saraiva, deu firmes passos nesse sentido. Exemplo concreto de transparência de sua atuação, e como forma de resposta à população brasileira, é a inclusão, na página do TCU na INTERNET, de demonstrativos das “Contas Públicas”, contendo informações sobre tributos arrecadados, transferências constitucionais, execução orçamentária de Municípios, Estados e da União.

V

Ministro Humberto Souto.

Este Tribunal presta relevantes serviços à sociedade deste País. Mas muito mais há ainda por fazer. Vivemos em uma sociedade de grande exclusão social. Os desafios são grandes e as vitórias que são obtidas para a realização do interesse público decorrem sempre de grande esforço de todos os que atuam junto a esta Corte de Contas: servidores, membros do Ministério Público e Ministros. Devemos sempre lutar para o primado da justiça, do bem estar social. Devemos lutar para que o Brasil torne-se uma sociedade mais justa e mais democrática.

VI

Sinto-me extremamente privilegiado em poder, neste momento, em nome do Ministério Público, apresentar meu testemunho acerca da atuação do Ministro Humberto Souto como ministro desta Corte de Contas, ciente de que nada que se possa aqui dizer acerca de tão valoroso amigo será capaz de fazer-lhe justiça. Saiba V. Exa. que o TCU já é seu eterno devedor.

Excelências, são conhecidos neste Tribunal a ação decidida e firme do Min. Humberto Souto no socorro aos interesses públicos mais relevantes e aos deste Tribunal; o senso de justiça, qualidade indispensável ao julgador sensato e prudente; a sensibilidade social e política aguçadas; em todos os momentos, características do sábio povo das Minas Gerais.

Que Deus o ilumine. Que em sua nova e importante função continue V. Ex^a a prestar importantes serviços ao povo brasileiro.”

Ministro Humberto Guimarães Souto

“Autoridades presentes, servidores, senhoras e senhores.

Nos meios acadêmicos, políticos e de comunicação, é comum assistirmos a discussões sobre se os tempos em que vivemos são de crise ou de mudança.

Para mim, somente existe crise quando as instituições deixam de fornecer respostas às demandas coletivas, quando a sobrevivência do grupo social está ameaçada.

Assim, prefiro acreditar que vivemos tempos de mudança. Mudança acelerada, que confunde nossos paradigmas mentais, diminui nossa confiança e nos deixa inseguros acerca do futuro.

A revolução tecnológica baseada na informação e no conhecimento está modificando o modo de viver, de pensar, de produzir e de comunicar.

A transnacionalização de processos produtivos e a globalização de fluxos financeiros ligam pessoas e atividades de todos os pontos do planeta.

Surge uma cultura virtual, construída em torno de um universo cada vez mais interativo.

Toda essa violenta transformação contribui para que instituições sociais básicas, como a família e o Estado-nação, se enfraqueçam, para que os direitos sociais e as relações de trabalho se tornem mais frágeis e para que as condições ambientais se degradem.

As mudanças muitas vezes são incompreensíveis. Angustiam o cidadão comum, que enfrenta as dificuldades cotidianas com emprego, saúde, moradia, violência, educação dos filhos, e fazem com que ele se desinteresse pelo outro.

Ao mesmo tempo, ele vê notícias de desvios de dinheiro público, oriundo de tributos que paga com sacrifício, na crença de que reverterão em seu benefício e de toda a sociedade. Surge a sensação de que seu esforço é em vão, de que a impunidade é generalizada.

Alimentada diariamente, a frustração pode tornar-se alienação e liquidar a preocupação com o coletivo, diminuindo a perspectiva de construção de uma sociedade mais justa.

Mas a frustração pode gerar revolta e, com ela, inquietação social. Será, então, a crise.

Isso não pode acontecer.

Teotônio Vilela, há muitos anos, alertava para esse perigo. Lembrava que, em um país como o nosso, de marcada desigualdade, a inquietação poderia levar à violência, se não fosse canalizada pelas instituições, em particular pelas instituições públicas, para a transformação social.

Impedir a violência passa, pois, pelo resgate da credibilidade do Estado, para que possa canalizar o desejo de mudança. Essa deve ser a maior e mais constante preocupação das pessoas responsáveis com o futuro de nosso país.

É certo que as dificuldades são muitas, mas devemos tomar nosso passado recente como exemplo e não desanimar. Quando eclodiram problemas graves em outros pontos do planeta, com repercussões sombrias sobre o Brasil, muitos chegaram a duvidar que conseguíssemos atravessar as adversidades.

Contudo, a notável capacidade de recuperação de nosso povo, sua criatividade, sua perseverança, seu otimismo inabalável, surpreenderam os mais céticos e conseguiram fazer com que, em curto intervalo de tempo, houvesse a superação dos obstáculos. Essas qualidades fazem-me acreditar que nenhuma adversidade jamais será grande o suficiente para sobrepujar a vontade de construir um grande país.

Isso não significa que possamos repousar e aguardar que a conjuntura desfavorável se resolva por si mesma. Ao contrário, o respeito ao povo e a preocupação com o futuro exigem que todos nós trabalhemos arduamente para garantir o uso correto dos recursos públicos.

Raymond Aron ensina que controlar o Estado é avaliar a capacidade dos governantes de captar anseios sociais e sua eficácia em atendê-los. É avaliar procedimentos empregados e adequação entre meios e fins.

Essa definição se insere na complexa função do TCU, que, além da avaliação, fiscaliza o cumprimento da lei e exerce a nobre missão de julgar os administradores públicos.

O controle feito pelo Tribunal deve buscar atingir esses objetivos.

Para tanto, a mudança é necessária. Não a mudança frívola, apenas para agradar a opinião pública ou para implantar novidades exóticas pelo gosto de ser diferente. Mas a mudança séria, consistente, planejada e efetiva, que traga resultados para o Tribunal, para a Administração Pública e para a sociedade.

Supervisionei, ao longo dos dois últimos anos, pesquisa sobre tendências do controle da Administração Pública desenvolvida por um conjunto de técnicos desta Casa. Tive a oportunidade de conhecer os principais avanços do controle externo no mundo. Constatei as expectativas e demandas dos principais agentes públicos que interagem com o Tribunal: o Congresso Nacional, o controle interno, os gestores de recursos federais. Travei contato com o pensamento do corpo técnico do Tribunal. Verifiquei as aspirações dos Membros deste Colegiado no tocante à atuação do TCU.

Detectei duas vertentes principais do controle, cuja adoção simultânea pela Corte de Contas é desejo quase unânime. A primeira, voltada para a fiscalização da legalidade, é indispensável para prevenir e reprimir a ocorrência de irregularidades. A segunda, orientada para a avaliação de resultados, decorre da própria natureza do controle, como o define Aron.

Se desejo intensificar a fiscalização da legalidade dos atos praticados pelos gestores de recursos públicos, lembro também que os manuais de Ciência da Administração ensinam que administrar é planejar, organizar, dirigir e controlar. Controle é função da Administração.

Quero reforçar esse papel. Quero que a atuação desta Corte contribua ainda mais para melhorar a gestão pública.

Sei como isso é importante. Venho de uma das regiões mais pobres deste País, o Vale do Jequitinhonha e o Norte de Minas Gerais, área compreendida no Polígono das Secas. Conheço a pobreza extrema. Vi-a de perto. Vi-a sem retinas intermediárias, como diz Drummond.

Conhecer a miséria fez-me sensível às dificuldades que afligem nossos irmãos menos favorecidos. Permitiu-me saber que o sofrimento pode ser aliviado pela atuação do Estado.

Mas não basta a ação dentro dos cânones da lei. Os recursos devem ser utilizados com eficiência, sem desperdícios, com probidade, para eliminar reais carências da população. Essa é uma das maiores contribuições que esta Casa pode dar para a sociedade brasileira e para o Poder Executivo em particular.

A importância dessa contribuição não pode ser menosprezada. Ao se submeter ao controle do TCU, o administrador, seja qual for seu nível hierárquico, tem a oportunidade de legitimar-se perante a opinião pública. Por isso, a fiscalização exercida pelo Tribunal precisa ser valorizada pelos gestores públicos, pois pode contribuir para melhorar seu desempenho à frente dos órgãos e entidades e atestar a probidade de sua conduta, elevando sua imagem junto aos veículos de comunicação e ao homem comum e permitindo-lhe desfrutar de maior confiança daqueles que dependem da atuação do Estado.

A adoção de um novo enfoque para o Controle não pode ser a única mudança. É preciso assegurar eficiência e efetividade em sua atuação. Se os meios de que dispomos são limitados, devemos utilizá-los da forma mais racional possível, enquanto não conseguimos sensibilizar os responsáveis pela alocação de recursos orçamentários para o fato de que o controle deve ser visto como elemento indispensável ao fortalecimento do próprio regime democrático.

Nossas ações devem pautar-se pela seletividade, para que as grandes questões nacionais possam ser priorizadas e para que os instrumentos de controle mais efetivos possam ser empregados. Pela tempestividade, para garantir efetividade das medidas preventivas e das providências corretivas. Pela publicidade, para que a coletividade saiba o muito que é feito por esta Corte em sua defesa e para estimular o controle social, que é o verdadeiro controle do Estado.

Devemos manter maior proximidade com o Congresso Nacional, a quem este Tribunal deve auxiliar no exercício do controle externo.

Fui parlamentar por muitos anos. Vejo hoje que muitas das demandas das Casas Legislativas deixam de ser atendidas por falta de informação a respeito do TCU, cujos serviços poderiam ser úteis para subsidiar decisões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a respeito da conveniência e da oportunidade de atos, programas e políticas públicas.

Tal deficiência deve ser sanada. É preciso fortalecer linhas de comunicação contínua com as Mesas Diretoras e com as Comissões de ambas as Casas do Parlamento, conhecer suas necessidades e procurar atendê-las com celeridade.

É necessário rever o relacionamento com o controle interno, cuja função, diz a Carta Magna, é auxiliar o controle externo. Os esforços de ambos devem ser coordenados, para racionalizar o uso de recursos e para que o controle interno, valendo-se da proximidade com a administração, acompanhe seus atos cotidianos e forneça ao Tribunal de Contas da União os elementos necessários ao julgamento do mérito das ações do poder público.

O aperfeiçoamento do controle externo é apenas umas das linhas de atuação. É igualmente importante prosseguir com a melhoria da gestão do Tribunal, para que, por coerência, façamos nós mesmos aquilo que pregamos para os outros. O compromisso com a adoção de princípios de gestão pela qualidade total deve ser reiterado e aprofundado.

Não se pode esquecer da necessidade de valorização do servidor, pois instituições são construídas por pessoas.

Entendo que quatro são os fundamentos dessa valorização: plano de carreira, treinamento, avaliação de desempenho e bom ambiente de trabalho. O primeiro, para garantir aos servidores a tranquilidade necessária ao desempenho de suas atividades. O segundo, para conferir-lhes condições técnicas suficientes para solucionarem as complexas questões com que são cada vez mais confrontados. A avaliação de desempenho, para identificar deficiências que devam ser corrigidas e melhorar a qualidade dos trabalhos realizados. O bom ambiente de trabalho, para criar condições favoráveis ao aumento da produtividade.

Além disso, no nosso caso específico, dois cuidados adicionais devem ser tomados. Um, com o planejamento estratégico. Outro, com o uso de tecnologia da informação.

O planejamento estratégico dá o rumo. Assegura a continuidade administrativa. Direciona as energias da organização. É fundamental. Sêneca lembra: nenhum vento é favorável a quem não sabe aonde vai.

O uso maciço de tecnologia da informação é indispensável para aperfeiçoamento do controle e das atividades administrativas, ao permitir maior racionalidade e velocidade na obtenção de resultados.

Controlar é, essencialmente, obter informação sobre a conduta de um agente público, compará-la com um padrão legal ou operacional, fazer um juízo de valor e, eventualmente, determinar providências corretivas.

Informação é a matéria prima do controle. Sem dispor dos instrumentos necessários para obtê-la, processá-la e avaliá-la, dificilmente poderemos ser efetivos.

O requisito maior das ações propostas é a disponibilidade de recursos humanos e orçamentários.

O efetivo de pessoal é escasso. A Constituição de 1988 e muitas leis elaboradas posteriormente pelo Congresso Nacional, como a recente Lei de Responsabilidade Fiscal, trouxeram aumento significativo das atribuições desta Corte. O quadro técnico, entretanto, que era de 945 Analistas de Finanças e Controle Externo em 1987, permanece praticamente o mesmo até hoje, só que, agora, é responsável pela fiscalização de mais de 8.000 órgãos e entidades, espalhados pelos 26 Estados da Federação e pelo exterior, e ainda tem que desempenhar as atividades administrativas de nível superior desta Corte.

Os recursos financeiros são outra restrição grave. Em 1998, o orçamento do TCU representava 0,07% do orçamento da União. Em 1999, caiu para 0,06%. Em 2000, para menos de 0,04%.

Isso significa que, de cada MIL REAIS gastos pelo Governo Federal, menos de QUARENTA CENTAVOS foram despendidos com o controle de sua aplicação.

Para o exercício de 2001, o panorama é o mesmo. Na proposta orçamentária encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, o quinhão alocado ao Tribunal manteve-se ao redor de 0,04%.

Confio que a sensibilidade daqueles que cuidam da repartição dos recursos orçamentários possibilitará rever tal situação, e que a consciência da importância que tem para a nação a fiscalização adequada do uso de recursos públicos permitirá que volumes mais substanciais sejam destinados ao TCU.

Isso é fundamental. Senão, como atenderemos os anseios da sociedade brasileira por maior transparência dos gastos públicos? Como acompanharemos o programa de privatização das empresas estatais, as concessões de serviços públicos, o Sistema Único de Saúde, o Sistema de Vigilância da Amazônia? Como avaliaremos todas as obras públicas e a aplicação dos recursos do Fundo de Desenvolvimento da Educação? Como fiscalizaremos as despesas com pessoal, a dívida interna, a dívida externa? Como cuidaremos da aplicação dos recursos repassados a quase todos os Municípios brasileiros? Como garantiremos ao cidadão que seu dinheiro está sendo bem empregado?

Sei que o elevado espírito público dos membros do Parlamento os levará a reconhecer a necessidade de rever a alocação de recursos para o Tribunal. Afinal, esta Casa é uma extensão do Congresso. Por isso, ao assumir a Presidência, sinto-me animado com a perspectiva de, juntamente com os demais Ministros, com o Ministério Público junto ao TCU e com o quadro de técnicos desta Casa, colaborar para o aperfeiçoamento da fiscalização da gestão pública.

Percebo o interesse das Casas Legislativas e do Poder Executivo pelo assunto, tanto assim que têm apresentado diversas propostas de reestruturação do Controle Externo. Contudo, dadas as limitações do enfoque que adotam, tais propostas precisam ser modificadas e aprimoradas, a fim de que ganhem maior consistência técnica, reflitam as reais necessidades do sistema de controle e sejam efetivas na garantia dos interesses maiores da coletividade, representados pela correta fiscalização dos gastos estatais.

Controle externo é garantia da cidadania. Não a cidadania apenas dos direitos fundamentais e políticos, mas a cidadania do direito à participação de todos nos frutos do esforço coletivo de produção.

Essa cidadania, em uma sociedade desigual como a nossa, deve ser garantida pela atuação do Estado. Ele deve ser agente de promoção do desenvolvimento e de redução da miséria. Sem isso, não há democracia.

Ao ingressar nesta Corte, tinha-a como instrumento crucial para construção do Estado Democrático neste país.

Após mais de cinco anos de trabalho, essa convicção cresceu. Alimentaram-na a constatação diária do compromisso dos Membros deste Colegiado com a sociedade brasileira, o entusiasmo do corpo técnico do Tribunal, os resultados obtidos na fiscalização.

Serviu de estímulo, também, a percepção da sabedoria do constituinte, que, evitando render-se a modelos alienígenas, optou pela manutenção do centenário sistema do Tribunal de Contas.

Esse é, em minha opinião, o modelo que melhor se adapta às nossas tradições culturais e ao atual estágio de desenvolvimento da gestão pública. Ele permite conjugar as atividades de fiscalização, que coletam e processam informações com rapidez e ajudam a prevenir a ocorrência de irregularidades, com a atribuição de julgar, que possibilita o exercício do poder sancionador e confere às decisões uma celeridade e uma efetividade que não possuem as deliberações dos órgãos de outros sistemas de controle.

Além disso, o modelo adotado permite evitar sobrecarga para o Poder Judiciário, que ficaria sufocado por uma enorme quantidade de processos, se tivesse que julgar os cerca de 38.000 processos, tratando dos mais diversos assuntos, que o TCU julga por ano.

Do mesmo modo, a sistemática de Tribunal de Contas permite estreita colaboração com outros órgãos de controle, tanto assim, que, nos últimos anos, mais de 500 processos foram remetidos ao Ministério Público Federal, para que aquela instituição, complementando o trabalho do TCU, pudesse verificar os aspectos penais da conduta dos agentes públicos responsáveis por irregularidades detectadas pela Corte de Contas.

Graças a essas características, a atuação do Tribunal pode ser rápida e efetiva, permitindo que esta Casa se torne a mais eficaz barreira contra os desvios de recursos e erija-se em esteio do regime democrático em nosso país.

Mas tais convicções a respeito do papel e da importância do TCU não serão os únicos alentos na jornada que inicio.

Trarei comigo a sólida formação moral e a perseverança que me transmitiram meus pais e o apoio de minha mãe, paradigma de firmeza, disciplina e carinho, e de minha família, de meus filhos Junia, Maria Teresa, Américo e Emmily, de minha esposa, companheira de infinita compreensão e paciência com as circunstâncias que me fazem dedicar mais tempo às responsabilidades públicas do que ao lar.

Trarei comigo a lembrança de Minas, cujo segundo nome, já dizia Tancredo Neves, é liberdade, e de Montes Claros, meu torrão natal, cujo afeto jamais me faltou e para onde se voltam meus pensamentos nos momentos de reflexão.

Trarei comigo a lembrança da conduta do Presidente que hoje encerra seu mandato, Ministro Iram Saraiva, e daqueles que me antecederam no cargo que assumo. Será fonte contínua de inspiração.

Sei dos desafios, mas não me inquieto. Diz a Bíblia que existe segurança na multiplicidade de conselheiros, e eu terei a acompanhar-me a sabedoria dos Ministros e Auditores, a fiscalização atenta do Ministério Público junto ao TCU e o apoio técnico de dirigentes e servidores.

Terei comigo, também, a lucidez e a experiência de longos anos nesta Casa do Ministro Bento Bugarin, que, como Vice-Presidente, trilhará comigo o caminho e saberá ajudar-me a escolher o rumo mais adequado.

Agradeço as gentis palavras do Ministro Guilherme Palmeira e do Procurador Geral junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado. Credito-as mais à amizade de Suas Excelências do que à razão.

Agradeço as manifestações de apoio dos servidores. Conto com seu idealismo e sua competência para atender às expectativas da sociedade em relação a esta Corte.

Agradeço a presença de autoridades, de amigos e de todos que compareceram a esta cerimônia. Tomo-a não apenas como uma homenagem pessoal, mas também como reconhecimento da importância deste Tribunal para a nação brasileira.

Entretanto, como lembra Santo Antônio, o tempo não é mais de palavras, mas de ação.

Cesso as palavras, pois, e sigo para a ação.

Que Deus me dê forças.”

DESEMPENHO DAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES E INDICADORES DE RENDIMENTO¹

Adhemar Paladini Ghisi²

I. INTRODUÇÃO

(NOMINATA)

Foi com grande satisfação que recebi o convite do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas da União do Brasil, Ministro Iram Saraiva, para, na condição de palestrante, transmitir a essa qualificada platéia algumas idéias acerca de um tema que é, por certo, preocupação comum a todos presentes. Antes, todavia, de entrar no assunto não poderia deixar de reiterar a relevância do evento de que todos agora participamos.

A Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores - OLACEFS, organização independente, autônoma e apolítica, cuja missão consiste na busca do aperfeiçoamento das entidades fiscalizadoras da América Latina e do Caribe, congrega os Tribunais de Contas e organismos similares de seus países, como membros ativos, todos permanentemente interessados no aprimoramento de suas atividades. É um dos sete grupos regionais de trabalho da INTOSAI-Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (os demais são a AFROSAI, a ARABOSAI, a ASOSAI, a SPASAI, a CAROSAI e a EUROSAI) que busca o desenvolvimento das ações de controle externo mediante troca de experiências pelo debate de questões específicas de nossa própria região. Assim, pode-se dizer que as reuniões da OLACEFS representam a regionalização das grandes questões da INTOSAI.

De importância singular, este evento conta também com a participação de representantes credenciados de entidades da mais alta expressão, como o Banco Mundial, a Organização dos Estados Americanos - OEA e a Organização das Nações Unidas - ONU, dentre outras, realçando sua relevância e conferindo maior dimensão às conclusões e recomendações que dele resultarem.

É de ser destacado o extremo zelo e a total dedicação da comissão organizadora do evento, sob a coordenação do Exmo. Sr. Ministro Valmir Campelo, do Tribunal de Contas da União, do Brasil, evidenciados na indicação dos temas que compõem a pauta do Encontro. Os assuntos selecionados se revestem de inegável relevância e

¹ Conferência Magna proferida na X Assembléia Geral da Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores - OLACEFS - Brasília - Brasília/DF, em 21 de novembro de 2000.

² Ministro do TCU, do Brasil.

atualidade e se caracterizam por seu quase ineditismo. Minhas congratulações a todos aqueles que colaboraram para a definição desta pauta, que não temeram ousar na indicação de temas de vanguarda, optando por não repetir, em mais uma oportunidade, questões corriqueiras, já sobejamente discutidas em outros encontros. Esse deve ser o verdadeiro sentido da existência de organizações como a OLACEFS: a busca da inovação; a indicação de caminhos a serem trilhados frente aos novos desafios que despontam a cada dia; o estímulo ao surgimento de novas correntes doutrinárias em questões pertinentes ao controle externo, mediante a troca de experiências, o amplo debate e a disseminação de informações, a partir da realidade de cada uma das instituições que dela fazem parte.

II. BREVE HISTÓRICO

Passaram os tempos em que a importância da auditoria governamental era assunto debatido exclusivamente em teses acadêmicas, dissociadas da realidade vivenciada por cada país. Nos dias atuais, a importância da auditoria governamental extrapolou o plano das discussões teóricas e, ainda que de forma intuitiva, passou a fazer parte dos quesitos discutidos pelos cidadãos comuns. A auditoria governamental desponta, no presente, como questão subjacente às conversas cotidianas sobre os níveis de corrupção governamental, sobre a ausência de resultados dos planos de governo e sobre a confiabilidade das informações relativas aos níveis de endividamento de cada país, por exemplo.

A divulgação das questões afetas às auditorias governamentais vem marcada por uma consciência cada vez maior acerca do significativo papel que desempenham - ou deveriam desempenhar - as Entidades Fiscalizadoras Superiores de cada país. Em contrapartida a esse reconhecimento - e exatamente em função dele -, têm-se multiplicado as demandas e as expectativas com respeito à atuação das Entidades Fiscalizadoras Superiores e ao cumprimento de seu papel no processo de desenvolvimento econômico e social dos diversos países.

Em consequência, as entidades de auditoria governamental deparam-se diariamente com novos desafios, fazendo-se necessária sua atenção permanente aos novos anseios da coletividade a que devem servir e à busca permanente do aperfeiçoamento das diversas atividades por elas desempenhadas.

Nesse cenário de desafios e cobranças sociais, característico do processo democrático, faz-se mister que as Entidades Fiscalizadoras Superiores desenvolvam sistemas permanentes de auto-avaliação, possibilitando a detecção de desvios em relação às metas traçadas ou aos resultados que delas se esperam. Vale dizer que as auditorias governamentais, destinadas à realização de auditorias de desempenho em órgãos e agências governamentais diversos, devem voltar suas atenções também para o seu ambiente interno e não descuidar da avaliação de seu próprio desempenho.

Apesar de ser um tema recorrente na literatura, a avaliação auto-referida de desempenho ainda não foi incorporada ao cotidiano da administração pública. Em parte devido à complexidade inerente às metodologias de avaliação, em parte pela desatenção dos administradores públicos, que, por desconhecimento ou desinteresse, deixam de se utilizar de um poderoso instrumento gerencial, capaz de subsidiar o

processo decisório na alocação dos escassos recursos e de fornecer à sociedade informações transparentes acerca de seu comportamento.

À exceção de alguns poucos países, sobretudo os de tradição anglo-saxônica, a avaliação de desempenho dos órgãos públicos é realizada apenas de forma esporádica, sem o rigor que caracteriza a adoção sistemática do procedimento. A esse respeito, permito-me lembrar que já no ano de 1993, o Congresso dos Estados Unidos da América aprovou o denominado *Government Performance and Results Act* (GPRA), que pode ser considerado como a pedra angular de uma série de iniciativas que vieram a ser interpretadas como uma resposta ao movimento de reforma do Estado que varreu o mundo a partir do final da década de 80. A ênfase do GPRA está na obtenção de resultados mais efetivos no processo governamental e adota, em síntese, a seguinte estratégia:

- estabelecimento de missões claramente definidas e de objetivos e metas para cada agência governamental;
- mensuração do grau de realização desses objetivos e metas;
- uso dessas informações no processo decisório do orçamento.

O GPRA significou o reconhecimento, pelo Congresso Norte-Americano, de que o processo orçamentário de alocação de recursos é significativamente limitado pela ausência de informações relativas aos próprios objetivos dos programas públicos e ao desempenho das diversas agências governamentais. Para contornar essa situação, definiu que a melhoria do sistema gerencial depende de quatro pilares:

- planejamento estratégico;
- planos e relatórios anuais de performance;
- flexibilidade gerencial; e
- orçamento direcionado para resultados.

Embora sejam reconhecidas as diferenças existentes entre a realidade daquele país e a dos demais integrantes do continente americano, não se pode concluir pelo alheamento dos demais países às propostas trazidas pelo GPRA. É desejo de toda sociedade, seja qual for o país em que a mesma se insira, que os recursos advindos dos impostos sejam otimizados. Essa otimização se dá mediante a “alocação por resultados”, ou seja, distribuem-se os recursos em função dos resultados pretéritos obtidos pelas diversas agências, na execução dos programas que lhes são afetos.

Assim, não obstante a falta de uma ação gerencial integrada por parte dos Governos, as Entidades Fiscalizadoras Superiores, pelo papel que lhes é atribuído, devem demonstrar compromisso na busca do conhecimento de seu real desempenho e na divulgação desses dados, constituindo-se em exemplo a ser seguido pelo restante da Administração Pública e em canal permanente da busca da transparência que auxilia na consolidação e manutenção das democracias.

Partindo-se da premissa, então, de que as auditorias governamentais devem realizar autoavaliações, deve-se assinalar que existem diversas técnicas pelas quais pode ser avaliado o desempenho das Entidades Fiscalizadoras Superiores, como, de resto, de toda e qualquer organização. Todas as técnicas, entretanto, prescindem da existência de parâmetros comparativos. Não se pode falar de avaliação de resultados sem que se busque a existência de indicadores.

III. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA NA ELABORAÇÃO DE INDICADORES

O tema específico que me foi incumbido para esta oportunidade - “Desempenho das Entidades Fiscalizadoras Superiores e Indicadores de Rendimento” - trata especificamente desse ponto, fundamental para que as Entidades de Fiscalização Superiores possam, mediante a demonstração da excelência de suas ações, buscar uma posição de destaque institucional, cada vez maior, no cenário sócio-econômico e político de cada país.

Impõe-se, portanto, a busca e a implementação de processos contínuos que nos possibilitem traduzir em parâmetros relativamente objetivos os resultados de nossas ações institucionais. Nesse sentido, como já mencionei, não se pode cogitar de avaliações objetivas de resultados sem que se elejam indicadores que possam fundamentar e sinalizar a atuação das diversas agências do governo.

Embora não pretenda, nesta oportunidade, discorrer longamente sobre as técnicas utilizadas para a montagem e a seleção de indicadores, não posso, entretanto, em nome da melhor compreensão do assunto, deixar de tecer mínimos comentários a respeito.

Conforme definição aceita e utilizada por este Tribunal de Contas da União, do Brasil, “um indicador de desempenho é um número, percentagem ou razão que mede um aspecto do desempenho, com o objetivo de comparar esta medida com metas preestabelecidas”.

É importante, neste momento de conceituação, distinguir indicadores de desempenho de simples medições de desempenho. Utilizamos as medições de desempenho para verificar aspectos que podem ser direta e facilmente mensurados como, por exemplo, o número de quilômetros asfaltados ou conservados em uma rodovia, e o número de alunos matriculados em universidades públicas. Já os indicadores de desempenho são construções que se prestam a delinear o desempenho de questões nas quais não é possível a realização de simples e diretas mensurações, podendo-se mencionar, a título de exemplo, a efetividade do ensino universitário ou do sistema de saúde de um país.

Vê-se, portanto, que os indicadores se prestam à realização de medições quantitativas e/ou estatísticas de objetos de avaliação que não podem ser captados ou medidos diretamente. Assim, seriam os indicadores de desempenho que poderiam, de igual forma, auxiliar na mensuração da efetividade das Entidades de Fiscalização Superiores.

Nunca é demais ressaltar que um indicador não é mais que um instrumento de conhecimento de uma realidade que se pretende avaliar e de identificação das condições reinantes no ambiente relacionado àquela realidade. Não é a realidade em si, mas uma aproximação do que está ocorrendo.

Ainda quanto aos aspectos conceituais, vale lembrar que um número não é, por si só, um indicador. Um valor cifrado somente se transforma em um indicador se é portador de algum dado informativo, quando traz implícita uma associação de idéias. A esse respeito, permito-me utilizar do exemplo trazido por Antônio Viña, em seu texto “Fundamentos de un Sistema de Indicadores Sociales”, por bem elucidar

tudo o quanto dissemos, ao comentar sobre um dos indicadores mais comumente utilizados na medicina: a temperatura corporal de uma pessoa. Não é necessário dispor-se de conhecimentos especializados em medicina para saber-se que existe uma importante diferença entre o estado de saúde de uma pessoa que tenha sua temperatura corporal medida em 36 graus e outra que a tenha em 40 graus. Com efeito, o estado “saudável” está associado à primeira temperatura, e o estado “de doença” à segunda. Veja-se, entretanto, que os simples números 36 e 40 nada informam, se a eles não corresponder uma associação biunívoca e universal: as temperaturas de 36 graus são indicativas, sempre, de estados saudáveis, e as temperaturas de 40 graus, de estados febris.

Não podem os médicos, contudo, mediante essa única informação, firmar uma convicção generalizante acerca do tipo de enfermidade que vem acometendo seus pacientes. Possuidores desse importante indicador (“o paciente está com alguma enfermidade”), farão outros tantos testes quantos forem necessários e se utilizarão de outros indicadores para precisar a enfermidade correta e a medicação a ser aplicada.

Note-se, então, que desse simples exemplo já se extrai uma regra fundamental para a utilização dos indicadores: para que os indicadores tenham aplicabilidade prática e nos conduzam a conclusões confiáveis, há que se aplicar sempre o mesmo procedimento de observação e estabelecer regras de correspondência claras e imutáveis: poucas esperanças de cura poderia ter um enfermo se cada vez que lhe medissem a temperatura, os médicos trouxessem um novo termômetro, com novas escalas, sem a definição clara da correspondência dessa nova escala com as escalas utilizadas pelos termômetros anteriormente utilizados.

Nesse sentido, mencione-se que um bom exemplo de correspondência clara entre indicadores é a fórmula de conversão das escalas de temperatura Celsius para Fahrenheit.

Assim, a utilização dos indicadores requer como pré-requisito a existência de uma certa estabilidade de procedimentos, devendo-se evitar a introdução de constantes inovações. Em face da exigência dessa perenidade, as decisões de se utilizarem indicadores devem ser precedidas de um meticuloso processo de seleção do conjunto de indicadores a ser adotado, evitando-se freqüentes substituições posteriores.

Finalmente, vale lembrar que as informações sobre desempenho são essencialmente comparativas. Assim, de nada adianta dispor-se de um conjunto de dados isolados mostrando os resultados atingidos por uma instituição, se esses dados não são comparados com aqueles apresentados por instituições de natureza semelhante no mesmo período de tempo, com uma série histórica de dados da mesma instituição e/ou com metas previamente traçadas. Para que tais comparações possam ser realizadas e suas conclusões sejam válidas, é necessária a existência de séries estatísticas confiáveis e de metas bem definidas.

O bom desempenho de uma instituição está associado ao alcance de objetivos e metas estabelecidos em cinco dimensões: economicidade, eficácia, eficiência, qualidade e efetividade. A elaboração de indicadores institucionais deve buscar englobar essas cinco dimensões, podendo, obviamente, existir mais de um indicador para cada uma das dimensões. A esse respeito, do ponto de vista prático, deve-se

mencionar que os indicadores quase sempre são compostos por variáveis provenientes de um dos seguintes grupos: custo, tempo, quantidade e qualidade.

Mas antes que se iniciem as avaliações, propriamente ditas, existe ainda outro ponto que deve ser claramente definido: que tipo de avaliação pretendemos realizar? Na realidade, podemos simplesmente avaliar as auditorias governamentais, como um todo, ou realizar avaliações menores, dos impactos e resultados de programas específicos que foram implantados em determinadas gestões.

Assim, podemos imaginar, por exemplo, que na busca da qualidade total, que se apresenta como pano de fundo para a busca dos processos de autoavaliação das auditorias governamentais, uma determinada Instituição de Fiscalização Superior implemente novos programas, direcionados ao atendimento de demandas específicas ou do gerenciamento de questões internas que constituam óbices ao alargamento de sua eficiência institucional. Esses programas podem ser alvo de avaliações específicas, sem prejuízo de que se avalie, de forma concomitante, o resultado da Entidade de Fiscalização Superior, como um todo. Pensamos que essa seja a melhor fórmula, à busca de solução: a avaliação de cada um dos programas de melhoria contínua desenvolvidos pelas Entidades de Fiscalização Superior, aliada à avaliação geral da Instituição.

Encerrando estas considerações referentes à questão meramente teórica e preliminar, há que se ter em vista, ainda, que antes da seleção dos indicadores que pretendem aplicar, as instituições devem estar atentas para a natureza de seus trabalhos e a ideologia predominante no ambiente em que se pretende desenvolvê-los. Como mencionam Cohen e Franco:

“Os indicadores ocupam o lugar menos abstrato na pirâmide de elementos que constituem uma teoria. Isso os faz, obviamente, dependentes de todos e de cada um dos níveis superiores da mesma. É dizer que os indicadores respondem a uma certa teoria e à epistemologia em que ela se fundamenta, ainda que seja possível que determinado indicador possa ser utilizado por mais de uma teoria.”

Assim, os mesmos autores, utilizando-se dos dizeres de Pedro Demo, afirmam que a seleção de indicadores, ao representar o referencial empírico de um conceito generalizante e abstrato, “está sempre atada a pressupostos de interpretação da realidade, o que permite dizer que todo indicador inevitavelmente esconde aspectos ideológicos”.

No campo específico da auditoria governamental, o alerta de Cohen e Franco pode ser de grande valia para que não se pretenda elaborar um conjunto único de indicadores, que idealmente possa ser utilizado por toda e qualquer Entidade de Fiscalização Superior. Existem, nitidamente, pelo menos duas grandes e diferentes ideologias ligadas ao exercício da auditoria governamental, em que se ancoram os modelos de fiscalização externa presentes em todos os países aqui representados, quais sejam os Tribunais de Contas e as Controladorias. Embora existam indicadores que podem ser de utilização comum a ambos os modelos de controle, existem também, por certo, outros tantos que serão de uso específico para as instituições que adotem cada um dos referidos modelos. Mais ainda, poderão mesmo existir indicadores que sejam específicos para cada uma das instituições aqui representadas, em função da

particularidade da visão de seus dirigentes e da percepção da missão que lhes foi atribuída.

A esse respeito, vale lembrar que a estipulação de metas, que comentamos ser um dos requisitos necessários à realização de comparações e, portanto, à validação dos indicadores, decorre da fixação dos objetivos institucionais, que por sua vez são fixados em função da missão definida para cada instituição. Vê-se, pois, que os indicadores não devem ser fixados ao acaso, em um momento estanque, mas devem estar intimamente relacionados a um processo de planejamento estratégico de cada uma das instituições.

A seleção dos indicadores e sua implementação deve, como já mencionamos, levar em conta os aspectos do planejamento institucional, e pautar-se pelos seguintes critérios teóricos e práticos:

a) disponibilidade de dados: somente se pode construir um indicador se existe informação suficiente. A esse respeito, deve-se mencionar o freqüente problema da ausência de dados estatísticos com que convivem, sobretudo, os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

b) qualidade dos dados: não basta apenas que existam os dados necessários à construção dos indicadores, mas se faz necessário que esses provenham de fontes seguras, com reconhecidos e consistentes métodos de coleta.

c) comparabilidade: de nada adianta um indicador que não nos permita fazer comparações. O indicador selecionado tem que possuir abrangência tal que possa ser utilizado em diferentes âmbitos, permitindo seu cotejamento.

d) validade: o indicador deve realmente medir o que se supõe que meça. Mencione-se, a respeito, o exemplo de Cohen e Franco, que menciona como equívoco a utilização do número de médicos ou enfermeiras, ou ainda de leitos hospitalares, como um indicador do estado de saúde da população. Apesar de obviamente equivocado, esse indicador - sem validade - ainda é largamente utilizado.

e) significado conceitual: sendo válido, o indicador deve mostrar um aspecto significativo, do ponto de vista conceitual, e não meramente incidental.

Não pretendo me alongar mais nos aspectos teóricos relativos à construção de indicadores de desempenho, pois que o assunto, para ser exaurido, costuma receber tratamento em cursos de média duração, permito-me assinalar, ainda, que o trabalho de seleção dos indicadores, no pressuposto do rigor metodológico, deve ser precedido pelas seguintes ações:

- a) definição da visão e missão da Entidade de Fiscalização Superior;
- b) definição dos objetivos estratégicos da Instituição;
- c) compreensão dos fatores críticos para o alcance dos objetivos estratégicos;
- d) elaboração de um “mapa de produtos” que contemple os principais serviços prestados pela Instituição;
- e) identificação dos produtos essenciais, dentre aqueles consignados no mapa;
- f) formulação de questões sobre a economicidade, a eficiência e a eficácia dos principais produtos;

g) seleção dos indicadores a partir das questões previamente formuladas, evitando-se a sua concentração em torno de um único produto e procurando-se fazer uma distribuição equilibrada dos mesmos, atentando-se sempre para o fato de que os indicadores de desempenho devem ser comparativos;

h) fixação de metas de desempenho relacionadas a cada um dos indicadores selecionados, que serão posteriormente aferidas.

IV. INDICADORES APLICÁVEIS ÀS INSTITUIÇÕES DE FISCALIZAÇÃO SUPERIORES

Pelos motivos já colocados nesta exposição, não ousou me aventurar na discussão de quais seriam os possíveis indicadores de rendimento a serem adotados pelas auditorias governamentais. Estou certo de que cada uma das Instituições de Fiscalização Superiores, dentro da missão institucional que lhe foi definida, saberá escolher os melhores caminhos para a definição de seu próprio conjunto de indicadores. Ademais, o assunto está, ainda, a compor o Tema 2 desta 10ª Assembléia Geral e será presidido pela Controladoria Geral da República da Bolívia, atuando como moderador a Corte de Contas da República de El Salvador, competindo sua relatoria à Controladoria Geral da República de Honduras. Não tenho dúvidas, assim, de que as mencionadas Entidades de Fiscalização Superior, sempre zelosas e atuantes nas Assembléias Gerais desta Organização, com grande propriedade poderão discorrer sobre aspectos que não tenham recebido o tratamento adequado nessa nossa abordagem inicial e introdutória ao assunto.

Posso, contudo, mencionar, a título de exemplo, que o Tribunal de Contas da União do Brasil está, no momento, trabalhando com proposta de medir seu desempenho a partir da utilização dos seguintes parâmetros, elaborados com o intuito de abarcar quatro critérios distintos:

1. Foco no Cliente

Parâmetros:

1. nível de satisfação dos clientes
2. nível de atendimento aos clientes
3. total de eventos para orientação pedagógica

2. Gestão de Processos

Parâmetros:

4. tempo médio de tramitação de processos
5. total em estoque de processos com prazos vencidos
6. total de processos apreciados
7. total de processos autuados
8. percentual do total de recomendações acompanhadas
9. percentual do total de recursos públicos fiscalizados

3. Gestão da Informação

Parâmetros:

10. total de indicadores monitorados

4. Resultados

Parâmetros:

11. valores recuperados aos cofres públicos
12. benefícios indiretos resultantes das auditorias

A partir da enunciação desses parâmetros, vislumbra-se claramente a intenção do Tribunal de Contas da União de avaliar seu desempenho a partir da utilização de duas ferramentas distintas, que fizemos questão de anteriormente diferenciar: as medições de desempenho e os indicadores de desempenho. Nesse sentido, é de se notar que o Tribunal de Contas da União tanto fará a simples coleta de números, que por si só já permitem comparações dos resultados alcançados com as metas traçadas (medições de desempenho), como precisará elaborar indicadores, para utilizar em relação àquelas valorações que não podem ser aferidas por intermédio de simples medições.

Vê-se, pois, que a Entidade de Fiscalização brasileira vem discutindo a perspectiva de adotar um conjunto de doze parâmetros, entre indicadores e simples medidores de desempenho, que abrangem suas competências principais: a da realização de fiscalizações e a do julgamento de processos de tomadas e prestações de contas.

Embora não seja possível uma generalização, como já assinali, em razão das peculiaridades inerentes a cada uma das Entidades de Fiscalização Superiores, creio que alguns dos parâmetros adotados pelo Brasil bem poderiam ser utilizados por qualquer auditoria governamental, por ser de caráter abrangente a todas, independentemente do modelo de fiscalização adotado. Nesse sentido, destaco o “nível de satisfação dos clientes”, o “percentual do total de recursos públicos fiscalizados” e os “benefícios indiretos resultantes das auditorias”.

Novamente a título exemplificativo, menciono que o National Accounting Office (NAO), Entidade de Fiscalização Superior do Reino Unido, tem como seu principal indicador a quantificação de recursos economizados em relação à quantidade de recursos despendidos pela Instituição. A meta fixada pela Instituição, que girava em torno de 7 para 1 (sete unidades monetárias economizadas para cada uma unidade monetária despendida pelo NAO), encontra-se em vias de ser reformulada, passando de 9 para 1. Registre-se, por oportuno, que esse tipo de indicador, embora possa ser considerado como “ideal” para medir o desempenho das Entidades de Fiscalização Superior que adotem os modelos de Controladorias ou Auditorias Gerais, não pode ser presumido como o mais indicado para a medição do desempenho dos Tribunais e Cortes de Contas, que possuem outras funções, além daquela simplesmente destinada a verificar a economicidade e a eficácia da aplicação dos recursos públicos. De fato, no bojo do processo democrático, os Tribunais de Contas possuem, também, a função de dizer à sociedade acerca da legalidade das despesas realizadas e da correção dos atos de uma gestão. Nesse sentido, observo que podem ocorrer atos praticados de forma contrária àquela prescrita em lei, que não tenham necessariamente conduzido ao desperdício de recursos públicos (citem-se como exemplos, no caso brasileiro, a contratação de servidores públicos sem a realização de prévio concurso público e a realização de compras sem a existência de procedimento licitatório). O trabalho dos Tribunais e Cortes de Contas destinado à detecção de atos dessa espécie não entrariam na quantificação apresentada pelo referido indicador, adotado pelo NAO.

V. CONCLUSÃO

Nos dias atuais, a sobrevivência das instituições, públicas ou privadas, depende de sua capacidade de identificar mudanças e adaptar-se às circunstâncias exigidas pelos ambientes interno e externo. Esse processo de mudanças, por sua vez, adquiriu uma dinâmica toda especial, a partir da onda globalizante que invadiu o mundo, sobretudo a partir do final dos anos oitenta, impondo-lhe um ritmo nunca antes observado na história do homem.

O fluxo de capitais, enormemente facilitado pelas modernas técnicas de transmissão de dados, da mesma forma que possibilita a falência de empresas em questão de minutos, é capaz de abalar a economia dos países em poucos dias. A massificação da Internet eliminou as fronteiras físicas que impediam o acesso de todo e qualquer cidadão a informações vindas de locais distantes: hoje, podemos, de nossos escritórios ou residências, acessar as informações veiculadas pelos maiores jornais do mundo. E mais, as informações nos chegam praticamente ao tempo em que os fatos estão ocorrendo.

A Internet democratizou, em definitivo, o acesso ao conhecimento. Essa democratização, que nos traz incontáveis benefícios, de igual forma nos impõe uma permanente vigilância sobre os rumos adotados em nossas próprias organizações. Devemos lembrar-nos que se de um lado olhamos com facilidade para os acontecimentos do mundo, de outro o mundo nos observa, com igual facilidade, transparência e ... cobrança.

A cobrança social é, nos tempos contemporâneos, permanente, e não mais fruto de episódios políticos pontuais. No mundo atual, não sobram espaços para organizações auto-referidas e obsoletas. Não é necessário ser visionário para perceber que no mundo do século XXI não sobreviverão as organizações que não se adaptarem às necessidades e exigências de seus clientes. No setor público, não mais serão aceitas as instituições que não conseguirem demonstrar, de forma clara e inequívoca, os benefícios que proporcionam à população.

A gestão por meio de indicadores tem como essência a busca do aprimoramento das instituições mediante a percepção de suas ações e a comparação de seus resultados com parâmetros previamente estabelecidos. No entanto, trabalhar com indicadores pode exigir a mudança dos padrões tradicionalmente seguidos pelas auditorias governamentais. Tais mudanças nem sempre podem ser promovidas, com a intensidade requerida, em curtos espaços de tempo, pois que envolvem não apenas alterações nos padrões gerenciais, mas requerem também a assimilação de uma nova cultura organizacional.

Ao final, como alerta, queremos salientar que os indicadores devem, em tese, se prestar sempre à busca incessante da melhoria do desempenho das instituições. Não obstante, por serem parâmetros comparativos, são balizados, em grande parte, pelas metas da instituição. Se as metas institucionalmente definidas não forem adequadas e realistas, os resultados apresentados pelos indicadores poderão expressar uma falsa realidade: metas superestimadas poderão conduzir à falsa conclusão de que as Instituições não vêm trabalhando a contento; metas subestimadas poderão levar à inverídica conclusão de que a Instituição apresentou um desempenho mais que satisfatório.

A definição das metas, portanto, é, como já dissemos, de vital importância para a compreensão dos resultados apresentados pelos indicadores.

Não pretendo me alongar mais. É tempo de encerrar estas considerações e de deixar que as questões suscitadas nesta oportunidade sejam aprofundadas e melhor debatidas pelo Plenário desta Assembléia, com a certeza de que serão enriquecidas pelos valiosos subsídios trazidos por todas as Entidades de Fiscalização Superiores aqui reunidas, especialmente por aquelas que foram previamente designadas para o trato deste assunto, a Controladoria Geral da República da Bolívia, a Corte de Contas da República de El Salvador e a Controladoria Geral da República de Honduras.

A todos os que nos honraram com sua presença e dedicaram sua atenção, nossos sinceros agradecimentos e votos para que essa X Assembléia Geral da Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores – OLACEFS seja plenamente exitosa em seus altos objetivos e marcada pelo fortalecimento do Controle Externo em benefício da gente de nossos países.

BIBLIOGRAFIA

- BOULAND, Heber. Evaluating Results of Government Programs. The GAO Review. Fall 1973.
- COHEN, Ernesto e FRANCO, Rolando. Evaluation de las Políticas Sociales. Anais do Seminário sobre indicadores sociais e avaliação de políticas sociais. ENAP. Brasília. 1986.
- COTTA, Tereza Cristina. Metodologia de Avaliação de Programas e Projetos Sociais: Análise de Resultados e de Impactos. Revista do Serviço Público. Brasília: Abr/Jun 1998.
- DE FREITAS, Carlos Alberto Sampaio. A implementação do *Government Performance and Results Act* na administração pública dos EUA. Revista do Serviço Público. Brasília: Jul/Set 1999.
- DEMO, Pedro. Usos e Limitações dos indicadores conjunturais - Visão Social. Progress Series in Evaluation. Brasília.
- GENERAL ACCOUNTING OFFICE. Performance Measurement and Evaluation - Definitions and Relationships. Abril de 1998.
- LIMA, Dagomar Henriques, THOMSON, Mike e MENEZES, José Carlos Lobo. Quantificação de Benefícios, Uso do “Balanced score-card” e Fixação de Metas para IDs. Instituto Serzedello Corrêa. Agosto de 2.000.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Técnica de Auditoria “Indicadores de Desempenho e Mapa de Produtos”. Boletim do Tribunal de Contas da União. Brasília. 24 Jul. 2000.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Técnica de Auditoria “Mapa de Processos”. Boletim do Tribunal de Contas da União. Brasília. 24 Jul. 2000.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Proposta de Indicadores Estratégicos para o Sistema de Planejamento. Brasília. Out. 2000.
- VIÑA, Antonio. Fundamentos de un Sistema de Indicadores Sociales. Anais do Seminário sobre indicadores sociais e avaliação de políticas sociais. ENAP. Brasília. 1986.
- R. TCU, Brasília, v. 31, n. 86, out/dez 2000

O CONTROLE EXTERNO NO BRASIL: EVOLUÇÃO, CARACTERÍSTICAS E PERSPECTIVAS

Bento José Bugarin²

Foi com grande satisfação que recebi o honroso convite do eminente Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, Conselheiro João dos Santos Pereira Braga, para participar deste importante evento, em que são comemorados os cinquenta anos da brilhante e proveitosa existência desta destacada Corte de Contas.

Cabe-me abordar aspectos relacionados à evolução, características e perspectivas do Tribunal de Contas da União e do controle externo no Brasil. Portanto, começarei apresentando breve histórico do TCU.

I. EVOLUÇÃO

Não obstante algumas tentativas anteriores de criação de um Tribunal de Contas, somente em 1890, com a edição do Decreto nº 966-A, de 07 de novembro, foi instituído o Tribunal de Contas, em pleno Governo Provisório, tendo Rui Barbosa como Ministro da Fazenda. No entanto, foi com a edição do Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, que a criação do Tribunal de Contas ganhou executoriedade, sob o comando de Serzedello Correa no Ministério da Fazenda.

Em 1891, o Tribunal de Contas foi alçado em nível constitucional com a promulgação da primeira Constituição Republicana, que, no art. 89, previa a instituição dessa Corte para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional. A Carta Política de 1891 não situou o Tribunal de Contas em nenhum dos três Poderes, tendo-o previsto no Título V, que tratava das “*Disposições Geraes*”.

Aparecia, assim, o Tribunal de Contas como órgão de permeio entre os Poderes, tal como preconizado por Rui Barbosa, que na Exposição de Motivos que precedeu sua criação referiu-se à Corte como corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, colocado em posição autônoma. Além disso, é de se notar que referida Exposição de Motivos revelou que a fonte de inspiração de Rui Barbosa estava na Europa, especialmente nos modelos italiano, belga e francês de Tribunal de Contas, tendo o insigne jurista tornado pública sua preferência pelo modelo italiano ao afirmar expressamente que dos três “o italiano é o mais perfeito”. O que mais atraía Rui Barbosa era o controle prévio exercido pela Corte de Contas da Itália.

¹ Palestra proferida em 09/11/2000, em Manaus, na sede do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, dentro das festividades de comemoração de seu cinquentenário.

² Ministro do TCU.

A Constituição de 1934 manteve o Tribunal de Contas, dispondo sobre suas atribuições no capítulo que tratava dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, ao lado do Ministério Público e dos Conselhos Técnicos. Mais uma vez deixava a Carta Política de inserir expressamente em um dos três Poderes a Corte de Contas, enaltecendo-a como órgão de cooperação do Estado, a exemplo do que ocorre até hoje em alguns países, como, por exemplo, na Itália

Além disso, a 2ª Constituição da República passou a prever, de forma expressa, o registro prévio do Tribunal de Contas como condição de eficácia para os contratos que implicassem receita ou despesa para a União. Estabeleceu, também, o controle prévio do Tribunal de Contas sobre qualquer ato da Administração Pública de que resultasse obrigação de pagamento para o Tesouro Nacional e dispôs sobre a necessidade de emissão de parecer prévio do Tribunal sobre as contas anuais do Presidente da República (CF/34, arts. 99 a 102).

A Constituição de 1937, sem apresentar uma organização sistemática que dividisse o texto constitucional em títulos, capítulos e seções, posicionou o Tribunal de Contas próximo aos tribunais do Poder Judiciário e, de forma sucinta, em apenas um artigo, praticamente manteve as atribuições até então previstas na Constituição anterior. Deixou, no entanto, de mencionar expressamente o controle prévio e acrescentou a competência de julgar a legalidade dos contratos celebrados pela União (CF/37, art. 114).

Na Constituição de 1946, o Tribunal de Contas apareceu, pela primeira vez, no capítulo que tratava do Poder Legislativo, mais especificamente na seção que cuidou do orçamento, tanto no que se referia a sua elaboração quanto no que dizia respeito à fiscalização de sua execução. A novidade ficou por conta do julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões que o Tribunal teve de passar a fazer. No mais, mantiveram-se as demais atribuições da Corte, sendo que referida Carta Política voltou a prever, expressamente, o controle prévio (CF/46, arts. 76 e 77).

A Constituição de 1967 manteve o Tribunal de Contas no capítulo que tratava do Poder Legislativo, mas separou a seção que cuidava da elaboração do orçamento da seção que tratava da fiscalização financeira e orçamentária. Pela primeira vez constou do texto constitucional a expressão “controle externo”, que devia ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas.

A Constituição de 1967 não mais previu o controle prévio do Tribunal de Contas. No entanto, estabeleceu que as auditorias financeiras e orçamentárias seriam realizadas nas unidades administrativas dos três Poderes da União, que para tanto deveriam remeter ao Tribunal as demonstrações contábeis, cabendo à Corte realizar as inspeções que entendesse necessárias.

Foi com a Constituição de 1967 que a Corte de Contas, diante da verificação de ilegalidade de despesa, passou a ter a competência de fixar prazo para que o órgão adotasse as devidas providências ao exato cumprimento da lei, sob pena de o Tribunal sustar o ato, se não atendido. Exceção se fazia no caso de contratos, porquanto caberia à Corte solicitar a sua sustação ao Congresso Nacional. Caso o Poder

Legislativo não deliberasse no prazo de 30 dias, a impugnação do Tribunal tornava-se automaticamente insubsistente (CF/67, arts. 71 a 73)

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve os exatos termos da Constituição de 1967 no que concerne ao Tribunal de Contas (EC 1/69, arts. 70 a 72).

Coube, no entanto, à Constituição de 1988 promover nas competências do Tribunal de Contas da União o maior incremento de sua história

A atual Carta Política dispõe sobre o Tribunal de Contas da União no capítulo que trata do Poder Legislativo dentro do Título que cuida “Da Organização dos Poderes”. Por outro lado, passou a tratar da elaboração do orçamento no capítulo “Das Finanças Públicas” dentro do Título “Da Tributação e do Orçamento”. Dessa forma, separou-se no texto constitucional vigente a fase de elaboração do orçamento da fase de fiscalização de sua execução, ao contrário do que vinha acontecendo nas Constituições anteriores, quando essas matérias eram tratadas conjuntamente.

Hoje, porém, não mais se justifica a discussão sobre a que poder pertence o TCU, tendo em vista que, ao menos no plano formal, não há dúvidas de que se situa no Poder Legislativo, muito embora, na vigência da Constituição de 1891, Manuel Pedro Villaboim tenha afirmado que o Tribunal de Contas era um tribunal judiciário³.

Cumprе observar, no entanto, que a vinculação do TCU ao Poder Legislativo não significa qualquer relacionamento de subordinação com as Casas do Congresso Nacional. O Tribunal de Contas da União é totalmente independente, prestando auxílio ao Congresso Nacional, nos termos fixados pela Constituição. Isso significa que as decisões da Corte de Contas não podem ser modificadas pelo Congresso, assim como o Parlamento não pode, por exemplo, julgar as contas dos gestores públicos, pois a Carta Magna previu expressamente que essa competência é do Tribunal de Contas.

Pela extensão e complexidade do tema, convém nos determos um pouco mais nas atuais características do TCU em face do texto constitucional em vigor.

2. CARACTERÍSTICAS

A Constituição de 1988 preocupou-se em alargar o alcance da atuação do controle externo, prevendo que a ele se submetem não apenas a Administração Direta mas também a Indireta e 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, assuma obrigações de natureza pecuniária, nos termos do parágrafo único do art. 70, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Com a promulgação da referida Emenda Constitucional nº 19/98 ficou cristalino o dever de prestar contas também das pessoas jurídicas de direito privado nas hipóteses mencionadas no citado dispositivo. No entanto, nem sempre foi assim, pois no ano de 1993 travou-se longo debate no Plenário do Supremo Tribunal Federal

³ *In* Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, 1893, p. 84.

acerca do alcance desse dispositivo constitucional, tendo alguns Ministros daquela Alta Corte defendido a tese de que a Cruz Vermelha, que recebe vultosos recursos públicos na forma de subvenção social, não teria o dever de prestar contas, por ser sociedade civil, portanto por ser uma pessoa jurídica de direito privado que não se integra à Administração Pública. Se fosse hoje, o deslinde da questão seria mais rápido e menos controverso, diante da atual redação do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.⁴

No entanto, não se insere na jurisdição do TCU o particular que cause dano ao erário em decorrência do descumprimento de cláusula contratual legitimamente acordada, e sem que tenha havido o concurso de agente público na prática do ato irregular. É o caso do correntista que deixa de pagar empréstimo que tomara junto ao Banco do Brasil. Nessas situações compete ao Tribunal verificar se a entidade estatal adotou as devidas providências para se ressarcir dos prejuízos causados pelo particular. Não pode, porém, atuar diretamente contra o particular, pois a Constituição não pretendeu dar tal alcance ao TCU, e, se tivesse dado, o Tribunal seria incapaz de cumprir a missão, porquanto não conseguiria atuar junto a todos os particulares que causam prejuízos ao erário. O Tribunal de Contas existe não para esta finalidade mas sim para fiscalizar os atos de gestão praticados por agentes públicos ou por particulares no exercício de funções públicas. Esse é o alcance da jurisdição do Tribunal

Quanto ao enfoque da fiscalização exercida pelo TCU, é certo que não mais se limita apenas ao exame da legalidade, mas também à análise da legitimidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia.

Desse modo, o Tribunal verifica a legalidade dos atos que impliquem produção de receitas, realização de despesas e nascimento ou extinção de direitos ou obrigações.

Analisa também a legitimidade da ação estatal, conceito distinto da legalidade e que possibilita o exame do mérito do ato administrativo, de modo a determinar se este atende ao interesse público.

Aspecto bastante ressaltado pela Constituição de 1988, a legitimidade diz respeito não tanto ao sujeito que pratica o ato, pois neste caso o que teríamos é a competência, requisito de todo ato administrativo, que se não atendido fulmina irremediavelmente a relação jurídica dele decorrente. Trata-se aqui da legitimidade do objeto, entendendo-se assim aquele ato completamente desvinculado do interesse público. Exemplo disso é o caso do município que, carente de saneamento básico, recebe, por obra de seu prefeito, um estádio de futebol ou, ainda, o caso da empresa estatal, que, embora não exporte nem pretenda exportar seus produtos ou serviços, resolve patrocinar atleta estrangeiro, sob alegação de estar promovendo o nome da empresa.

Quanto à economicidade, o Tribunal aprecia se a Administração agiu da forma mais econômica possível, atendendo a uma aceitável relação de custo-benefício. Não se quer com isso que a Administração aufira lucro pelos serviços que presta às custas do cidadão. O que se tem em vista é a relação custo-benefício, algumas vezes displicentemente desprezada pelo administrador em suas decisões.

⁴ Mandado de Segurança nº 21636-1/RJ, DJ 19/05/95.

Dessa forma, o TCU tem-se voltado também para essa análise econômica do ato, verificando não só se foram observados os preceitos legais mas também se o administrador, ainda que protegido pelo manto legal, não negligenciou meios mais econômicos na realização do ato e que redundariam no mesmo objetivo colimado

Um exemplo expressivo acerca do que estamos discorrendo refere-se ao acompanhamento pelo TCU do Programa Nacional de Desestatização. Não tem a Corte de Contas se preocupado com as discussões teóricas sobre o tema, pois o grau de intervenção do Estado na atividade econômica é questão que deve ser decidida pelo Poder Executivo juntamente com as Casas do Congresso Nacional.

O que cabe ao TCU analisar é a maneira pela qual estão sendo conduzidas as privatizações. E nesse aspecto o Tribunal tem procurado se aperfeiçoar, acompanhando *pari passu* o desenrolar do processo em relação a cada empresa privatizanda, desde o momento em que é incluída no Programa até a sua total transferência à iniciativa privada e a sua conseqüente liquidação, manifestando-se inclusive acerca do polêmico preço mínimo das empresas, o que em alguns casos tem levado a Corte de Contas a sustar o leilão de venda, com a finalidade de evitar que o patrimônio público seja aviltado com preços manifestamente abaixo da realidade do mercado.

A atuação do Tribunal de Contas está voltada também para a verificação da eficiência do ato de gestão, como forma de avaliar o modo de execução do ato. A eficiência foi erigida a princípio constitucional da Administração Pública pela Emenda Constitucional nº 19/98, que a incluiu entre os princípios previstos no *caput* do art. 37. É de se notar que a referida Emenda Constitucional nº 19/98 reforça a atual tendência do Governo no sentido de viabilizar uma Administração Pública menos burocrática e mais gerencial, nos termos preconizados no “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, editado em 1995.

A eficácia, por sua vez, é analisada pela Corte de Contas no que concerne ao atingimento dos resultados desejados, especialmente no tocante aos programas públicos.

O tipo de fiscalização a ser exercida pelo controle externo foi significativamente ampliado pela Constituição de 1988. Não obstante o título da Seção IX do Capítulo I do Título IV ser “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, o art. 70 incluiu também a fiscalização operacional e patrimonial.

Algumas outras novidades da Constituição de 1988 foram as seguintes:

- a fiscalização das contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

- a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

- a maior proximidade do TCU com o Congresso Nacional, tendo em vista a possibilidade de a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e ainda Comissão Técnica ou de Inquérito de qualquer das duas Casas solicitar ao Tribunal informações e a

realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos e entidades jurisdicionados ao TCU;

- outra novidade diz respeito aos contratos. Na Constituição anterior, verificada ilegalidade em contrato, devia a Corte de Contas solicitar a sua sustação ao Congresso Nacional. Caso o Poder Legislativo não deliberasse no prazo de 30 dias, a impugnação do Tribunal tornava-se automaticamente insubsistente. Pela atual Constituição, se o Congresso Nacional não deliberar no prazo de 90 dias, caberá ao Tribunal decidir a respeito do assunto;

- a partir da Constituição de 1988, as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa têm eficácia de título executivo. A execução dessas decisões compete à Advocacia-Geral da União e às respectivas procuradorias autárquicas. Não obstante, ao longo desses anos menos de 2% dos valores devidos ao erário em decorrência de condenações do TCU têm retornado aos cofres públicos;

- a Constituição de 1988 enfatizou também a função de apoio do Controle Interno ao Externo. No entanto, na prática, pouca cooperação tem havido entre os sistemas interno e externo de controle, contrariamente ao que se verifica em outros países

Na Alemanha, o Tribunal de Contas estabelece normas para o controle interno no acompanhamento da execução do orçamento. Os próprios auditores internos têm sua nomeação e exoneração feitas com anuência do Tribunal de Contas alemão

Na Áustria, o órgão de controle externo daquele país, que adota o sistema de Controladoria-Geral, estabelece normas de auditoria interna a serem adotadas pela Administração.

Nos Estados Unidos, que também adotam o sistema de Controladoria-Geral, o GAO - *General Accounting Office* - supervisiona o controle interno, estabelecendo normas de auditoria e fiscalização de forma que este funcione como suporte do órgão externo.

Infelizmente no Brasil o relacionamento entre os órgãos de controle interno e os de controle externo não é satisfatório, carecendo, ainda, de uma atuação mais harmônica.

Por fim, a Constituição de 1988 trouxe uma das mais significativas inovações no campo do controle externo da Administração Pública, ao prever no § 2º do art. 74 que “*Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União*”. Revela-se aqui a função de ouvidoria do Tribunal.

É de se ressaltar a importância desse dispositivo constitucional, que, ao prever a possibilidade de se denunciar perante o Tribunal, fortaleceu a cidadania em uma de suas maiores expressões, que é o direito de fiscalizar as ações governamentais nas mais variadas vertentes, valendo-se, para tanto, de um órgão técnico aparelhado para apurar a veracidade dos fatos e a identificação dos responsáveis assim como para aplicar as sanções legalmente cabíveis.

Sob o prisma operacional é de não menos valia a participação do cidadão no processo fiscalizador, pois o Tribunal, embora promova auditorias e inspeções por

iniciativa própria, não é onipresente, sendo-lhe impossível tomar conhecimento de todas as irregularidades que ocorrem no âmbito da Administração Federal, o que faz da participação popular relevante fonte de informações.

Desse modo, no que concerne às funções básicas do Tribunal de Contas da União, podemos classificá-las em oito categorias: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria. Para tanto devemos considerar, além da Constituição, também a Lei Orgânica do TCU. Por já termos mencionado algumas dessas funções, faremos breves comentários em relação àquelas ainda não comentadas.

Sobre as funções judicante, fiscalizadora, corretiva e de ouvidoria já discorreremos anteriormente.

Quanto à função consultiva, além do parecer prévio sobre as contas do governo, devemos considerar o exame, sempre em tese, de consultas formuladas por autoridades sujeitas à jurisdição do Tribunal a respeito de dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de competência da Corte

Por outro lado, a função informativa contempla a referida prestação de informações ao Congresso Nacional e ainda:

- a representação ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados; e

- o encaminhamento ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, do relatório das atividades do Tribunal

A função sancionadora configura-se na aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas, das sanções previstas na Lei Orgânica, que incluem, isolada ou cumulativamente:

- a condenação ao recolhimento do débito eventualmente apurado;
- a aplicação ao agente público de multa proporcional ao valor do prejuízo causado ao erário, sendo o montante do dano o limite máximo da penalidade;

- a aplicação de multa ao responsável por contas julgadas irregulares, por ato irregular, ilegítimo ou antieconômico, por não-atendimento de diligência ou determinação do Tribunal, por obstrução ao livre exercício de inspeções ou auditorias e por sonegação de processo, documento ou informação;

- o afastamento provisório de seu cargo do dirigente responsável por cerceamentos a inspeções e auditorias enquanto durarem os respectivos trabalhos;

- a decretação, no curso de qualquer apuração de irregularidade, da indisponibilidade, por prazo não superior a um ano, dos bens do responsável considerados bastantes para garantir o ressarcimento do prejuízo;

- a declaração de inabilitação, pelo período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública;

- a declaração de inidoneidade do responsável por fraude em licitação para participar, por até cinco anos, de certames licitatórios promovidos pela Administração Pública;

- a determinação à Advocacia-Geral da União ou ao dirigente de entidade jurisdicionada de adoção de providências para arresto dos bens de responsáveis julgados em débito

Cumpre destacar, ainda, que as penalidades aplicadas pelo Tribunal de Contas não excluem a aplicação de sanções penais e de outras sanções administrativas, estas últimas pelas autoridades competentes.

A função normativa, por sua vez, decorre do poder regulamentar ao Tribunal conferido por sua Lei Orgânica, que lhe faculta a expedição de instruções e atos normativos, de cumprimento obrigatório sob pena de responsabilização do infrator, sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos

3. PERSPECTIVAS

Quanto às perspectivas para o Tribunal de Contas, fazemos as seguintes considerações.

Incremento da atuação pedagógica do TCU

É preciso incrementar a atuação pedagógica do Tribunal, porquanto as suas atividades não podem estar voltadas apenas para a descoberta de atos ilegais, ilegítimos, antieconômicos, ineficientes ou ineficazes. Convém que se intensifique a atuação preventiva e educadora.

Em relação aos gestores de boa-fé, a atuação pedagógica pode evitar que cometam erros por falta de conhecimento. Quanto aos maus gestores, o conhecimento acerca das formas de atuação do Tribunal e das conseqüências no caso de prática de ato de gestão irregular pode inibir aqueles que não têm tanta preocupação com o uso dos recursos públicos.

Para tanto, é necessário que o Tribunal promova constantes cursos para gestores públicos e distribua trabalhos escritos de orientação aos órgãos e entidades. Ou seja, o TCU, o seu modo de atuação e as principais normas, escritas ou não, de direito administrativo e de práticas de administração pública, precisam ser mais divulgados entre os jurisdicionados.

Necessidade de cooperação com outros órgãos de controle

A atuação diversificada e complexa do Estado brasileiro dificulta sobremaneira a fiscalização, o que recomenda uma maior cooperação dos órgãos de controle, a fim de que ajam de forma integrada em certas circunstâncias. Para tanto, é preciso maior cooperação entre TCU, Controle Interno, Tribunais de Contas Estaduais e dos Municípios, Banco Central, Receita Federal, Ministério Público da União e outros.

A atuação do Controle Interno, conforme afirmamos anteriormente, tem atendido muito pouco ao comando constitucional do art. 74, inciso IV, no tocante a sua finalidade de apoio ao Controle Externo no exercício de sua missão institucional.

O Controle Interno precisa conhecer mais o TCU, para que melhor visualize a finalidade do seu trabalho, evitando, assim, erros, tanto de natureza material quanto de natureza processual, que hoje são muito comuns nos processos encaminhados ao Tribunal

Para tanto, tem o Tribunal de Contas a sua responsabilidade no que se refere à oferta de treinamento para os técnicos do Controle Interno. Além disso, no plano gerencial, é preciso definir ações conjuntas do Controle Interno com o TCU.

A inovação trazida pela Constituição de 1988, que inseriu entre as competências do TCU a de fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município trouxe um problema que atualmente tem dificultado os trabalhos do Tribunal

Trata-se do elevado número de processos de Tomada de Contas Especial que tramitam na Corte em decorrência da má aplicação dos recursos federais repassados a outras entidades. Verifica-se que há muita negligência e imperícia dos órgãos federais repassadores desses recursos no que diz respeito à fiscalização do cumprimento do objeto do convênio e também em relação à instauração e condução da Tomada de Contas Especial até o seu encaminhamento ao Controle Interno ou ao próprio Tribunal.

É preciso que os órgãos repassadores e o Controle Interno tenham uma atuação mais tempestiva e eficiente, a fim de evitar que um processo de Tomada de Contas Especial entre na Corte de Contas 5 anos após a ocorrência do fato, como se tem verificado em alguns casos

Por outro lado, compete ao Tribunal de Contas voltar a sua atuação para os poucos que distribuem os recursos públicos, em vez de tentar suprir, com limitado sucesso, a deficiência dos órgãos repassadores, fiscalizando, quase que diretamente, os muitos que recebem esses recursos.

Ainda em relação aos recursos repassados mediante convênio, é de todo conveniente a maior integração com os demais Tribunais de Contas, pois, no caso de grandes obras principalmente, há também recursos estaduais ou municipais envolvidos, e uma boa fiscalização exige proximidade com os fatos.

Além disso, um maior intercâmbio com outros órgãos de fiscalização, tais como Secretaria da Receita Federal e Banco Central, tanto na área de treinamento de pessoal quanto em ações de cooperação nas fiscalizações, ajudaria muito na superação de algumas dificuldades hoje enfrentadas pelo Tribunal.

Cumprir mencionar, também, a necessidade de maior integração com o Congresso Nacional. É de se notar que o Parlamento, por delegação popular, elabora a lei orçamentária, cabendo ao próprio Poder Legislativo, por meio de suas duas Casas ou por intermédio do Tribunal de Contas, fiscalizar a execução do orçamento. Nesse sentido, é de fundamental importância que os resultados dos trabalhos do Tribunal repercutam na atividade legislativa concernente à elaboração da lei orçamentária, a exemplo do que ocorre em outros países.

Sigilos bancário e fiscal

Quanto às constantes obstruções com que o Tribunal tem se deparado em seus trabalhos por parte dos gestores públicos, especialmente do Banco Central, do Banco do Brasil e da Secretaria da Receita Federal, sob a alegação de sigilo bancário ou de sigilo fiscal, é preciso que a questão seja rapidamente resolvida, pois essas alegações limitam a atuação do TCU, que se vê impossibilitado de ter acesso a documentos relevantes. O Tribunal entende que não haveria quebra do sigilo mas apenas transferência para a Corte, que teria de observar as cautelas exigidas pela lei, motivo pelo qual tem aplicado multa aos sonegadores dos documentos. A questão está no Supremo Tribunal Federal, com concessão de liminar a favor dos impetrantes.

O tema ganhou tamanha relevância que motivou inclusive a apresentação de projeto de lei complementar, hoje em tramitação no Senado Federal, no qual se propõe a prescindibilidade de autorização judicial, nos casos de quebra dos sigilos bancário e fiscal, quando promovidos por determinados órgãos públicos, entre eles o Tribunal de Contas da União, a Secretaria da Receita Federal e o Ministério Público da União.

Sigilos profissional e comercial

Recentemente, o Banco do Brasil negou-se a fornecer cópia, na íntegra, de relatório produzido pela sua auditoria interna, sob a alegação de sigilos profissional e comercial. A questão é mais absurda ainda, pois ficaria o Tribunal impedido inclusive de avaliar o desempenho da auditoria interna do Banco, sem contar que não faz sentido que os sigilos alegados sejam opostos ao TCU

Desse jeito o Tribunal ficará de mãos amarradas, tendo a sua atuação profundamente limitada, não obstante a Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU) prever no art. 42 que “*Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto*”.

Sem dúvida que essas questões não podem perdurar, sob pena de se tornarem letra morta os dispositivos constitucionais que conferem competência ao Tribunal de Contas da União para fiscalizar a Administração Pública. Não é razoável admitir que a Constituição possa prever tais competências sem fornecer ao Tribunal os instrumentos necessários ao exercício dessa competência. No entanto, a alegação de sigilo tem retirado do Tribunal a possibilidade de exercer suas prerrogativas, pois não tem condições de verificar a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência e a eficácia dos atos de gestão se não tiver acesso a todos os documentos produzidos pela entidade fiscalizada.

Necessidade de mudança em relação aos processos de contas: incremento da atuação fiscalizadora do Tribunal

A Constituição Federal de 1988, no art. 71, ao elencar as competências do TCU, não quis estabelecer ordem de importância, ao menos normativamente, pois não há hierarquia de normas constitucionais, tendo todas a mesma força normativa.

Portanto, o julgamento de contas (CF, art. 71, inciso I) tem a mesma importância constitucional (a mesma força normativa) que a realização, por iniciativa própria, de inspeções e auditorias (CF, art. 71, inciso IV).

Antes de avançarmos no assunto acerca das perspectivas que envolvem as prestações de contas, convém fazermos breves considerações sobre esse tipo de processo.

É de se notar que, tradicionalmente, os sistemas de controle externo fundados em Tribunais de Contas, como é o caso do Brasil, Itália, França, Bélgica, Alemanha, Portugal, Espanha, China, Coréia do Sul, Grécia e Uruguai, entre outros, destinam prioritária atenção ao controle de legalidade e às prestações de contas.

No entanto, cumpre observar que as prestações de contas ordinárias, ou seja, aquelas que o gestor está obrigado a encaminhar ao Tribunal anualmente, exigem grande força de trabalho, para, ao final, na maioria dos casos, ser julgadas regulares ou regulares com ressalva. Nesses casos, sobressai a função corretiva do Tribunal, e o controle exercido é *a posteriori*. O enfoque é, precipuamente, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade.

As tomadas de contas especiais, por sua vez, são constituídas somente no caso de haver débito e, na maioria das vezes, recebem julgamento pela irregularidade. Destaca-se a função sancionadora do Tribunal, e o controle exercido é também *a posteriori*. O enfoque é, primordialmente, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade.

Não obstante as qualidades existentes nos processos de contas, algumas características inerentes a sua natureza dificultam a identificação da má aplicação dos recursos públicos assim como a atuação tempestiva do controle, tendo em vista, principalmente, os seguintes motivos:

- a iniciativa do processo de prestação de contas é do próprio fiscalizado, o que dificulta a identificação de irregularidades, pois dificilmente o responsável produzirá prova contra si mesmo;

- a prestação de contas é, por natureza, controle *a posteriori*, já que o prazo para sua apresentação ao TCU varia de 120 a 150 dias após o encerramento do exercício financeiro (RITCU, arts. 146/147), e o Tribunal tem até o término do exercício seguinte para julgá-las.

Desse modo, o ritmo dos acontecimentos da era em que se vive exige, em muitos casos, respostas mais rápidas por parte do controle, tanto no que se refere a sua função corretiva, como meio de colaboração para uma gestão mais eficiente, quanto no tocante a sua função sancionadora, a fim de evitar que surja um sentimento de impunidade. Nesse aspecto o processo de prestação de contas nem sempre se mostra eficiente.

Feitas essas considerações sobre o processo de contas, podemos afirmar que a perspectiva é no sentido de se intensificar a ação fiscalizadora do Tribunal, mediante a realização permanente e intensiva de auditorias e inspeções, o que permitirá uma atuação mais tempestiva e profunda.

A seleção das matérias a serem auditadas deve decorrer da aplicação de critérios estatísticos de amostragem que considerem, principalmente, a materialidade dos recursos envolvidos e a relevância do assunto para a sociedade.

Alguns assuntos, no entanto, requerem, cada vez mais, contínuo acompanhamento pelo Tribunal de Contas, que deve manter controle concomitante a ser exercido por pessoal especializado. Podemos citar os seguintes exemplos: maiores obras públicas; desestatização; sistema financeiro; e principais programas públicos.

Recursos humanos

O que falamos até aqui deixa transparente que os dias atuais não mais permitem que os Tribunais de Contas se satisfaçam com o exercício de um controle *a posteriori* e com ênfase na legalidade. Requer-se hoje o controle concomitante, sob pena de ineficácia da ação fiscalizadora.

Contudo, o controle concomitante, para ser bem exercido, exige pessoal especializado e em número suficiente. Entretanto, o Tribunal de Contas da União, apesar de ter tido as suas atribuições significativamente ampliadas com a Constituição de 1988, permaneceu com o mesmo quadro de pessoal

Além disso, o Tribunal passou a lidar com uma enorme gama de assuntos que antes não eram de sua alçada, o que representou um grande desafio a ser superado pela Corte, que, contando com limitado número de servidores, teve, e ainda tem, de procurar a especialização do corpo técnico, pois não se pode pretender a eficiência do controle se colocarmos um servidor que detém bons conhecimentos gerais para auditar um profissional ou unidade jurisdicionada especializada em determinado ramo de atividade. É o que ocorre com os processos de desestatização auditados pelo Tribunal ou, ainda, com as operações de mercado praticadas pelo Banco Central e pelo Tesouro Nacional. Somente profissionais especialistas nesses assuntos terão conhecimento suficiente para realizar um bom trabalho de auditoria, com profundidade e rapidez.

Execução das decisões do TCU

No que concerne à execução das decisões da Corte de Contas, tramita atualmente no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional nº 34/2000, que propõe nova redação ao § 3º do art. 71 da Constituição Federal, com o seguinte teor:

“§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo, ficando o responsável inelegível e inabilitado para a prática, sob pena de nulidade, de quaisquer atos de transferência da propriedade de bens de seu patrimônio enquanto não comprovar perante o Tribunal o pagamento do débito e da multa.”

Sem discutirmos nesse momento o exato teor da redação proposta, certo é que o atual quadro de ressarcimento ao erário, com índices abaixo de 2% do valor total das condenações, precisa ser modificado. A execução das decisões do TCU, pela forma atual, não tem se mostrado eficiente, merecendo ser repensada, a fim de que a atuação sancionadora do Tribunal, sob o aspecto financeiro, seja devidamente valorizada e produza os efeitos esperados pela sociedade, que é a recomposição dos prejuízos causados aos cofres públicos.

Revisão judicial das decisões do TCU

Em relação à possibilidade de revisão judicial das decisões do TCU, é pacífica a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça no que se refere aos estreitos limites do poder de revisão dessas decisões pelo Poder Judiciário

O STF tem decidido que, no julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos, a competência é exclusiva dos Tribunais de Contas, “*salvo nulidade por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade*” (RTJ, 43:151).

E o STJ, no mesmo sentido, tem afirmado que “*O Tribunal de Contas da União, quando da tomada de contas dos responsáveis por dinheiros públicos, pratica ato insuscetível de impugnação na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou ilegalidade manifesta.*” (MS 6960, DJ 27/08/59).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, dispõe no art. 102, inciso I, alínea *d*, que compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar mandado de segurança contra atos do Presidente do Tribunal de Contas da União.

Não obstante isso, são várias as ações de anulação de ato jurídico propostas no primeiro grau da Justiça Federal tendentes a desconstituir decisões do TCU. A situação é, no mínimo, esdrúxula, pois não é razoável aceitar que decisões da Corte de Contas sejam discutidas no primeiro grau de jurisdição, quando a própria Constituição previu prerrogativa de foro para a discussão de suas decisões.

A situação é mais grave nos casos de inelegibilidade, porquanto a Lei Complementar nº 64/90, no art. 1º, inciso I, alínea *g*, estabelece que serão inelegíveis os gestores que tiverem suas contas julgadas irregulares pelo Tribunal de Contas, salvo se a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário. Diante dessa ressalva, é comum gestores, às vésperas das eleições, oferecem ações no primeiro grau de jurisdição, com pedido de liminar, questionando decisões do TCU, sob o apelativo argumento de que houve cerceamento de defesa no processo que tramitou na Corte de Contas. Com isso, conseguem participar do pleito.

Em face desse cenário, é de se esperar que o legislador torne ainda mais clara a prerrogativa de foro para se discutir decisões do Tribunal de Contas da União, a exemplo do que ocorre em tantos outros países, onde as decisões dos Tribunais de Contas somente podem ser questionadas perante o Conselho de Estado ou a Corte Suprema.

4. CONCLUSÃO

Diante do que acabamos de expor, é de se concluir que o Controle Externo da Administração Pública e, mais especificamente, o Tribunal de Contas da União assim como, por comando constitucional, os demais Tribunais de Contas deste País enfrentaram lenta mas gradual evolução

Foi significativamente ampliado o espectro da fiscalização. Se antes a ênfase era no controle de legalidade, agora a sociedade exige muito mais, e a Constituição positivou a vontade popular, para contemplar o controle da gestão pública, envolvendo aspectos relacionados com a legitimidade, a economicidade, a eficiência e a eficácia da ação estatal.

Os instrumentos à disposição dos órgãos de controle também foram alargados, a fim de viabilizar o cumprimento de sua missão institucional. A fiscalização não é só contábil mas também financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e não apenas sobre o Poder Executivo mas onde quer que tenha recursos públicos envolvidos.

As conseqüências da má gestão receberam especial tratamento após a Constituição de 1988, a ponto de elevar o poder sancionador do Tribunal de Contas da União a um patamar sem paralelo no mundo

Enfim, pode-se, com segurança, afirmar que, no campo normativo, o Tribunal de Contas da União foi, juntamente com o Ministério Público da União, alçado a uma posição de destaque em nível constitucional na defesa do patrimônio e dos gastos públicos. Diríamos mais: os gastos públicos refletem decisões políticas que, ao menos em tese, buscam a concreção de direitos fundamentais do homem. Ou seja, é a destinação dos recursos públicos que viabiliza ou frustra as prestações positivas que o cidadão espera do Estado a fim de que possa exercer os direitos que a Constituição lhe assegura. A eficiente ação estatal permite ao cidadão receber serviços dignos de saúde, segurança, habitação, alimentação, lazer e tantos outros que, no conjunto, formam os direitos do homem livre. Revela-se de pouca utilidade uma Constituição repleta de direitos que não se concretizam no mundo dos fatos. E não há como negar que a boa gestão dos recursos públicos é fator determinante para o sucesso dessas realizações.

Já havia observado Norberto Bobbio que “*O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”⁵. E o renomado autor italiano fez ainda a seguinte afirmação sobre os direitos fundamentais: “*Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. [...] O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos*”.⁶

Nesse contexto, consoante assevera Ricardo Lobo Torres⁷, o Tribunal de Contas está intimamente relacionado com os direitos fundamentais e surge, na

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Editora Campus. 1992, p. 24.

⁶ Ob. cit., p. 37.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1995, Ob. cit., p. 279.

Constituição de 1988, como uma das garantias institucionais da liberdade a serviço do cidadão, que a ele tem acesso por intermédio das garantias processuais. Trata-se, sem dúvida, de forte instrumento de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que fiscaliza a ação estatal de modo a inibir desvios que frustrem as necessárias prestações positivas do Estado para a realização dos direitos dos cidadãos.

Diante dessa enorme responsabilidade dos Tribunais de Contas, a questão mais desafiadora atualmente e a que contém maior expectativa diz respeito à forma de atuação desses órgãos de controle como meio de dar total e efetivo cumprimento aos preceitos normativos inseridos na Constituição, que previu para as Cortes de Contas relevantes atribuições na defesa da sociedade.

Finalizando, ressalto que nossa exposição deixou transparecer algumas das dificuldades hoje enfrentadas para o cumprimento da relevante missão do controle externo. Será, no entanto, pela incansável e incondicional defesa das prerrogativas dos Tribunais de Contas que esses órgãos de controle conseguirão superar os obstáculos e, cada vez mais, prestar relevantes serviços à democracia e aos cidadãos no que concerne à permanente vigilância da ação estatal como meio de proteção dos direitos fundamentais.

AUDITORIA AMBIENTAL É UM INSTRUMENTO EFICAZ PARA EVITAR A DEGRADAÇÃO DO AMBIENTE¹

Valmir Campelo²

Num encontro de tal magnitude como o que ora realizamos, não podia se ausentar dos temas a serem tratados este Simpósio. Aqui debateremos a preocupação que existe sobre o meio ambiente, e a contribuição que podem oferecer os Tribunais de Contas para a ansiada melhoria da qualidade de vida no planeta.

A evolução da conscientização sobre tal problema tem sido notável, embora não tenha ainda atingido, de forma maciça, todas as Nações e a totalidade das populações. Recordamos que, há cerca de trinta anos, houve um anúncio, publicado em vários jornais, encomendado por um governo estadual, que dizia mais ou menos o seguinte: “Queremos fábricas! Venham poluir o nosso Estado!”

Nos dias correntes, convite oficial dessa natureza seria intolerável. Defrontaria uma torrente de protestos e de ações judiciais, tal a insensatez nele contida.

De lá para cá, portanto, o cidadão – ou melhor, as novas gerações vão tomando plena consciência da indeclinável necessidade de se preservar o meio ambiente para a salvaguarda delas próprias e dos que nos sucederão.

A Conferência de Estocolmo, em 1972, e a Agenda 21, que surgiu da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), foram os mais importantes marcos dessa nova tomada de consciência universal. Vieram despertar os povos para a gravidade do problema ambiental, indicando as normas e os instrumentos possíveis de assegurar para a humanidade uma qualidade de vida consentânea com as aspirações dos cidadãos. O sucesso dessas iniciativas, entretanto, depende da mobilização de todos os segmentos da sociedade.

No Brasil, o nosso Tribunal de Contas da União já atua nessa área, dentro do que permite a sua competência. Já há procedimentos de auditoria de Programas de Gestão Ambiental, que seguem os mesmos passos das demais auditorias contábeis, financeiras e legais. Todavia, é preciso que estejam bem definidos o objetivo, o escopo e os critérios a serem adotados. Vale registrar, nesse enfoque, o trabalho que o TCU está realizando no Programa de Gestão Ambiental implementado pela Petróleo Brasileiro S. A. - Petrobrás para prevenir acidentes como os vazamentos de óleo que ocorreram recentemente no Rio de Janeiro e no Paraná provocando incontáveis prejuízos ao meio ambiente.

É importante ressaltar, todavia, que os programas ambientais desenvolvidos por entidades públicas não devem ficar limitados à prevenção desse tipo de acidentes mas, sim, fazer parte de um programa mais amplo que visa criar um Sistema de

¹ Discurso proferido na abertura do Simpósio de Meio Ambiente.

² Ministro do TCU.

Gestão Ambiental (SGA). Esse Sistema corresponde a um conjunto inter-relacionado de políticas, práticas e procedimentos organizacionais, técnicos e administrativos de uma organização que busca atingir um melhor desempenho ambiental. Constitui a estratégia necessária para que a empresa, num processo contínuo de aperfeiçoamento, identifique oportunidades de melhorias que reduzam os impactos de suas atividades sobre o meio ambiente.

Nesse contexto, a auditoria ambiental, sem sombra de dúvida, é o mais adequado e eficaz instrumento a ser utilizado para controlar o atendimento a políticas, práticas, procedimentos e/ou requisitos estipulados com o fim de evitar a degradação do ambiente. O crescente interesse dos governos na utilização dessa valiosa ferramenta e os resultados obtidos no controle e segurança do desempenho ambiental de diversas organizações vêm reforçar a nossa constatação.

É imperioso observar que as auditorias em Programas de Gestão Ambiental devem ocorrer mesmo quando não exista o SGA formalmente adotado pela entidade. Sempre que for detectada a realização de qualquer atividade que, potencial ou efetivamente, possa causar algum tipo de impacto ao meio ambiente, tem-se a obrigação de adotar medidas preventivas ou corretivas que evitem ou minimizem eventuais danos ambientais.

Ademais, as equipes de auditores ambientais devem estar atentas para o fato de que os impactos detectados não costumam atingir apenas as entidades que os provocam. Assim, na realização de auditoria de meio ambiente, é indispensável considerar toda a área de influência da unidade auditada, identificando cada etapa da cadeia produtiva da empresa, os possíveis danos e a conformidade com os critérios estabelecidos para a auditoria

Não é novidade para os participantes deste Simpósio que durante muitos anos o binômio crescimento econômico e meio ambiente foi visto como antagônico. Países vislumbravam que a única forma de aumentar seu produto interno era por meio de uma intensa e descomensurada utilização e degradação dos recursos naturais. E, assim, a maioria dos países desenvolvidos garantiram patamares elevados de produção em detrimento quase absoluto de seu meio ambiente. Contudo, o ambiente global não suportaria que todos os países utilizassem seus recursos naturais no mesmo ritmo de outrora. Nesse sentido, a Agenda 21 significou o compromisso de vários países na tentativa de iniciar um processo de desenvolvimento econômico no qual o meio ambiente equilibrado seja uma constante

O Brasil, com o intuito de dar continuidade ao processo de desenvolvimento sustentável, criou sua própria Agenda Local, na qual evidencia a importância de ações descentralizadas, da participação e da gestão dos recursos naturais. A consecução dos objetivos dessa Agenda ressalta-se a importância da ação civil coordenada pelo setor público na gestão dos recursos naturais. Com isso, a fiscalização, pelos órgãos de controle, de programas ambientais de entidades públicas que lhes são jurisdicionadas é um importante instrumento para uma gestão participativa e compartilhada do meio ambiente, pois algumas entidades geram



significativos impactos ambientais ao utilizarem matéria prima e ao despejarem resíduos resultantes de seus processos produtivos.

Senhoras e Senhores, muito há ainda a falar, neste Simpósio, sobre o tema, realmente empolgante e inesgotável. Em face disso, vamos distribuir um pequeno ensaio sobre “A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DE PROGRAMAS AMBIENTAIS” para a reflexão de Vossas Excelências e para que possamos, em nossos debates, lobrigar os caminhos mais adequados à participação dos Tribunais de Contas na efetiva fiscalização das gestões ambientais

Muito grato à atenção que merecemos dos ilustres integrantes deste Simpósio.





DECISÕES JUDICIAIS





MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.750-3¹

Proced.: Distrito Federal
Relator: Min. Marco Aurélio
Impte.: Hildernando José Bezerra Moreira
Adv.: Francisco Ione Pereira Lima
Impdo.: Tribunal de Contas da União - TCU

DECISÃO MANDADO DE SEGURANÇA - DECADÊNCIA

1. O Impetrante informa ocupar o cargo de Médico no Quadro do Ministério da Saúde, estando lotado no Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Estado do Ceará. Em 1996, foi eleito Prefeito do Município de Iguatu - Ceará. Ao assumir o cargo em janeiro de 1997, optou pela percepção da remuneração de médico, conforme previsto no artigo 38 da Constituição Federal, passando a receber, simultaneamente, a verba de representação decorrente do exercício da chefia do Poder Executivo. Em 1999, teve ciência do Processo TCN 012.052/1999-0, revelador de tomada de contas especial. Todavia, antes mesmo de lhe ser assegurado o direito de defesa, o Tribunal de Contas da União determinou ao responsável do Núcleo do Ministério da Saúde no Estado do Ceará que suspendesse o pagamento dos mencionados vencimentos

Sustenta o Impetrante a erronia do que decidido pela Corte de Contas, procurando demonstrar que a percepção simultânea de vencimentos, no Ministério da Saúde, e a verba de representação, considerada a qualidade de prefeito, está em harmonia com os ditames constitucionais. Reporta-se a lições doutrinárias, transcrevendo trechos de Hely Lopes Meirelles e Ruy Cirne Lima, e pleiteia a concessão de liminar que implique o desbloqueio dos vencimentos, bem como a satisfação daqueles retidos. A inicial fez-se acompanhada dos documentos de folha 12 à 80.

À folha 83, determinei fossem solicitadas as informações, objetivando contar com maiores dados sobre a matéria no exame do pedido de concessão de medida acauteladora. Indiquei também a realização de pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito. Aos autos, juntou-se o ofício de folha 1.059, da Presidência do Tribunal de Contas, remetendo a dados fornecidos pela própria Consultoria Jurídica. Preliminarmente, é ressaltada a passagem dos cento e vinte dias relativos ao prazo legal para a impetração. A decisão atacada teria sido levada ao conhecimento do Impetrante via ofício de 9 de dezembro de 1999, sendo-lhe entregue diretamente, somente vindo à balha o inconformismo ora externado em 24 de agosto último. Em passo seguinte, diz-se não concorrer, na espécie, a primeira condição do mandado de segurança, ou seja, a titularidade, pelo Impetrante, de direito líquido e certo. Salienta-se a circunstância de a verba de representação integrar, em si, a remuneração do

¹ Publicado no DJ de 23/10/2000.

Prefeito, a teor do que dispõe a própria Constituição do Estado do Ceará. Daí mostrar-se inviável o recebimento simultâneo das duas parcelas em comento. Refuta-se o alegado cerceamento de defesa, aludindo-se à ocorrência de citação e, portanto, à oportunidade de apresentar-se fatos que pudessem afastar a boa procedência do relatório de auditoria implementada e convertida em tomada de contas especial.

2. Realmente, em dezembro de 1999, o Impetrante foi cientificado do ato do Tribunal de Contas da União que pretende fulminado na via mandamental (folha 162). Esta impetração apenas concretizou-se em 24 de agosto último, quando já suplantados os cento e vinte dias referentes ao prazo decadencial.

3. Diante da decadência, declaro extinto este processo.

4. Publique-se.



ÍNDICE REMISSIVO





Administração pública

Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública.

FURTADO, Lucas Rocha

Revista 86/2000 41

Aeroporto Internacional Guararapes - PE

INFRAERO - Subsídio à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional - Relatório de Auditoria.

GHISI, Adhemar Paladini (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 113

Aposentadoria - Concessão

Procuradoria da União/ES - Aplicação do Art. 54 da Lei nº 9.784/99 nos processos de aposentadoria - Solicitação.

VILAÇA, Marcos Vinícios Rodrigues (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 227

Aposentadoria voluntária

Fundação Centro Brasileiro Para a Infância e Adolescência - Aposentadoria voluntária com proventos integrais - Aposentadoria.

CAMPELO, Valmir (Ministro-Relator)

CUNHA, Jatir Batista da (Subprocurador-Geral)

Revista 86/2000 126

Auditoria ambiental

Auditoria ambiental é um instrumento eficaz para evitar a degradação do ambiente.

CAMPELO, Valmir

Revista 86/2000 353

Coefficiente individual de participação

Decisão Normativa nº 37, de 13 de dezembro de 2000.

Aprova, para o exercício de 2001, os coeficientes a serem utilizados no cálculo das quotas para a distribuição dos recursos previstos no art. 159, inciso I, alíneas a, b e c da Constituição Federal e da Reserva instituída pelo Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981.

Revista 86/2000 305

Concessão de Serviço Público

DNER - BR-381/MG/SP, BR-116/SP/PR, BR-116/376/PR e BR-101/SC - Acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários.

RODRIGUES, Walton Alencar (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 287

Contrato administrativo

Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública.

FURTADO, Lucas Rocha

Revista 86/2000 41

Contrato de direito privado

Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública.

FURTADO, Lucas Rocha

Revista 86/2000 41

Controle externo

A fisionomia distorcida do Controle Externo.

NAGEL, José

Revista 86/2000 21

O Controle Externo no Brasil: evolução, características e perspectivas.

BUGARIN, Bento José

Revista 86/2000 338

Controle social

A fisionomia distorcida do Controle Externo.

NAGEL, José

Revista 86/2000 21

Convênio

Município de Santos Dumont/MG - Doação à entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados a prefeitura municipal mediante convênios - Tomada de Contas Especial.

MACEDO, José Antonio Barreto de (Ministro-Substituto, Relator)

Revista 86/2000 130

Débito

Decisão Normativa nº 35, 22 de novembro de 2000.

Altera a sistemática vigente do art. 23 e §§ 1º e 2º, da Resolução TCU nº 36/95, estabelecendo novos critérios para os casos das decisões que envolvam a rejeição de alegações de defesa de responsáveis em processos de contas e fixam novo prazo para o recolhimento do débito.

Revista 86/2000 303

Defesa

Decisão Normativa nº 35, 22 de novembro de 2000.

Altera a sistemática vigente do art. 23 e §§ 1º e 2º, da Resolução TCU nº 36/95, estabelecendo novos critérios para os casos das decisões que envolvam a rejeição de alegações de defesa de responsáveis em processos de contas e fixam novo prazo para o recolhimento do débito.

Revista 86/2000 303

Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)

DNER - Verificação da legalidade, legitimidade e economicidade nos processos de desapropriação de imóveis - Relatório de Auditoria.

SOUTO, Humberto Guimarães (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 67

DNER - BR-381/MG/SP, BR-116/SP/PR, BR-116/376/PR e BR-101/SC - Acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários.

RODRIGUES, Walton Alencar (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 287

Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO)

INFRAERO - Subsídio à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional - Relatório de Auditoria.

GHISI, Adhemar Paladini (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 113

Empresa de Processamento de Dados e Previdência Social (DATAPREV)

INSS e DATAPREV - Gastos com benefícios assistenciais não ressarcidos devidamente - Relatório de Auditoria Integrada.

PALMEIRA, Guilherme (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 247

Entidade Fiscalizadora Superior (EFS)

Desempenho das Entidades Fiscalizadoras Superiores e indicadores de rendimento.

GHISI, Adhemar Paladini

Revista 86/2000 327

Fundação Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência (CBIA)

Fundação Centro Brasileiro Para a Infância e Adolescência - Aposentadoria voluntária com proventos integrais - Aposentadoria.

CAMPELO, Valmir (Ministro-Relator)

CUNHA, Jatir Batista da (Subprocurador-Geral)

Revista 86/2000 126

Imóvel - Desapropriação

DNER - Verificação da legalidade, legitimidade e economicidade nos processos de desapropriação de imóveis - Relatório de Auditoria.

SOUTO, Humberto Guimarães (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 67

Imóvel - Doação

Município de Santos Dumont/MG - Doação à entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados a prefeitura municipal mediante convênios - Tomada de Contas Especial.

MACEDO, José Antonio Barreto de (Ministro-Substituto, Relator)

Revista 86/2000 130

Indicador de rendimento

Desempenho das Entidades Fiscalizadoras Superiores e indicadores de rendimento.

GHISI, Adhemar Paladini

Revista 86/2000 327

Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS)

INSS e DATAPREV - Gastos com benefícios assistenciais não ressarcidos devidamente - Relatório de Auditoria Integrada.

PALMEIRA, Guilherme (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 247

Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei de Responsabilidade Fiscal e a prestação anual de contas do município.

ROSSI, Sérgio Ciqueira

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Corrêa de

Revista 86/2000 13

Mandado de Segurança

Mandado de Segurança nº 23.750-3.

Revista 86/2000 359

Município

A Lei de Responsabilidade Fiscal e a prestação anual de contas do município.

ROSSI, Sérgio Ciqueira

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Corrêa de

Revista 86/2000 13

Obras públicas

TRT - 2ª Região/SP - Recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra os termos do Acórdão nº 168/98 - TCU - Plenário - Recurso de Revisão - Tomada de Contas do Exercício de 1992.

ROCHA, Lincoln Magalhães da (Ministro-Substituto, Relator)

Revista 86/2000 140

TRT - 2ª Região/SP - Recursos contra deliberações do Plenário do TCU - Pedidos de Reexame.

MOTTA, Adylson (Ministro-Relator)

FURTADO, Lucas Rocha (Procurador-Geral)

Revista 86/2000 146

Pedido de Reexame

TRT - 2ª Região/SP - Recursos contra deliberações do Plenário do TCU - Pedidos de Reexame.

MOTTA, Adylson (Ministro-Relator)

FURTADO, Lucas Rocha (Procurador-Geral)

Revista 86/2000 146

Posse

Discursos proferidos na solenidade de posse dos novos Presidente e Vice-Presidente do TCU.

PALMEIRA, Guilherme (Ministro)

SOUTO, Humberto Guimarães (Ministro)

FURTADO, Lucas Rocha (Procurador-Geral)

Revista 86/2000 313

Prefeitura municipal

Prefeitura Municipal de Augustinópolis-TO - Recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra o Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara - Recurso de Revisão.

BUGARIN, Bento José (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 63

Município de Santos Dumont/MG - Doação à entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados a prefeitura municipal mediante convênios - Tomada de Contas Especial.

MACEDO, José Antonio Barreto de (Ministro-Substituto, Relator)

Revista 86/2000 130

Prestação de Contas

A Lei de Responsabilidade Fiscal e a prestação anual de contas do município.

ROSSI, Sérgio Ciqueira

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Corrêa de

Revista 86/2000 13

Procuradoria Regional da União

Procuradoria da União/ES - Aplicação do Art. 54 da Lei nº 9.784/99 nos processos de aposentadoria - Solicitação.

VILAÇA, Marcos Vinícios Rodrigues (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 227

Programa de Concessão de Rodovias Federais

DNER - BR-381/MG/SP, BR-116/SP/PR, BR-116/376/PR e BR-101/SC - Acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários.

RODRIGUES, Walton Alencar (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 287

Recurso de Revisão

Prefeitura Municipal de Augustinópolis-TO - Recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra o Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara - Recurso de Revisão.

BUGARIN, Bento José (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 63

TRT - 2ª Região/SP - Recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra os termos do Acórdão nº 168/98 - TCU - Plenário - Recurso de Revisão - Tomada de Contas do Exercício de 1992.

ROCHA, Lincoln Magalhães da (Ministro-Substituto, Relator)

Revista 86/2000 140

Relatório de Auditoria

DNER - Verificação da legalidade, legitimidade e economicidade nos processos de desapropriação de imóveis - Relatório de Auditoria.

SOUTO, Humberto Guimarães (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 67

INFRAERO - Subsídio à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional - Relatório de Auditoria.

GHISI, Adhemar Paladini (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 113

Relatório de Auditoria (Cont.)

INSS e DATAPREV - Gastos com benefícios assistenciais não ressarcidos devidamente - Relatório de Auditoria Integrada.

PALMEIRA, Guilherme (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 247

Solicitação

Procuradoria da União/ES - Aplicação do Art. 54 da Lei nº 9.784/99 nos processos de aposentadoria - Solicitação.

VILAÇA, Marcos Vinícios Rodrigues (Ministro-Relator)

Revista 86/2000 227

TCU - Competência

A fisionomia distorcida do Controle Externo.

NAGEL, José

Revista 86/2000 21

TCU - Decisão Normativa

Decisão Normativa nº 33, de 25 de outubro de 2000.

Fixa, para o exercício de 2001, o valor a partir do qual a tomada de contas especial deverá ser imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento.

Revista 86/2000 301

Decisão Normativa nº 34, de 25 de outubro de 2000.

Fixa o limite para a organização dos processos de prestação e tomada de contas, de forma simplificada, relativas ao exercício financeiro de 2000.

Revista 86/2000 302

Decisão Normativa nº 35, 22 de novembro de 2000.

Altera a sistemática vigente do art. 23 e §§ 1º e 2º, da Resolução TCU nº 36/95, estabelecendo novos critérios para os casos das decisões que envolvam a rejeição de alegações de defesa de responsáveis em processos de contas e fixam novo prazo para o recolhimento do débito.

Revista 86/2000 303

Decisão Normativa nº 36, de 29 de novembro de 2000.

Altera as Decisões Normativas nº 26/1999 e nº 33/2000, que fixam, para os exercícios de 2000 e 2001, respectivamente, o valor a partir do qual a tomada de contas especial deverá ser imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento.

Revista 86/2000 304

TCU - Decisão Normativa (Cont.)

Decisão Normativa nº 37, de 13 de dezembro de 2000.

Aprova, para o exercício de 2001, os coeficientes a serem utilizados no cálculo das quotas para a distribuição dos recursos previstos no art. 159, inciso I, alíneas a, b e c da Constituição Federal e da Reserva instituída pelo Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981.

Revista 86/2000 305

TCU - Instrução Normativa

Instrução Normativa nº 37, de 13 de dezembro de 2000.

Altera a Instrução Normativa nº 12, de 24 de abril de 1996, que trata de tomada e prestação de contas.

Revista 86/2000 306

Instrução Normativa nº 38, de 13 de dezembro de 2000.

Dispõe alterações na Instrução Normativa nº 13, de 4 de dezembro de 1996, em função do disposto nos artigos 11 e 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Revista 86/2000 309

Tomada de Contas

TRT - 2ª Região/SP - Recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra os termos do Acórdão nº 168/98 - TCU - Plenário - Recurso de Revisão - Tomada de Contas do Exercício de 1992.

ROCHA, Lincoln Magalhães da (Ministro-Substituto, Relator)

Revista 86/2000 140

Tomada de Contas Especial (TCE)

Município de Santos Dumont/MG - Doação à entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados a prefeitura municipal mediante convênios - Tomada de Contas Especial.

MACEDO, José Antonio Barreto de (Ministro-Substituto, Relator)

Revista 86/2000 130

Decisão Normativa nº 33, de 25 de outubro de 2000.

Fixa, para o exercício de 2001, o valor a partir do qual a tomada de contas especial deverá ser imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento.

Revista 86/2000 301

Tomada de Contas Especial (TCE) (Cont.)

Decisão Normativa nº 36, de 29 de novembro de 2000.

Altera as Decisões Normativas nº 26/1999 e nº 33/2000, que fixam, para os exercícios de 2000 e 2001, respectivamente, o valor a partir do qual a tomada de contas especial deverá ser imediatamente encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento.

Revista 86/2000 304

Tomada e Prestação de Contas

Decisão Normativa nº 34, de 25 de outubro de 2000.

Fixa o limite para a organização dos processos de prestação e tomada de contas, de forma simplificada, relativas ao exercício financeiro de 2000.

Revista 86/2000 302

Instrução Normativa nº 37, de 13 de dezembro de 2000.

Altera a Instrução Normativa nº 12, de 24 de abril de 1996, que trata de tomada e prestação de contas.

Revista 86/2000 306

Transferência de recursos

Instrução Normativa nº 38, de 13 de dezembro de 2000.

Dispõe alterações na Instrução Normativa nº 13, de 4 de dezembro de 1996, em função do disposto nos artigos 11 e 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Revista 86/2000 309

Tribunal de Contas - Função jurisdicional

A fisionomia distorcida do Controle Externo.

NAGEL, José

Revista 86/2000 21

Tribunal de Contas da União (TCU)

Discursos proferidos na solenidade de posse dos novos Presidente e Vice-Presidente do TCU.

PALMEIRA, Guilherme (Ministro)

SOUTO, Humberto Guimarães (Ministro)

FURTADO, Lucas Rocha (Procurador-Geral)

Revista 86/2000 313

O Controle Externo no Brasil: evolução, características e perspectivas.

BUGARIN, Bento José

Revista 86/2000 338

Tribunal Regional do Trabalho (TRT)

TRT - 2ª Região/SP - Recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra os termos do Acórdão nº 168/98 - TCU - Plenário - Recurso de Revisão - Tomada de Contas do Exercício de 1992.

ROCHA, Lincoln Magalhães da (Ministro-Substituto, Relator)

Revista 86/2000 140

TRT - 2ª Região/SP - Recursos contra deliberações do Plenário do TCU - Pedidos de Reexame.

MOTTA, Adylson (Ministro-Relator)

FURTADO, Lucas Rocha (Procurador-Geral)

Revista 86/2000 146

Vencimentos

Mandado de Segurança nº 23.750-3.

Revista 86/2000 359



ÍNDICE DE AUTOR





BUGARIN, Bento José

Prefeitura Municipal de Augustinópolis-TO - Recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra o Acórdão nº 805/TCU - 2ª Câmara - Recurso de Revisão.

Revista 86/2000 63

O Controle Externo no Brasil: evolução, características e perspectivas.

Revista 86/2000 338

CAMPELO, Valmir

Fundação Centro Brasileiro Para a Infância e Adolescência - Aposentadoria voluntária com proventos integrais - Aposentadoria.

Revista 86/2000 126

Auditoria ambiental é um instrumento eficaz para evitar a degradação do ambiente.

Revista 86/2000 353

CUNHA, Jatir Batista da

Fundação Centro Brasileiro Para a Infância e Adolescência - Aposentadoria voluntária com proventos integrais - Aposentadoria.

Revista 86/2000 126

FURTADO, Lucas Rocha

Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública.

Revista 86/2000 41

TRT - 2ª Região/SP - Recursos contra deliberações do Plenário do TCU - Pedidos de Reexame.

Revista 86/2000 146

Discursos proferidos na solenidade de posse dos novos Presidente e Vice-Presidente do TCU.

Revista 86/2000 313

GHISI, Adhemar Paladini

INFRAERO - Subsídio à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional - Relatório de Auditoria.

Revista 86/2000 113

Desempenho das Entidades Fiscalizadoras Superiores e indicadores de rendimento.

Revista 86/2000 327

MACEDO, José Antonio Barreto de	
<i>Município de Santos Dumont/MG - Doação à entidade pública de direito privado de prédio construído com recursos federais repassados a prefeitura municipal mediante convênios - Tomada de Contas Especial.</i>	
Revista 86/2000	130
MOTTA, Adylson	
<i>TRT - 2ª Região/SP - Recursos contra deliberações do Plenário do TCU - Pedidos de Reexame.</i>	
Revista 86/2000	146
NAGEL, José	
<i>A fisionomia distorcida do Controle Externo.</i>	
Revista 86/2000	21
PALMEIRA, Guilherme	
<i>INSS e DATAPREV - Gastos com benefícios assistenciais não ressarcidos devidamente - Relatório de Auditoria Integrada.</i>	
Revista 86/2000	247
<i>Discursos proferidos na solenidade de posse dos novos Presidente e Vice-Presidente do TCU.</i>	
Revista 86/2000	313
ROCHA, Lincoln Magalhães da	
<i>TRT - 2ª Região/SP - Recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra os termos do Acórdão nº 168/98 - TCU - Plenário - Recurso de Revisão - Tomada de Contas do Exercício de 1992.</i>	
Revista 86/2000	140
RODRIGUES, Walton Alencar	
<i>DNER - BR-381/MG/SP, BR-116/SP/PR, BR-116/376/PR e BR-101/SC - Acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários.</i>	
Revista 86/2000	287
ROSSI, Sérgio Ciqueira	
<i>A Lei de Responsabilidade Fiscal e a prestação anual de contas do município.</i>	
Revista 86/2000	13
SOUTO, Humberto Guimarães	
<i>DNER - Verificação da legalidade, legitimidade e economicidade nos processos de desapropriação de imóveis - Relatório de Auditoria.</i>	
Revista 86/2000	67

SOUTO, Humberto Guimarães (Cont.)	
<i>Discursos proferidos na solenidade de posse dos novos Presidente e Vice-Presidente do TCU.</i>	
Revista 86/2000	313
TOLEDO JÚNIOR, Flávio Corrêa de	
<i>A Lei de Responsabilidade Fiscal e a prestação anual de contas do município.</i>	
Revista 86/2000	13
VILAÇA, Marcos Vinícios Rodrigues	
<i>Procuradoria da União/ES - Aplicação do Art. 54 da Lei nº 9.784/99 nos processos de aposentadoria - Solicitação.</i>	
Revista 86/2000	227