REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

ISSN 0103-1090

REVISTA
DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Pede-se Permuta * Pidese Canje * Man Bittet um Austauch * We ask for exchange * On demand l'echange * Si richiere lo scambio

Responsabilidade Editorial

Instituto Serzedello Corrêa
Serviço de Editoração e Publicações - Sedip
SEPN, Av. W3 Norte, Quadra 514, Bl. B, Lote 7
70760-527 Brasília-DF
Fone: (061) 340-3215 e 340-3217

Fundador

Ministro Iberê Gilson

Supervisor

Ministro Humberto Guimarães Souto

Conselho Editorial

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

Divisão de Pesquisa e Publicações

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões

Serviço de Editoração e Publicações

Francisco Raul Felix de Sousa Ramos

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

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

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

ISSN 0103-1090
1. Direito - Periódicos - Brasil. I Tribunal de Contas da União.
CDU 340.142 (81) (05)
CDD 340.605

Tribunal de Contas da União

Ministros

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

Ministros-Substitutos

José Antonio Barreto de Macedo
Lincoln Magalhães da Rocha
Benjamin Zymler

Ministério Público

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

APRESENTAÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

Humberto Guimarães Souto
Vice-Presidente
Supervisor da Revista

SUMÁRIO

DOUTRINA 13

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ANO ELEITORAL
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes 15

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS
Leon Frejda Szklarowsky 27

A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO E OS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS
Pedro Ângelo Figueirêdo 44

O DANO CAUSADO AO ERÁRIO POR PARTICULAR E O INSTITUTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL
Walton Alencar Rodrigues 54

ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TCU 61

BACEN - RESGATE DAS CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDAS A FUNDO DE PREVIDÊNCIA - Pedido de Reexame
Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva 63

CNI – SISTEMATIZAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E CONTRATUAIS DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA "S" - Minuta de Regulamento
Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha 80

SECIRM – AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS VOLTADOS À PLATAFORMA CONTINENTAL E À ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA DA COSTA MARÍTIMA BRASILEIRA - Auditoria Operacional
Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha 106

PREFEITURA MUNICIPAL DE GRAJAÚ/MA – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8666/93 - Representação
Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo 122

SUPES/IBAMA/AM – AVALIAÇÃO DAS ÁREAS DE FISCALIZAÇÃO, ARRECADAÇÃO E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL - Auditoria Operacional
Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo 127

JUSTIÇA FEDERAL/SEÇÃO JUDICIÁRIA/MS – TUTELA ANTECIPADA DETERMINANDO A EXCLUSÃO DE NOME DA RELAÇÃO DE RESPONSÁVEIS COM CONTAS IRREGULARES ENVIADA À JUSTIÇA ELEITORAL - Comunicação
Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi 147

SRF – COMPRA DE AÇÕES DO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO - Pedido de Reexame
Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto 157

PETROBRAS – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - Representação
Ministro-Relator Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça 171

BACEN – APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO A SERVIDORES - Prestação de Contas
Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi 185

TCU – ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM VENCIMENTOS DE CARGO OU EMPREGO PÚBLICO - Administrativo
Ministro-Relator Bento José Bugarin 197

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MODERNIZAÇÃO DE ELEVADORES - Representação
Ministro-Relator Bento José Bugarin 217

PETROBRAS – ADEQUAÇÃO DO MANUAL GERAL DE CONTRATAÇÕES DA EMPRESA À LEI Nº 8666/93 - Pedido de Reexame/Denúncia (Ostensiva)
Ministro-Relator Iram Saraiva 232

TCU – REVISÃO DE VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA (VPNI) - Administrativo
Ministro-Relator Valmir Campelo 255

FUA – RECEBIMENTO DE VANTAGENS INDIVIDUAIS RELATIVAS À DIFERENÇA ENTRE FUNÇÃO COMISSIONADA E CARGO DE DIREÇÃO - Consulta
Ministro-Relator Valmir Campelo 263

SRF – PROCEDIMENTOS E CONTROLES DOS RECURSOS DA CPMF - Relatório de Auditoria
Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto 268

BB/DTVM – APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA - Pedido de Reexame (Decisão originada de processo de Solicitação de Inspeção Extraordinária)
Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva 313

ATOS NORMATIVOS **323**

INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 23, DE 2 DE SETEMBRO DE 1998
Dispõe sobre nova redação do caput e acréscimo de Parágrafo único ao artigo 22 da Instrução Normativa TCU nº 12/96 325

ÍNDICE **327**

DOUTRINA

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ANO ELEITORAL[1]

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[2]

O ano de 1988 anuncia, mais uma vez, a possibilidade de concretização de etapa valiosa do processo democrático com a realização de eleição para cargos eletivos.

Ressalvado o extraordinário esforço desenvolvido habitualmente pela Justiça Eleitoral para operacionalizar o processo, os órgãos de controle, revela a análise histórica, costumam manter longa e serena distância desse panorama. Temem imiscuir-se comprometendo a isenção dos julgamentos, quando em verdade, pela omissão favorecem o agravamento de um quadro caótico que desacredita o sistema judicial e de controle e a fé do cidadão na própria democracia.

Se em anos anteriores temia-se o uso, por agentes políticos, de parcela do erário para favorecer determinado grupo, hoje, com mais razão, impõem as circunstâncias posturas proativas dos órgãos de controle de bens, valores e dinheiros públicos - aí abrangendo auditorias, tribunais e conselhos de contas, promotorias de defesa do patrimônio público - bem como dos que aferem atos e condutas frente aos postulados de probidade e regularidade do processo eleitoral, como Promotores em geral, Ministério Público Eleitoral e Justiça Eleitoral.

O esforço conjunto desses órgãos, mediante ações sistematizadas poderá resultar num saneamento sem precedentes na história, promovido pela salutar via do sufrágio, resgatando os valores fundamentais de convivência social. Olvidá-lo poderá significar, em alguns casos, a continuidade por mais um quatriênio de uma política indiferente aos padrões éticos que cada vez mais distancia o País dos modelos de desenvolvimento almejados interna e externamente e que vem por isso mesmo recebendo críticas contundentes de ambos, como por exemplo a adjetivação da "corrupção endêmica" e "justiça lenta"[3].

II - Deficiências anacrônicas.

É indispensável que se proceda a uma visão crítica para diagnose dos fatos visando sobretudo a proposição de soluções imediatas, sem dispensar formulações prospectivas de cenários futuros.

---

1. Palestra proferida na II Jornada de Integração Jurídico-Parlamentar, realizada em Buenos Aires/Argentina

2. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal.

3. Expressões usadas respectivamente por relatório americano sobre o Brasil e na sua posse do Pres. do Cons. Federal da OAB.

Para preservar a isenção dos órgãos de controle, e ao mesmo tempo fazê-los instrumentos de aprimoramento do processo democrático é imperioso estabelecer diretrizes de ação que valorizem os postulados fundamentais do controle, baseado em critérios transparentes e objetivos.

Denota-se, nesse particular ponto, grave deficiência resultado de ausência de uma cultura de planejamento, sistemático e integrado, no âmbito dos órgãos referidos. Isso opõe-se frontalmente aos postulados de eficiência e de qualidade total, gerando ações casuísticas, dirigidas por ausência de critérios objetivas e contrastáveis.

Facilita a ação dos agentes improbos que servem-se da máquina administrativa e do erário, porque são julgados por estruturas fundadas em modelos já exauridos e cuja eficácia, se possível, vem sendo comprometida pela dispersão de esforços com ações difusas e multifacetadas.

A exemplificação melhor elucida os fatos:

- se no prazo de seis meses antes da eleição, alguém do povo pudesse apresentar indícios de que determinado agente obteve proveito para si de 1.000.000 de reais indevidos do erário, ainda assim não conseguiria torná-lo inelegível;
- se reclamasse nos Tribunais de Contas talvez conseguisse obter uma inspeção e, no máximo, a citação da autoridade. Mesmo que conseguisse, a condenação nesse espaço de tempo o que inocorreria, bastaria o envolvido recorrer ao Judiciário e conseguiria liminarmente tornar-se elegível;
- se reclamasse na Justiça, essa não conseguiria em tão curto espaço de tempo avaliar provas, porque não dispõe de corpo técnico suficiente e instrumentalizado para a defesa do erário.

É evidente que os modelos institucionalizados de controle se não quiserem sucumbir deverão, em curto espaço de tempo, serem:

- submetidos a revisão e reordenamento, com unificação de unidades administrativas, jurisdicionais e não jurisdicionais ;
- estruturados num escalamento vertical que, respeitando o princípio federativo, assimile o duplo grau de jurisdição, sem perda da celeridade que a recomposição do erário exige;
- compostos por agentes selecionados mediante critérios de mérito aferíveis a luz dos princípios constitucionais da impessoalidade e imparcialidade, respeitando-se na transição direitos adquiridos;
- dotados de meios instrumentais ao qual serão inoponíveis prerrogativas, imunidades e direitos a sigilos, até porque são todos incompatíveis com o trato de recursos públicos;

Tais reformulações que podem ser implementadas a custo zero serão cobradas pela sociedade em breve.

Por ora, enquanto aguardamos essas mudanças, impõe-se sejam trazidas a reflexão alguns aspectos acerca do controle da Administração Pública em ano eleitoral, porque indispensável que os diferentes segmentos tenham consciência do papel que voluntária ou involuntariamente, por ação ou omissão, representarão no aperfeiçoamento ou involunção do processo democrático.

Considerando o desalentador quadro que foi exemplificado anteriormente, mostra-se oportuno que sejam planejadas ações para agir sobre processos já em curso - que podem alcançar decisões terminativas, o que constitui hoje, aliás, a meta n° 01 do TCDF, na atual Presidência - bem como administrativamente obstruídas ações lesivas ao patrimônio público em andamento.

Apenas para facilitar a compreensão das conclusões que serão adotadas, divide-se o tema proposto em quatro itens.

III - Ações no âmbito das instituições de controle.

É imperioso que os órgãos que controlam recursos públicos - auditorias, Conselho e Tribunais de Contas - , como igualmente os órgãos de aferição de conduta de probidade de possíveis candidatos a cargos eletivos - o que abrange além dos primeiros, Varas de Fazenda Pública, Promotorias de defesa do patrimônio público, Juizes Eleitorais, no âmbito das respectivas funções, assumam com a discricionariedade admitida pela Lei, a organização de pautas de trabalho privilegiando/ priorizando os processos e ações que:

a) tenham resultado ou possam vir a resultar maior dano ao erário; e

b) cuja gravidade, como tal entendida a repercussão na sociedade, interfira mais intensamente na concepção ética almejada no perfil público de candidatos;

c) obstruam as iniciativas de sobrestar processos, ou de protelar o exame de mérito.

Aqui devo ressalvar que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal vem buscando esse desiderato. Em continuidade as gestões das Procuradoras Drª Márcia Ferreira da Cunha Farias e Drª Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, e com a colaboração dessas, remeti, em dezembro de 1997, ao Presidente do Tribunal junto ao qual ofício a relação de processos que a luz desses critérios devem ser priorizados na elaboração de pautas.

A tentativa de priorização, ação desenvolvida pioneiramente pelo MP/j/TCDF, poderá apressar o julgamento de contas com indícios de gravidade e tornar inelegíveis agentes que ofenderam os postulados da boa e regular aplicação de recursos públicos.

De igual modo, o procedimento poderia ser estendido as varas de fazenda pública e Juizes eleitorais . Estando a imprensa vigilante sobre possíveis candidatos a cargos eletivos, aqueles órgãos, como os de controle, poderiam trazer a balha irregularidades ou fatos relevantes pertinentes aos que almejam conquistar votos

afastando-os das urnas, pela declaração de inelegibilidade, ou obrigando-os a tentar esclarecerem-se perante a opinião pública, pelas contradições que se evidenciam entre promessas de campanha e fatos e crimes praticados.

IV - Ações do controle sobre atos da Administração.

A racionalização de esforços se impõe na ação dos órgãos de controle, devendo-se ser selecionados os atos que a análise - crítica - histórica demostra servirem para abrigar interesses nocivos a probidade na aplicação de recursos públicos.

Nesse diapasão, há três grupos distintos de atos, conforme abaixo, seguidos de diretrizes factíveis (•) suficientes para inibir os resultados pretendidos:

a) atos que têm influência na captação de votos;

a .1) admissões - como regra, as leis eleitorais vedam a admissão/ demissão na Administração Pública e a Constituição desde 1988, exige a realização de concurso público.

- Embora não seja comum o desrespeito a essas normas, deve o Ministério Público Eleitoral integrar-se à fiscalização dos órgãos de controle, impondo-se-lhes a remessa de dados a respeito.

a .2) "empreguismo" - Pela supremacia dos agentes da Administração sobre empresas contratadas para a execução de serviços públicos - terceirizados - ou serviços para a própria Administração, estabelece uma relação promíscua. Indicam-se, por carta, telefone, bilhetes, quem deve ser contratado e a que preço, arrumando emprego aos dedicados cabos eleitorais .

- Difícil o controle, pode o ato, se comprovado, enquadrar-se na Lei de Improbidade - Lei 8.429/92. Por outro lado, podem os órgãos de controle, por intermédio do executor do contrato - previsto no art. 67, da Lei 8.666/93 - obrigar que seja feita diária e em horários aleatórios, a verificação do efetivo freqüente e a qualidade do serviço prestado.

a .3) concessão de benefícios e vantagens.

A política demagógica que se presencia as vésperas de eleição tem comprometido longos anos de sacrifício e austeridade, fato que somado ao exame apenas tardio e posterior dos atos da Administração - e não prévio e concomitante - tem dificultado a reparação do erário e contribuído para a instabilidade das relações jurídicas.

Nesse momento, políticos da situação costumam adotar medidas para conquistar votos de servidores públicos infringindo princípios informadores do orçamento e, porque não dizer, da moralidade administrativa.

Com o intuito da reeleição - cuja consagração aqui no Brasil como na Argentina foi cercado de escândalos alusivos à negociata de votos - deveria a Lei eleitoral vedar, por período mínimo de um semestre antecedente ao sufrágio, a concessão de

benesses ou reajustes de vencimentos, a qualquer título, fato que aqui se registra como mera sugestão.

Para restaurar a isenção do processo eleitoral e a conformidade da aplicação de rendas é mister:

a .1) considerar que toda a Administração Pública está jungida ao princípio da legalidade - art. 37, caput, da CF/88 - e, portanto, só pode conceder benefícios e vantagens se previstos expressamente na Lei;

a .2) observar se as Leis preenchem os requisitos de validade e eficácia, pois a Constituição exige no art. 169, *caput*, que a despesa de pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal não excedam os limites estabelecidos na Lei Complementar Federal n° 82. Contrastar a Lei com a norma que estabelece ainda o Estatuto Político Fundamental: " A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração ou criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista."

a .3) que os Tribunais de Contas, usando da competência assegurada no art. 97 da Constituição, expressamente declarada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 347 da jurisprudência dominante, apreciem a constitucionalidade das leis instituidoras de despesas em contrariedade com o disposto na alínea precedente e assinem prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao resguardo do erário e, se não atendidos, sustem a execução da despesa, em conformidade com o art. 71, inc. IX e X da Constituição;

a .4) lembrar também que o Poder Legislativo sujeita-se às restrições constitucionais expostas em a .2, bem como a fiscalização referida em a .3, embora possam promover as concessões de vantagens e benefícios sem lei em sentido formal;

a .5) de igual modo, afastar todas as exegeses"que visem assimilar prerrogativas da iniciativa privada às empresas públicas e sociedades de economia mista, pois como já demonstrado o art. 173, § 1°, da Constituição Federal, localizado no capítulo pertinente à ordem econômica (visa resguardar a sociedade da concorrência predatória do Estado e nunca dar aos que gerenciam recursos públicos direitos além dos meros administradores.[4]

4. Para maiores detalhes consulte o livro Tomada de Contas Especial, pág, 126.

b) atos relacionados à propaganda eleitoral

A Constituição Federal gizou indelevelmente os limites éticos de Governo ao insculpir no art. 37, § 1°, o seguinte comando:

> § 1º A publicação dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

O assunto exige profunda reflexão, especialmente quando o País prepara-se para vivenciar a possibilidade de reeleição também para Chefes do Poder Executivo.

Se antes a sociedade amargava o uso da máquina administrativa e de recursos públicos em favor de determinados candidatos, é fácil inferir a dimensão que esse fato poderá assumir na atualidade.

Mais do que tudo isso, o controle sobre essa conduta comporta razoável margem subjetiva, pois o governante tem o direito de informar a sociedade sobre o cumprimento de programas, mas é vedada a promoção pessoal. Parece ainda implícita na norma fundamental transcrita a vedação à promoção político-partidária.

Aqui evidencia-se que os Tribunais de Contas e a Justiça Eleitoral que poderiam alavancar processo de seneamento histórico, mostram-se distantes dos fatos cotidianos e, se não corrigirem imediatamente seus procedimentos, poderão contribuir com a omissão para a involução do processo.

- A correção de procedimentos exige do Ministério Público Eleitoral e do Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas a adoção da seguinte postura:

  - a promoção pessoal viola a legislação eleitoral, ao mesmo tempo em que efetiva despesas públicas; a despesa que viola a lei, ou que simplesmente por essa não está amparada é ilegal;

  - a promoção pessoal, como o uso irregular de verbas públicas com a conseqüente rejeição das contas públicas podem ensejar a inelegibilidade;

  - nem o Tribunal de Contas, nem a Justiça Eleitoral agem de ofício, necessitando de provoação, que pode ser inclusive do respectivo Ministério Público, de partido político ou de particular denunciante;

  - a necessidade de integração das informações e dados coligidos em processos, pois nesse caso específico a violação do direito acarreta crime eleitoral e o dever de ressarcir o erário;

  - deve o Ministério Público eleitoral requisitar informações aos TC's, do mesmo modo que o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas deve requisitar informações ao Ministério Público ou à Justiça Eleitoral,

iniciando cada um em sua respectiva esfera de competência as ações pertinentes;

- os contratos de publicidade e propaganda mantidos pelo Governo devem merecer redobrada atenção por parte dos Inspetores dos Tribunais de Contas, pois se prestam, mais facilmente ao desvio de finalidade.

c) atos que se prestam à captação de recursos irregulares

É mais comum a postura de obter grandes vantagens em poucos contratos do que pouca vantagem em muitos, especialmente porque todo dirigente desonesto parte do pressuposto de que o restrito círculo da corrupção jamais será alcançado.

Por esse motivo deve ser dispensada ênfase na fiscalização dos contratos de maior vulto e especialmente:

- aos que têm por objetos tarefas de consultoria, assessoramento, pesquisa, vez que é difícil avaliar a relação econômica e comparação de qualidade;
- aos que admitem descompasso entre o cronograma físico-financeiro. Não é raro, próximo ao período eleitoral as autoridades lançarem editais de licitação para contratar obras "faraônicas" - sem reserva orçamentária para o exercício financeiro e sem previsão na LDO[5], como meio, inclusive, de engajar empresários no interesse da eleição para obter o pagamento. Dois importantes instrumentos legais podem obviar tal prática: o primeiro, consistente no exame pelos Tribunais de Contas do projeto básico, que deve conter elementos necessários e suficientes para avaliar a gestão da obra, a programação, a estratégia de suprimento e a normas de fiscalização, conforme o art. 6°, inc. IX, e alíneas da Lei 8.666/93. O segundo, é o rigor no acompanhamento da execução (art. 66 e seguintes da Lei 8.666/93) e nas alterações que majoram valores ou antecipam pagamentos (art. 65, 5º da mesma Lei com as alterações de Medida Provisória 1.531, de 06.02.98).

As peculiaridades dessa atividade administrativa, em período eleitoral, pela intensidade de sua prática e volume de recursos são condicionados na eficácia pela premência de tempo.

A implantação dos procedimentos da pré-qualificação e do sistema de registro de preços[6] podem evitar a irregularidade de contratar por emergência objetos não caracterizáveis como tal.

É preciso gerir a situação com os olhos voltados para o êxito do processo eleitoral, sem descurar do controle dos atos e da necessidade de prestar contas, postulado inafastável em relação a todos os que gerem recursos públicos.

---

5. V. art. 167, I, II e § 1° da CF/88.

6. V. Revista n° 68 do TCU, abril/jun/96, págs. 55/65

V - Interação do controle com as eleições

Pressuposto da interação é o conhecimento por parte da Justiça Comum e Eleitoral, da função do controle e da eficácia de suas decisões. No sentido inverso, é importante que os membros e servidores dos Tribunais de Contas estabeleçam a prova dos fatos e o rigor formal dos processos de modo a que venham a resistir ao crivo do Poder Judiciário.

a) da inelegibilidade

A mais relevante das conseqüências do acórdão condenatório, decorrente do julgamento pela irregularidade das contas é, sem laivo de dúvida, a declaração da inelegibilidade.

A lei federal complementar que estabelece, de acordo com a Constituição Federal, os casos de inelegibilidade dispõe:

> Lei Complementar n° 64, de 18 de maio de 1990
>
> Art. 1º. São inelegíveis:
>
> I - para qualquer cargo:
>
> ...
>
> g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão do órgão competente, salvo se, a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da decisão;

Deve ser fixado, em primeiro plano, que a inelegibilidade não constitui uma segunda penalidade, em relação ao dever de recompor o erário ou à pena de multa, conforme já decidiu o Poder Judiciário, no acórdão da lavra do eminente Ministro Carlos Velloso, cuja ementa foi a seguinte:

> Constitucional. Eleitoral. Inelegibilidade. Contas do Administrador Público: Rejeição. Lei Complementar n° 64, de 1990, art. 1°, I.
>
> I - Inclusão em lista para remessa ao órgão da Justiça Eleitoral do nome do administrador público que teve suas contas rejeitas pelo TCU, além de ser aplicada a pena de multa. Inocorrência de dupla punição, dado que a inclusão do nome do administrador público na lista não configura punição.
>
> II - Inelegibilidade não constitui pena. Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, Lei Complementar n° 64/90, a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência.
>
> III - À Justiça Eleitoral compete formular juízo de valor a respeito das irregularidades configuram ou não inelegibilidade.

IV - Mandado de segurança indeferido.[7]

Feita essa observação, impõe-se examinar detidamente os pressupostos estabelecidos na Lei para a declaração de inelegibilidade.

- é inelegível quem tiver suas contas relativas ao exercício der cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável.

Quando examinamos as hipóteses de deliberação pelo Tribunal de Contas, verificamos que podem ser regulares, regulares com ressalvas ou irregulares, não havendo o qualificativo posto aqui em epígrafe.

Logo, a decisão pela irregularidade é apenas um dos pressupostos da inelegibilidade sendo indispensável que:

- ou o Tribunal de Contas delibere que a irregularidade é insanável;
- ou, no momento da impugnação da candidatura, a Justiça Eleitoral, tendo em conta o relatório e voto acolhido pelas Cortes de Contas, decida se a irregularidade é insanável ou não.

No atual sistema jurídico, a opção adotada foi a segunda, lamentavelmente.

A Lei Complementar n° 64, já referida, estabelece sistemática que, a seguir, em apertada síntese se observa:

- cabe a qualquer candidato, partido político, coligação ou Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo;[8]
- após o término do prazo para impugnação, o candidato será notificado e terá o prazo de 7 (sete) dias para contestar;
- se a impugnação versar somente sobre matéria de direito, o juiz concederá o prazo de cinco dias para as partes se manifestarem, e decidirá em três;
- se a impugnação versar sobre matéria de fato serão designados quatro dias para inquirição de testemunha antes do prazo para impugnante e impugnado se manifestarem.

A Justiça Eleitoral, quando a impugnação versar sobre contas irregulares insanáveis, deverá examinar o processo julgado pelo Tribunal de Contas.

Em notável artigo publicado pela Editora NDJ, o Dr. Edílio Ferreira salienta que, "para o TSE, somente gera inelegibilidade do candidato a rejeição de suas contas, *por vícios insanáveis com caráter de improbidade administrativa.* Inexistindo "irregularidades insanáveis, com nota de improbidade administrativa, é de ser

7. Mandado de segurança n° 22.087-2, DJU 10.05.95, Seção I, pág. 15.132.

8. Art. 3°, da Lei Complementar nº 64.

afastada a hipótese de inelegibilidade prevista na LC n° 64/90" (Acórdão n° 12.014 - TSE).[9]

- salvo se a questão houver sido (ou estiver sendo) submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Permitiu o legislador que mera submissão da decisão das Cortes de Contas ao exame do Poder Judiciário afastasse a inelegibilidade.

Coube à jurisprudência tornar efetiva a *mens legis* ao assegurar a necessidade de que a pretensão deduzida em juízo, objetivasse afastar a improbidade subjacente à rejeição das contas.

Nesse sentido a Súmula nº 01, do Tribunal Superior Eleitoral:

> "Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade"

Remansosa jurisprudência tem restringido o alcance da literalidade da expressão, como demostra o seguinte acórdão, também do TSE:

> "Pacífica jurisprudência da Corte tem sido no sentido de que não basta a existência da ação judicial voltada a desconstituir a decisão da Câmara Municipal, para ter-se como presente a ressalva da parte final do art. 1º, I, g, da Lei de Inelegibilidade. É imprescindível que a ação judicial ataque todos os fundamentos que embasaram o decreto de rejeição, além do que, a medida deve anteceder a ação de impugnação de registro de candidatura".[10]

Da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, colhe-se o seguinte excerto de acórdão: "a ação de nulidade do julgamento da prestação de contas tem por objeto demostrar não ter havido improbidade imputável ao agente político".[11]

Tudo isso põe em ressalva a posição de que o mérito das contas não pode ser revisto pelo Poder Judiciário pois, para definir a questão da inelegibilidade, há apreciação meritória acerca do fato ter revelado improbidade e a irregularidade ser insanável ou não.

A deficiência dessa ampla permissividade à revisão, acaba por ferir a autonomia do julgamento das Cortes de Contas: se a apreciação judicial ficasse restrita aos contornos da legalidade e o exame de mérito fosse respeitado, a eficácia do controle do erário poderia ser concretizada.

O extremo elastério da Lei Complementar n° 64 demostra quão generosos são nossos legisladores na apreciação das condutas dos gestores de recursos públicos, ao mesmo tempo em que expõe a raiz da impunidade, além de desmotivar profundamente a ação do controle.

---

9. Caderno de Direito Eleitoral - Editora NDJ Ltda., São Paulo, pág. 13 - Editora Especial.

10. Acórdão nº12.001 - TSE, *apud* Caderno de Direito Eleitoral - Editora NDJ Ltda., São Paulo, pág.12 - Edição Especial.

11. Acórdão n° 12.675, citado por José Rubens Costa *in* "Caderno de Direito Eleitoral - Editora NDJ Ltda., São Paulo, pág. 13 - Edição Especial.

b) da eficácia da decisão dos Tribunais de Contas.

O Poder Judiciário não tem competência para a ampla revisibilidade dos atos não-judiciais estritos. Arrimando-se no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, os menos atentos pretendem erigir o princípio da revisibilidade judicial como norma absoluta. A simples leitura desse dispositivo, demostra que é vedado à Lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão, mas não à Constituição. De fato, a interpretação sistemática dos preceitos constitucionais revelam que, em alguns casos, o próprio Estatuto Político delineia a competência para outros órgãos procederem ao julgamento de determinadas questões, tal como ocorre com o julgamento do *impeachment* e dos Tribunais de Contas, que Seabra Fagundes classifica como *exceções ao monopólio do Poder Judiciário.* De outra parte, admitindo-se, *ad argumentandum,* que a deliberação das Cortes de Contas fosse mero ato administrativo e não judicante, mesmo assim, não poderia o Poder Judiciário adentrar ao exame de mérito desse ato, ficando restrito ao exame da legalidade formal.[12]

As decisões das Cortes de Contas, no Brasil, são expressões da jurisdição; não jurisdição "especial" ou seguida de qualquer adjetivação que pretenda diminuir sua força. Mas, apenas *jurisdição,* à qual se pode, em homenagem ao órgão prolator, referir-se como jurisdição de contas.

Uma vez que o constituinte, repetindo Constituições anteriores, empregou a expressão *julgar* para algumas deliberações do Tribunal de Contas e, tendo em linha de consideração que, quando "são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica"[13] os julgamentos das Cortes de Contas devem ser acatados pelo Poder Judiciário, vez que não pode *rejulgar* o que já foi *julgado*, como acentua Pontes de Miranda.

O julgamento dos Tribunais de Contas é definitivo, observados os recursos previstos no âmbito desses colegiados. Esgotados os recursos ou os prazos para a interposição, a decisão é definitiva e, em matéria de contas especiais, não sujeita à revisibilidade de mérito pelo Poder Judiciário, conforme o magistério dos doutrinadores referidos.

Assim, sem laivo de dúvida, algumas funções das Cortes de Contas se inserem como judicantes, inibindo o reexame pelo Judiciário quanto ao mérito.

Nesse sentido já se pronunciou a Justiça Federal: "o TCU só formalmente não é órgão do Poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado".[14]

---

12. "Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação de mérito, que fica totalmente fora do seu policiamento. *In* Dos atos administrativos especiais, Cretella Jr., 1ª ed., 1995, Rio de Janeiro, Forense, pág. 448.

13. Hermenêutica e aplicação do direito, Carlos Maximiliano, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 10ª ed., pág. 109

14. Apelação Cível nº 89.01.23993-0/MG, DJU 14.09.92, pág. 28.119, TRF 1º Região, 3ª Turma, Rel. Adhemar Maciel.

VI - Conclusões

O aperfeiçoamento do processo democrático passa necessariamente pela reestruturação do sistema de controle dos recursos públicos e da condulta dos agentes públicos.

Na atualidade, embora os sistemas gerem dispersão de esforços comprometendo a eficácia nas responsabilização dos agentes, ressarcimento do erário e decretação de inelegibilidade é possível, mediante a avaliação dos cenários internos e externos, reconhecer no panorama das tendências predominantes, a proximidade da eclosão das iniciativas concretas dos processos de mudança.

Até que se concretizem, há necessidade de integração dos órgãos de controle - auditorias, Conselhos e Tribunais de Contas, Promotorias de Defesa do patrimônio Público, Justiça Eleitoral, Varas de Fazenda Pública e outros afins - visando assegurar o desenvolvimento do processo eleitoral sem o uso da máquina administrativa ou desvio de recursos públicos.

Essa integração é indispensável como única possibilidade de suprir as deficiências de modelos estruturais exauridos e pode ser implementada com o esforço da ação pessoal dos agentes responsáveis pelos órgãos de controle e, também, do Ministério Público Eleitoral e do que funciona junto aos Tribunais de Contas, em laços efetivos de colaboração pela unificação de esforços visando ao resguardo da boa aplicação dos recursos públicos e do afastamento das urnas dos agentes que já evidenciaram a prática de atos de improbidade.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS[1]

Leon Frejda Szklarowsky[2]

I. Significado da expressão contrato de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, cunhada pelo inciso II do artigo 57 da Lei 8666, de 1993, e suas alterações posteriores. II. natureza jurídica do contratos de prestação de serviços de forma contínua. III. natureza jurídica dos contratos de prestação de serviços de fornecimento de passagens aéreas. IV. prazo de duração do contratos de prestação de serviços a serem executados de foram contínua. V. possibilidade fe prorrogação dos contratos dessa natureza, ainda em vigor. VI. real interpretação do aludido dispositivo, em face das diversas alterações legislativas. VII. conteúdo e aplicação do caput do artigo 121 e § 4º do artigo 57. VIII. Menor preço e maior desconto, segundo o TCU.

A Lei de Licitações e Contratos - Lei 8666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, regula a matéria, objeto do questionamento, no inciso II do artigo 57, alterado pela Lei 9648, de 27 de maio de 1998, publicada no DOU, de 28 de maio seguinte, fruto da conversão da Medida Provisória 1531-18, de 29 de abril de 1998, publicada no DOU, de 30 do mesmo mês, em Projeto de Lei de Conversão 5, de 12 de maio de 1998.

O artigo 57 dispõe que:

"A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderá ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses".

O inciso II, na redação da Lei 8883, de 1994, assim se inscrevia;

"à prestação de serviços a serem executados de forma contínua que deverão ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a duração as sessenta meses"

1. Agradeço, extremamente sensibilizado, ao Professor AIRTON ROCHA NÓBREGA, mestre em Direito Administrativo, pelo profissionalismo e fidalguia, nas ponderações e assistência, na elaboração do presente trabalho.

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

Doutrina

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

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

No direito contratual público, o conceito de contrato não difere substancialmente, a não ser pela só presença da Administração Pública, que derroga normas de direito privado, conforme as lições de Hely Lopes Meirelles e da doutrina proeminente. A formalidade, contudo, é essencial e não pode ser negligenciada. Dada a supremacia de poder, a contratante adquire certas prerrogativas, em vista do interesse público, respeitados os direitos da contratada, que pode ser a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública, abrangendo esta a administração direta e a indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo todas as entidades com personalidade jurídica de direito privado, sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (artigo 6º, incisos XIV e XV, da Lei 8666/93 e suas alterações posteriores)

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

Entretanto, a lei admite exceções, à licitação, desde que motivadas, nas hipóteses de inexigibilidade, dispensa e prorrogações ou extensões dos prazos contratuais.

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

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

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

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

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

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

Deste pensar é também o Procurador do Estado do Rio de Janeiro Marcos Juruena Villela Souto, quando escreve que o contrato administrativo vai abeberar-se na fonte do direito privado, mais precisamente na teoria geral dos contratos, para captar seus elementos essenciais aos quais vai justapor suas prerrogativas que lhe marcam as características (cf. Licitações & Contratos Administrativos, ADCOAS, Esplanada, 2ª edição, I/170).

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

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

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

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

Contratos de prestação de serviços

Serviço é toda atividade que se destina a obter determinada utilidade de interesse para a administração.

O contrato de prestação de serviço de forma continua caracteriza-se pela impossibilidade de sua interrupção ou suspensão, sob pena de acarretar prejuízos ou danos insuperáveis. Assim, certos contratos, dada a necessidade de sua continuidade, pode ser prorrogado ou estendido, para além do exercício do crédito orçamentário.

A lei vigente estabelece os princípios gerais que disciplinam a licitação e os contratos administrativos.

Constitui-se de normas gerais[3], aplicáveis aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de normas específicas da União - incidentes, apenas, na órbita federal.

O artigo 118 manda que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades da Administração indireta[4], compreendendo todos os entes descritos no artigo 119, adaptem suas normas ao disposto nesta Lei, em harmonia com o princípio da autonomia, inscrito na Constituição Federal (arts.1º , 25 a 32).

O artigo 119 comanda que as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as fundações públicas e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo 118, deverão editar regulamentos próprios (ou adaptar os já existentes), devidamente publicados, ficando sujeitos às disposições, isto é, às normas gerais da Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 8666/93 (LLCA) e suas alterações posteriores.

A Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, publicada no DOU, de 5 seguinte, contudo, alterou o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição[5], consignando que à União compete legislar privativamente sobre normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III.

Por outro lado, a citada Emenda introduziu inovação neste último dispositivo[6], ordenando que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública, enquanto que o artigo 3º da Emenda Constitucio-

---

3. Sobre o assunto, consulte-se, de Geraldo Ataliba, LEIS NACIONAIS E LEIS FEDERAIS NO REGIME CONSTTITUCIONAL BRASILEIRO, *in* Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Rao, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1976, organizado por Péricles Prado.

4. Sobre o conceito de administração e sua abrangência, consulte-se nosso A Administração Pública e a Lei 8666/93, in Boletim de Licitações e Contratos (BLC), da Editora NDJ, de São Paulo, volume 8/93.

5. Cf. artigo 1º da Emenda cit.

6. Cf. artigo 22 da Emenda cit.

nal suprimiu, com muita razão, a expressão *fundacional* do *caput* do artigo 37 do Texto Constitucional, visto que a fundação é parte integrante da administração indireta, conquanto não o tenha feito no aludido artigo 22.

O Tribunal de Contas da União, pelo seu Plenário, adotando voto do eminente Relator, Ministro Bento José Bugarin, decidiu, por unanimidade, que a entidade paraestatal, ao adotar regulamento próprio, deverá fazê-lo, de conformidade com as diretrizes da Lei 8666/93. Entre essas entidades, engloba os serviços sociais autônomos[8], que são pessoas jurídicas de direito privado (SESC, SENAI etc.), cabendo sua organização e direção à Confederação Nacional da Indústria (SENAI). Vinculam-se, todavia, ao Ministério da Indústria e Comércio e, como escolas de ensino, submetem-se também à fiscalização do Ministério da Educação, integrando o rol das unidades jurisdicionadas a essa Corte.[9]

A Lei 9472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, de conformidade com a Emenda Constitucional 8/95, cria a Agência Nacional de Telecomunicações, como órgão integrante da Administração Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com o objetivo de regular as telecomunicações.

Dita ainda o diploma legal que a contratação de obras e serviços de engenharia civil se submete ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública, contudo, para os casos não previstos no *caput* do artigo 54 dessa Lei, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação nas modalidades de consulta e pregão.

A autoridade superior é aquela designada nos regimentos, nos regulamentos e nos estatutos. A imprensa oficial é o veículo oficial de divulgação dos atos da Administração. Para a União, é o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e Municípios, o que for determinado pela legislação própria[10].

Os fundos especiais são produtos de receitas especificadas que, por lei, vinculam-se à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. Poderão ser sujeito ativo e passivo, no contrato, ou seja, tal qual as entidades antes referidas, poderão funcionar como contratante e contratado.[11] É uma inovação introduzida por esta lei. Não têm personalidade jurí-

---

7. Cf. nosso Sujeito Ativo da Execução Fiscal, in REPRO – Revista de Processo número 41.

8. Cf. remissão anterior.

9. Cf. Decisão 408/95, Ata 37/95, Sessão de 16.8.95. Este julgado cita, no mesmo sentido, inúmeras decisões, in BLC cit., 3, de março de 1997, pp. 143 a 146.

10. Cf. artigo 6º , inciso XIII, da LLCA. Sobre a publicidade dos contratos e dos atos administrativos, consulte-se nosso A Publicidade dos Contratos Administrativos, in: Revista dos Tribunais, vol. 731/56; Informativo Consulex, 13, de 25 de março de 1996.

11. Consulte-se o artigo 71 da Lei 4320 comentada, de J. Teixeira Machado Júnior e Heraldo Costa Reis, IBAM, 25a. edição, 1993, pp. 128 e segs.

dica. Assemelham-se à massa falida, à herança e ao condomínio. O fundo é um patrimônio de ações, bens, dinheiro, afetado pelo Estado.

Também os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e do Tribunal de Contas se regerão por essas normas (normas gerais), no que couber, nas três esferas administrativas - artigo 117[12].

Entre as normas gerais, que dizem respeito à essência, ao interesse público (da coletividade), distinguem-se: a publicidade, os prazos (duração de contrato), a obrigatoriedade de licitação, as modalidades de licitação, a dispensa, a declaração de inexigibilidade, o objetivo da licitação (artigo 3º), as normas disciplinadoras dos contratos (artigos 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61) etc.

Os princípios estão insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, a que se devem submeter a Administração.

O Tribunal de Contas da União sumulou que as decisões desta Corte, relativas à aplicação de normas de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Súmula 222, aprovada na Sessão Administrativa de 8.12.94, e publicada no DOU de 3.1.95)

Da duração dos contratos: regra geral

Os contratos administrativos têm sua vigência adstrita ao exercício do crédito orçamentário ou financeiro, de conformidade com a enérgica ordem do artigo 57 da Lei 8666/93 e suas alterações posteriores.

O exercício financeiro, de acordo com o artigo 34 da Lei 4.320/64, coincide com o ano civil, isto é, estende-se de 1º de janeiro a 31 de dezembro. Este pode ser alterado por lei complementar, segundo os ditames do § 9º do artigo 165 da Constituição.

Exceções à regra geral

Não obstante, a lei excepcionalmente permite a prorrogação ou a extensão desses contratos, além desse exercício, segundo o disposto nesta Lei[13], ou ainda se preveja sua duração por prazo superior, no momento mesmo de sua formalização.[14]

12. Cf. nosso A Administração Pública e a Lei n º 8666/96, Boletim de Licitações e Contratos 8/93.

13. Cf. nossos Duração do contrato administrativo de prestação de serviços contínuos, BLC, de dezembro de 1988, pp.81-6; Duração de contrato administrativo e a Lei 8666/93; Duração dos contratos de prestação de serviço contínuo, in Licitações e Contratos Administrativos. Algumas observações em face da Lei 8883/94 e da MP 681/94, in Revisa Arquivos do Ministério da Justiça, 185, janeiro / junho 1995; idem na Revista de Informação Legislativa 125, janeiro/ março 1995, com farta doutrina e jurisprudência. Idem, BLC 10, de outubro de 1993, pp. 401 a 409.

14. Sobre a diferença entre prorrogação e extensão, consultem-se nossos trabalhos: Duração de Contratos Administrativos e a Lei 8666/93, in Boletim de Licitações e Contratos, da Editora NDJ

A prorrogação deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente, para celebrar o contrato.

Admite a lei que os contratos ultrapassem o exercício financeiro, sobressaindo-se a hipótese de contratos de serviços continuados ou que não podem ser suspensos nem interrompidos, durante sua execução.

Assim, a prorrogação de contratos de serviços a serem executados de forma continuada (não podem ser suspensos nem interrompidos; não podem sofrer solução de continuidade, pena de causar prejuízo ou dano)[15] recebeu nova redação, introduzida pela Medida Provisória 1531-18, de 29 de abril 1998, que se converteu, no citado PLC 5, consubstanciado na Lei 9648, alterou profundamente o inciso II,[16] que já sofrera substancial modificação, introduzida pela Lei 8883, de 1994, oferecendo-lhe nova feição, desta feita agasalhando doutrina fartamente trabalhada por autores do porte de Yara Police Monteiro e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[17].

Este doutrinador analisa o inciso II, com a redação dada pela Lei 8883, ofertando interpretação, que veio, a final, provocar a produção legislativa, com renovada e diversa redação, trazida pela Medida Provisória citada [18] e que melhor se afeiçoa à realidade.

A atual postura legislativa assemelha a situação ali desenhada à marcada no inciso I, ou seja, o *caput* do artigo 57 determina que a duração dos contratos fique

---

LTDA., de São Paulo, 10, de 1993; Duração de Contratos Administrativos , in BLC cit. dezembro de 1988; Licitações e contratos administrativos, Arquivos do Ministério da Justiça cit. Vide remissão anterior..

15. Cf. nosso Duração, in Boletim de Licitações e Contratos 12, dez. 94; idem, 2/1997, p. 76; Eficácia nas Licitações e Contratos, de Carlos Pinto Coelho Motta, 1977, p. 277; Nelson de Figueiredo, Contratos Administrativos, in BLC cit. 11/1995, p. 535; idem, 7/1996, p. 15.

16. A Medida Provisória 1452, de 10 de maio de 1996, publicada no DOU de 11 seguinte, já continha a determinação, para acrescentar o novo parágrafo 4o. ao artigo 57. Já a Medida Provisória 1500, de 7 de junho de 1996, publicado no DOU de 10 deste mesmo mês, repete o parágrafo 4o. e introduz uma inovação que será repetida iterativamente, modificando o inciso II do aludido artigo. Em 21 de junho seguinte, o Chefe do Poder Executivo baixa o Decreto 1937, ordenando que, na reedição de medidas provisórias, serão mantidos os números originários, acrescidos do número correspondente à reedição, separados por hífen (artigo 12). Este decreto foi publicado no DOU de 24 do mesmo mês.

17. Cf., de Jorge Ulisses Jakoby Fernandes, o comentário "A duração dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua", in BLC 2/96. Vide nosso "Licitações e contratos administrativos. Algumas observações em face da Lei 8883/94 e da Medida Provisória 681/94" (in Arquivos, do Ministério da Justiça, 185, de 1995; Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados,134/46; Revista de Informações Legislativa, do Senado Federal, 125/111. Neste trabalho, tecemos a interpretação do referido inciso II, com a redação da Lei 8883/96, acolhida pela jurisprudência do Tribunal Maior de Contas, atualmente superada pela Medida Provisória citada.

18. Neste sentido, a culta advogada Yara Police Monteiro.

adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, mas permite que essa duração se prorrogue por iguais e sucessivos períodos (no inciso I, permite que, naquela hipótese, a Administração prorrogue o contrato, além do exercício), tendo em vista melhores condições e preço, para a Administração, não ultrapassando o prazo limite de 60 meses, excepcionada a faculdade de prorrogação mantida pela Lei 9648, que acrescentou o § 4º. ao referido artigo 57. Este dispositivo autoriza, em casos excepcionais, devidamente justificados e com permissão superior, a prorrogação do prazo previsto no aludido inciso, em até doze meses. Além do prazo comum da prorrogação, há que se considerar ainda este último.

Se, anteriormente, com a redação dada pela Lei 8883, a contratante devia fazer, de imediato, o contrato, já prevendo o prazo que melhor se afeiçoasse aos interesses da Administração,[19] atualmente, poderá fazer o contrato para vigorar no exercício, com a possibilidade de prorrogar essa duração por iguais e sucessivos períodos.

O dispositivo confirma energicamente essa exegese, porquanto deve-se ler que: a duração dos contratos.... ficará adstrita aos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos (caput): .... II) à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderá ter a sua duração prorrogada ... Entenda-se que a duração, de um exercício (prevista no *caput*), *poderá ser (faculdade a ser exercida) prorrogada, tendo em vista a obtenção de melhor preço e condições mais vantajosas, que serão aferidos,* por ocasião da realização da prorrogação, se esta realmente for de interesse da Administração, em comunhão com a tese, que defendemos, ao comentarmos a citada Medida Provisória.[20] Este entendimento foi sufragado, recentemente, pela douta advogada da Consultoria da Editora NDJ, Dra. Eunice Leonel da Cunha.[21]

Interessante questão deve ser respondida, quanto à faculdade de se prever a prorrogação por período menor que o originário.

Não vemos óbice, nesta interpretação, visto que quem pode o mais, pode o menos e não seria razoável exigir-se da Administração que preveja, no contrato, a prorrogação por igual período do contrato originário, portanto superior às reais

---

19. Consulte-se o citado"Licitações e contratos e administrativos" de nossa autoria. O TCU sentenciou que o contratante se abstenha de incluir nos processos de licitação e, portanto, nos contratos a serem firmados, a previsão de prorrogação de prazo, quando se tratar de serviços de duração continuada., dimensionando-se claramente a duração desses serviços, nos termos do inciso II do artigo 57 da Lei 8666/93, alterada pela Lei 8883/94, Relator Ministro Humberto Guimarães Souto, Decisão 34/96, 1 Câmara, DOU de 18 de março de 1996, Seção I. Consultem-se, neste sentido, de Roberto Bazilli, Contratos Administrativos, Malheiros, Editores, 1996, p.70; idem, Marçal Justen, Comentários á Lei de Licitações e Contratos Administrativos., 4ª edição, p. 364; Jessé Pereira Júnior, Comentários á Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 4ª edição, p. 398.

20. Cf. nosso Duração de Contrato Administrativos, in Boletim de Licitações e Contratos 2, de fevereiro de 1997, pp. 76 a 79.

21. Cf. A Duração dos Contratos, in BLC cit. 1, de janeiro de 1998, pp. 10 a 13.

necessidades, em detrimento de seus próprios interesses, apenas para satisfazer a interpretação literal e gramatical do texto, contrariando a melhor doutrina.

É também facultada a prorrogação dos prazos de início de etapas de execução, conclusão e entrega do objeto, desde que, mantidas as demais cláusulas, fique assegurado o equilíbrio econômico - financeiro (*caput* do artigo 57) e ocorra um dos motivos previstos no § 1º. do artigo 57. Os fatos que autorizam a prorrogação são posteriores ao início da vigência do contrato, ou seja, surgem durante sua execução e, portanto, neste caso, não se há de falar em *repactuação*, para retomada do equilíbrio econômico - financeiro, somente, após um ano, em vista da legislação que introduziu o Plano Real, como querem alguns, equivocada e absurdamente. A restauração do equilíbrio econômico – financeira da equação, se comprovada a decomposição deste, far-se-á, obrigatoriamente, em qualquer época,. porque assim exige a lei.

Interpretação do § 4º do artigo 57

O § 4º do artigo 57 foi introduzido pela Medida Provisória 1081, de 28.7.95.[22] e mantido pela Lei 9648. A Lei 8883/94 modificou o texto originário da Lei 8666. Esse dispositivo modificado tem sido repetido pelas Medidas Provisórias ulteriores, as quais convalidam os atos praticados com base na Medida Provisória anterior.

Destarte, no caso de contrato de prestação de serviço de forma continuada, o administrador deve dimensionar o prazo, que melhor se ajuste às circunstâncias, fazendo uma prévia avaliação, auscultando preços e condições mais vantajosos para a Administração, cabendo-lhe também avaliar o tempo de duração do contrato e o interesse daquela.

No caso das agências de turismo, segundo prédica do TCU, o menor preço se consubstancia, no maior desconto sobre a comissão.

O TCU, na Representação formulada nos termos do artigo 113, § 1º, da estudada lei, c/c o artigo 213 do Regimento Interno (artigo 34 da Resolução TCU 29/95), seguindo o voto do culto Ministro – Relator, Bulgarin, decidiu que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos créditos orçamentários, que, em regra, equivale ao exercício financeiro,[23]todavia admite sua prorrogação ou extensão, nos casos previstos na Lei.

Para temperar os rigores desta situação, o legislador (*in casu,* o Chefe do Executivo) editou a citada Medida Provisória 1081 e enxertou o § 4º, facultando que a Administração pudesse prorrogá-lo, em até doze meses mais, desde que demonstrada a excepcionalidade e houvesse a autorização da autoridade superior. Essa prorrogação faz-se por aditamento, submetendo-se a todas as formalidades da

---

22. Publicado no DOU de 31.7.95, Seção I. Os atos praticados com fundamento nas Medidas Provisórias que tratam da matéria foram convalidados pela citada Lei 9648.

23. Cf. Decisão 148/96, Pleno, de 27.3.96. Este decisório cita ainda em seu apoio a Decisão 34/96, em que funcionou como Relator, o Ministro Humberto Souto, in BLC cit. 6, de junho de 1996, pp. 300 a 304..

lei. E, mais tarde, através de Medida Provisória, modificou o inciso II do estudo dispositivo.

Sem dúvida, não há que se indagar da existência da previsão desta faculdade no contrato ou no edital, porque isto é impossível, por se tratar de caso excepcional e imprevisto, segundo a inteligência do dispositivo em tela.

Assim, estando em vigor o § 4º, é forçoso concluir que esse dispositivo se aplica a todos os contratos que se fizeram ou fazem, sob sua vigência, ou antes de sua vigência, mesmo que não previsto no contrato e no edital, por que impossível tal previsão.[24]

Natureza do contrato de fornecimento de passagens

Esse contrato tem por objeto a prestação dos serviços de emissão de passagens aéreas e terrestres e também os de serviços de assessoramento para definição de melhor roteiro, entrega de bilhetes em local indicado, a apresentação de tabelas de preços das concessionárias dos serviços de transporte aéreo vigente a época da contratação, a emissão e entrega, em tempo hábil, das passagens solicitadas, através da requisição de passagens, por órgão gestores, o fornecimento de passagens terrestres, em caso de conveniência de servidor ou de contratante, a recepção ou o acompanhamento, quando do desembarque ou embarque, se solicitado pela contratante, a emissão, reservas, marcação e remarcação de passagens aéreas nacionais e internacionais, o assessoramento para definição de melhor roteiro, horário, frequência de vôo, tarifas promocionais, desembaraço de bagagens, reserva, locação de veículos, emissão de passaportes etc.

Questão relevante se prende a saber a extensão do dispositivo modificado pela mencionada Medida Provisória, agora transformada na citada Lei 9648, no que diz respeito às sucessivas prorrogações por iguais períodos.

O legislador, que editou a medida provisória em apreço, visou antes de tudo sanar uma dificuldade que o administrador vinha encontrando na pratica, segundo variada interpretação que se dava ao acima citado dispositivo, corroborando a melhor exegese, de sorte que o que já se fazia costumeiramente, o legislador houve por bem de adotar integralmente, ao assinalar, com precisão matemática, que a prorrogação pode ser feita, tendo em vista preço e condições mais vantajosas, para a Administração. que se constituem no vetor da melhor gestão e administração.

A doutrina não ficou inerte nessa questão, tendo estudado profundamente a natureza jurídica do contrato entre a Administração e as agências de turismo.

Sem dúvida, trata-se de contrato de prestação de serviços a serem executados de forma continua.

O contrato em tela é de prestação de serviços, visto que se trata de atividade da qual se extrai uma utilidade, de conformidade com o conceito trazido pelo artigo 6º da Lei, que assim se inscreve:

24. Esta é também a opinião do Professor Toshio Mukai e do Dr. Lucas Azevedo Moreira dos Santos, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

"Artigo 6º - Para os fins desta lei, considera-se:

II – Serviço – toda a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, transporte, locação de bens etc. A lei não é exaustiva, mas exemplificativa."

Marçal Justen ensina que esse tipo de contrato consiste em uma prestação de serviço, posto que:

"A Agência se obriga a identificar os transportadores que atendem as necessidades da Administração, realizar as reservas, providenciar a emissão de bilhetes e sua entrega à Administração e outras atividades similares, destinadas a assegurar a concretização do contrato de transporte." [25]

O insigne autor, Airton Rocha Nóbrega, estudando a natureza do contrato destinado à aquisição de passagens aéreas, enfatiza, com muita propriedade, de forma irretorquível[26], que:

"*.....*

A aquisição de passagens aéreas é a atividade que transparece e salta à vista nesse tipo de contrato celebrado pela Administração Pública com a finalidade de atender a uma necessidade específica que, nem de longe, se assemelha ou pode ser rotulada como a de *aquisição de um bem determinado* (*passagem aérea*).

Não se compram passagens aéreas como atividade-fim desse tipo de contrato, adquire-se, em realidade, o bilhete que representa o instrumento de acesso ao objetivo final que é o de ver-se, em regra, um servidor ou terceiro autorizado transportado de um ponto a outro, no País ou no exterior.

Têm-se, desse modo, não a aquisição de um bem, caracterizando um fornecimento ou uma compra, consoante conceituação contida no art. 6º, III, da Lei nº 8.666/93, mas sim a *obtenção de uma utilidade de interesse da Administração.*

Estabelece-se e disciplina-se nessa relação contratual *a prestação de um serviço de transporte*, estando o *transporte* conceituado pelo art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93, como *serviço.*

Tratado como fornecimento, ter-se-ia que, necessariamente, realizar contratações para períodos coincidentes com o exercício financeiro (ano civil), baseando-se o contrato em quantitativos impossíveis de fixar, pois teria ele que determinar quantas viagens seriam realizadas nesse lapso de tempo e quantos bilhetes deveriam ser emitidos no mesmo período.

---

25. Cf. ILC número 42, de julho/97, páginas 503 a 5505.

26. Cf. Boletim de Licitações e Contratos, dezembro de 1996, págs. 584 a 589.

Como *serviço* que efetivamente é, permite a *Lei de Licitações e Contratos* o dimensionamento da duração do contrato por um período de *até 60 (sessenta) meses*, a teor do que preceituado se acha em seu art. 57, inciso II, gerando sensíveis economias para a Administração já que não se terá que, a cada exercício, iniciar um novo procedimento licitatório, culminando com a celebração de um contrato que terá efêmera duração.

Para o planejamento da licitação e quantificação dos custos contratuais futuros, ter-se-á que ter como base *valores estimados*, resultantes de uma avaliação das prováveis necessidades da repartição, considerados inclusive os gastos realizados em exercícios anteriores.

Avaliado esse aspecto primeiramente proposto, conclusão clara que se extrai, com fundamento no art. 6º, II, da LLC, é que o *contrato de transporte aéreo de passageiros* celebrado pela Administração *possui típica natureza de serviços contínuos*, envolvendo uma atividade destinada à obtenção de uma utilidade e não uma aquisição remunerada de bens para fornecimento de um só vez ou parceladamente."

Conclui com acerto que esse contrato possui típica natureza de serviço contínuo, cuja atividade tem o objetivo específico de extrair uma utilidade e não uma aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.[27]

Na verdade, poder-se-ia até dizer que não se trata apenas de um contrato de prestação de serviços de fornecimento de passagens aéreas e terrestres, senão uma séries de contratos, indissoluvelmente ligados.

Essas atividades, como é óbvio, não podem ser interrompidas abruptamente, pois, segundo a dicção do autor antes citado, se esse contrato fosse

"tratado como fornecimento, ter-se-ia que, necessariamente, realizar contratações para períodos coincidentes com o exercício financeiro (*ano civil*), baseando-se o contrato em quantitativos impossíveis de fixar, pois teria ele que determinar quantas viagens seriam realizadas nesse lapso de tempo e quantos bilhetes deveriam ser emitidos no mesmo período."[28]

Efetivamente, não se coaduna esse tipo de contrato com as efêmeras contratações, para durar apenas um exercício, *ou seja*, *não são contratos instantâneos*, por sua própria natureza.

Exatamente, por isso, os contratos eram dimensionados, segundo suas características, por períodos que, segundo a avaliação da Administração, podiam e realmente ultrapassavam o exercício financeiro, alavancados no melhor preço e nas condições mais acessíveis e vantajosas, cuja tônica veio a ser corroborada, pela nova redação que as sucessivas medidas provisórias, antes citadas, transformadas no

27. Cf. Boletim de Licitações e Contratos, dezembro de 1996, páginas 584 a 589.

28. Cf. op. cit.

mencionado diploma legal, deram ao estudado *inciso II* do *artigo 57*, autorizando prorrogações sucessivas, por iguais períodos, acorrentadas à obtenção de melhor preço e às condições mais vantajosas, para a Administração, isto é, tendo em vista os altos interesses da Administração.

Do dimensionamento da duração

Induvidoso, portanto, que essa espécie de contratação não admite enquadramento como fornecimento e não se poderá, assim, estipular duração contratual sem observância da regra contida no art. 57, inciso II, da Lei de Licitações e Contratos, já que se trata de *prestação de serviços de natureza contínua*.

Se assim o é, a questão alusiva à duração há de ser cuidada nos moldes estatuídos nesse dispositivo legal, não havendo como estabelecer-se a duração dos respectivos contratos apenas pelo exercício.

Em realidade, poderá a Administração prever essa duração por períodos menores - *verbi gratia*, 12 meses – dimensionando o seu prazo por períodos sucessivos, até que o período máximo em lei previsto seja alcançado. Aspectos relacionados ao interesse público e à economicidade da contratação é que deverão servir como parâmetro para a preservação do contrato ou para a sua extinção.

Restando certa essa possibilidade, diretamente decorrente do dispositivo de lei anteriormente referido e da própria natureza do contrato em questão, cumpre saber se poderia a Administração alcançar o período máximo de duração, mediante sucessivas prorrogações, ainda quando o edital e o contrato celebrado isso não prevejam explicitamente.

A questão, que se apresenta controvertida, merece exame acurado ante as disposições que, insertas no bojo da Lei 8.666/93, possibilitam uma orientação positiva no sentido da admissibilidade do procedimento.

Da natureza de cláusula implícita da Lei 8.666/93

Observe-se que, a possibilitar a adoção dessa orientação, um primeiro aspecto resulta do fato de se dar à Lei 8666/93 a condição de cláusula implícita do contrato administrativo.

Essa condição é imposta pela própria Lei que, em seu art. 61, ao referir-se ao conteúdo do preâmbulo dos contratos administrativos, determina que neles se deverá fazer constar, além de outros dados, expressa "*... sujeição dos contratantes às normas de Lei ...*". Cria-se, assim, de forma direta e incontestável, estrita vinculação dos contratantes aos termos da Lei, tornando-a aplicável à avença independentemente de específica previsão, quando não houver necessidade de regulamentação adicional, salvo quando houver omissão. no disciplinamento de determinado aspecto, ou na hipótese de exigência específica vier a ser feita.

Veja-se que em razão disso, independem de específica previsão a aplicação aos contratos de providências que, estatuídas na Lei, não exigem repetição no bojo

do instrumento firmado. Cite-se, apenas para exemplificar, que hipóteses como a de *retomada do objeto* (art. 80, I) e a aplicação das *sanções administrativas*, salvo a de multa (art. 87), não resultam diretamente do fato de estarem inscritas no contrato, mas sim do fato de estarem previstas na Lei.

E a necessidade de previsão de prorrogação ou extensão deve estar explicitada no edital e no contrato, quando a lei o exigirem, com absoluta nitidez, v. g., o inciso I do artigo 57, *in litteris*,

> "I – aos projetos cujos produtos.....,se houver interesse da Administração *e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório*.". (Grifou-se).

Ocorrendo o fato que enseja a rescisão administrativa, consequência decorrente será a efetivação da retomada como medida de proteção do interesse público representado pela Administração. Inadimplindo o contratado suas obrigações, a sanção administrativa pertinente lhe deverá ser aplicada, apenas necessitando a Administração que disponha o instrumento contratual de previsão do percentual relativo à multa aplicável no caso concreto.

Não se pode deixar, desse modo, de concluir que a Lei 8.666/93, ao dispor sobre a duração dos contratos o fez de modo tal que, ainda que não haja específica previsão, se o prazo máximo ainda não foi alcançado, terá a Administração a possibilidade legal de realizar o dimensionamento dessa duração até o limite estabelecido, especialmente em vista da norma absoluta, de significativa precisão, como se verá adiante.

Da aplicação impositiva do art. 121 a todos os casos

A reforçar a tese anteriormente sustentada, merece registro o fato de que, ao ser editada a Lei 8.666/93, dentre as inúmeras dúvidas e questionamentos que então foram gerados, sobressaía, também, aquele alusivo especificamente à sua aplicação às *licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência*.

Trouxe a Lei, a respeito desse assunto, em seu art. 121, com a redação que lhe foi posteriormente dada pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1.994, disposição clara no sentido de que

> "Art. 121. O disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente a sua vigência, *ressalvado* o disposto no *art. 57*, *nos parágrafos 1º, 2º e 8º do art. 65*, *no inciso XV do art. 78*, bem assim o disposto no *"caput" do art. 5º*, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de 90 dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993." (Grifou-se).

Sobressaía desse dispositivo por demais óbvio que, ao assim se dispor, buscava-se preservar e respeitar, em relação às licitações em curso e aos contratos já

celebrados, o ato jurídico perfeito, como garantia inscrita dentre os direitos e garantias fundamentais da Carta Política de 1.988 (art. 5º, inciso XXXVI).

Cristalina, portanto, a inaplicabilidade da nova Lei a todas aquelas situações baseadas em *processos já instaurados* quando de sua edição e aos contratos em vigor.

Ao dispor a Lei, no entanto, que as suas disposições não se aplicariam às *licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente a sua vigência*, entendeu ser necessária a exclusão de algumas situações específicas do âmbito dessa regra, que se viram ampliadas com a edição da Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1.994.

Foram ressalvadas, assim, as situações tratadas no art. 57 (relativa *à duração dos contratos*), nos §§ 1º, 2º e 8º do art. 65 (relativa *a acréscimos e supressões e à dispensa de aditivos*), no inciso XV do art. 78 (relativa *a rescisão do contrato por atraso de pagamento*), bem assim o disposto no *caput* do art. 5º (relativa *à moeda de pagamento e à observância da ordem cronológica na quitação de obrigações*).

Vale dizer, portanto, que nas situações ressalvadas, afastou-se a Lei da obrigação de respeito ao ato jurídico perfeito. Determinou ela, em realidade, que as regras indicadas deveriam ser estendidas aos contratos anteriormente celebrados, agregando-se suas disposições ao conteúdo dos instrumentos que se achavam vigorando quando de sua edição.

Para que dúvidas não viessem a subsistir, a título de exemplo, pode-se afirmar que, embora regido por normas do extinto Decreto-lei nº 2.300/86, o contrato poderia ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a Administração, limitada a sua duração a 60 meses, consoante disposto no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi imprimida pela Lei nº 8.883/94.

Atendendo-se a ressalvas contidas no texto da própria Lei, deverão as licitações que naquela oportunidade já se achavam instauradas e os contratos assinados observar as disposições contidas no art. 57 (relativa *à duração dos contratos*), nos §§ 1º, 2º e 8º do art. 65 (relativas *a acréscimos e supressões e à dispensa de aditivos*), no inciso XV do art. 78 (*relativa a rescisão do contrato por atraso de pagamento)*, bem assim o disposto no *caput* do art. 5º (relativa *à moeda de pagamento e à observância da ordem cronológica na quitação de obrigações*).

Extrai-se dessa orientação legal, de modo claro e inequívoco, que a disposição alusiva à duração dos contratos possui caráter impositivo, prevalecendo sempre sobre disposições contratuais e editalícias.

Resta induvidoso, ademais, que o fato de não ter havido previsão no instrumento convocatório ou de não haver qualquer menção expressa à prorrogação de prazo não significa, nesse tipo de contrato, que não se possa fazer. Confere-se a Administração, em tais casos, a possibilidade legal de realizar o dimensionamento dessa duração até o limite estabelecido, especialmente em vista da norma absoluta que, consoante anteriormente já restou dito, possui precisão matemática.

Cabe, na situação exposta, a conclusão objetiva no sentido de que não tendo a Administração estabelecido prazo contratual que exceda o limite máximo previsto

no art. 57, II, da LLCA, poderá ela, a despeito da inexistência de expressa previsão contratual, realizar aditamentos ao instrumento contratual, projetando a sua duração até que se esgote o parâmetro fixado na norma.

Da prorrogação em caráter excepcional por até doze (12) meses

E não se pode olvidar, ademais, que além dessa possibilidade de extensão da duração contemplada no inciso II do art. 57 – buscou-se criar para a Administração uma outra hipótese, em caráter excepcional, de dilação do prazo do contrato relativo aos serviços de duração contínua.

Independentemente da anterior duração da avença, o que se estabelece de modo claro é que o prazo de duração da avença poderá, a critério da Administração, ser ainda acrescido de período adicional que a lei fixa em até doze meses.

Tudo isso se presta a confirmar a intenção do legislador, expressa no sentido de que os contratos de prestação de serviços de duração contínua poderão ter prazo de duração superior àquele fixado como limite no inciso II do art. 57 da LLCA.

O dimensionamento dessa duração incumbe ao administrador, a quem competirá avaliar, em relação aos preços praticados no mercado, se é conveniente e oportuno onerar a Administração com novo certame licitatório e com os custos revistos que dele poderão advir.

A intenção transparece explícita: o dimensionamento da duração de tais espécies contratuais é incumbência que se outorga ao administrador, de modo a permitir a preservação de contratos que ainda se mostrem vantajosos para a Administração. Licitar nesse contexto, encerrando contrato que vem sendo executado de forma econômica, significa contrariar o próprio princípio de licitação, impondo à entidade injustificável e descabido ônus.

Assim, ainda que não se pudesse admitir a possibilidade anteriormente sustentada – o que se admite apenas para efeito de argumentação – restaria à Administração sempre a hipótese prevista no § 4º do art. 57, o que lhe proporcionaria um período adicional de prestação de serviços.

Conclusões

Assim, ante todo o exposto, é de se inferir, conclusivamente, que:

a) deve-se entender como "*prestação de serviços*", consoante definição insculpida no texto da Lei de Licitações e Contratos (art. 6º, II), a atividade contratada pela Administração com a finalidade de alcançar determinada utilidade de seu interesse, compreendendo, dentre outras hipóteses, o contrato de prestação de fornecimento de passagens aéreas e terrestres, transporte, terrestre, aéreo e ferroviário;

b) os contratos de prestação de serviços, quando destinados a atender necessidades permanentes da Administração, terão natureza contínua.

c) a contratação de transporte aéreo e o fornecimento de prestação de fornecimento de passagens não possuem a condição de fornecimento, já que não se pode, nesse negócio, visualizar, como elemento de identificação, o simples ato de emissão do bilhete de passagem, que constitui mera autorização para o uso do meio de transporte;

d) não possuindo o contrato de transporte aéreo exigência eventual para a Administração, deve ele observar a regra de duração dos prazos prevista no art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93, não estando, portanto, a sua duração adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários;

e) as disposições contidas no art. 57, inclusive os seus incisos e parágrafos, a teor do que preceituado se acha no art. 121 da mesma Lei, são de observância obrigatória nos contratos, independentemente de específica previsão no instrumento convocatório ou no instrumento firmado pela Administração;

f) o dimensionamento da duração dos contratos prevista no inciso II, do art. 57, da Lei nº 8.666/93, pode e deve ser feito pela Administração sempre com a finalidade de obter maior economicidade, respeitado, no entanto, o limite máximo de duração em lei fixado (60 meses);

g) a vantagem da manutenção de contrato já em curso pode e deve ser sempre medida em face do proveito oferecido pelo contratado, consistente esta, em tais casos, no maior desconto por ele oferecido, consoante reiterada e sólida jurisprudência da Colenda Corte de Contas;

h) por razões de oportunidade e conveniência administrativa, devidamente justificadas, vê-se também a Administração autorizada a exceder o limite anteriormente referido, por até doze (12) meses.

A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO E OS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Pedro Ângelo Figueirêdo[1]

Inexigibilidade de licitação. Contratação de Advogados. Necessidade de atender os requisitos da inviabilidade da competição, singularidade do serviço, e notoriedade de quem o presta. A natureza singular é do serviço e não do seu executor. A notória especialização, por si só, não autoriza a inexigibilidade. Serviços advocatícios rotineiros, exigem licitação.

1. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos, prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, tem suscitado certa polêmica, sobretudo no que diz respeito aos serviços advocatícios.

A origem da dúvida tem sido, dentre outros, o argumento em regra levantado por alguns profissionais liberais, de que seu labor é personalíssimo, marcante, e por isso tem a natureza singular, exigida pelo inciso II, do art. 25, do mencionado Estatuto. Ajuntam a tal raciocínio o entendimento segundo o qual, tendo o contratado notória especialização, a singularidade do serviço é uma conseqüência.

Façamos algumas reflexões sobre a juridicidade dessas alegativas.

2. Preliminarmente, nunca é demais trazer a colação a regra geral insculpida no art. 37, XXI, da Carta Federal, que estabelece a obrigatoriedade de licitar, para assegurar o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, fixado no *caput* do seu artigo quinto.

Daí, a Lei das Licitações trazer logo no seu início, após fixar no art.1º o âmbito do seu alcance (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no art. 2º já delimita com precisão a normal geral:

> "As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão <u>necessariamente precedidas de licitação</u>, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei."

A par destas duas observações, quer nos parecer que as "regras do jogo" foram fixadas de modo muito transparente: licita-se como regra e dispensa-se como exceção.

As exceções, no tocante a inexigibilidade, são tratadas especificamente no art. 25 da referida lei, que a semelhança da "norma penal em branco", remete para a listagem do seu art. 13. Ali estão catalogados os serviços técnicos, dentre eles o advocatício (inciso V).

3. Mas para ocorrer a excepcionalidade o mencionado art.25 impõe, no seu inciso II, quatro requisitos que entendo fundamentais e distintos:

- inviabilidade de competição;

1. Conselheiro do TCM-CE

- previsão do serviço no art. 13;
- singularidade do serviço; (singularidade objetiva)
- notória especialização. (singularidade subjetiva)

A primeira dessas exigências supra, vem no *caput* do aludido artigo, como norma de comando:

> "é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:".

As três outras seguem-lhe como "complemento" no inciso II:

> "para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização"...

A par disto já podemos concluir que sendo viável a competição, mesmo que os três requisitos "complementares" estejam presentes, é obrigatória a licitação.

4. Outra não é a lição do Professor Jorge Ulisses Jacoby, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, na excelente monografia "Contratação Direta Sem Licitação", 3ª ed. Brasília Jurídica, 1997, pág. 299:

> Assim, mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos, se for viável a competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no *caput* do art. 25.

E aponta a decisão nº525/93-Pleno, do TCU no mesmo sentido:

> ...o enquadramento em situação de inexigibilidade de licitação, prevista no Estatuto de Licitações e Contratos -Lei 8666/93, art.25, *caput*-, exige inviabilidade de competição, ...

-in obra cit, pág.299.

Conclui lamentando:

> Daí porque não se compreende que alguns autores e julgados, coloquem lado a lado dois conjuntos de idéias antagônicas, quando firmam o entendimento de que há singularidade, que o agente é notório especialista, mas que mesmo existindo mais de um agente capaz de realizá-lo, a licitação é inexigível, abandonando o requisito fundamental do instituto, constante do *caput*, do art. 25, da Lei 8.666/93.

-in obra cit, pág.326.

O magistrado carioca JESSÉ TORRES, em palestra no segundo Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado no Rio de Janeiro em 2-6-95, publicada no BLC-abril/96 pág. 172 também advertiu:

> Assim, se a cabeça do art. 25 diz que a licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial nas situações descritas, só posso extrair daí uma interpretação, para mim convincente, de que mesmo configurada a situação descrita no inciso, se for viável a competição, o dever geral de licitar está acima da inexigibilidade, ou seja, se houver viabilidade de competição, ainda que se configure a hipótese de um dos incisos, é necessário licitar. Não vejo como possa ser diferente.

Parece-nos imprudência dizer, como alguns, que o simples fato do serviço estar arrolado no art. 13, tem natureza singular !

Ora, é manifesto que nem todos os serviços advocatícios, têm esses predicados. Aliás, poucos o têm. Somente as causas que, por sua complexidade, ou pelo montante isolado que cada uma representa, ou circunstância especial, marcante para a população ou para a Administração Pública, se revestem desse caráter singular.

Elas não estão no dia-a-dia da Administração. São eventuais.

Os serviços rotineiros, que vão desde a confecção de uma simples procuração extrajudicial até uma defesa na Justiça do Trabalho; de uma simples defesa administrativa num processo de prestação de contas até o comparecimento a uma audiência judicial em casos de pequenas indenizações, reclamações, etc, não podem ser havidos como "singulares".

São serviços que podem ser prestados pela esmagadora maioria de advogados, hoje espalhados nas grandes e pequenas cidades, muitas vezes residindo nestas, ou próximo, ou, ainda, dando nelas expediente semanal. Enfim, numa condição que chamados, em poucas horas estarão diante do constituinte !

Atualmente há um mercado fértil de advogados, muitos deles carentes de uma oportunidade que a contratação direta geralmente lhes furta.

Estes esforçados profissionais povoam os sertões cearenses, muitos deles ali residindo ou prestando assistência semanal a seu contratante, sendo certo que tal categoria, como de resto muitos profissionais liberais, também estão às voltas com o fantasma do desemprego ou escritórios vazios. São, à semelhança dos "sem terras" e, numa imagem respeitosa, os "sem clientes" que assolam este País e sobretudo o Nordeste.

Além de ilegal e ilegítimo, é desumano fechar-lhes as portas !

5. Com efeito, a doutrina pátria e a jurisprudência dos Tribunais de Contas, inclusive do TCU, são todas no sentido de que sendo rotineiro o serviço, descabe chama-lo de singular.

Vejamo-las.

> "A singularidade, como textualmente estabelece a Lei, é do objeto do contrato; é o serviço pretendido pela Administração que é singular, e não o executor do serviço. Aliás, todo profissional é singular, posto que esse atributo é próprio da natureza humana."

-Jorge Ulisses, obra cit. pág. 328.

A singularidade do objeto pretendido pela Administração é o ponto fundamental da questão, mas boa parte da doutrina pátria, *data venia*, não tem dado enlevo ao termo, ou quando o faz acaba por associá-lo ao profissional, deixando de identificar o serviço.

-idem, idem, pág.329.

...

A esse respeito, no julgamento do Processo TC-013.263/93-5, mesmo a contratação de profissionais de grande renome, inclusive Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, foi considerada irregular porque os serviços contratados não eram, a rigor, de natureza singular a ponto de justificar a inviabilidade da competição.

-idem, idem, pg. 331.

E em tópico específico sobre a contratação de serviços advocatícios, cita passagem da decisão 137/94-TCU onde consta:

"Com relação ao Contrato nº 028/SR-DEJUR-5, com o escritório de advocacia França e Ribas S/C, a analista refutou as alegações da entidade, que sustentava a inexigência de licitação, com base na singularidade dos serviços (singularidade objetiva), como também na notória especialização dos sócios da firma contratada (singularidade subjetiva). Demonstrou a instrução tratar-se, na realidade, de serviços rotineiros de advocacia e, portanto, passíveis de competição no mercado próprio." E, circundando essa manifestação, asseriu o Ministro Relator que "como bem salientou a instrução, o cerne da questão, na espécie, não é a competência ou mesmo a notoriedade da contratada e de seus profissionais, mas a possibilidade de competição no mercado para a prestação dos serviços desejados, que vão desde a "defesa de direitos e interesses da RFFSA, em processos judiciais, nas esferas civil, trabalhista, criminal e fiscal, até a confecção de pareceres jurídicos sobre quaisquer assuntos relacionados à sua esfera de atuação."

-idem, idem, pg.332.

Sobre o assunto, o festejado Jessé Torres doutrina:

Imaginem, por exemplo, uma hipótese que já tem se tornado clássica, no decisório do Tribunal de Contas da União pelo menos, da contratação de escritórios de advogados para a prestação de serviços especializados à administração pública. Foi muito comum durante largo período que essas contratações de escritórios especializados, se desse diretamente, considerando-se a licitação inexigível com base no inciso da notória especialização. Fez-se isso fartamente na administração pública brasileira em todos os seus níveis e escalões.

Recentemente o Tribunal de Contas da União veio decidir em termos peremptórios que esta prática é abusiva. Entende afinal a Corte Federal de controle externo que só mesmo em situações excepcionalíssimas em que se configure acima de qualquer dúvida razoável aquele caráter único, singular do serviço a ser contratado ao escritório de advogado; afora esta possibilidade a contratação de escritório não cabe nas hipóteses de inexigibilidade porque será sempre viável a competição; ainda que os escritórios não queiram competir entre si, o fato é que a competição é plenamente viável.

-BLC-abril-96, pág. 173 -Palestra no 2º Semin.Dir.Adm. - RJ.

Também o Prof. Roque Citadini, Conselheiro do TCE-SP, na sua excelente obra "Coment. e Jur. sobre a Lei das Licitações", ed. Max Limonad 1996, corrobora o conceito de "natureza singular" do serviço:

Além da comprovação de que a empresa ou profissional sejam notoriamente especializados, aptos, portanto, a desempenhar os serviços listados no art.13 desta lei, será necessário que o objeto a ser contratado seja de natureza singular.

...

A singularidade do serviço a ser contratado é requisito indispensável para se poder justificar a contratação direta com empresa ou profissional notoriamente especializado. Se o serviço objeto da contratação for rotineiro, comum, sem exigência de qualquer conhecimento ou técnica de maior complexidade, não há razão para a sua contratação sem licitação.

Não basta portanto, que a empresa seja de especialização notória no mercado; é preciso, também, que o objeto do contrato venha a requerer conhecimento ou técnica especiais e individualizadores para que se possa contratar diretamente.

Conforme afirmou Celso Antônio Bandeira de Melo, "se o serviço pretendido for banal, singelo e por isto irrelevante que seja prestado por "a" ou "b", não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação".

-pág. 182.

A conhecida Profª Alice Borges, da Universidade de Salvador-BA, membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, em conferência no X Congresso do aludido Instituto, em Curitiba-PR -12-9-96-, cujo trabalho foi publicado na Genesis-Rev. Dir.Adm. Aplicado, edição out/dez-96, pág. 949, deita suas luzes na *vexata quaestio*:

O que vem assumindo, ultimamente, um aspecto polêmico, relativamente à obrigatoriedade da licitação, sobretudo ante a proliferação de sociedades de

advogados e escritórios de advocacia organizados em empresa, é a contratação permanente de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais.

Vem-se alegando que alguns de tais serviços advocatícios são rotineiros, não demandando maiores conhecimentos especializados, para o fim da inexigibilidade de licitação. Lendo alguns pareceres da Advocacia Geral da União, decisões do Tribunal de Contas da União, bem como pronunciamentos de certos juristas, chega-se à conclusão de que tais serviços são necessariamente massificados, prestados em série, incluídos em "pacotes", que deverão ser organizados e distribuídos em perfeita igualdade, de acordo simplesmente com o valor aritmético das causas e não de sua maior ou menor eventual complexidade.

Por isso mesmo, tem sido amplamente defendido por alguns que tais serviços de advocacia podem perfeitamente ser objeto de licitação.

Mas licitar como ? A matéria não é de fácil solução. É aí que se revelam a antinomia entre normas e a conflitualidade de princípios, de que fala Canotilho.

....

A idéia predominante é a da pré-qualificação dos escritórios de advocacia interessados, seguida de uma sistemática, objetiva e imparcial, de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados. É o que vem preconizando a Advocacia Geral da União, o Tribunal de Contas da União, e o jurista Ulisses Jacoby.

A ilustre Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCM-CE -Dra. Leilyanne Feitosa-, em trabalho apresentado e distribuído em maio/98 aos Conselheiros desta Eg. Corte, assinalou pontos importantes que me permito transcrevelos:

"De todo modo, apesar do que aduzem nas justificativas, não é a notoriedade do profissional contratado o pressuposto fático para a inexigência de licitação.

...

...se assim fosse, poder-se-ia dizer que todo e qualquer serviço teria natureza singular, caracterizada essa por seu executor, fosse quem fosse, vg o simples ajuizamento de uma ação ordinária de cobrança, se feita por Rui Barbosa, passaria a ter natureza singular.

...

A singularidade do serviço decorre de sua complexidade ou de sua inusitabilidade, ou seja, decorre do fato de aquele serviço apresentar uma certa especificidade que requer uma habilidade maior do profissional.

6. Agora vejamos as decisões das Cortes de Contas, inclusive TCU:

Contrato. Prestação de serviços de consultoria. Notória especialização. A notória especialização como motivo determinante da dispensa formal de licitação se configura quando os serviços a serem contratados pela Administração tiverem características de notável singularidade no modo da prestação ou resultado a ser obtido, suscetíveis de execução somente por determinados profissionais ou firmas de reconhecida e correspondente especialização, em grau incomparável com os demais.

-TCE-RJ, Rel. Cons.Humberto Braga, *in* RTCE nº 21 pág. 165.

Contratação de serviços técnicos profissionais especializados. Notória especialização. Inexigibilidade de licitação. Singularidade.

O Dec.-Lei 2.300 já contemplava a espécie como de inexigibilidade de licitação, desde que evidenciada a natureza singular dos serviços. Tem natureza singular esses serviços quando por conta de suas características particulares, demandem para a respectiva execução não apenas habilidade legal e conhecimentos especializados, mas, também, ciência, criatividade e engenho peculiares, qualidades pessoais insuscetíveis de submissão a julgamento objetivo e por isso mesmo inviabilizadoras de qualquer competição.

-TCE-SP, TC nº 133.537/026/89, Rel. Cons. Cláudio Ferraz, em 29-11-95.

Licitação. Singularidade não caracterizada. Para se caracterizar a singularidade, os serviços não podem ser corriqueiros, comuns.

-TCE-SP, Rel. Cons. Cláudio Ferraz, *in Roque Citadini, ob.supra, pág. 179.*

Inexigibilidade de licitação. Notória especialização. Ainda que a contratada detenha conhecimentos técnicos necessários a caracterizá-la como notoriamente especializada, tal aspecto isoladamente não autoriza a celebração direta do ajuste, eis que a inexigibilidade licitatória, só se justifica quando conjugado a este requisito: o da singularidade dos serviços.

-TCE-SP, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt, obra cit. pág. 179.

Contrato. Inexigibilidade de licitação. Nulidade do contrato e multa.

É indispensável que os serviços técnicos sejam de natureza singular, assim não é bastante que o profissional tenha notória especialização.

-TCE-RJ, Rel. Cons. Humberto Braga, ob. cit. pg. 182.

Nesse aspecto o Colendo TCU tem fechado questão, inclusive nos casos de contratação de advogados ou escritórios de advocacia:

"Com fundamento no $ 2º do art. 1º da Lei 8.443/92 c/c o Enunciado 110 da Súmula de jurisprudência predominante nesta Corte de Contas, decide conhecer da presente consulta para responder que a contratação dos serviços técnicos profissionais especializados enumerados no art. 12 do Dec. Lei 2.300/

86, só será possível nos termos do art. 23, II, se os referidos serviços forem de natureza singular (não atuações rotineiras) e se o profissional possuir as qualificações notórias a que se refere o parágrafo único do mencionado art. 12."

-TCU, proc. TC-013.355.92.9, Rel. Min. Adhemar Paladini.

No corpo do referido acórdão, disse o emin. Min. Relator:

"O Tribunal, por ocasião do exame do TC nº 012.021.91.1, concernente à Representação formulada pela 6ª IGCE a respeito do contrato celebrado entre o IBAC e advogados particulares, entendeu que os serviços contratados não eram de natureza singular na especialização do contratado e que simples atuações em causas trabalhistas (fato analisado) ou serviços de rotinas não caracterizam a singularidade.

Neste processo, concluía a instrução da 9ª IGCE com a anuência do Sr. Diretor de Divisão Técnica e do Sr. Inspetor-Geral com a proposta de ser dada resposta ao consulente, com ênfase no Enunciado nº 110 da Súmula da Jurisprudência predominante no TCU, no sentido de que:

a) ...

b) a contratação dos serviços técnicos arrolados no art. 12 do Decreto-lei Nº 2.300/86, só será possível, nos termos do art. 23, II, se os serviços forem de natureza singular (não atuações rotineiras) e se o profissional possuir as qualificações notórias a que se refere o parágrafo único do mesmo art. 12."

No mesmo sentido decidiu o TCU no proc. TC-012.351.93.8-Representação, em caso que a EBCT contratara, sem licitação, o escritório de advocaciA Awwad & Awwad Advocacia e Consultoria S/C, pela irregularidade do contrato.

Veja-se, no caso supra, trecho do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União:

"No tocante à contratação do escritório AWWD & AWWD Advocacia e Consultoria s/c, para atuação na área trabalhista, mediante inexigibilidade de licitação, com fulcro na notória especialização do contratado, entendemos, também, não deva prosperar a argumentação da ECT, visto que para o caso em apreço, por sua natureza, faz-se necessária a licitação, como procuraremos demonstrar a seguir.

...

Adicionalmente, trazemos a lume a v. Decisão nº 342/93 do Plenário (cf TC 022.038.92.2, ata 33/93, sessão de 04-8-93, relator Min. BENTO BUGARIM), em reforço à convicção desta Corte, quanto à indispensabilidade de certame licitatório para a contratação de serviços advocatícios."

No mencionado parecer o estudioso Procurador cita farta doutrina e vários precedentes daquela Colenda Corte.

Novamente sobre contratação de advogados, o TCU se manifestou, resumindo toda a querela no voto do MIN.-SUBSTITUTO JOSÉ ANTÔNIO DE MACEDO, no proc. TC 019.522/94-0, decisão nº 438/96, DOU de 06-8-96, citado por Jorge Ulisses na obra retro, pág. 324:

> "Numa lapidar síntese da jurisprudência do TCU, sobre as questões tratadas neste sub-título, o Ministro-Substituto, José Antônio B. de Macedo, reportando-se ao voto do MIN. CARLOS ÁTILA, em precedente daquela Corte, registrou que "firmou-se o entendimento de que as contratações da espécie não são necessariamente ilegais, desde que efetivadas para serviços específicos, de natureza não continuada com características singulares e complexas, que evidenciam a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da entidade."

Mas o Colendo TCU tem mantido essa linha de raciocínio, mesmo depois do julgamento do RHC nº_____-Rondônia, pela 2ª Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, interpretado por alguns como chancela do Sumo Colégio à contratação por inexigilibilidade de licitação de todo e qualquer serviço advocatício, mercê das normas do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) e seu Código de Ética, os quais vedam a "mercantilização" no exercício daquele mister. Diz a Ementa:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO.
>
> I– Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público.
>
> II– Concessão de *habeas corpus* de ofício para o fim de ser trancada a ação penal.
>
> E no corpo do voto, diz o emin. Min. Relator CARLOS VELLOSO:
>
> Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor.

Tal decisório, quer nos parecer, considerou a espécie que tratara como serviço singular, tanto assim que na transcrição supra, ao comparar com o serviço médico aludiu a "delicada" cirurgia e não a uma cirurgia qualquer.

Depois dessa decisão do STF o TCU, num caso em que o SEBRAE-Sta.Catarina contratara, sem licitação, os serviços advocatícios do escritório "Kurtz, Pirajá Martins, Reis e Steil, Advocacia Associada" (proc. TC-650.148/96-7, sessão de 23-4-98, DOU 08-5-98), decidiu pela irregularidade da contratação, face a ausência do processo licitatório.

No corpo desse acórdão o Min. Adhemar Paladini, relator, diz a respeito do "fator confiança":

> Quanto aos argumentos utilizados pelo recorrente no sentido de que "a contratação de escritórios de advocacia ou de advogados decorre do fator "confiança" existente entre o contratante e o contratado", há que se registrar, preliminarmente, que a lei não previu tal hipótese (necessidade da confiança) como suficiente para a inexigibilidade do certame."

E, finalmente, cabe lembrar que ainda está em plena vigência, porque não cancelada e até referida em alguns julgados recentes, a SÚMULA 039 do TCU:

> **SÚMULA Nº 039 - TCU**
>
> A dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea "d" do art. 126, $ 2º, do Decreto-lei 200, de 25.02.67, só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Extrai-se do enunciado supra a característica de que a regra é licitar e que a contratação direta, por notória especialização (o que corresponde ao atual art. 25 da Lei 8666/93), só é permitida quando o serviço for inédito ou incomum, capaz de exigir um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos.

7. As reflexões supra, sobre o inquieto assunto, demonstram que a doutrina e a jurisprudência atual, inclinam-se pela exigência da licitação para a Administração Pública contratar serviços advocatícios, sempre que estes não tragam a marca da singularidade, porque rotineiros, ainda que seu executor tenha notória especialização, dado que esta, por si só, não autoriza a contratação direta.

E sinalizam ainda que, mesmo preenchidos esses dois requisitos (singularidade e notória especialização), se houver viabilidade de competição, licitar será imprescindível.

A mencionada decisão do STF, que tem sido interpretada por alguns como autorizadora da contratação direta de serviços advocatícios, mercê do Estatuto da Advocacia e seu Código de Ética, os quais vedam a sua mercantilização, reacende o debate.

Como compatibilizar o princípio constitucional da igualdade, traduzido na obrigação de licitar, aliado à regra geral de lei específica -nº8.666/93-, com as normas federais reguladoras do exercício da nobre profissão dos Advogados, é tarefa dos doutos, dos quais sempre fui atencioso ouvinte.

O DANO CAUSADO AO ERÁRIO POR PARTICULAR E O INSTITUTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Walton Alencar Rodrigues[1]

Não raras vezes tem sido o Tribunal de Contas da União confrontado com a instauração de Tomadas de Contas Especiais por órgãos e entidades da Administração Pública Federal contra particulares, não investidos da condição de agente público, que causaram dano ao Erário. Têm sido estes, dentre outros, os casos do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em relação a benefícios previdenciários fraudulentos, e da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em relação aos sócios das firmas detentoras de franquia da marca "Correios".

Temos defendido, em oportunidades várias, que o particular, pessoa estranha ao serviço público, *ainda que dolosamente cause dano ao Erário*, não está sujeito a figurar como sujeito passivo do processo de Tomada de Contas Especial, a menos que tenha agido em conluio com algum agente público. Em todas essas hipóteses, a nosso ver, não abrange, a jurisdição do Tribunal de Contas da União, o processo e o julgamento de tais particulares. Alías, tal entendimento não é novo, nem discrepa da antiga e pacífica jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União.

O processo de tomada de contas especial é o instrumento legal, posto à disposição dos Tribunais de Contas, com a finalidade de apurar a totalidade dos fatos lesivos ao Erário, identificar os responsáveis pelo dano e, quantificando-o, promover-lhe o ressarcimento. Sua instauração pode decorrer de ato de ofício de qualquer autoridade competente dos órgãos integrantes da Administração Pública, ou de expressa determinação do Tribunal de Contas da União. Suas conseqüencias extrapolam o mero ressarcimento ao Erário, para abranger efeitos de ordem política.

A questão é submetida novamente a debate em virtude das numerosas Tomadas de Contas Especiais, instauradas no âmbito de toda a Administração Pública, sobretudo no do INSS e da EBCT, contra particulares, causadores de dano, alheios a qualquer vínculo jurídico de ordem administrativa ou funcional com o serviço público.

A jurisprudência do TCU sobre o tema, demarcando as exatas fronteiras de sua jurisdição, foi reafirmada nos recentemente apreciados processos TC-550.150/97 e TC-550.229/97-3, relativos ao INSS, e TC-006.706/96-7, relativo à EBCT.

Nestes processos, reafirmou-se a tese de que exorbita a competência constitucional da Corte de Contas o julgamento de atos lesivos ao Erário, praticados sem o concurso de agente público. É o caso de irregularidade atribuível única e exclusivamente ao particular.

Na hipótese específica do INSS, vale ressaltar que a circunstância de o particular receber benefícios previdenciários ilícitos não lhe altera a situação jurídica pe-

1. Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU

rante a Administração Pública. Ele continua alheio ao conceito de agente público. No caso dos Correios, o vínculo de natureza meramente comercial, firmado com o particular, tal qual se estabelece na esfera empresarial privada, afasta a incidência do direito público sobre os contratos de franquia, descaracterizando-os como concessões de serviço público.

A jurisprudência do TCU sempre se orientou no sentido de que os particulares, que não tenham utilizado, arrecadado, guardado, gerenciado ou administrado dinheiros, bens ou valores públicos, ou pelos quais a União responda, não estão sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União, conforme preconiza o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, ainda existindo sobre o tema alguma controvérsia, cumpre aprofundar-lhe a análise para verificar se a Constituição Feferal de 1988 alterou significativamente o espectro da atuação deste Tribunal, para alcançar também os particulares, responsáveis por danos ao Erário, seja por ato ilícito, aferido exclusivamente na esfera cível, como o abalroamento de um veículo oficial, seja por atos apreciados tanto na seara cível, quanto na criminal, de que são exemplos as fraudes previdenciárias.

Antes da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do E. Tribunal de Contas da União era uníssona no sentido de o particular não estar sujeito à tomada de contas especial. Nesse sentido, o Ministro RUBENS ROSA asseverou, em moldes peremptórios:

> "Uma coisa é indiscutida, o particular não está sujeito a processo de tomada de contas especial julgado por este Tribunal." (TC-038.807/57, sessão de 4.9.57).

No mesmo diapasão, insere-se o processo que cuidava de clássico exemplo de particular que fraudou documentos oficiais para obter benefício previdenciário. Na oportunidade, o Tribunal decidiu dispensar a promoção de tomada de contas especial, em virtude da ausência de comprovação da participação de servidor do INPS na fraude, em conluio com o particular, conforme se extrai dos elucidativos relatório e voto do Ministro MÁRIO PACINI, em que também são citados outros precedentes, *in verbis*:

> "A Sra. Inspetora-Geral da 7ª IGCE, em seu Parecer Conclusivo esclarece:
>
> 'Não tendo sido apontada responsabilidade solidária entre servidor do INPS e o Sr. Antonio Carlos Gallego, pessoa estranha ao Serviço Público, somos, com base no decidido no processo retro mencionado TC-37.902/74 (Ata nº 20/79) e no TC-26.327/74 (Ata nº 04/75, página 8 e Anexo V), por que seja dispensada a remessa da tomada de contas especial do responsável, bem como por que, através da Secretaria de Controle Interno - MPAS, sejam solicitados àquele Instituto esclarecimentos sobre o resultado das providências adotadas com vistas ao ressarcimento do prejuízo causado aos seus cofres, conforme propõe a 2ª Divisão Técnica.'
>
> A douta Procuradoria está de acordo.

É o relatório.

Ante os precedentes apontados pela instrução; considerando que não ficou comprovada a participação de servidor do INPS na fraude; considerando, ainda, a disposição manifestada pelo responsável de recolher o débito desde que seja o mesmo parcelado (fls. 6), acolho os pareceres e VOTO por que seja dispensada a tomada de contas especial, sem prejuízo do pedido das informações sugeridas na instrução." (TC-010.493/82, Anexo V da Ata nº 57/82, Sessão de 3.8.82)

Verifica-se, portanto, que o E. Tribunal de Contas da União tem adotado o entendimento de que, como regra, o particular não está sujeito ao julgamento de contas, apreciadas em processos de tomada de contas especial, por danos causados, nesta qualidade, ao Erário.

A exceção ocorre quando ele pratica a irregularidade em conjunto com o servidor público. Nesse caso, a especial condição jurídica do servidor público a ele se transfere, e a necessidade de adequada apuração dos fatos determina a prorrogação da competência do Tribunal de Contas para todos os envolvidos. Essa orientação está cristalizada no Enunciado nº 186 da Súmula da jurisprudência desta Corte, *in verbis*:

"Súmula nº 186 - Consideram-se sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União os co-autores, embora sem vínculo com o serviço público, de peculato praticado por servidores - quer sejam ou não Ordenadores de Despesas ou dirigentes de órgãos - da Administração Direta ou Indireta da União e Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, pertencentes a qualquer outra entidade, que gerencie recursos públicos, independentemente da sua natureza jurídica e do nível quantitativo da sua participação no capital social. A juízo do Tribunal, atentas as circunstâncias ou peculiaridades de cada caso, os aludidos co-autores estão sujeitos à tomada de contas especial, em que se quantifiquem os débitos e se individualizem as responsabilidades ou se defina a solidariedade, sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, nas instâncias próprias e distintas."

Assim, a par de determinar a submissão de terceiros sem vínculo com o serviço público, no caso de irregularidade praticada em conluio com servidor público, o Enunciado, em uma interpretação *contrario sensu*, também consolida a tese de que, não existindo a participação de servidor público, o instituto da tomada de contas especial é inaplicável a particulares.

Vale ressaltar que esse Enunciado não sofreu alteração com o advento da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.443/92, estando, por conseguinte, em pleno vigor.

Mesmo diante da permanência intacta do referido Enunciado, cumpre cotejar os dispositivos constitucionais e legais anteriores com os vigentes na atualidade,

para verificar a ocorrência de modificação bastante para modificar o entendimento anterior.

A competência do Tribunal de Contas da União é constitucionalmente definida no âmbito do controle externo da atividade financeira, contábil e orçamentária dos órgaõs e entidades públicas federais, na forma estatuída no art. 70, da Constituição Federal, cujo parágrafo único dispõe:

> "Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública 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."

O art. 71, II, da Constituição Federal de 1988 atribuiu a competência de julgar contas ao Tribunal de Contas da União, estando vazado nos seguintes termos:

> "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
>
> I - (...);
>
> II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, **e** as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;" (destacado.)

Como o particular não administra nem é responsável por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta ou indireta, pode-se inferir que o fundamento constitucional para a instauração de eventual Tomada de Contas Especial seria a parte final do referido inciso II, que alude àqueles "*que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*".

De fato, essa atribuição, nos termos postos, não estava contemplada nos textos constitucionais pretéritos. A Carta de 1891 fazia referência somente à instituição de um Tribunal de Contas "*para liquidar as contas da receita e despeza (sic) e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso*" (art. 89). A de 1934 alçou a plano constitucional a função judicante, determinando o julgamento "*das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos*" (art. 99). Essa competência foi mantida inalterada na Constituição de 1937 (art. 114). Alargando o campo de atuação, a Constituição de 1946 conferiu ao Tribunal a competência de "*julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas*" (art. 77, II). Por sua vez, a Constituição de 1967, procurando estender a jurisdição a toda a administração indireta, retirou a expressão "entidades autárquicas", consignando a competência para "*julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos*" (art. 71). Por fim, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 manteve os mesmos termos anteriores (art. 70).

Sem embargo da ausência de expressa previsão constitucional, as diversas leis regulamentadoras da estrutura, competência e funcionamento do Tribunal de Contas da União sempre preconizaram a obrigação de instaurar o processo de Tomada de Contas Especial contra os causadores de prejuízo ao Erário.

Já em 1938, o Decreto-lei nº 426/38, em seu art. 19, § 2º, estipulava o seguinte:

> "Art. 19 - Estão sujeitos à prestação de contas e só por ato do Tribunal podem ser liberados de sua responsabilidade:
>
> § 1º - (...);
>
> § 2º - todos os funcionários públicos civis e militares, ou qualquer pessoa ou entidade, estipendiados pelos cofres públicos, *ou não*, que derem causa a perda, extravio ou estrago de valores ou de material da União, ou pelos quais seja esta responsável." (grifos nossos).

Essa redação foi mantida tanto na Lei nº 830/49 (art. 40, II) quanto no Decreto-lei nº 199/67 (art. 34, III), diplomas legais que precederam a atual Lei nº 8.443/92, cujo art. 1º, inciso I, repete a literalidade do comando do inciso II, do art. 71, da Constituição Federal.

Como se verifica, esse texto é bastante similar ao que se encontra atualmente estampado no art. 71, II, *in fine*, da Carta Magna, pois, à primeira vista, impõe a obrigação de prestar contas a todos os que causem prejuízo ao Erário.

Ora, se não houve substancial modificação dos dispositivos legais, tendo ocorrido somente a incorporação de norma infra-legal ao texto constitucional, não há razão para mudança de interpretação.

Com efeito, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, a competência institucional do Tribunal de Contas não se alterou para alcançar particulares, totalmente desvinculados da Administração Pública, causadores de prejuízos ao Erário.

A competência de julgar contas, prevista no inciso II do art. 71 da CF, há de ser interpretada em consonância com o disposto no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição, segundo o qual presta contas qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Verifica-se, portanto, que atos de particulares, não responsáveis pela guarda ou administração de bens públicos, ou de bens pelo quais seja a União responsável, são estranhos ao controle externo e, portanto, não se compreendem no âmbito da competência de julgar contas constitucionalmente atribuída ao Tribunal de Contas da União.

Dessa forma, observa-se que não obstante o instituto da Tomada de Contas Especial tenha o seu raio de abrangência definido pelo art. 71, II, da Constituição Federal, do modo o mais amplo possível, permenece limitado por sua natureza intrínseca de voltar-se para a atividade administrativa do Estado. A limitação é de

ordem ontológica da Tomada de Contas Especial e do próprio Tribunal de Contas da União.

Com efeito, não é qualquer dano ao Erário suficiente para determinar a instauração de Tomada de Contas Especial. Por exemplo: o particular, sem nenhum vínculo com a administração, abalroa culposamente, ou mesmo dolosamente, veículo oficial. Deverá ele sofrer as sanções cíveis e/ou penais compatíveis, sem sujeitar-se, entretanto, a ter suas contas julgadas pelo TCU, nos moldes previstos para o controle externo da Administração Pública federal.

O acolhimento de tese divergente da aqui exposta importaria em alargar ao extremo a competência do TCU, tornando-a discrepante de sua razão de ser, de sua natureza político-institucional, criando mecanismo administrativo de exceção para sancionar qualquer particular que provoque dano ao Erário.

De pronto, a adoção do entendimento de que qualquer dano ao Erário deve causar a instauração de Tomadas de Contas Especiais teria por corolário a necessidade imediata de aumentar toda a estrutura administrativa desta Corte, já que seria impossível processar e julgar todos os casos de fraudes previdenciárias e administrativas com a estrutura atual. Este entendimento implicaria também a duplicidade de controles, administrativo e judicial, sobre temas idênticos, com desperdício de recursos públicos.

Não se pode, ademais, olvidar que o julgamento pela irregularidade das contas implica sanções de natureza política e administrativa. Subjacente à questão patrimonial de recomposição do Erário, está o TCU habilitado a realizar, no processo de tomada de contas especial, uma amplíssima avaliação da conduta do responsável, podendo inabilitá-lo para o exercício de função pública, impor-lhe multa de até cem por cento do valor do débito, dar início a processo destinado a torná-lo inelegível, mediante a inclusão do seu nome em lista própria etc.

Demonstra-se, assim, que não obstante toda a amplitude do comando constitucional, a jurisdição do Tribunal de Contas da União concernente à competência para instaurar processos de Tomada de Contas Especial não abrange todo o universo de possibilidades de dano ao Erário. Há de existir sempre a condição de agente público no causador do dano à Administração Pública, ou sua ação em conluio com algum agente público, para justificar a intervenção do Tribunal de Contas da União, tese que, a nosso ver, melhor atende os interesses da Administração Pública e da coletividade em geral.

ACÓRDÃOS E DECISÕES DO TCU

BACEN - RESGATE DAS CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDAS A FUNDO DE PREVIDÊNCIA
Pedido de Reexame

Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva

GRUPO II – CLASSE I – PLENÁRIO

TC-014.094/97-5 (com 03 volumes)
Natureza: Pedido de Reexame
Entidades: Banco Central do Brasil e Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus
Interessados: Gustavo Henrique de Barroso Franco (Presidente do Bacen) e Silvio Rodrigues Alves (Diretor-Presidente da Centrus).

Ementa: Pedido de Reexame da Decisão nº 825-TCU-Plenário, na parte relativa à determinação, ao Banco Central do Brasil - Bacen e à Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus, no sentido de não efetuar ou suspender, se for o caso, o pagamento, aos servidores do Banco, do resgate das contribuições recolhidas, em razão de sua desvinculação com a Centrus. Conhecimento. Reencaminhamento dos autos para propiciar fiscalização mediante acompanhamento. Orientação às Unidades Técnicas. Encaminhamento da Decisão e dos Relatório e Voto que a fundamentam aos recorrentes.

RELATÓRIO

Os presentes autos originaram-se de REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO LIMINAR oferecida pelo Sr. Subprocurador-Geral, Dr. Lucas Rocha Furtado apreciada por este Tribunal na Sessão de 26/11/1997, quando foi adotada a Decisão nº 825/97-TCU-Plenário (fl. 13 do TC principal).

Motivou a iniciativa a notícia de que do patrimônio da Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus, composto de aproximadamente R$ 4 bilhões em junho de 1997, R$ 3 bilhões seriam rateados entre o Banco Central do Brasil e seus funcionários na proporção de suas respectivas contribuições, ou seja na razão de 2/3 e 1/3 respectivamente, sendo que R$ 1 bilhão seria destinado ao custeio das aposentadorias e pensões ocorridas até 31 de dezembro de 1990.

Recorde-se, por oportuno, que tal rateio patrimonial, à época disciplinado pela MP nº 1535, edição de 09/10/1997 (*in* DOU de 10/10 subseqüente), decorreu de Decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao apreciar, em 29/08/1996, a ADIn nº 449-2, declarou a inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90, que excluía os servidores do Banco Central do Brasil do regime estatutário. Tendo em vista o

enquadramento dos servidores no RJU, tornou-se necessário o recolhimento das contribuições devidas ao Plano de Seguridade Social do Servidor - PSS desde 01/01/1991, e os mesmos desvincularam-se do sistema previdenciário do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, do sistema fechado de complementação previdenciária da Centrus, deixando também de se beneficiar do FGTS. Daí as restituições das quantias recolhidas àquela entidade pelos servidores e pelo BACEN a partir daquela data, na exata proporção dos recolhimentos por eles (empregados e BACEN) efetuados.

Naquela assentada, de 26/11/1997, ao conhecer da Representação acima referida, o Tribunal decidiu, *verbis*:

> "8.1 conhecer da presente Representação, formulada pelo Subprocurador-Geral junto a este Tribunal, para considerá-la procedente;
>
> 8.2 determinar ao Banco Central do Brasil e Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus que não efetuem ou suspendam, se for o caso, o pagamento aos servidores do aludido Banco do resgate das contribuições, em razão da retirada deles da Entidade Fechada de Previdência Privada, até que o Tribunal decida sobre a regularidade e legalidade do critério de repartição adotado para o referido resgate;
>
> 8.3 determinar à 7ª Secex que proceda, com a urgência que o caso requer, estudo da matéria consignada na supramencionada Representação e ofereça pronunciamento conclusivo sobre a regularidade e legalidade do critério de repartição das 'reservas e benefícios a receber', bem como sobre o acerto de contas com o Plano de Seguridade Social do Servidor."

À falta de dados para realizar tal estudo, e considerando os dispositivos da legislação que rege a matéria (Medida Provisória nº 1535, regulamentada pelo Decreto nº 2273, de 14/07/1997), a Unidade Técnica, "*com vistas a oferecer os pronunciamentos conclusivos*", requisitou esclarecimentos no sentido de que o BACEN e a Centrus (fls. 22/23 e 26/28):

> "a) apresentem:
>
> a.1) o demonstrativo da fração patrimonial referida no art. 14 da MP mencionada;
>
> a.2) a relação e o valor das contribuições vertidas à Entidade Fechada de Previdência Complementar pelo patrocinador e pelos participantes, ano a ano, a partir do ano de criação da Centrus;
>
> b) comprovem:
>
> b.1) a efetiva conclusão do acerto de contas com o Plano de Seguridade Social do Servidor, em observância ao art. 21 da MP nº 1.535, condição essencial para a implementação do disposto nas alíneas 'a' e 'b' do § 3º do art. 14 da mesma norma, ambos regulamentados pelo Decreto nº 2.273/97;

b.2) a inexistência, ou se for o caso, a realização de saques de saldos constituídos por depósitos efetuados pelo Banco Central do Brasil, de competência após 31 de dezembro de 1990, em data posterior à edição da referida MP, por parte dos servidores ativos e inativos, ex-servidores, bem como os sucessores de servidores, de acordo com o § 3º do art. 21 da MP nº 1.535."

Adicionalmente, requereu a manifestação do INSS a respeito do acerto de contas entre ele, o Instituto, e a Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus, previsto no art. 21 da MP nº 1.535.

No decorrer do cumprimento da diligência, da qual resultaram os elementos constantes dos volumes II e III, o BACEN e a Centrus impetraram recurso contra a Decisão deste Tribunal, visando ao seu reexame.

II

De início os recorrentes discorrem sobre a natureza jurídica da Centrus e dos aportes financeiros a ela carreados mediante contribuições, o mecanismo de transferência desses recursos do patrocinador à patrocinada, por força do qual, entendem, transformaram-se em recursos "evidentemente privados" com o fim específico de custear benefícios previdenciários também de caráter privado. A seguir, referem-se à Decisão do E. STF, de 29/08/1996, e sua incidência sobre a situação funcional dos servidores, colocando-os sob o regime jurídico instituído pela Lei nº 8.112/90, ao declarar a inconstitucionalidade do seu art. 251. Com isso, os servidores passaram a ter a aposentadoria paga pelos cofres públicos, ficando a Centrus, conseqüentemente, desobrigada de honrar os benefícios contratados. Ante a situação *sui generis* em que ficaram esses servidores, o Governo Federal editou a Medida Provisória acima referida que "*dispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil, e dá outras providências*".

A seguir, os impetrantes registram as razões recursais, cuja parte principal, para conhecimento deste Plenário, permito-me transcrever (fls. 03/08 do volume I):

"Do critério de repartição das reservas e benefícios a receber

O resgate das contribuições objeto da decisão ora impugnada encontra-se disciplinado na Medida Provisória nº 1.535, desde a edição publicada em 14.07.97, nos seguintes termos:

'*Art. 14. (...)*

§ 3º A fração patrimonial da Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus, correspondente às 'reservas de benefícios a conceder' relativas aos participantes incluídos no regime Jurídico Único, no volume global das reservas, *será dividida* na razão do custeio de sua formação até 6 de setembro de 1996, *por parte do patrocinador e de cada participante*, observado o seguinte:

a) da parcela da fração patrimonial decorrente das contribuições do patrocinador serão deduzidos e devolvidos ao Banco Central do Brasil, por ocasião do acerto de contas previsto no art. 21 desta Medida Provisória, os valores relativos às contribuições realizadas desde 1º de janeiro de 1991, incluída a rentabilidade patrimonial correspondente;

b) da parcela da fração patrimonial decorrente das contribuições dos participantes, nominalmente identificada, serão deduzidos e devolvidos aos respectivos titulares, por ocasião do acerto de contas previsto no art. 21 desta Medida Provisória, os valores relativos às contribuições individuais realizadas desde 1º de janeiro de 1991, incluída a rentabilidade patrimonial correspondente;

c) a parcela remanescente da fração patrimonial decorrente das contribuições do patrocinador será administrada pela Fundação Banco Central de Previdência Privada – Centrus, para custeio de aposentadorias e pensões concedidas com base na Lei nº 8.112, de 1990, na forma em que vier a dispor o regulamento;

d) a parcela remanescente da fração patrimonial decorrente das *contribuições dos participantes será liberada aos respectivos titulares*, a partir da edição do regulamento a que se refere o art. 21 desta Medida Provisória, *em até doze parcelas* mensais consecutivas, de acordo com as disponibilidades financeiras da instituição, ou, a critério dos servidores, mantida, total ou parcialmente, sob a administração do Centrus, com a finalidade de obtenção de benefícios no sistema de contribuição definida, a serem estabelecidos por essa entidade de previdência privada, *com base exclusivamente em contribuições dos participantes.*' (destacou-se).

8. Como não poderia deixar de ser, em cumprimento ao comando legal transcrito, os recursos disponibilizados aos participantes da Centrus são exclusivamente oriundos de contribuições pessoais, com origem em deduções de salários, tratando-se, portanto, de valores totalmente privados.

9. Os cálculos atuariais referentes ao processo de repartição proporcional das contribuições, entre participantes e patrocinador, foram levados a efeito pela Atuária Marília Vieira Machado da Cunha Castro (MIBA 351), integrante dos quadros da empresa ATUAS – Atuários Associados S/C, que presta serviços, dentre outras entidades, à Centrus e à Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ. Para certificar-se da consistência de tais cálculos, a Centrus contratou os serviços do Sr. Ivan Sant'ana Ernandes, conceituado profissional dessa área de atuação.

10.Quanto ao aspecto técnico da questão, para evitar que equívocos sejam cometidos, cabe esclarecer que a Centrus, em cumprimento ao disposto na mencionada Medida Provisória nº 1.535-12/97, apurou as reservas individu-

ais de benefícios a conceder, tendo sempre como parâmetros as normas expedidas pela Secretaria de Previdência Complementar e pelo Instituto Brasileiro de Atuária.

Por se tratar de 'plano de benefício definido' na forma que sempre constou do Regulamento do Plano Básico de Benefícios da Centrus, que constitui contrato entre as partes (Patrocinador, Fundação e Participante), as reservas foram calculadas de acordo com esse modelo previdenciário, ou seja, apurando-se a diferença entre o valor atual dos compromissos futuros (benefícios) e o valor atual das contribuições futuras (custeio).

As reservas acima mencionadas foram, na forma definida na Medida Provisória nº 1.535/97, divididas entre o patrocinador e cada participante, na razão do custeio de cada um deles.

A razão genérica utilizada foi de 1/3 (um terço) para o participante e 2/3 (dois terços) para o patrocinador, uma vez que a divisão do custeio ao longo do tempo obedeceu essa relação, conforme se pode aferir do mapa analítico das contribuições vertidas à Centrus (doc. I).

Essas operações resultaram na contabilização, em favor de cada parte, dos valores a ela atribuídos, conforme se vê do 'Demonstrativo da Fração Patrimonial' – Medida Provisória nº 1.535/97 (doc. II), onde encontra-se consignado o total do patrimônio repartido, o valor de cada parcela e o montante que já foi contabilizado em nome do Banco Central, a título dos 2/3 (dois terços) de sua propriedade.

Por sua vez, cumpre esclarecer que o Banco Central não está realizando qualquer pagamento, sendo certo que a parcela desta Autarquia vem sendo administrada pela Fundação, em consonância com expressa previsão de ordem legal (art. 14, § 3º, alínea c, da Medida Provisória nº 1.535/97).

A fração patrimonial titularizada pelo Banco Central, e detida pela Centrus, não foi movimentada (aguarda regulamentação específica), não se confundindo com quaisquer outras rubricas e terá remuneração pela rentabilidade integral da Centrus.

Do acerto de contas com o plano de seguridade social do servidor

No que tange ao acerto de contas com o Plano de Seguridade Social do Servidor, o Decreto nº 2.273, de 14/07/97, regulamentou os arts. 14 e 21 da mencionada Medida Provisória nº 1.535/97, nos seguintes termos:

> 'Art. 1º - O Banco Central promoverá, até 31 de julho de 1997, na forma deste Decreto, os acertos previstos no art. 21 da Medida Provisória nº 1.535-7, de 11 de julho de 1997, com base nos levantamentos por ele realizados, referentes aos valores:

(...)

IV- das contribuições pessoais que deveriam ter sido recolhidas em nome de seus servidores ao Plano de Seguridade Social do Servidor – PSS, desde 1º de janeiro de 1991;

(...)

§ 1º - Todos os valores apurados na forma prevista neste artigo serão atualizados até a efetivação dos respectivos acertos, em conformidade com a legislação e a regulamentação específicas vigentes durante o período.

(...)

Art. 2º - Os servidores ativos e inativos, nos valores de responsabilidade de cada um, *indenizarão o Banco Central, na forma prevista no § 1º do art. 46 da Lei nº 8.112, de 1990,* pela diferença entre os montantes dos recolhimentos não efetuados para o Plano de Seguridade Social do Servidor – PSS e os efetivamente realizados para o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, apurados de acordo com os incisos II e IV deste Decreto.' (destacou-se)

Como se vê, dois são os comandos legais extraídos dos artigos acima transcritos. O primeiro, que é direito do servidor, ainda que disponível, ressarcir o Tesouro, se e quando for o caso, de forma parcelada, sem ter cogitado o ordenamento legal de outras formas de compensações a não ser com verbas vinculadas ao INSS. O segundo, traduz o direito do Estado de promover a cobrança de possíveis diferenças de verbas previdenciárias, via folha de pagamentos ou de proventos de aposentadorias, dos sujeitos passivos de tais obrigações.

A esse respeito, a Lei nº 8.112/90, dispõe:

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

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

Ainda a guisa de esclarecimentos, cumpre ressaltar que o acerto de contas envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e o Plano de Seguridade Social – PSS está dependendo apenas da prestação de informações, tanto por parte do INSS quanto do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que permitam a atualização dos valores históricos, de responsabilidade do Banco Central, já levantados. A propósito, houve solici-

tação formal desses dados aos mencionados órgãos, conforme correspondências anexas (docs. III a VI).

Entretanto, pelos levantamentos já efetuados, os valores concernentes às cotas patronais, recolhidos a maior à Previdência Social, superam largamente as contribuições não vertidas pelo Banco Central e seus servidores em favor do Plano de Seguridade Social no período de 1991/96, sendo, portanto, o saldo favorável a Autarquia, que o compensará frente a contribuições futuras ao PSS a que está obrigada.

Por sua vez, os servidores suportarão as parcelas de sua responsabilidade, na forma prevista na Medida Provisória nº 1.535 e no Decreto nº 2.273, tão logo concluídos os respectivos cálculos, o que somente será possível com os dados já solicitados ao INSS e ao Mare.

Dessa forma, como se observa das razões expostas e dos documentos apresentados em anexo, o critério de repartição das reservas e benefícios a receber, bem como o acerto de contas com o Plano de Seguridade Social do Servidor, revestem-se de plena legalidade e regularidade, não havendo a mínima possibilidade de ocorrência de prejuízos ao Erário, ainda que eventualmente.

Informações adicionais

Apesar de não ter sido objeto da mencionada Decisão nº 825/97, desse Tribunal, é relevante assinalar, ainda, que:

a) a Centrus já apurou as reservas de que trata o art. 22 da Medida Provisória nº 1.535, estando o acerto de contas dependendo da conclusão da respectiva auditoria atuarial contratada por esta Autarquia, o que está previsto para breve. A responsável pelos trabalhos é a Srª Noêmia de Queiroz Vasquez, profissional qualificada para a execução de serviços da espécie;

b) eventuais questionamentos de servidores, relativamente aos critérios técnicos adotados pela Centrus para rateio, entre os participantes, da fração patrimonial que lhes cabe (1/3), não acarretam qualquer risco para os interesses da União, razão pela qual este Banco Central não se ocupará do seu exame.

Por todo o exposto, requerem os suplicantes o REEXAME da aludida decisão do Plenário desse Tribunal de Contas da União, via do presente PEDIDO, que há de ser recebido com efeito SUSPENSIVO, por força do contido no art. 48 da Lei nº 8.443/92 e no art. 233 do Regimento Interno dessa Egrégia Corte de Contas."

III

Ao analisar a peça recursal, o informante de fls. 23/28 conclui no sentido de que a mesma seja conhecida, mas que lhe seja negado provimento, mantendo-se nos seus exatos termos o Acórdão nº 825/97-TCU-Plenário. Propõe, ademais, a remessa dos autos à 7ª Secex para a ultimação do estudo determinado, e comunicação da decisão a ser tomada aos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus.

A Titular da 10ª Secex entende que "*assiste razão aos recorrentes quando afirmam que o pagamento dos créditos dos servidores do BACEN junto à Centrus não está vinculado à satisfação dos respectivos débitos junto ao Plano de Seguridade do Servidor - PSS*", porque "*as normas aplicáveis à espécie em nenhum momento determinam compensação de débitos e créditos perante as entidades previdenciárias envolvidas (INSS, Centrus e PSS)*". Assegura que seria inviável para o Estado dispor dos recursos dos servidores junto à Centrus, por se tratar de recursos privados, esclarecendo que, ao regular a matéria, o Decreto nº 2.273/97 estabeleceu que o INSS deve repassar ao PSS o montante das contribuições pessoais dos servidores e o das cotas patronais recolhidas pelo Banco Central do Brasil (art. 5º), ficando o Banco obrigado a repassar ao PSS a diferença entre as contribuições patronais e pessoais que lhe deveriam ter sido pagas e o aporte proveniente do INSS (art. 3º), respondendo os servidores, perante o BACEN, pelas contribuições que lhes cabem na forma do § 1º, do art. 46, da Lei nº 8.112/90 (art. 2º).

Com relação ao critério de repartição do patrimônio da Centrus, consistente na razão do custeio, até 06/09/1996, da formação da parcela a ser dividida, entende não haver dúvida sobre sua legalidade, porquanto está de acordo com o que dispõe o § 3º, do art. 14 da MP nº 1535, *verbis*:

> "A fração patrimonial da Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus, correspondente às 'reservas de benefícios a conceder' relativas aos participantes incluídos no Regime Jurídico Único, no volume global das reservas, será dividida na razão do custeio de sua formação até 6 de setembro de 1996, por parte do patrocinador e de cada participante (...) "

Considerando o teor desse dispositivo, que não depende de exercício de interpretação, e que a diligência promovida pela 7ª Secex "*não tem por objeto o exame do critério*", a Srª Secretária da 10ª Secex conclui que o Tribunal pode, já no ensejo do julgamento do presente pedido de reexame, "*declarar a legalidade do critério em comento*".

De outra parte, no tocante ao momento e ao fator condicionante da devolução dos valores das contribuições aos seus titulares, entende que a MP nº 1.537/97 *"vinculou, ao menos temporalmente, o pagamento dos créditos dos servidores à ultimação do acerto de contas entre todas as entidades financeiramente afetadas pela inclusão dos servidores do BACEN no RJU"*, a teor do disposto na letra "b", do § 3º, daquela norma legal, *verbis*:

"Art. 14 (...)

§ 3º (...)

a) (...)

b) da parcela da fração patrimonial decorrente das contribuições dos participantes, nominalmente identificada, serão deduzidos e devolvidos aos respectivos titulares, por ocasião do acerto de contas previsto no art. 21 desta Medida Provisória, os valores relativos às contribuições individuais realizadas desde 1º de janeiro de 1991, incluída a rentabilidade patrimonial correspondente."

Assim, dissentindo em parte da instrução (fls. 23/28), propõe seja o pedido de reexame:

"conhecido e parcialmente provido, declarando-se a legalidade do critério de rateio da parcela patrimonial da Centrus a ser distribuída em virtude da submissão dos servidores do Banco Central ao RJU e determinando-se ao Banco Central do Brasil e à Centrus, com fundamento no art. 14, § 3º, 'b', da Medida Provisória nº 1.537/97, que não efetuem tal pagamento ou o suspendam, se for o caso, até que seja concluído o acerto de contas de que trata o art. 21 da referida MP".

O Ministério Público, pelas razões que expõe (inciso IV de fls. 33/35), manifesta-se, *verbis*:

"a) seja conhecido do presente recurso para negar-lhe provimento, reiterando-se ao Banco Central e à Centrus a determinação de suspender a devolução aos servidores da parcela das 'reservas de benefícios a conceder' que lhes foi atribuída até que o Tribunal decida sobre a regularidade do critério adotado na divisão entre Patrocinadora e servidores daquela fração do patrimônio da Entidade de Previdência;

b) seja acrescida determinação à Centrus para que distinga em suas demonstrações contábeis as parcelas das 'reservas de benefícios a conceder' cabíveis a cada uma das partes de acordo com o período das contribuições que lhe deram origem – até 31.12.90 e a partir de 1º.01.91 – nos termos das alíneas 'a' até 'd', do § 3º, do art. 14 da Medida Provisória nº 1.535;

c) sejam os autos remetidos à 7ª Secex a fim de que prossiga na análise da regularidade do critério de rateio das 'reservas de benefícios a conceder' entre Patrocinadora e servidores, atentando para a aparente incoerência entre o que determinam a alínea 'c', do § 3º, do art. 14 da Medida Provisória nº 1.535 e o art. 7º do Decreto nº 2.273/97."

É o Relatório.

VOTO

Registre-se, de início, que, a rigor, a apreciação do presente Pedido de Reexame dependeria da prévia avaliação e conclusão, por este Tribunal, dos estudos determinados no item 8.3 da Decisão recorrida, de nº 825/97-TCU-Plenário. Todavia, sem embargo dos pareceres conclusivos constantes do Relatório supra, unânimes quanto à preliminar de conhecimento mas divergentes quanto ao mérito, e das razões subjacentes que eventualmente o assunto possa sugerir, apresento aos eminentes Pares sugestão que julgo mais apropriada ao feito, pelas razões que passo a registrar e, que, se aceitas, levarão a encaminhamento diferente do imprimido à espécie quando daquela deliberação.

II

Tal como ressaltam as próprias entidades recorrentes, o Ministério Público agiu, sem dúvida, nos limites de sua competência e no estrito cumprimento do dever que lhe impõe o art. 81, inciso I, da Lei nº 8.443/92, quando comunicou, sob a forma de Representação, notícia que, à primeira vista, se concretizada, poderia, ao ver daquele órgão jurídico, trazer riscos de prejuízo ao Erário, por cujos interesses, consubstanciados nas normas pertinentes, cabe-lhe velar.

Não obstante a cautela que orientou a gênese destes autos, não há negar que a medida, bem como a decisão recorrida, foram adotadas no pressuposto de que o ressarcimento seria ou estaria sendo feito com base em critérios prejudiciais ao Erário. É o que explicitam os dois parágrafos fundamentais das justificativas do Sr. Subprocurador, *verbis*:

> "Considerando que a contribuição da patrocinadora, na hipótese o Banco Central do Brasil, é, em regra, duas vezes a contribuição dos funcionários, aparentemente poder-se-ia ter como justo o critério de repartição, na proporção traçada pela matéria jornalística supra-referida.
>
> Entretanto, essa questão, isto é, a justeza, a regularidade e a legalidade desse critério de repartição do patrimônio é que se pretende elucidar por meio desta representação, a fim de prevenir eventual prejuízo à União."

Verifica-se que a Decisão tomada sobre o assunto, de caráter imperativo, eis que no sentido de "*não pagar*" ou "*suspender os pagamentos*", foi embasada exclusivamente em notícias veiculadas na imprensa. Em casos como tal, o procedimento mais indicado – e o Tribunal assim o tem feito reiteradamente – é apurar preliminarmente a procedência das notícias, aferindo até que ponto são elas verídicas, ou se constituem apenas indícios a serem obrigatoriamente objeto de diligências, inspeções ou auditorias para, aí sim, numa segunda etapa, decidir de forma coerciva ou imperativa, se for o caso.

Em que pese as ponderáveis razões que conduziram àquela iniciativa, nota-se agora, mediante as informações apresentadas pelos recorrentes – Presidentes do

BACEN e da Centrus – , que "*o Banco Central não está realizando qualquer pagamento, sendo certo que a parcela desta Autarquia vem sendo administrada pela Fundação, em consonância com expressa previsão de ordem legal (art. 14, § 3º, alínea 'c', da Medida Provisória nº 1.535)*", e que "*a fração patrimonial titularizada pelo Banco Central, e detida pela Centrus, não foi movimentada (aguarda regulamentação específica), não se confundindo com quaisquer outras rubricas e terá remuneração pela rentabilidade integral da Centrus*" (itens 15 e 16 do Recurso).

Cotejando os dois últimos itens acima, conclui-se que as circunstâncias levaram este Tribunal a adotar, de certa forma, postura que mais se enquadra na modalidade de controle prévio, exercitando como que um "*pré-julgamento*" , na medida em que buscou impedir ou coibir a realização de uma possível futura despesa, no pressuposto de que seria feita de modo ilegal ou irregular.

Ademais, não se pode olvidar que foram baixadas normas a serem seguidas pelos dirigentes das Instituições, a MP nº 1.535/97, atual Lei nº 9.650, de 27 de maio último, e o Decreto nº 2.273/97, que disciplinam o assunto, cujo teor não cabe a esta Corte contestar, haja vista suas competências constitucionais e legais.

III

Diante do acima exposto, entendo, como dito inicialmente, que o Tribunal deva dar novo encaminhamento ao feito, sobretudo considerando que, por coerência, e com muito maior razão, porquanto envolve maior quantia, a restituição da parcela de aproximadamente R$ 2 bilhões (art. 14, § 3º, inciso I da supracitada Lei nº 9.650/98) ao Banco Central do Brasil não deve passar ao largo da ação do Controle Externo, devendo, conseqüentemente, de igual modo ser acompanhada por esta Corte de Contas, o que por si só justifica a revisão da decisão nº 825/97-TCU-Plenário para que ali seja contemplada essa providência. Da mesma forma e pelo mesmo motivo considero pertinente e salutar o acompanhamento do acerto de contas, a ser procedido nos termos do art. 21 da referida lei, entre as partes e as entidades ali indicadas.

Enfatize-se, por oportuno, que, em se adotando nova sistemática de fiscalização, qual seja mediante acompanhamento em processo específico ou mesmo nas contas do Banco Central do Brasil e das entidades relacionadas no art. 21 da já mencionada norma legal, esta Corte terá igualmente o ensejo de, na hipótese de haver inobservância das normas que regem a restituição tanto aos servidores quanto à Instituição, avaliar os reflexos de eventuais irregularidades nas prestações de contas a serem apresentadas e de adotar as medidas pertinentes, inclusive a instauração de Tomada de Contas Especial visando ao ressarcimento. Essa última, obviamente, se no curso das verificações ficar evidenciado dano ou prejuízo ao Erário.

Assim, ante o exposto e considerado, e para que a ação desta Corte seja plena e seguramente desenvolvida, e que se circunscreva nos limites de suas competências legal e constitucional, proponho que este Tribunal reveja a decisão recorrida para torná-la insubsistente em seu item 8.2, devendo a 7ª Secex dar continuidade aos estudos determi-

nados (item 8.3) porquanto serão úteis ao necessário acompanhamento das questões aqui abordadas. Tudo sem prejuízo do acompanhamento acima sugerido.

Destarte, VOTO por que o Tribunal de Contas da União adote a DECISÃO que ora submeto ao Plenário.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator.

Trata-se de representação formulada por este representante do Ministério Público e posterior pedido de reexame interposto pelo Banco Central do Brasil e pela Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS contra a Decisão n.º 825/97 - TCU - Plenário.

A representação foi motivada por notícia publicada no Correio Braziliense de 12.10.97 intitulada "Funcionários do Banco Central vão repartir cerca de R$ 1 bilhão". De acordo com a matéria, o patrimônio total da CENTRUS, em junho de 1997, era de aproximadamente R$ 4 bilhões. Destes, R$ 1 bilhão continuaria sustentando as aposentadorias e pensões ocorridas até 31 de dezembro de 1990 e R$ 3 bilhões seriam repartidos entre a União e os funcionários, na proporção de 2/3 e 1/3 respectivamente.

Conhecendo da representação, o Plenário deste Tribunal, pela Decisão citada, determinou ao Banco Central e à CENTRUS que não efetuassem ou que suspendessem o pagamento correspondente ao resgate das contribuições dos servidores do Banco em razão de sua saída compulsória da Entidade de Previdência até que o Tribunal aprecie a legalidade e a regularidade do critério adotado para repartição do patrimônio entre o Patrocinador e os servidores. Foi ainda determinado à 7ª SECEX que procedesse a estudo conclusivo sobre aquele critério bem como sobre o acerto de contas com o Plano de Seguridade Social do Servidor.

II

Em sua instrução inicial, a 7ª SECEX manifesta seu entendimento no sentido de que a retirada compulsória de participantes da CENTRUS - decorrente da declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do art. 251 da Lei n.º 8.112/90 - constitui situação nova, normatizada pela Medida Provisória n.º 1.535, que foi regulamentada pelo Decreto n.º 2.273, não se aplicando ao caso as normas anteriores, especialmente o art. 8º do Regulamento do Plano Básico de Benefícios da CENTRUS (volume inicial, fl. 21, itens 7 a 9).

Ressalta que o § 3º da MP 1535 não explicita o valor da proporção das contribuições efetuadas pelo patrocinador e pelos participantes, embora es-

tabeleça que "a fração patrimonial da Fundação Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS, correspondente às 'reservas de benefícios a conceder' relativas aos participantes incluídos no Regime Jurídico Único, no volume global das reservas, será dividida na razão do custeio de sua formação até 6 de setembro de 1996, por parte do patrocinador e de cada participante".

Em decorrência disso, a Unidade Técnica conclui que, embora não reste dúvida quanto à regularidade e legalidade do critério de repartição das reservas no que tange ao recebimento pelos servidores da rentabilidade patrimonial, é necessário que o Banco Central e a CENTRUS comprovem a existência da relação 2/3 e 1/3, entre União e os servidores, conforme a notícia veiculada pela imprensa, tendo em vista não ter a Autarquia contestado tal informação.

Ao final, a 7ª SECEX propõe a realização de diligência ao Banco Central e à CENTRUS a fim de que apresentem o demonstrativo da fração patrimonial referida no art. 14 da mencionada Medida Provisória, a relação e o valor das contribuições vertidas à Entidade Fechada de Previdência Complementar pelo Patrocinador e pelos participantes e comprovem a efetiva conclusão do acerto de contas previsto no art. 21 da MP, a inexistência ou a relação dos saques ao FGTS posteriores à edição da MP n.º 1535. Propõe ainda diligência ao INSS a fim de que o Instituto se manifeste sobre o acerto de contas com a CENTRUS, previsto no art. 21 da MP.

Em resposta à diligência promovida por meio dos ofícios de fls. 27 e 28 do volume inicial, foram encaminhados os documentos que passaram a constituir os volumes II e III destes autos. Antes que aquelas peças fossem analisadas, CENTRUS e Banco Central interpuseram recurso conjunto, o que ensejou a remessa dos autos à 10ª SECEX.

III

O Pedido de Reexame foi analisado pela 10ª SECEX às fls. 23/28 e 29/31, em pareceres parcialmente divergentes.

O analista encarregado da análise às fls. 23/28 entende ser correta a utilização da razão genérica de custeio prevista no § 3º do art. 14 da MP n.º 1.535 e terem direito os servidores à rentabilidade patrimonial incorporada à fração a ser distribuída, afastando a aplicação ao caso da legislação anterior (fl. 25, item 3.8).

Ressalta que para definição da razão entre a contribuição do patrocinador e a dos servidores - que serve de parâmetro para divisão das "reservas de benefícios a conceder" - deveriam ser excluídos da contribuição dos participantes os montantes já sacados pelos funcionários que se retiraram do plano. Contudo, no entendimento do analista, a Medida Provisória não previu o expurgo de tais resgates (fl. 25, item 3.9).

Considerando que o acerto de contas previsto no art. 21 da Medida Provisória é condição indispensável para que a CENTRUS repasse aos servidores as parcelas que lhe cabem, propõe que o Tribunal conheça do recurso, negando-lhe provimento

e que os autos sejam encaminhados à 7 ª SECEX para que conclua o estudo determinado pelo item 8.3 da Decisão recorrida (fls. 27/28).

A titular da Unidade, divergindo parcialmente do posicionamento do analista, propõe seja o recurso conhecido e parcialmente provido, "declarando-se a legalidade do critério de rateio da parcela patrimonial da CENTRUS a ser distribuída em virtude da submissão dos servidores do Banco Central ao RJU e determinando-se ao Banco Central do Brasil e à CENTRUS, com fundamento no art. 14, § 3º, "b", da Medida Provisória n.º 1.535/97, que não efetuem tal pagamento ou o suspendam, se for o caso, até que seja concluído o acerto de contas de que trata o art. 21 da referida MP" (fl. 31, item 9).

Fundamenta sua proposta argumentando que, "conforme a 7ª SECEX já havia salientado, não há dúvida sobre a legalidade do critério de repartição do patrimônio da CENTRUS, consistente na razão do custeio da formação da parcela a ser dividida até 6 de setembro de 1996, em virtude de expressa previsão do § 3º do art. 14 da MP n.º 1.535" (fl. 30, item 7).

Concorda com o analista, contudo, que o art. 14, § 3º, "b" da Medida Provisória vincula o pagamento aos servidores ao acerto de contas previsto no art. 21 (fl. 30, item 8.1).

IV

Conquanto, por força do que dispõe o *caput* do § 3º do art. 14 da Medida Provisória n.º 1.535, esteja evidenciado o direito dos servidores do Banco Central à rentabilidade patrimonial incorporada às "reservas de benefícios a conceder", não resta dúvida de que o pagamento aos servidores da parcela a que se refere a alínea "b" do mesmo dispositivo está condicionado ao acerto de contas previsto no art. 21 da Medida Provisória.

Não é correta a interpretação dos artigos 1º e 2º do Decreto n.º 2.237, de 14.07.97, apresentada pelos recorrentes no item 18 de seu Pedido de Reexame (fl. 6) no sentido de que "é direito do servidor, ainda que disponível, ressarcir o Tesouro, se e quando for o caso, de forma parcelada, sem ter cogitado o ordenamento legal de outras formas de compensações a não ser com verbas vinculadas ao INSS".

O § 3º do art. 14 da MP distingue nitidamente, em suas alíneas "a" até "d", 4 parcelas componentes das "reservas de benefícios a conceder". São duas parcelas cabíveis ao patrocinador (alíneas "a" e "c") e duas aos servidores (alíneas "b" e "d").

As parcelas de cada uma das partes - patrocinador e servidores - foram distinguidas de acordo com o período de competência das contribuições que as custearam: a partir de 1º de janeiro de 1991 (alíneas "a" e "b") e até 31 de dezembro de 1990 (alíneas "c" e "d").

À liberação da parcela prevista da alínea "d" - originária das contribuições dos servidores anteriores a 1º de janeiro de 1991, acrescidas da rentabilidade patrimonial - a MP não faz restrições. Isso porque, em relação àquele período, não

era devida a contribuição dos então empregados (celetistas) ao Plano de Seguridade do Servidor.

Contudo, a liberação da parcela prevista na alínea "b" - originária das contribuições dos servidores a partir de 1º de janeiro de 1991, acrescidas da rentabilidade patrimonial - está condicionada ao acerto de contas previsto no art. 21 da Medida Provisória. E é lógico que assim seja, porque, a partir daquela data, os empregados passaram à condição de servidores, sujeitos ao Regime Jurídico Único, e, portanto, contribuintes para o Plano de Seguridade do Servidor.

Entretanto, a CENTRUS, de acordo com o demonstrativo apresentado à fl. 11 (doc. II do Pedido de Reexame), não distinguiu da parte das "contribuições a devolver" aos servidores (item 8.1) as duas parcelas previstas nas alíneas "b" e "d" do § 3º do art. 14 da Medida Provisória n.º 1.535.

Por outro lado, embora o critério de rateio das reservas entre Patrocinador e participantes na razão de 2/1 (dois para um) esteja aparentemente correto, não nos parece conveniente que este Tribunal venha a declarar, neste momento processual, a legalidade do critério de rateio, devendo o estudo a ser ultimado pela 7ª SECEX preceder o pronunciamento sobre a matéria.

Entendemos que nos estudos da Unidade Técnica deva ser analisado o disposto no art. 7º do Decreto n.º 2.273, de 14.07.97, que regulamenta os arts. 14 e 21 da Medida Provisória n.º 1.535-7, de 11.07.97.

O artigo em questão estabelece:

> "Art. 7º Do montante da devolução prevista na alínea 'a' do § 3º do art. 14 da Medida Provisória n.º 1.535, de 11 de julho de 1997, será descontado o valor dos benefícios comprovadamente pagos pela entidade de previdência privada aos seus participantes, servidores e pensionistas do Banco Central do Brasil, apurado na forma do inciso VII do art. 1º deste Decreto".

O art. 1º do Decreto determina ao Banco Central que promova os acertos previstos no art. 21 da Medida provisória com base nos valores arrolados nos incisos I a VII. O inciso VII, por sua vez, refere-se aos pagamentos de benefícios a título de aposentadorias e pensões concedidas sob o Regime Geral de Previdência Social - INSS aos servidores do Banco aposentados a partir de 1º de janeiro de 1991, efetivamente realizados pelas entidades de previdência privada.

A alínea "a" do § 3º do art. 14 da Medida Provisória trata da parcela das "reservas de benefícios a conceder" originárias das contribuições patronais a partir de 1º de janeiro de 1991, que deverão ser restituídas ao patrocinador por ocasião do acerto de contas previsto no art. 21 da mesma MP.

O Decreto, em seu art. 7º, introduziu parcela nova a ser compensada não prevista na Medida Provisória que deveria apenas regulamentar, extrapolando, portanto, desse poder.

A previsão do Decreto onera ainda mais o patrocinador que, nos termos da alínea "c" do § 3º do art. 14 da Medida Provisória já teria parte de sua fração - aquela originária das contribuições patronais anteriores a 1º de janeiro de 1991 acrescidas

da rentabilidade patrimonial - administrada pela CENTRUS, para custeio de aposentadorias e pensões concedidas com base na Lei n.º 8.112, de 1990, na forma em que vier a dispor o regulamento.

Assim, entendemos deva esse ponto merecer atenção especial da 7ª SECEX no estudo quanto à regularidade do critério de divisão das "reservas de benefícios a conceder".

V

Pelas razões expostas, este representante do Ministério Público manifesta-se no sentido de que:

a) seja conhecido do presente recurso para negar-lhe provimento, reiterando-se ao Banco Central e à CENTRUS a determinação de suspender a devolução aos servidores da parcela das "reservas de benefícios a conceder" que lhes foi atribuída até que o Tribunal decida sobre a regularidade do critério adotado na divisão entre Patrocinadora e servidores daquela fração do patrimônio da Entidade de Previdência;

b) seja acrescida determinação à CENTRUS para que distinga em suas demonstrações contábeis as parcelas das "reservas de benefícios a conceder" cabíveis a cada uma das partes de acordo com o período das contribuições que lhe deram origem - até 31.12.90 e a partir de 1º.01.91 - nos termos das alíneas "a" até "d" do § 3º do art. 14 da Medida Provisória n.º 1.535;

c) sejam os autos remetidos à 7ª SECEX a fim de que prossiga na análise da regularidade do critério de rateio das "reservas de benefícios a conceder" entre Patrocinadora e servidores, atentando para a aparente incoerência entre o que determinam a alínea "c" do § 3º do art. 14 da Medida Provisória n.º 1.535 e o art. 7º do Decreto n.º 2.273/97.

DECISÃO Nº 409/98-TCU-PLENÁRIO[1]

1. Processo nº 014.094/97-5.

2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame.

3. Interessados: Gustavo Henrique de Barroso Franco (Presidente do Bacen) e Silvio Rodrigues Alves (Diretor-Presidente da Centrus).

4. Entidades: Banco Central do Brasil - Bacen e Fundação Banco Central de Previdência Privada - Centrus.

5. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva.

6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado, Subprocurador-Geral.

7. Unidade Técnica: 10ª Secex.

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

1. Publicada no DOU de 17/07/98.

8.1. conhecer do Pedido de Reexame interposto pelos responsáveis indicados no item 3 supra para dar-lhe provimento e tornar insubsistente o item 8.2 da Decisão nº 825/97-TCU-Plenário;

8.2. determinar à 7ª Secex que:

8.2.1. institua procedimento especial de acompanhamento dos atos e providências que venham a ser implementados pelo Bacen, pelo INSS e pelo Mare, com vistas a dar cumprimento ao disposto na Lei nº 9.650/98, em especial de seus artigos 14 e 21, bem como no Decreto nº 2.273/97, que os regulamentam, representando ao relator original deste processo, em caso de irregularidade; e

8.2.2. em articulação com as Unidades Técnicas envolvidas por força de sua competência (clientela), dê continuidade aos estudos determinados na supracitada Decisão, a fim de que sirvam de orientação ao acompanhamento ora determinado.

8.3. encaminhar aos interessados cópia da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam.

9. Ata nº 26/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 08/07/1998 – Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Carlos Átila Álvares da Silva (Relator), Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

Homero Santos Presidente	Carlos Átila Álvares da Silva Ministro Relator

CNI – SISTEMATIZAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E CONTRATUAIS DOS ÓRGÃOS DO SISTEMA "S"
Minuta de Regulamento

Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC- 001.620/98-3

Natureza: Minuta de Regulamento de Licitações e Contratos dos Órgãos do Sistema "S".

Entidades envolvidas: SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEST, SENAT, SENAR e SEBRAE.

Ementa: Regulamento de Licitações. Sistematização e padronização dos procedimentos licitatórios e contratucis à luz da Constituição Federal e dos princípios gerais de Licitação. Recebimento da Minuta de Regulamento. Comunicação à Confederação Nacional das Indústrias. A fiscalização e o controle externo se farão com base nos regulamentos dos órgãos do Sistema "S" nos termos da Decisão TCU nº 907/97, prolatada na Sessão de 11/12/97.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Minuta de Regulamento de Licitações e Contratos dos Órgãos integrantes do Sistema "S", quais sejam: SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEST, SENAT, SENAR e SEBRAE, encaminhada pela Confederação Nacional da Indústria que, no caso, atua como coordenadora das ações junto a este Pretório.

2. O referido documento foi elaborado por comissão mista de representantes das entidades acima citadas, as quais objetivaram sistematizar e padronizar seus procedimentos licitatórios e contratuais à luz da Constituição Federal e dos princípios gerais do instituto de Licitação que tem sido objeto de várias leis especiais.

3. No intuito de obterem junto a este Tribunal tratamento compatível com suas características próprias, os Órgãos do Sistema "S" encaminharam o aludido documento, o qual, foi objeto de apreciação por Grupo de Trabalho, composto por Analistas de Finanças e Controle Externo desta Corte. Transcrevo, a seguir, a instrução de fls. 61 a 63, bem como a minuta do Regulamento (fls. 51 a 60), com as alterações consolidadas:

"Consoante Despacho de 26.03.98 (fls. 13), e tendo em vista o que ficou decidido pelo Plenário do Tribunal na Sessão de 11.12.97, ao ter presente o TC

011.777/96-6, ocasião em que foi adotada a Decisão nº 907/97-TCU- Plenário, o Relator, Exmo. Sr. Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, encaminhou este processo à SEGECEX com vistas à constituição de um Grupo de Trabalho com o objetivo de analisar a minuta de Regulamento de Licitações e Contratos dos órgãos integrantes do Sistema "S".

2. Os trabalhos se desenvolveram por meio de diversas reuniões, durante as quais foram levantados questionamentos a vários pontos do regulamento, tendo sempre como base a eficiência do Sistema e a obediência aos princípios gerais norteadores da Administração Pública Federal, conforme ficou assente no Relatório e Voto condutores da aludida Decisão nº 907/97. Levou-se ainda em conta o fato de que os questionamentos do Grupo serviriam apenas como subsídios ao aprimoramento da proposta, pois não cabe ao Tribunal aprovar regulamentos de normas internas das Unidades que lhe são jurisdicionadas. Porém os dirigentes dos serviços sociais autônomos entendem que a contribuição do Tribunal é de grande importância para o aperfeiçoamento do regulamento que pretendem editar.

3. Por solicitação de representantes dos serviços sociais autônomos, o Relator aquiesceu à idéia de realização de uma reunião entre o Grupo de Trabalho e alguns representantes do referido Sistema. O evento, aberto pelo Senhor Ministro, ocorreu no dia 22 de junho do ano em curso e contou também com a presença de Assessores do Gabinete do Relator, ocasião em que foram discutidas as questões levantadas pelo Grupo de Trabalho, tendo os representantes do Sistema "S" apresentado posteriormente uma nova minuta, com as alterações feitas em decorrência das propostas do Grupo (fls. 51/60).

4. Conforme se observa no Quadro em anexo — que demonstra de forma sucinta e objetiva os comentários do Grupo à minuta, bem como a nova redação apresentada em virtude das discussões e as observações finais da equipe do Tribunal —, a nova proposta contempla a maioria das alterações sugeridas. Para as demais, foram apresentadas explicações ou justificativas por parte dos representantes na reunião havida no dia 22 de junho.

5. Como se depreende do mencionado Quadro, para algumas das questões levantadas pelo Grupo de Trabalho foram mantidas as propostas iniciais do Sistema. No entanto, a equipe é de opinião que devem ser aperfeiçoadas as disposições constantes dos seguintes dispositivos:

a) artigo 9º, inciso XII, tendo em vista que a contratação de pessoas físicas ou jurídicas para ministrar cursos ou prestar serviços de instrutoria ao Sistema "S" deve, como regra geral, submeter-se à licitação, devendo ser dispensadas do processo licitatório cpenas as contratações de cursos nos casos que se enquadrarem nos limites para a dispensa de licitação;

b) artigo 15, acrescentando expressamente ao texto que a interposição de recursos se fará <u>sem prejuízo da possibilidade de representação ao Tribunal</u>

de Contas da União. Essa observação é importante, para orientação dos próprios licitantes, porque o fato de os serviços sociais autônomos se regerem por regulamento próprio em suas licitações e contratos não elide a possibilidade de representação ao Tribunal por parte de licitantes que se sintam prejudicados.

c) artigo 27, fazendo referência expressa, para a segurança dos licitantes, que as outras penalidades a que se refere o texto são as previstas no edital de licitação ou no contrato.

6. O projeto contempla apenas as modalidades de convite e concorrência, deixando de incluir a tomada de preços tendo em vista a pouca distinção entre essa modalidade e a concorrência. Para compensar a exclusão da tomada de preços foram previstos valores mais elevados para convites e mais baixos como nimites inferiores das concorrências tanto para obras e serviços de engenharia quanto para compras e serviços. Porém, o valor previsto como limite superior para convites referentes a obras e serviços de engenharia, apresentado na nova versão, está muito elevado quando comparado com o limite previsto na Lei nº 8.666/93. Conforme se verifica no Quadro abaixo, enquanto o limite relativo a convites para compras e serviços representa 87,5% acima do valor fixado para a mesma modalidade pela lei de licitações e contratos da Administração Pública Federal, o novo limite proposto para obras e serviços de engenharia, também na modalidade de convite, representa 333% acima do mesmo limite fixado pela lei. Por essa razão, e considerando que, pelo novo valor, grande parte das licitações do Sistema "S", para obras e serviços de engenharia, se enquadraria na modalidade de convite, é aconselhável que o valor se situe em torno de R$ 300 mil, para guardar uma certa compatibilidade, em termos percentuais, com o limite para convites relativos a compras e serviços, reduzindo, em conseqüência, o limite inferior para concorrência.

Modalidade	**1ª Versão A**	**Lei 8.666/93 B**	**2ª Versão C**	**D% C/B**
I – obras e serviços de engenharia:				
a) dispensa - até	20.000,00	15.000,00	30.000,00	100,0
b) convite - até	400.000,00	150.000,00	650.000,00	333,0
c) concorrência - acima de	400.000,00	1.500.000,00	650.000,00	43,0
II – compras e serviços:				
a) dispensa - até	5.000,00	8.000,00	16.000,00	100,0
b) convite - até	100.000,00	80.000,00	150.000,00	87,5
c) concorrência - acima de	100.000,00	650.000,00	150.000,00	23,0

7. Finalmente, o Grupo de Trabalho não poderia deixar de registrar, como fator que contribuirá para a maior agilidade dos processos licitatórios dos serviços sociais autônomos, o dispositivo contido no artigo 19 do projeto, que faculta à comissão de licitação, desde que previsto no instrumento convocatório, 'inverter o procedimento, abrindo primeiramente as propostas, classificando os proponentes, e só então abrindo o envelope de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar'. A vantagem de tal procedimento será a diminuição"do grande número de recursos que geralmente são interpostos na fase de habilitação por licitantes que não necessariamente serão os vencedores do certame ou mesmo pelo licitante cuja proposta de preço já é a mais vantajosa.

8. Face a todo o exposto, submetemos o processo à elevada consideração do Relator, Exmo. Sr. Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, propondo que se encaminhem as observações contidas no itens 5 e 6 desve relatório às entidades integrantes do Sistema "S" como sugestão para o aperfeiçoamento dos dispositivos ali indicados."

4. Passo a seguir a transcrever o Regulamento de Licitações e Contratos dos Órgãos integrantes do Sistema "S", com as alterações introduzidas pelo Grupo de Trabalho, após a reunião havida no dia 22.06.98:

"(...)

REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO

CAPÍTULO I
Dos Princípios

Art. 1º - As contratações de obras, serviços, compras e alienações do SISTEMA 'S' serão necessariamente precedidas de licitação, obedecidas as disposições deste Regulamento.

Art. 2º - A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SISTEMA 'S' e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.

Art. 3º - A licitação não será sigilosa, sendo acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das proposstas até a respectiva abertura.

CAPÍTULO II
DAS DEFINIÇÕES

Art. 4º - Para fins deste Regulamento, considera-se:

I – obra e serviço de engenharia – Toda construção, reforma, recuperação, ampliação e demais atividades que envolvam as atribuições privativas dos profissionais das áreas de engenharia e arquitetura;

II – demais serviços – aqueles não compreendidos no inciso I deste artigo;

III – compra – toda aquisição remunerada de bem para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV – comissão de licitação – colegiado, permanente ou especial, composto de pelo menos 03 (três) integrantes, formalmente designados, com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações;

V – homologação – o ato pelo qual a autoridade competente, após verificar a regularidade dos atos praticados pela comissão, ratifica o resultado da licitação;

VI – adjudicação – o ato pelo qual a autoridade competente atribui ao interessado o direito de executar o objeto a ser contratado.

CAPÍTULO III
Das Modalidades, Limites e Tipos

Art. 5º - São Modalidades de licitação:

I – concorrência – modalidade de licitação na qual será admitida a participação de qualquer interessado que, na fase de habilitação, comprove possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no instrumento convocatório para execução de seu objeto;

II – convite – modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, escolhidos e convidados em número mínimo de (5) cinco, com antecedência mínina de (2) dois dias úteis, cujo instrumento convocatório será afixado em local apropriado, com a finalidade de possibilitar a participação de outros interessados;

III – concurso – modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores;

IV – leilão – modalidade de licitação entre quaisquer interessados, para a venda de bens, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

§ 1º - As modalidades de que tratam os incisos I, III, e IV, terão os avisos contendo os resumos dos instrumentos convocatórios e indicação do local onde os interessados poderão ler e obter os textos integrais, publicados em jornal diário de grande circulação local e nacional ou na imprensa oficial da União, de modo a ampliar a área de competição, com antecedência mínima de 15 dias, ficando a critério do SISTEMA 'S' estender este prazo quando a complexidade do objeto assim o exigir.

§ 2º - A validade da licitação por convite não ficará comprometida nos seguintes casos:

I – pela não apresentação de no mínimo 05 (cinco) propostas;

II – pela impossibilidade de convidar o número mínimo previsto para a modalidade em face da inexistência de possíveis interessados na praça.

§ 3º - As hipóteses dos incisos I e II do parágrafo anterior deverão ser justificadas pelo responsável e ratificadas pela autoridade competente.

Art. 6º - São limites para as dispensas e para as modalidades de licitação:

I – para obras e serviços de engenharia:

a) – dispensa – até R$ 30.000,00 (trinta mil reais)

b) – convite – até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais)

c) – concorrência – acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais)

II – para compras e demais serviços:

a) – dispensa – até R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais)

b) – convite – até R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais)

c) – concorrência – acima de R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais)

III – para as alienações de bens, sempre precedidas de avaliação:

a) – dispensa – até R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais)

b) – leilão ou concorrência, dispensável nesta a fase de habilitação – acima de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais)

Art. 7º - O parcelamento de obras, serviços, compras e alienações não ensejará a dispensa de licitação por valor, exceto quando o somatório das parcelas não ultrapassar os limites estabelecidos nos incisos I, "a" e II "a" do artigo precedente, nem descaracterizará a modalidade de licitação pertinente.

Art. 8º - Constituem tipos de licitação, exceto na modalidade de concurso:

I – a de menor preço;

II – a de técnica e preço;

III – a de maior lance ou oferta, nas hipóteses do inciso III, "b" do art. 6º.

§ 1º - O tipo de licitação de técnica e preço será utilizado preferencialmente para contratações que envolvam natureza intelectual ou nas quais o fator preço não seja exclusivamente relevante, e, neste caso, desde que justificado tecnicamente.

§ 2º - Nas licitações de técnica e preço a classificação dos proponentes será feita de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos estabelecidos no instrumento convocatório, que serão objetivos.

CAPÍTULO IV
Dos Casos de Dispensa e Inexigibilidade

Artº 9º - a licitação poderá ser dispensada:

I – nas contratações até os valores previstos nos incisos I "a" e II "a" do art. 6º;

II – nas alienações de bens até o valor previsto no inciso III "a" do artigo 6º;

III – quando não acudirem interessados à licitação, e esta não puder ser repetida sem prejuízo para o SISTEMA 'S', mantidas, neste caso, as condições preestabelecidas;

IV – nos casos de calamidade pública ou grave perturbação da ordem pública;

V – nos casos de emergência, quando caracterizada a nececessidade de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens;

VI – na aquisição, locação ou arrendamento de imóveis sempre precedida de avaliação;

VII – na aquisição de gêneros alimentícios perecíveis, com base no preço do dia;

VIII – na contratação de entidade incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que sem fins lucrativos;

IX – na contratação, com Serviços Sociais autônomos e com órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, quando o objeto do contrato for vinculado às atividades finalísticas do contratante

Para o SENAR ficou combinado em reunião com o TCU a manutenção das entidades sindicais, em face de suas especificidades:

IX - na contratação, com Serviços Sociais Autônomos, entidades sindicais e com órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, quando o objeto do contrato for vinculado às atividades finalísticas do contratante;

X – na aquisição de componentes ou peças necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto a fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição for indispensável para a vigência da garantia;

XI – nos casos de urgência para o atendimento de situações comprovadamente imprevistas ou imprevisíveis em tempo hábil para se realizar a licitação;

XII – na contratação de pessoas físicas ou jurídicas para ministrar cursos ou prestar serviços de instrutoria vinculados às atividades finalísticas do SISTEMA 'S';

XIII – na contratação de serviços de manutenção em que seja pré-condição indispensável para a realização da proposta a desmontagem do equipamento;

XIV – na contratação de cursos abertos, destinados a treinamento e aperfeiçoamento dos empregados do SISTEMA 'S';

XV – na venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsas;

XVI – para a aquisição de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades da entidade;

XVII – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento em conseqüência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

Art. 10 – A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros diretamente de produtor ou fornecedor exclusivo;

II – na contratação de serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendido aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado;

III – na contratação de profissional de qualquer setor artístico;

IV – na permuta ou dação em pagamento de bens, observada a avaliação atualizada;

V – na doação de bens.

Art. 11 – As dispensas, salvo os casos previstos nos incisos I e II do art. 9º, ou as situações de inexigibilidade, serão circunstanciadamente justificadas pelo órgão responsável, inclusive quanto ao preço e ratificadas pela autoridade competente.

CAPÍTULO V
Da Habilitação

Art. 12 – Para a habilitação nas licitações poderá ser exigida dos interessados, no todo ou em parte, conforme se estabelecer no instrumento convocatório, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica:

a) cédula de identidade;

b) registro comercial, no caso de empresa individual;

c) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

d) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício.

II – qualificação técnica:

a) registro ou inscrição na entidade profissional competente;

b) documentos comprobatórios de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação;

c) comprovação de que recebeu os documentos e de que tomou conhecimento de todas as condições do instrumento convocatório;

d) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

III – qualificação ecônomica-financeira:

a) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, ou balanço de abertura no caso de empresa recém-constituída, que comprovem a situação financeira da empresa, através do cálculo de índices contábeis previstos no instrumento convocatório;

b) certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

c) garantia de proposta, nas mesmas modalidades e critérios previstos no art. 22 deste regulamento, que para o licitante vencedor será devolvida quando da assinatura do contrato;

d) capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo.

IV – regularidade fiscal:

a) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

b) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

c) prova de regularidade para com a fazenda federal, estadual e municipal do domicílio ou sede do licitante, na forma da lei;

d) prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Parágrafo único - Para a habilitação nas licitações sob a modalidade de concorrência será sempre exigida a documentação a que se refere o inciso IV deste artigo.

CAPÍTULO VI
Do Procedimento, do Julgamento das Propostas e dos Recursos

Art. 13 – O procedimento da licitação será iniciado com a solicitação formal da contratação, na qual serão definidos o objeto, a estimativa de seu valor e os recursos para atender à despesa, com conseqüente autorização e à qual serão juntados oportunamente todos os documentos pertinentes, a partir do instrumento convocatório, até o ato final de adjudicação.

Parágrafo Único – Na definição do objeto não será admitida a indicação de características e especificações exclusivas ou marcas, salvo se justificada e ratificada pela autoridade competente.

Art. 14 – O procedimento licitatório será afeto a uma comissão de licitação, observando-se as seguintes fases:

I – abertura, em dia e hora previamente designados, dos envelopes que contenham a documentação relativa à habilitação dos licitantes, com

devolução aos inabilitados, de suas propostas fechadas de maneira inviolável, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

II – abertura, em dia e hora previamente designados, dos envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados, verificando-se sua conformidade com os requisitos do edital, desclassificando-se aquelas que não os tenham atendido;

III – julgamento das propostas classificadas, com a escolha daquela mais vantajosa para o SISTEMA 'S', segundo os critérios estabelecidos no instrumento convocatório;

IV – encaminhamento das conclusões da comissão de licitação à autoridade a que competir a homologação do resultado do julgamento e adjudicação do objeto ao licitante vencedor;

V – comunicação do resultado conforme estabelecido no instrumento convocatório.

Art. 15 – Dos resultados da fase de habilitação e do julgamento da licitação caberão recursos fundamentados, dirigidos à autoridade competente indicada no instrumento convocatório, por intermédio da comissão de licitação, por escrito, no prazo de 5 (cinco) dias úteis e, no caso de convite de 2 (dois) dias úteis, pelo licitante que se julgar prejudicado.

Art. 16 – Os recursos serão julgados no prazo de 10 (dez) dias, contados da data final para sua interposição, pela autoridade competente ou por quem esta delegar competência.

Art. 17 – Os recursos terão efeito suspensivo.

Art. 18 – As decisões referentes a habilitação, aos julgamentos e aos recursos serão comunicadas diretamente aos licitantes e lavrada em ata, se presentes seus prepostos no ato em que for adotada a decisão, ou por publicação numa das formas previstas no parágrafo 1º do artigo 5º, ou ainda por outro meio formal.

Art. 19 – Será facultado à comissão de licitação, desde que previsto no instrumento convocatório, inverter o procedimento, abrindo primeiramente as propostas, classificando os proponentes, e só então abrindo o envelope de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar.

Parágrafo Único – Se o licitante classificado em primeiro lugar for inabilitado e após julgados eventuais recursos interpostos, proceder-se-á a abertura dos envelopes de habilitação dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, obedecido o procedimento previsto neste artigo, para que o seguinte classificado que preencha as condições de habilitação seja declarado licitante vencedor, nas condições de sua proposta.

CAPÍTULO VII
Dos Contratos

Art. 20 – O instrumento de contrato é obrigatório no caso de concorrência, salvo quando se tratar de bens para entrega imediata e facultativo nas demais modalidades de licitação, caso em que poderá ser substituído por outro documento, como proposta com aceite, carta contrato, autorização de fornecimento ou documento equivalente.

Parágrafo Único - Nos casos de dispensas e inexigibilidades o documento que substituir o contrato a que se refere o *caput* deste artigo, deverá conter os requisitos mínimos do objeto licitado e os direitos e obrigações básicas das partes.

Art. 21 – Os contratos serão escritos, suas cláusulas indicarão necessariamente o seu objeto, com a especificação da obra, serviço ou fornecimento, conforme o caso, o preço ajustado, o prazo de execução, as garantias e penalidades, além de outras condições previamente estabelecidas no instrumento convocatório.

Art. 22 – A prestação de garantia, quando prevista no instrumento convocatório, limitada a 10% do valor do contrato, e à escolha do prestador, constará de:

I – caução em dinheiro;

II – fiança bancária;

III – seguro-garantia.

Parágrafo único – Nos casos de obras e serviços de engenharia o instrumento convocatório poderá fixar o tipo de garantia dentre os elencados nos incisos deste artigo.

Art. 23 – O contratado poderá subcontratar partes, do objeto contratual, se admitido no instrumento convocatório e no respectivo contrato e desde que mantida sua responsabilidade perante o contratante, sendo vedada a subcontratação com licitante que tenha participado do procedimento licitatório.

Art. 24 – As alterações contratuais por acordo entre as partes, desde que justificadas, e as decorrentes de necessidade de prorrogação, constarão de termos aditivos.

Art. 25 - Os contratos poderão ser aditados nas hipóteses de complementação ou acréscimo que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial e de até 50%, ambos atualizados, para reforma de edifício ou equipamento.

Art. 26 – A recusa injustificada em assinar o contrato ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo fixado, caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e poderá acarretar ao licitante as seguintes penalidades, previstas no instrumento convocatório:

I – perda do direito à contratação;

II – perda da caução em dinheiro ou execução das demais garantias de proposta oferecidas, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório;

III – suspensão do direito de licitar com o Sistema 'S', por prazo não superior a 02 (dois) anos.

Art. 27 – O inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas, dará ao contratante o direito de rescindir unilateralmente o contrato, sem prejuízo de outras penalidades, inclusive a de suspensão do direito de licitar com o Sistema 'S' por prazo não superior a 02 (dois) anos.

CAPÍTULO VIII
Das Disposições Finais

Art. 28 – Não poderão participar das licitações nem contratar com o "SISTEMA S" dirigente ou empregado do órgão.

Art. 29 – Os instrumentos convocatórios deverão assegurar ao SISTEMA 'S' o direito de cancelar a licitação, antes de assinado o contrato, desde que justificado.

Art. 30 – Na contagem dos prazos estabelecidos no presente regulamento, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo Único – Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste Regulamento em dia de funcionamento do SISTEMA 'S'.

Art. 31 – As disposições deste regulamento, inclusive no tocante a valores monetários, poderão ser modificadas pelo Conselho Nacional mediante proposta fundamentada apresentada por grupo técnico composto por representantes dos serviços sociais autônomos.

Art. 32 – O presente Regulamento entrará em vigor na data de sua publicação na imprensa oficial da União, revogadas as disposições em contrário, em especial _____."

VOTO

Em Sessão Plenária de 11/12/97, o Tribunal , ao apreciar o TC-011.777/96-6 (Denúncia contra o SENAC/RS) decidiu, dentre outros pontos, que, com relação aos processos licitatórios, os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório.

2. A Decisão do Tribunal de Contas apontou aos órgãos do Sistema "S" a necessidade de adotar os princípios gerais da licitação em suas atividades.

3. A propósito dos princípios gerais, o Prof. Toshio Mukai expende as seguintes considerações:

"(...)

Quanto aos princípios, como o fazia o Dec.-lei 2.300/86, a disposição adotou a linha doutrinária de Hely Lopes Meirelles (cf. Licitação e Contrato Administrativo, cit., p. 9 e s.). Embora o art. 3º não indique expressamente alguns dos princípios arrolados pelo saudoso mestre (tais como o do procedimento formal, o do sigilo na apresentação das propostas, o da adjudicação compulsória ao vencedor), os admite, em razão da sua parte final.

Acresceu o art. 3º, ao anterior art. 3º do Dec.-lei 2.300/86, os princípios da legalidade, o da moralidade e o da impessoalidade, de ordem constitucional (art. 37, 'caput', da Constituição).

Como se sabe, o princípio da legalidade, em Direito Público, impõe que o administrador público, ao pretender fazer algo, terá que ter uma norma habilitante para tal (ele atua debaixo da lei; ele aplica a lei de ofício, como diz o saudoso Min. Seabra Fagundes); o princípio da impessoalidade, na verdade, é o princípio da finalidade administrativa, corolário essencial ao princípio anterior (Caio Tácito) que impõe ao administrador que, na prática do ato segundo a norma habilitante para tal, alcance a finalidade prevista por aquela; se obtiver outro resultado, praticará desvio de finalidade, fato que levará o ato à sua anulação judicial; o princípio da moralidade administrativa obriga que em todos os atos que praticar, o agente público deva agir como um bom administrador, ou seja, na prática do ato, ele deve perquirir se tal ato seria ou não praticado, normalmente, por um bom administrador; se concluir que sim, pode e deve praticá-lo; se, ao contrário, não deve praticá-lo, pena de infração ao princípio.

É de ser salientado que cabe ali um dos princípios fundamentais da licitação que é o da <u>oposição</u> ou da <u>competitividade</u>, tão essencial na matéria (Cf. Héctor Jorge Escola, Tratado integral de los contratos administrativos; parte general, Buenos Aires, Depalma, 1977, v. 1, p. 334; José Roberto Dromi,

Instituciones de derecho administrativo, Buenos Aires, 1973, pp. 388 e 389 e La Licitação Publica, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 82) que, se num procedimento licitatório, por obra de conluios, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo.

Héctor Jorge Escola diz mesmo: 'La base de toda licitación es, justamente, la presencia de varias ofertas diferentes, que sean comparables entre si, de modo que pueda elegir-se la más conveniente para la administración pública' (Cf. Tratado integral, p. 334 - grifamos).

A própria Lei leva em conta esse princípio, ao estatuir no § 2º do art. 3º que 'é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que:

I - comprometam, restrinjam ou frustrem, o caráter competitivo do procedimento licitatório', ou 'de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato';

II - estabeleçam tratamento diferenciado de naturezas diversas entre empresas brasileiras e estrangeiras.

O princípio da igualdade refere-se tanto à posição dos proponentes em face da Administração, como à posição de cada um deles diante dos demais, na feliz observação de Héctor Jorge Escola (Tratado integral, cit., p. 336).

O princípio da impessoalidade também não é princípio específico das licitações, sendo princípio de ordem constitucional, previsto no art. 37 da CF. Aliás, também todos os outros princípios elencados por essa disposição são, evidentemente, de ser observados nas licitações.

É fundamental, por exemplo, a publicidade, posto que é ela que assegura a fiscalização, pelos interessados na licitação, dos princípios da igualdade, da competição, assim como dos demais, verificando, efetivamente, se estão sendo observados pela Administração; sua infração, portanto, enseja a nulidade da licitação.

Vem expressamente concretizado no art. 41 da nova Lei o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, *in verbis*: 'A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, a que se acha estritamente vinculada'. Entretanto, por esse princípio, também os proponentes estão vinculados ao instrumento convocatório, porque a administração não pode exigir, aceitar ou permitir nada, quanto aos proponentes, aquém ou além do fixado no edital ou no convite.

O princípio do julgamento objetivo exige que os critérios de apreciação venham prefixados, de modo objetivo, no instrumento convocatório, de tal

modo que a comissão de julgamento reduza ao mínimo possível seu subjetivismo.

O julgamento subjetivo, se permitido pelo edital ou convite, vicia de nulidade a licitação.

Outro princípio, que está entre os correlatos, é o do procedimento formal (Parágrafo único do art. 4º da Lei); significa que estaremos sempre perante um procedimento administrativo. Seja em que órgão ou entidade esteja sendo efetuada a licitação; a submissão aí ao Direito Público é inarredável.

O inc. I do § 1º do art. 3º veda cláusulas, nos instrumentos convocatórios, que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Essa norma é positivação de entendimento jurisprudencial expressado pelo Supremo Tribunal Federal (Cf. RDA, 118:61, 150:125 e 158:203; RTJ, 103:933).

O inc. II do § 1º ressalva o disposto no art. 3º da Lei 8.248/91, que tem o seguinte enunciado:

> 'Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:
>
> I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;
>
> II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.
>
> § 1º - Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.
>
> § 2º - Para o exercício desta preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço'.

Nesta hipótese, portanto, será possível dar-se as preferências referidas no art. 3º da Lei 8.248/91, sem afronta ao inc. II do § 1º do art. 3º, mencionado, na nova Lei.

O § 2º do art. 3º dispõe critérios de desempate em ordem sucessiva.

O § 2º assegura, como critérios de desempate, preferência, sucessivamente:

I - aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - aos bens e serviços produzidos no País;

III - aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

Como se sabe, o § 2º do art. 171 da Constituição Federal dispõe que 'na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional'.

Portanto, o § 2º do art. 3º da nova Lei é constitucional, na medida em que eleva como primeiro critério de desempate, a hipótese prevista pela Constituição.

Não havendo o desempate, com a adoção desses critérios, a única solução será o sorteio (art. 45, § 2º da Lei 8.666/93).

No caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o art. 179 da Constituição, embora reze que 'a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou de eliminação ou redução destas por meio de lei', em nenhum momento prevê que elas tenham preferência na aquisição de seus bens e serviços pelo Poder Público; por isso, elas não podem ter, neste aspecto, preferência maior, em relação às empresas brasileiras de capital nacional (salvo se elas forem, também, como tal consideradas).

Aduza-se que o inc. II do art. 171 define o que seja empresa brasileira de capital nacional e o inc. I, define o que seja empresa brasileira (a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País).

O § 3º do art. 3º diz que a licitação não será sigilosa, sendo públicas e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

A disposição esclarece, expressamente, o caráter público das licitações, ressalvado o sigilo das propostas até a abertura respectiva; esse caráter público das licitações está ligado ao direito de petição, previsto no inc. XXXIV do art. 5º da CF.

Determina o art. 4º que todo aquele que participar de licitação tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

A parte final é novidade da Lei, mas está de acordo com o caráter público da licitação.

O Parágrafo único destaca o caráter (ou princípio) formal do procedimento licitatório, mesmo quando praticado pelas paraestatais.

O art. 5º traz outra novidade. Dispõe que todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 41 desta Lei.

A disposição é óbvia e a ressalva ao art. 41, assim como o próprio artigo 41, no que dispõe em seu § 1º, parece-nos inconstitucional, no ponto em que admite que o licitante estrangeiro cote preços em moeda estrangeira, e, nesse caso, também o licitante nacional, para efeito de equalização das propostas e facilidade de julgamento.

Ordem cronológica de pagamento:

O art. 5º impõe que em cada unidade da Administração e para cada fonte diferenciada de recursos devam existir ordens cronológicas estritas nos pagamentos decorrentes dos diversos contratos. O legislador deveria ter definido as expressões 'unidade da Administração' e 'fonte diferenciada de recursos'. Não o fez.

Por interpretação, podemos entender que 'unidade da Administração' aquele setor (que poderá ser um departamento, uma divisão, uma Secretaria, um Ministério, uma Prefeitura, uma autarquia, uma empresa estatal, uma fundação, etc.) do Administrador que tenha autonomia para efetuar licitações e contratações, em seu nome, independentemente de outros setores da Administração; 'fonte diferenciada de recursos' é toda fonte de recursos vinculada a determinada finalidade, em princípio (destinada à merenda escolar, aos setores de saúde [SUDS], p. ex.); todo recurso não vinculado a determinada finalidade pública cai na fonte 'recursos próprios do Tesouro da entidade' (Município, Estado, Distrito Federal, União).

Verifica-se que o texto ordena que os pagamentos obedeçam a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades; 'conflitava' com a parte final do art. 92 da Lei 8.666/93 que dispunha ser crime efetuar pagamentos de faturas com preterição da ordem cronológica de sua apresentação. A Lei nº 8.883/94 veio corrigir a anomalia, dando nova redação à parte final do art. 92, impondo a observância da 'ordem cronológica de sua exigibilidade'.

Verifica-se, ainda, que esses créditos deverão ser corrigidos por critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor.

O § 1º do art. 5º, pela primeira vez, na legislação federal, contempla a correção monetária dos créditos referidos no *caput*.

A Lei 8.883/94 acresceu ao § 2º do art. 5º a obrigatoriedade de o pagamento da correção ser feita juntamente com o principal."

4. Objetivando padronizar definitivamente seus procedimentos licitatórios em conformidade com os princípios constitucionais e aqueles norteadores da Administração Pública, os órgãos integrantes do Sistema "S" encaminharam a minuta de regulamento, ora analisada, a qual recebeu significativa contribuição de Grupo de Trabalho constituído por Analistas de Finanças e Controle Externo deste Tribunal, a qual transcrevo a seguir:

CAPÍTULO I
Dos Princípios

CAPÍTULO II
DAS DEFINIÇÕES

Art. 4º - Para fins deste Regulamento, considera-se:

I – obra e serviço de engenharia – Toda construção, reforma, recuperação, ampliação e demais atividades que envolvam as atribuições privativas dos profissionais das áreas de engenharia e arquitetura;

Nem todas as obras, principalmente as de pequeno porte, exigem o envolvimento de profissionais das áreas de engenharia e arquitetura.

Manteve-se o texto original, pois os representantes do Sistema "S" alegaram que as pequenas obras poderão ser classificadas como serviços.

Art. 8º - Constituem tipos de licitação, exceto na modalidade de concurso:

I – a de menor preço:

II – a de técnica e preço:

Restringir as possibilidades de licitação neste tipo, de forma semelhante à disposta no art.46 da Lei nº 8.666/93.

Foi acrescentado o § 1º e o parágrafo único foi transformado em § 2º. § 1º O tipo de licitação técnica e preço será utilizado preferencialmente para contratações que envolvam natureza intelectual ou nas quais o fator preço não seja exclusivamente relevante, e, neste caso, desde que justificado tecnicamente.

CAPÍTULO IV
Dos Casos de Dispensa e Inexigibilidade

Artº 9º - a licitação poderá ser dispensada:

VI – na complementação de obras, serviços ou aquisição anteriormente licitados, em se tratando do mesmo empreiteiro, prestador de serviço ou fornecedor, desde que aceitas as mesmas condições oferecidas na licitação, inclusive quanto ao preço, corrigido na forma da lei e na vigência do contrato ou instrumento equivalente, observado o limite de 50% da contratação inicial;

Acrescentar que o preço deve ser corrigido na forma prevista no instrumento convocatório, mantendo-se os limites previstos na Lei 8.666/93.

Este inciso foi retirado deste artigo e colocado como novo artigo 25, com nova redação, uma vez que o assunto está mais ligado à aditivação de contratos do que propriamente à dispensa de licitação, com a renumeração dos demais.

VII – na aquisição, locação ou arrendamento de imóveis;

Acrescentar que essa dispensa deverá ser realizada mediante avaliação prévia e com comprovação justificada da necessidade do imóvel especificado.

VI – na aquisição, locação ou arrendamento de imóveis, sempre precedida de avaliação;

X – Na contratação, com Serviços Sociais Autônomos, entidades sindicais e com órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, Quando o objeto do contrato for vinculado às atividades finalísticas do contratante;

Retirar "entidades sindicais"

IX – Na contratação, com Serviços Sociais Autônomos, e com órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, quando o objeto do contrato for vinculado às atividades finalísticas do contratante; (Obs.: Para o SENAR, manteve-se a redação original, pois essa entidade necessita dos serviços das entidades sindicais de agricultores para a realização de levantamentos e pesquisas na área rural);

XII – nos casos de urgência comprovada para o atendimento de situações imprevistas ou imprevisíveis em tempo hábil para se realizar a licitação;

Esta condição não deve estar presente, pois qualquer situação pode ser justificada como imprevista. Para o caso de emergências já existe o inciso V deste artigo.

XI – Nos casos de urgência para o atendimento de situações comprovadamente imprevistas ou imprevisíveis em tempo hábil para se realizar a licitação;

XIII – na aquisição de bens cujos preços sejam tabelados pelo Poder Público;

Esta condição não se faz necessária, pois o Poder Público não mantém mais os preços tabelados.

Inciso suprimido

XIV – na contratação de pessoas físicas ou Jurídicas para ministrar cursos ou prestar serviços de instrutoria vinculados às atividades finalísticas do SISTEMA "S";

XVIII – Para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades da entidade;

XVI – Para a aquisição de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades da entidade;

Art. 11 – As dispensas, salvo os casos previstos nos incisos I e II do art. 9º, ou as situações de inexigibilidade, serão justificadas pelo órgão responsável, inclusive quanto ao preço e ratificadas pela autoridade competente.

Art. 11 – As dispensas, salvo os casos previstos nos incisos I e II do art. 9º, ou as situações de inexigibilidade, serão circunstanciadamente justificadas pelo órgão responsável, inclusive quanto ao preço e ratificadas pela autoridade competente.

Art. 12 – Para a habilitação nas licitações poderá ser exigida dos interessados, no todo ou em parte, conforme se estabelecer no instrumento convocatório, documentação relativa a:

Para que se respeite o princípio da igualdade, os documentos referentes à regularidade fiscal devem ser sempre exigidos com vista a comprovar que todos os licitantes estão assumindo, em igualdade de condições, os seus encargos fiscais.

Foi incluído o parágrafo único neste artigo: Parágrafo único – Para a habilitação nas licitações sob a modalidade de concorrência será sempre exigida a documentação a que se refere o inciso IV deste artigo.

III)... c) garantia de proposta, nas mesmas modalidades e critérios previstos no art. 22 deste regulamento, que será devolvida quando da assinatura do contrato;

A devolução da caução dos licitantes não vencedores não deve estar condicionada à assinatura do contrato, pois a mesma pode levar meses para se realizar.

III)... c) garantia de proposta, nas mesmas modalidades e critérios previstos no art. 22 deste regulamento, que, para o licitante vencedor, será devolvida quando da assinatura do contrato;

IV – regularidade fiscal:

Para que se respeite o princípio da igualdade, os documentos referentes à regularidade fiscal devem ser sempre exigidos com vista a comprovar que todos os licitantes estão assumindo, em igualdade de condições, os seus encargos fiscais.

Foi incluído o parágrafo único nos seguintes termos: Parágrafo único – Para a habilitação nas licitações sob a modalidade de concorrência será sempre exigida a documentação a que se refere o inciso IV deste artigo.

CAPÍTULO VI
Do Procedimento, Do Julgamento Das Propostas E Dos Recursos

Art. 13 – O procedimento da licitação será iniciado com a solicitação formal da contratação, na qual serão definidos o objeto e os recursos para atender à despesa, com conseqüente autorização e à qual serão juntados oportunamente todos os documentos pertinentes, a partir do instrumento convocatório, até o ato final de adjudicação.

Dentre os documentos pertinentes, poder-se-ia exigir que conste o valor estimado do objeto da licitação, valor este obtido através de consulta prévia no mercado ou através do sistema de registro de preços do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Art. 13 – O procedimento da licitação será iniciado com a solicitação formal da contratação, na qual serão definidos o objeto, a estimativa de seu valor, e os recursos para atender à despesa, com conseqüente autorização e à qual serão juntados oportunamente todos os documentos pertinentes, a partir do instrumento convocatório, até o ato final de adjudicação.

Art. 15 – Dos resultados da fase de habilitação e do julgamento da licitação caberão recursos fundamentados, dirigidos à autoridade competente indicada no instrumento convocatório, por intermédio da comissão de licitação, por escrito, no prazo de 5 (cinco) dias úteis e, no caso de convite de 2 (dois) dias úteis, pelo licitante que se julgar prejudicado.

Inserir artigo onde faculta aos interessados apresentar denúncia ao Tribunal de Contas da União, nos termos do Art. 53 da Lei nº 8443/92 (Lei Orgânica do TCU), caso seja detectado indício de aceitação, por parte do SISTEMA S, de preços comprovadamente superiores aos de mercado.

Mantida a redação original, sob o argumento de que não caberia em um regulamento do Sistema previsão sobre representações ao TCU. Preferiram que o próprio Tribunal determinasse a inclusão nos instrumentos convocatórios da possibilidade de os licitantes apresentarem representação ao Tribunal de Contas da União.

Art. 18 – As decisões dos julgamentos e dos recursos serão comunicadas diretamente aos licitantes e lavrada em ata, se presentes seus prepostos no ato em que for adotada a decisão, ou por publicação numa das formas previstas no parágrafo 1º do artigo 5º, ou ainda por outro meio formal.

Alterar para "As decisões, referentes à habilitação, aos julgamentos e aos recursos, serão..."

Art. 18 – As decisões referentes à habilitação, aos julgamentos e aos recursos serão comunicadas diretamente aos licitantes e lavrada em ata, se presentes seus prepostos no ato em que for adotada a decisão, ou por publicação numa das formas previstas no parágrafo 1º do artigo 5º, ou ainda por outro meio formal.

CAPÍTULO VII
Dos Contratos

Art. 20 – O instrumento de contrato é obrigatório no caso de concorrência, salvo quando se tratar de bens para entrega imediata e facultativo nas demais modalidades de licitação, caso em que poderá ser substituído por outro documento, como proposta com aceite, carta-contrato, autorização de fornecimento ou documento equivalente.

Acrescentar que nesse "outro documento" deverá constar obrigatoriamente os requisitos mínimos do objeto licitado e os direitos e obrigações das partes.

Foi incluído o parágrafo único neste artigo: Parágrafo único – Nos casos de dispensas e inexigibilidades, o documento que substituir o contrato a que se refere o **caput** deste artigo, deverá conter os requisitos mínimos do objeto licitado e os direitos e obrigações das partes.

Art. 25 – Os contratos poderão ser aditados nas hipóteses de complementação ou acréscimo que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor

inicial e de até 50%, ambos atualizados, para reforma de edifício ou equipamento.

Art. 26 – O inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas, dará ao contratante o direito de rescindir unilateralmente o contrato, sem prejuízo de outras penalidades, inclusive a de suspensão do direito de licitar com o Sistema "S" por prazo não superior a 02 (dois) anos.

Verificar junto ao direito civil se o SISTEMA "S" pode se valer dessa prerrogativa facultada à Administração Pública, pois isso pode ser entendido como uma "cláusula exorbitante". Alterar para "outras penalidades previstas no contrato".

Renumerado para artigo 27 e mantida a redação original, sob a justificativa de que o dispositivo não causará prejuízo ou entrave ao Sistema "S". No entanto, a equipe entende, onde o texto prevê "outras penalidades", que deva constar expressamente "outras penalidades previstas no edital de licitação ou no contrato", para a segurança dos licitantes.

CAPÍTULO VIII
Das Disposições Finais

Art. 28 – Os instrumentos convocatórios deverão assegurar ao SISTEMA "S" o direito de cancelar a licitação, antes de assinado o contrato.

Acrescentar "desde que devidamente justificado e por razões de interesse do SISTEMA "S".

Art. 29 – Os instrumentos convocatórios deverão assegurar ao SISTEMA "S" o direito de cancelar a licitação, antes de assinado o contrato, desde que justificado.

Art. 31 – O presente Regulamento entrará em vigor na data de sua publicação na imprensa oficial da União, revogadas as disposições em contrário.

As disposições revogadas devem ser discriminadas, conforme consta no Art. 9º da Lei Complementar nº 95 de 26/02/98

Art. 32 – O presente Regulamento entrará em vigor na data de sua publicação na imprensa oficial da União, revogadas as disposições em contrário, em especial.

.....

5. Feitas as adequações necessárias pelo citado Grupo de Trabalho, ocorreu nova reunião, com participação de integrantes do Sistema "S", onde consolidou-se uma Minuta de Regulamento de Licitações, acostada aos autos às fls. 51 a 60.

6. Posteriormente, a equipe do Tribunal verificou que havia a necessidade de se proceder, ainda, a duas alterações, as quais não constam da Minuta supramencionada:

1ª) Por entender que o limite proposto pelos Órgãos do Sistema "S" na modalidade "Convite", para obras e serviços de engenharia, representa 333% acima do mesmo limite fixado pela Lei nº 8.666/93, e considerando que , pelo novo valor, grande parte das licitações, neste segmento, se enquadraria na modalidade "Convite", sugere que o valor se situe em torno de R$ 300 mil, para guardar compatibilidade, em termos percentuais, com o limite para convites relativos a compras e serviços, reduzindo, em conseqüência, o limite inferior para concorrência;

2ª) sugere, ainda, que se acrescente expressamente no art. 26, renumerado para art. 27, "outras penalidades previstas no edital de licitação ou no contrato", objetivando a segurança dos licitantes.

7. Relativamente a estas duas modificações sugeridas posteriormente pelo Grupo de Trabalho, o Plenário entendeu não ser de sua competência aprovar regulamentos das entidades que lhe são jurisdicionadas, cabendo-lhe, na hipótese, apenas comunicar o seu recebimento.

8. O Plenário, outrossim, reafirmou sua adesão à Decisão nº 907/97 proferida na Sessão de 11/12/1997.

Dessarte, VOTO por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este Egrégio Plenário.

DECISÃO Nº 461/98 - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo TC-001.620/98-3.

2. Classe de Assunto: VII - Minuta de Regulamento de Licitações e Contratos dos Órgãos do Sistema "S".

3. Interessada: Confederação Nacional da Indústria.

4. Entidades: Órgãos do Sistema "S": SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEST, SENAT, SENAR e SEBRAE.

5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidades Técnicas: Grupo de Trabalho composto pelas seguintes Secretarias: 6ª SECEX, 7ª SECEX, 4ª SECEX e SAUDI.

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

8.1 - receber a presente minuta de Regulamento de Licitações e Contratos das entidades integrantes do Sistema "S", mencionadas no item 4 supra, tendo em vista a Decisão Plenária/TCU nº 907/97, prolatada na Sessão de 11/12/97, que concluiu que os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos

1. Publicada no DOU de 07/08/98.

procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório;

8.2 - informar à Confederação Nacional da Indústria que:

8.2.1 - cabe aos próprios órgãos do Sistema "S" aprovar os regulamentos internos de suas unidades;

8.2.2 - este Pretório, ao julgar as contas e ao proceder à fiscalização financeira das entidades do Sistema "S", pronunciar-se-á quanto ao cumprimento dos regulamentos em vigor, relativamente a licitações e contratos, bem como à pertinência desses regulamentos em relação à Decisão/Plenário/TCU nº 907/97, prolatada na Sessão de 11/12/97; e

8.3. arquivar o presente processo.

9. Ata nº 28/98 - Plenário

10. Data da Sessão: 22/07/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha (Relator).

HOMERO SANTOS Presidente	LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA Ministro-Relator

SECIRM – AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS VOLTADOS À PLATAFORMA CONTINENTAL E À ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA DA COSTA MARÍTIMA BRASILEIRA
Auditoria Operacional

Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha

Grupo I - Classe V - Plenário

TC-002.838/97-4
Natureza: Relatório de Auditoria Operacional.
Unidade Jurisdicionada: Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar - SECIRM.
Vinculação Ministerial: Ministério da Marinha.

Ementa: Auditoria Operacional. Capacitação em Avaliação de Programas Públicos. Programa de Levantamento da Plataforma Continental - LEPLAC. Programa de Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva - REVIZEE. Utilização das melhores técnicas disponíveis. Probabilidade elevada de aceitação do trabalho final pela instância competente. Curso de execução indica possibilidade de conclusão do projeto antes de expirar o prazo fixado pela CNUDM (LEPLAC). Modelo administrativo adequado no que alude à comunidade científica (REVIZEE). Necessidade de estreitar relação entre a Gerência do Projeto e o seu braço executor do (REVIZEE). Recomendações. Juntada. Envio de cópias às entidades auditadas.

RELATÓRIO

Cuidam os autos do Relatório de Auditoria Operacional realizada pela Terceira Secretaria de Controle Externo - 3ª SECEX deste Tribunal junto aos Programas Governamentais de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira - LEPLAC e de Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva - REVIZEE, os quais encontram-se sob a coordenação da Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar - SECIRM.

2. A Auditoria em questão está inserida, no âmbito desta Corte, no rol de ações alusivas ao Projeto de Capacitação em Avaliação de Programas Públicos, o qual envolveu, em etapa precedente, a participação de corpo técnico deste Tribunal em treinamento aplicado pela Virginia Polytechnic Institute and State University, orientado para a *"Avaliação de Programas Públicos"*, com o apoio da National Academy of Public Administration - NAPA - e da Fundação Getúlio Vargas - FGV.

3. Constitui, assim, iniciativa pioneira neste Tribunal, acionada quando da gestão do insigne Ministro Marcos Vilaça e recepcionada, com integral apoio, na administração atual, sob a condução do ilustre Ministro Homero Santos, com o intuito de promover a implantação e a disseminação das técnicas concernentes à avaliação de programas no universo das atividades-fim desta Casa.

4. Processadas as devidas compatibilizações conceituais entre os ensinamentos hauridos na etapa de treinamento e o *modus operandi* praticado na esfera da Administração Pública Brasileira, tomou-se a decisão de selecionar o projeto-piloto da área de Defesa, a partir da análise dos projetos/atividades, e respectivos desdobramentos, constantes do Orçamento da União, exercício de 1995, em favor dos Ministérios Militares.

5. Para tal desiderato, as informações obtidas foram analisadas à luz dos critérios estabelecidos pela SAUDI, quando da versão final da proposta de implementação da 5ª etapa do Programa de Capacitação em Avaliação de Programas Públicos (anexa ao Memorando nº 41/96/SAUDI, de 16/09/96). Os aludidos critérios dispunham que os programas de governo selecionados como projetos-piloto contemplassem as seguintes condições:

5.1. estar relacionados a uma das áreas temáticas previamente selecionadas pelo TCU (Meio-Ambiente, Defesa, Saúde, Educação, Infra-Estrutura e Receita);

5.2. constar, preferencialmente, do PPA, da LDO/97 e do Plano *Brasil em Ação*;

5.3. ser considerados relevantes no âmbito de atuação da SECEX;

5.4. ter seus objetivos vinculados diretamente à oferta de bens/serviços à população e metas especificadas de modo quantitativo.

6. No que concerne à área de Defesa, foi ressalvado, de pronto, que o atendimento às condições estabelecidas no item 5.2 pregresso não seria factível, visto que esta área não figurava no Plano *Brasil em Ação.*

7. A 3ª SECEX propôs, então, que o Projeto 03.010.0055.2095.0001 - Levantamento da Plataforma Continental - LEPLAC, sob a responsabilidade da Secretaria da Coordenação Interministerial dos Recursos do Mar - SECIRM, constasse como Projeto-Piloto da Área de Defesa.

8. Pleiteou, ainda, a inclusão do Projeto Recursos Vivos da Zona Econômica Exclusiva - REVIZEE, dada a estreita correlação mantida com o Projeto LEPLAC.

9. Ao justificar tais proposições, a Unidade Técnica realçou o fato de ter considerado (Memorando nº 223/96/3ª SECEX):

9.1. tratar-se de atividades finalísticas, que buscam disponibilizar um bem à população (o território marítimo, devidamente delimitado com seus correspondentes recursos vivos e minerais mapeados, com vistas à exploração e consecução da soberania brasileira sobre o citado espaço);

9.2. apresentarem resultados passíveis de mensuração; e

9.3. ser viável a obtenção, junto a outras entidades, de opiniões ou pareceres, com um grau aceitável de isenção, acerca dos métodos e técnicas neles utilizadas.

10.A definição das ações governamentais que passariam a integrar o projeto-piloto das Unidades Técnicas envolvidas no Projeto de Capacitação em Avaliação de Programas Públicos ocorreu mediante a Decisão nº 721/96 - TCU - Plenário (TC-015.886/96-4), a qual firmou compreensão no sentido de que caberia à SAUDI, em coordenação com as Unidades envolvidas, promover a realização de auditorias operacionais nas áreas indicadas.

11.As auditorias em questão constaram do Plano de Auditoria do 1º semestre/97, aprovado, à época, por meio da Decisão nº 846/96 - TCU - Plenário.

12.Assim, ao longo do exercício de 1997, deu-se cunho prático ao que fora deliberado, realizando a 3ª SECEX a Auditoria Operacional de que se cuida nesta oportunidade, a qual está estruturada a partir dos seguintes tópicos: Apresentação, Resumo, Antecedentes, Planejamento, Implementação (Projeto LEPLAC e Projeto REVIZEE), Respostas às Questões de Avaliação e Propostas de Encaminhamento.

O conteúdo do bem elaborado trabalho passa a fazer parte integrante deste Relatório, sendo reproduzido na íntegra, sob a forma de anexo, logo após as peças correspondentes ao Voto deste Relator.

VOTO

Há que se louvar, desde logo, a importância da iniciativa pioneira adotada no âmbito deste Tribunal de investir na qualificação de profissionais, do seu corpo técnico, para a avaliação de Programas Públicos.

2. A medida em questão não foi concebida de modo tópico, dissociada de um contexto evolutivo capaz de disseminar resultados e assegurar novas técnicas de trabalho. Muito pelo contrário, sua abordagem é sistêmica e visa inserir, definitivamente, metodologia de trabalho inovadora no rol das atividades teleológicas desenvolvidas no labor cotidiano deste Tribunal.

3. Cabe ter presente que esta Casa, em constante e profícuo intercâmbio com Entidades de Fiscalização Superior - EFS sediadas em outros países, tem verificado uma nova tendência internacional, qual seja: tais entidades, sem olvidar das suas atribuições tradicionais de zelar pelo cumprimento das normas legais aplicáveis à boa prática administrativa, estão procurando ampliar o campo de atuação que lhes são afetos, conferindo ênfase a um controle mais finalístico das ações governamentais.

4. O próprio Governo Brasileiro, ao avançar no campo do contrato de gestão e da privatização das concessionárias de serviço público, demonstra indeclinável tendência para o alinhamento do País à nova ordem mundial, o que, pela ótica interna, reclama efetiva resposta por parte deste Tribunal, ensejando o aperfeiçoamento das técnicas de fiscalização.

5. Importante passo nesse sentido foi dado com a edição do Manual de Auditoria de Desempenho, elaborado pela SAUDI/SEGECEX, que já incorpora os resultados então alcançados nas etapas percorridas pelo multicitado Programa de Capacitação em Avaliação de Programas Públicos.

6. No que se refere à Auditoria Operacional em apreço, faço consignar os meus encômios à equipe técnica da 3ª SECEX, pelo profissionalismo com que lograram executar a missão que lhe foi confiada.

7. O assunto examinado foi abordado de forma didática, favorecendo, entre outros aspectos, a compreensão da metodologia utilizada, do aparato legal associado aos Programas LEPLAC e REVIZEE, dos objetivos inerentes a cada ação, da situação atual dos trabalhos, da pertinência das técnicas escolhidas na condução dos Programas e dos aspectos gerenciais associados ao assunto.

8. No que se refere ao modelo de avaliação utilizado nesta Auditoria Operacional, a metodologia de trabalho foi inspirada nos normativos do General Accounting Office - GAO, Entidade de Fiscalização Superior dos Estados Unidos da América do Norte, o qual classifica as questões de avaliação em três tipos distintos, a saber:

8.1. questões descritivas - voltadas para a descrição detalhada das condições específicas de implementação do programa, examinando: as origens e a história do programa, os objetivos estabelecidos, o contexto de operação, os recursos alocados, o desempenho alcançado, a identificação de problemas potenciais e as áreas onde o programa pode ser ampliado, modificado ou aprimorado;

8.2. questões normativas - voltadas para a verificação dos resultados observados em comparação com o desempenho esperado do programa, conforme descrito em lei específica ou instrumento próprio de planejamento que estabeleça os objetivos e as metas a serem alcançadas;

8.3. questões de causa e efeito - preocupam-se em verificar em que medida os resultados observados podem ser atribuídos ao programa e, até mesmo, identificar os resultados não esperados. Nesse sentido, ocupam-se em estabelecer as relações de causa e efeito, possíveis de serem comprovadas com uma determinada margem de segurança.

9. Todavia, no que alude aos programas LEPLAC e REVIZEE, a equipe de auditoria compreendeu não serem aplicáveis a eles, ao menos no momento, questões de avaliação do tipo impacto. Concorreram para tal entendimento os seguintes aspectos:

9.1. LEPLAC – não há, "atualmente, tecnologia para, a custos compensatórios, explorar os recursos presentes na nova área da plataforma continental que poderá vir a ser agregada; logo, a avaliação dos benefícios aduzidos pelo programa fica prejudicada (no entanto, caso o programa não atinja seus objetivos, dentro do prazo fixado e utilizando técnicas apropriadas, qualquer pretensão de expansão da margem continental brasileira não mais será possível)"; e

9.2. REVIZEE – "o estágio inicial dos trabalhos a ele ligados ainda não permite (nem permitirá nos próximos 2 anos, pelo menos) a avaliação de seus efeitos."

10.Com relação ao Programa LEPLAC, o presente Trabalho de Auditoria destaca valiosas informações e alcança as compreensões que se seguem:

10.1.Objetivo:

"O Programa de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC), aprovado pelo Decreto nº 98.145, de 15/09/89, tem como propósito estabelecer o limite exterior da plataforma continental do Brasil, no seu enfoque jurídico, de conformidade com os critérios estabelecidos a esse respeito pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), em especial no que se refere àquelas regiões em que tal limite possa ultrapassar as 200 (duzentas) milhas marítimas.";

10.2. Resultado Esperado:

"O resultado mais importante, e fundamental, do LEPLAC deverá ser o de embasar a pretensão política brasileira junto à ONU, com vistas a incorporar área marítima de extensão considerável, sobre a qual o País poderá exercer direitos de soberania para efeitos de exploração e aproveitamento de seus recursos minerais e de outros recursos não-vivos do leito do mar e respectivo subsolo, bem como dos organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias. Com base nos dados de que até o momento se dispõe, prevê-se que, ao término dos trabalhos do LEPLAC, o Brasil venha a apresentar um novo limite exterior de sua plataforma continental, cientificamente fundamentado, representando um acréscimo de cerca de 700.000 km^2 ao espaço brasileiro, além dos 3,5 milhões referentes às 200 milhas marítimas, totalizando uma área de 4,2 milhões de km^2, área equivalente à da Amazônia";

10.3. Questões de Avaliação Consideradas:

10.3.1. "Com que segurança se pode afirmar que as técnicas utilizadas serão aceitas pelos organismos internacionais?" e

10.3.2. "Até que ponto se pode dizer que a utilização das técnicas adotadas permitirá a conclusão do levantamento no prazo estipulado?"

10.4. Conclusões Alcançadas:

10.4.1. "foram utilizadas as melhores técnicas disponíveis para se alcançarem os resultados estipulados para o LEPLAC, de acordo com os critérios técnicos definidos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar";

10.4.2. a ausência de previsão legal explícita de um organograma, no escopo da Diretoria de Hidrografia e Navegação – DHN/MM, que comporte os recursos humanos empregados na implementação do LEPLAC, sujeita a alocação de pessoal ao Programa a eventuais mudanças políticas de condução daquela Diretoria, fato que pode vir a interferir negativamente no atingimento dos objetivos no prazo fixado;

10.4.3. "o fato de a Petrobrás necessitar de alguns tipos de dados, tais como a definição do pé do talude continental e da linha isobática de 2.500 metros, a serem produzidos pela DHN, para que ela possa concluir as atividades sob sua responsabilidade, foi identificado como um possível ponto de estrangulamento no desenvolvimento das tarefas do LEPLAC";

10.4.4. "a elaboração do relatório final e proposta política, tendo em vista os constantes estreitamentos de prazo sofridos nas diversas versões anuais do

cronograma, além de estar sob a responsabilidade do Comitê Executivo, carente de uma infra-estrutura de pessoal com dedicação exclusiva para sua prontificação - , foi considerada uma fonte de preocupação significativa";

10.4.5. "a já prevista ausência de participação da Petrobrás em futuras recoletas de dados atualmente sob sua responsabilidade de aquisição e análise, para subsidiar uma eventual reanálise das informações já adquiridas, pode vir a se tornar um problema considerável";

10.4.6. "o fato de o sistema de controle de custos adotado pela DHN e pela Secretaria da Comissão Interministerial dos Recursos do Mar – SECIRM – não computar na totalidade dos gastos as despesas do pessoal envolvido com o programa LEPLAC, procedimento extremamente freqüente nos órgãos da administração pública, foi também considerado uma fragilidade, por transmitir uma falsa noção acerca do custo total do Projeto";

10.5. Síntese das Conclusões Alcançadas

10.5.1. quanto à primeira pergunta de avaliação (subitem 10.3.1 precedente), considerando que as técnicas utilizadas no LEPLAC são similares às empregadas por outros Estados envolvidos em trabalhos semelhantes e que o emprego dessas técnicas já era dominado pelos entes executores do Projeto, a probabilidade de o trabalho final ser aceito pela Comissão de Limites da ONU pode ser considerada alta;

10.5.2. no tocante à segunda pergunta de avaliação (subitem 10.3.2 pregresso):

10.5.2.1. tendo em vista as fragilidades descritas nos subitens 10.4.2 a 10.4.4 retrocitados, referentes às conclusões acerca do LEPLAC, pode ser considerada baixa a probabilidade de se obterem produtos finais desse Programa no ano de 2001, conforme cronograma existente, probabilidade essa que se entende poderia ser incrementada, caso atendidas as recomendações apresentadas; e

10.5.2.2. "por outro lado, ressaltando ainda a necessidade de se atentar para os aspectos objeto das mencionadas recomendações, mesmo que implementando pequenas variações das iniciativas propostas, é considerada alta a probabilidade de se conseguir finalizar o trabalho antes do prazo previsto pela CNUDM, ou seja, novembro de 2004".

11. No que alude ao Programa REVIZEE, a Auditoria Operacional situa aspectos de realce e firma entendimentos importantes, como indicado a seguir:

11.1. Objetivo:

> "... proceder ao levantamento dos potenciais sustentáveis de captura dos recursos vivos na Zona Econômica Exclusiva – ZEE, com o fito de atingir as seguintes metas:
>
> a) inventariar os recursos vivos na ZEE e as características ambientais de sua ocorrência;
>
> b) determinar suas biomassas; e
>
> c) estabelecer os potenciais de captura sustentável."

Além da finalidade acima indicada, "o Programa pretende, ainda, a partir do conhecimento das variáveis ambientais, estabelecer correlações e inferências que garantam uma visão abrangente de sua dinâmica e sazonalidade, por considerar que o mero retrato dos recursos vivos da região, sem o conhecimento do respectivo ambiente, seria de pouca utilidade."

11.2. Resultados Esperados:

"Os principais resultados esperados do Programa REVIZEE são:

a) preparação e habilitação do Brasil para atender ao disposto na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, no que se refere aos recursos vivos marinhos da ZEE;

b) determinação das biomassas e potenciais de captura dos recursos pesqueiros demersais (peixes, crustáceos e moluscos), em toda a ZEE;

c) determinação das biomassas e potenciais de captura dos recursos pesqueiros pelágicos pequenos e grandes (sardinhas, anchoítas, atuns e afins, lulas, tubarões e outros), em toda a ZEE;

d) determinação das variações das condições ambientais na ZEE que provocam oscilações espaciais e sazonais na distribuição dos recursos pesqueiros;

e) proporcionar ao setor pesqueiro oportunidades para a diversificação da frota pesqueira existente e melhoramento do aproveitamento do parque industrial instalado, favorecendo a recuperação de estoques tradicionais, hoje intensamente explorados;

f) abrir uma nova fronteira para a pesca no Brasil, proporcionando uma oportunidade para o aumento da frota realmente oceânica destinada ao aproveitamento dos recursos vivos nas áreas mais afastadas da ZEE; e

g) incrementar a capacidade de pesquisa pesqueira no país, com a incorporação de novos meios flutuantes, instrumental científico e pessoal qualificado em nível nacional."

11.3. Questão de Avaliação Considerada:

"Até que ponto se pode afirmar que o modelo descentralizado de implementação das ações do Programa REVIZEE viabilizará o atingimento de seus objetivos?"

11.4. Conclusões Alcançadas:

11.4.1. "o nível de participação e envolvimento do setor pesqueiro, tanto no Comitê Executivo quanto nos Subcomitês Regionais SCOREs, é significativamente baixo, apesar de serem relevantes os interesses envolvidos e diretamente motivadores de sua participação, já que os dados advindos da execução do programa serão de grande valia para a área de pesca;"

11.4.2. "a carência de meios flutuantes adequados para a implementação do REVIZEE surge como fator, de um lado, limitante ao atingimento dos objetivos do Programa e, de outro, indutor de um possível aumento de seus custos;"

11.4.3. "o nível de controle exercido pelo Comitê Executivo sobre as coordenadorias regionais, no que se refere à identificação das necessidades locais dos diversos Subcomitês Regionais (SCOREs), poderia ser mais efetivo e tempestivo, por intermédio da realização de reuniões de âmbito nacional com vistas a padronizar as ações resultantes dessas demandas e, até mesmo, garantir correções ou ajustes que se mostrassem necessários quando do implemento das ações executivas do REVIZEE"; e

11.4.4. "tendo em vista que as informações referentes à capacidade de captura, também exigidas pela CNUDM para serem cotejadas com as referentes ao potencial de captura, não serão objeto de levantamento por parte do Programa REVIZEE, devendo ser satisfeitas por ações do Grupo Executivo do Setor Pesqueiro (GESPE), seria desejável que as ações do GESPE e do REVIZEE fossem próximas e sintônicas".

11.5. Síntese das Conclusões Alcançadas:

11.5.1. "pode-se concluir, por um lado, que o modelo administrativo, em sua forma matricial e descentralizada, tem-se mostrado suficientemente adequado para o REVIZEE, no que se refere à comunidade científica, que demonstra certa habitualidade no desenvolvimento de atividades sob tal modelo de administração;" e

11.5.2. "por outro lado, entende-se necessária a instituição de mecanismos que promovam uma maior aproximação entre a gerência do Projeto, na pessoa dos integrantes do Comitê Executivo, e o braço executor do REVIZEE, representado pelos SCOREs, de modo a permitir a identificação mais tempestiva das necessidades deste por parte daquela, com vistas, principalmente, a evitar, ou corrigir com maior oportunidade, desvios dos objetivos estabelecidos para o Programa, que eventualmente ocorram, considerando-se que a implementação de medidas propostas pela Equipe de Auditoria poderia contribuir nesse sentido."

12. Depreende-se, a partir das informações pertinentes aos Projetos LEPLAC e REVIZEE sumariados neste Voto, e detidamente examinados no corpo da Auditoria Operacional, que os Programas, conexos por natureza, possuem importância capital para o destino do nosso País.

13. Não se pode desconhecer que a feição atual de uma nação é fruto dos seus traços históricos e o seu futuro uma contingência das ações encetadas no presente.

14. Há quase 500 anos o caminho do mar atrelou a nossa história à dinâmica de uma intrépida civilização sediada no velho mundo.

15. A cultura náutica lusitana, que apresentava feitos memoráveis já em 1418 (chegada à ilha da Madeira), aprimorada pela execução do extenso plano de pesquisas geográficas iniciado pelo infante D. Henrique e a sua famosa Escola de Sagres, ousou desafiar o mar desconhecido, acreditando na então polêmica teoria da redondeza da terra, para perseguir o desafio maior de traçar um caminho marítimo para as Índias.

16.Quando das divergências surgidas entre Portugal e a Espanha, logo após o descobrimento da América por Cristóvão Colombo (1492), a solução negociada aconteceu com a celebração do Tratado de Tordesilhas (1494), o qual dispunha que, a partir da linha divisória traçada imaginariamente a 370 léguas a oeste de Cabo Verde, as terras a leste desse marco seriam de Portugal e as terras a oeste da Espanha.

17.Tem-se, pois, a criação de um vínculo legal antes mesmo que os desígnios da História estabelecessem o momento da descoberta material, realizada por Cabral, e seus comandados em 22 de abril de 1500.

18.Desde então, o curso da atividade econômica, requisito principal à efetivação do assentamento populacional iniciado pelos nossos colonizadores, esteve orientado para a exportação dos nossos produtos, valendo-se da utilização das vias marítimas.

19.O pau-brasil, a cana-de-açúcar, os minérios e o café precederam a diversificação de produtos que hoje compõem a pauta de exportação brasileira. Nesse ínterim, teve curso a era colonial, transcorreu o tempo do Império e fez-se presente a etapa de vida Republicana.

20.O marco delimitado pelo meridiano de Tordesilhas foi ampliado pelo Tratado de Madri (1750), trazendo contornos geográficos às terras portuguesas de então praticamente iguais à configuração do atual mapa do Brasil.

21.O gigante contemporâneo de 8.511.965 km^2 tem que estar capacitado a zelar, no presente, pelo rico e vasto patrimônio territorial conquistado ao longo dos quase cinco séculos.

21.Com a atenção no presente e o sentido no futuro, o Brasil, na vanguarda dos acontecimentos que espreitam a chegada do novo milênio, não pode deixar de conquistar, também, o direito de soberania, para efeitos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais do leito e do subsolo da plataforma continental situados além das 200 milhas marítimas.

22.O Capitão de Fragata Alexandre Tagore Medeiros de Albuquerque, com a autoridade de especialista sobre o assunto, adverte (RMB 2º T/94 - págs. 113/119):

> "(...)
>
> A exemplo dos ilustres e competentes brasileiros que nos antecederam, cujo trabalho contribuiu para a delimitação de nossas atuais fronteiras terrestres - conferindo ao Brasil dimensões geográficas continentais -, o Brasil hoje trabalha incansavelmente para aumentar, de modo significativo, as áreas oceânicas em relação às quais exercerá seus direitos de soberania no que diz respeito à exploração e ao aproveitamento dos recursos naturais da massa líquida, do solo e subsolo marinhos.
>
> É preciso, portanto, que toda a sociedade brasileira, consciente desse grande esforço que vem sendo desenvolvido, contribua para a garantia desses direitos soberanos.
>
> *omissis*

É preciso, finalmente, que, desde já, sejam adotadas medidas, em âmbito nacional, para a constante e eficaz vigilância do que ocorre nos limites marítimos sob a jurisdição brasileira, com o propósito de evitar, diríamos a médio prazo, qualquer tipo de questionamento em relação ao exercício de nossa soberania, o que, efetivamente, está ocorrendo hoje em relação à Amazônia."

É de se reconhecer, assim, que o enfoque do País em relação ao mar não está mais resumido às questões de defesa e de rotas marítimas, mas sim voltado para o conhecimento dos recursos naturais de nossa zona econômica exclusiva e plataforma continental, de modo a orientar um manejo adequado desse patrimônio, à luz dos legítimos interesses nacionais.

Destarte, consignando louvor pelo trabalho realizado pela 3ª SECEX, Voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao descortino do Egrégio Colegiado.

DECISÃO Nº 447/98* - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo TC-002.838/97-4.

2. Classe de Assunto: V - Auditoria Operacional. Capacitação em Avaliação de Programas Públicos. Programas de Levantamento da Plataforma Continental - LEPLAC e de Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva - REVIZEE.

3. Interessado: Tribunal de Contas da União.

4. Unidade Jurisdicionada: Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar - SECIRM.

5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: 3ª SECEX.

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

8.1 - com fulcro no inciso II do art. 194 do Regimento Interno, recomendar aos órgãos, a seguir especificados, a promoção dos estudos de viabilidade indicados, devendo esta Corte de Contas, no prazo de 90 dias, ser informada das conclusões alcançadas até então, bem como das providências eventualmente adotadas;

8.1.1 - ao Ministério da Marinha, quanto a se criar, mesmo estando o Plano de Levantamento da Plataforma Continental - LEPLAC - em adiantada fase de execução, uma unidade organizacional formal no âmbito da DHN, que ampare a alocação dos recursos humanos envolvidos no seu implemento, enquanto perdurarem as atividades a ele relacionadas;

8.1.2 - à Comissão Interministerial para os Recursos do Mar, aos cuidados de seu coordenador, Exmº Sr. Ministro de Estado da Marinha, quanto a se:

1. Publicada no DOU de 07/08/98.

8.1.2.1 - adequar suficientemente o quantitativo de pessoal envolvido na elaboração da Proposta Política (Relatório Final) do LEPLAC, a cargo do Comitê Executivo, com vistas a procurar atender aos prazos estipulados no cronograma de execução do Projeto;

8.1.2.2 - estabelecer plano de acompanhamento passo a passo da confecção da Proposta Política, a cargo do Comitê Executivo, pelo Grupo de Trabalho Permanente para a Elaboração da Proposta Política do LEPLAC, de modo a serem tempestivamente delimitados critérios de adequabilidade e oportunidade - no tocante à definição de diretrizes e prioridades políticas - necessários ao encaminhamento do documento em questão;

8.1.2.3 - estipular formalmente a participação da PETROBRÁS em eventuais missões que se fizerem necessárias à recoleta de dados, cuja disponibilização originária foi por ela viabilizada, especificando sua participação em ações efetivas ou em assessoramento àquela entidade que vier a executar as ações de reaquisição ou reprocessamento desses dados;

8.1.2.4 - determinar, dada a relevância econômica e científica das informações levantadas no decorrer do REVIZEE, e, ainda, considerando os custos inerentes à obtenção de todos esses dados, uma cobrança de taxa para aqueles que delas se utilizassem comercialmente, ou mesmo, o estabelecimento de reciprocidades por meio de acordos de cooperação técnica - parcerias com universidades e instituições de pesquisa - para aqueles que priorizassem o enfoque científico desses dados obtidos;

8.2 - determinar à 3ª SECEX que promova estudos, visando apresentar sugestões ao Relator da matéria, sobre a possibilidade de aplicação de tratamento igualitário, na forma de retribuição pecuniária, entre servidores civis e militares embarcados para a realização de campanhas do REVIZEE;

8.3 - determinar à SECON que promova estudos objetivando inserir na análise das contas governamentais, relativas ao exercício de 1998, a recomendação desta Corte aos órgãos competentes do Poder Executivo, no sentido de desenvolver sistemática contábil que possibilite, a qualquer momento, a pronta visualização, tanto por parte dos respectivos gestores quanto pelos agentes de controle, dos custos totais de cada subprojeto ou subatividade, aí compreendidos, inclusive, os decorrentes do pessoal a eles alocado, bem como aqueles oriundos da utilização de meios materiais já de propriedade da União, ou adquiridos por intermédio de outras dotações orçamentárias e com eles compartilhados;

8.4 - ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, quanto à:

8.4.1 - criação de uma rubrica orçamentária específica para o Programa de Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva - Projeto REVIZEE - no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, de modo a facilitar a contabilização dos custos do projeto e a permitir um melhor cumprimento do cronograma de execução, vez que as entidades participantes teriam conhecimento do montante real de recursos destinados às suas atividades;

8.4.2 - proporcionar oportunidade de participação no programa REVIZEE dos Ministérios do Trabalho, do Planejamento, da Indústria, do Comércio e do Turismo e o das Relações Exteriores, tendo em vista a vinculação dos interesses de tais pastas com o referido Programa, requerendo, inclusive, daqueles que acenassem negativamente ao convite, justificativas para a falta de adesão;

8.4.3 - possibilidade de se criar, no programa REVIZEE, um atrativo de recursos externos para o seu financiamento, por meio de inserção no projeto de um cunho ecológico, haja vista a constante falta de recursos com que os administradores se deparam, a relevância do Projeto para o levantamento, a sustentabilidade e preservação da biodiversidade marinha nacional e a factibilidade, afirmada por gestores do REVIZEE, de a ele se agregar mais esse enfoque;

8.5 - com base no § 1º do art. 194 do Regimento Interno, determinar a juntada do presente processo às contas da Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar, relativas ao exercício de 1997, para exame em conjunto e em confronto; e

8.6 - autorizar o encaminhamento, às entidades auditadas, de cópia da deliberação ora prolatada, devidamente acompanhada dos respectivos Relatório, Voto e anexo.

9. Ata n1 28/98 - Plenário

10. Data da Sessão: 22/07/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha (Relator).

HOMERO SANTOS Presidente	LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA Ministro-Relator

---

(*) Grupo I - Classe V - Plenário

TC-002.838/97-4

Natureza: Auditoria Operacional. Capacitação em Avaliação de Programas Públicos. Programas de Levantamento da Plataforma Continental - LEPLAC e de Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva - REVIZEE

Entidade: Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar-SECIRM.

Interessado: Tribunal de Contas da União.

Ementa: Auditoria Operacional. Processo apreciado em assentada anterior. Correção de erro material. Súmula 145. Renumeração dos itens da Decisão Plenária nº 447/98.

RELATÓRIO

Cuidam os autos do Relatório de Auditoria Operacional realizada pela 3ª Secretaria de Controle Externo - 3ª SECEX deste Tribunal junto aos Programas Governamentais de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira - LEPLAC e de Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva - REVIZEE, os quais se encontram sob a coordenação da Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar- SECIRM.

2. O Tribunal apreciou o presente processo na Sessão Plenária de 22/07/98, por intermédio da Decisão nº 447/98 - TCU - Plenário.

3. Em razão de acolhimento, pelo Relator, de sugestões oferecidas pelos seus pares, durante o julgamento, ocorreram problemas com a numeração dos itens da Decisão, erro material que ora se procura sanar.

4. A 3ª SECEX, diante deste contexto, propõe a correção material da mencionada Decisão, com base na Súmula nº 145.

A manifestação do *parquet*, prevista no mencionado Enunciado Sumular, poderá, em favor da economia processual, caso haja o assentimento do seu digno representante, ser colhida verbalmente nesta oportunidade.

VOTO

Diante da necessidade de solucionar a questão supramencionada (numeração indevida dos itens da Decisão nº 447/98 - TCU - Plenário), acolho a proposta formulada pela Unidade Técnica e Voto por que o Tribunal adote a deliberação, que ora submeto a este Egrégio Plenário.

DECISÃO Nº 503/98 - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo nº TC-002.838/97-4.

2. Classe de Assunto: V- Auditoria Operacional. Capacitação em Avaliação de Programas Públicos. Programas de Levantamento da Plataforma Continental - LEPLAC e de Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva - REVIZEE.

3. Interessado: Tribunal de Contas da União.

4. Entidade: Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar - SECIRM.

5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: 3ª SECEX

8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE que os itens da Decisão Plenária nº 447/98, para fins de correção de erro material (Súmula nº 145), passam a ser os seguintes:

1. Publicada no DOU de 20/08/98.

"8.1 - com fulcro no inciso II do art. 194 do Regimento Interno, recomendar aos órgãos, a seguir especificados, a promoção dos estudos de viabilidade indicados, devendo esta Corte de Contas, no prazo de 90 dias, ser informada das conclusões alcançadas até então, bem como das providências eventualmente adotadas;

8.1.1 - ao Ministério da Marinha, quanto a se criar, mesmo estando o Plano de Levantamento da Plataforma Continental - LEPLAC - em adiantada fase de execução, uma unidade organizacional formal no âmbito da DHN, que ampare a alocação dos recursos humanos envolvidos no seu implemento, enquanto perdurarem as atividades a ele relacionadas;

8.1.2 - à Comissão Interministerial para os Recursos do Mar, aos cuidados de seu coordenador, Exmº Sr. Ministro de Estado da Marinha, quanto a se:

8.1.2.1 - adequar suficientemente o quantitativo de pessoal envolvido na elaboração da Proposta Política (Relatório Final) do LEPLAC, a cargo do Comitê Executivo, com vistas a procurar atender aos prazos estipulados no cronograma de execução do Projeto;

8.1.2.2 - estabelecer plano de acompanhamento passo a passo da confecção da Proposta Política, a cargo do Comitê Executivo, pelo Grupo de Trabalho Permanente para a Elaboração da Proposta Política do LEPLAC, de modo a serem tempestivamente delimitados critérios de adequabilidade e oportunidade - no tocante à definição de diretrizes e prioridades políticas - necessários ao encaminhamento do documento em questão;

8.1.2.3 - estipular formalmente a participação da PETROBRÁS em eventuais missões que se fizerem necessárias à recoleta de dados, cuja disponibilização originária foi por ela viabilizada, especificando sua participação em ações efetivas ou em assessoramento àquela entidade que vier a executar as ações de reaquisição ou reprocessamento desses dados;

8.1.2.4 - determinar, dada a relevância econômica e científica das informações levantadas no decorrer do REVIZEE, e, ainda, considerando os custos inerentes à obtenção de todos esses dados, uma cobrança de taxa para aqueles que delas se utilizassem comercialmente, ou mesmo, o estabelecimento de reciprocidades por meio de acordos de cooperação técnica - parcerias com universidades e instituições de pesquisa - para aqueles que priorizassem o enfoque científico desses dados obtidos;

8.1.3 - ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, quanto à:

8.1.3.1 - criação de uma rubrica orçamentária específica para o Programa de Avaliação do Potencial Sustentável de Recursos Vivos na Zona Econômica Exclusiva - Projeto REVIZEE - no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, de

modo a facilitar a contabilização dos custos do projeto e a permitir um melhor cumprimento do cronograma de execução, vez que as entidades participantes teriam conhecimento do montante real de recursos destinados às suas atividades;

8.1.3.2 - proporcionar oportunidade de participação no programa REVIZEE dos Ministérios do Trabalho, do Planejamento, da Indústria, do Comércio e do Turismo e o das Relações Exteriores, tendo em vista a vinculação dos interesses de tais pastas com o referido Programa, requerendo, inclusive, daqueles que acenassem negativamente ao convite, justificativas para a falta de adesão;

8.1.3.3 - possibilidade de se criar, no programa REVIZEE, um atrativo de recursos externos para o seu financiamento, por meio de inserção no projeto de um cunho ecológico, haja vista a constante falta de recursos com que os administradores se deparam, a relevância do Projeto para o levantamento, a sustentabilidade e preservação da biodiversidade marinha nacional e a factibilidade, afirmada por gestores do REVIZEE, de a ele se agregar mais esse enfoque;

8.2 - determinar à 3ª SECEX que promova estudos, visando apresentar sugestões ao Relator da matéria, sobre a possibilidade de aplicação de tratamento igualitário, na forma de retribuição pecuniária, entre servidores civis e militares embarcados para a realização de campanhas do REVIZEE;

8.3 - determinar à SECON que promova estudos objetivando inserir na análise das contas governamentais, relativas ao exercício de 1998, a recomendação desta Corte aos órgãos competentes do Poder Executivo, no sentido de desenvolver sistemática contábil que possibilite, a qualquer momento, a pronta visualização, tanto por parte dos respectivos gestores quanto pelos agentes de controle, dos custos totais de cada subprojeto ou subatividade, aí compreendidos, inclusive, os decorrentes do pessoal a eles alocado, bem como aqueles oriundos da utilização de meios materiais já de propriedade da União, ou adquiridos por intermédio de outras dotações orçamentárias e com eles compartilhados;

8.4 - com base no § 1º do art. 194 do Regimento Interno, determinar a juntada do presente processo às contas da Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar, relativas ao exercício de 1997, para exame em conjunto e em confronto; e

8.5 - autorizar o encaminhamento, às entidades auditadas, de cópia da deliberação ora prolatada, devidamente acompanhada dos respectivos Relatório, Voto e anexo."

9. Ata nº 31/98-Plenário.
10. Data da Sessão: 05/08/1998-Ordinária.

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Adhemar Paladini Ghisi (na Presidência), Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Bento José Bugarin e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha (Relator) e Benjamin Zymler.

Ahemar Paladini Ghisi na Presidência	Lincoln Magalhães Da Rocha Ministro-Relator

PREFEITURA MUNICIPAL DE GRAJAÚ/MA – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8666/93
Representação

Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-350.333/97-1
Natureza: Representação.
Entidade: Prefeitura Municipal de Grajaú/MA.
Interessada: Distribuidora Lívia Jonas S. Lima (ME).

Ementa: Representação acerca de possíveis irregularidades na aplicação da Lei n. 8.666/93. Conhecimento. Procedência, em parte. Determinações à Entidade. Ciência à empresa representante. Arquivamento do processo.

RELATÓRIO

Versa a espécie sobre Representação formulada pela Distribuidora Lívia Jonas S. Lima (ME), com fulcro no § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/93, contra possíveis irregularidades que teriam ocorrido na Tomada de Preços n. 06/97, realizada pela Prefeitura Municipal de Grajaú/MA, objetivando a aquisição de gêneros alimentícios componentes da merenda escolar, com recursos federais da extinta Fundação de Assistência ao Estudante - FAE/MEC.

2. A referida empresa, ao requerer a anulação do certame licitatório, alegou basicamente, que a P.M. de Grajaú/MA:

a) reprovou sua amostra apresentada, no que concerne ao item 4 do anexo I do edital da Tomada de Preços n. 06/97, não admitindo o direito à "contraprova" dos exames procedidos no produto ofertado;

b) infringiu o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, ao exigir requisitos irrelevantes para o quantitativo das embalagens, além de definir o objeto a ser licitado com características inexistentes no mercado (itens 01 e 02 do aludido anexo – "Pauta de Gêneros Alimentícios"); e

c) fixou ilegalmente a data para a abertura das propostas, considerando que não foi concedido o prazo para impugnação dos recursos interpostos, tampouco franqueada vista dos autos do processo licitatório aos interessados, em dissonância aos §§ 3º e 5º do art. 109 do Estatuto das Licitações e Contratos.

3. Preliminarmente à instrução dos autos, a SECEX/MA promoveu diligência junto à supramencionada Prefeitura, com vistas à obtenção dos elementos necessários ao exame do presente processo (fls. 10).

4. Em atendimento, o Sr. João Pedro Ferreira Neto, Prefeito de Grajaú/MA, remeteu os esclarecimentos constantes às fls. 12/13, juntamente com os documentos comprobatórios enfeixados aos autos (fls. 14/26 e 38/48), os quais foram analisados pela Unidade Técnica em peça instrutiva de fls. 50/55.

5. No respeitante à alínea **a** supra, o responsável aduziu que a reprovação da amostra encaminhada pela Distribuidora Lívia (ME) ocorreu em razão de que o produto ofertado não correspondia ao exigido no edital licitatório. Consoante o relatório técnico elaborado pelo Núcleo de Controle de Qualidade da Alimentação Escolar, colacionado às fls. 15, a amostra apresentada foi de "sopa (preparo de mingau de aveia com flocos e banana)", portanto, diferente da exigência editalícia, a saber: "pó para preparo de mingau de aveia". Ademais, a Administração expôs que o licitante entrou, indevidamente, com recurso junto à Comissão Permanente de Licitação - CPL, quando deveria ter recorrido àquele Núcleo, em conformidade com o item 2.8 do ato convocatório. Discordando da justificativa prestada, o Analista teceu o seguinte comentário, *in verbis* (fls. 53): "Não prospera tal raciocínio, vez que o referido Núcleo prestava um serviço à CPL, realizado somente em função do certame. O resultado do exame definiu em parte a participação ou não do licitante na TP, decidindo a CPL sobre a permanência do representante e não sobre o exame realizado".

6. Em relação à alínea **b**, o gestor ponderou que o quantitativo das embalagens previsto nos itens 1 e 2 da "Pauta de Gêneros Alimentícios" (caixa de 4,5 kg, com um pacote de 1kg de molho e outro de 3,5 kg de macarrão) foi baseado em orientações de nutricionistas, pois trata-se de produto que precisa ser adicionado a outro para o preparo das refeições. Outrossim, ressaltou que várias empresas apresentaram as amostras de acordo com as exigências. Por outro lado, o AFCE depreendeu que tais requisitos estabelecidos para a forma das embalagens revelaram-se irrelevantes para obtenção da melhor oferta. De mais a mais, averiguou que a necessidade de adicionar 3,5 kg de macarrão ao composto constituiu-se em restrição à competitividade no certame licitatório, haja vista que somente a marca "Pratika" foi aprovada. Dessarte, entendeu que houve infringência ao disposto no art. 3°, § 1°, inc. I, da Lei n° 8.666/93, prevalecendo, decisivamente, fator irrisório para a aquisição dos alimentos da merenda escolar, qual seja: quantitativo da embalagem.

7. Acerca da alínea **c**, o Prefeito de Grajaú/MA alegou que a Comissão de Licitação, ao fixar a data alusiva à abertura das propostas, atentou para o prazo indispensável ao julgamento dos recursos apresentados no ensejo da apreciação da documentação habilitatória. Ratificando o posicionamento do responsável, o Analista informou que, durante a sessão de habilitação, houve renúncia do direito de recorrer por parte de alguns licitantes e interposição imediata de recursos por outros. Desse modo, não existiu necessidade de franqueamento dos autos para fluência do prazo recursal, já que quem tinha interesse em recorrer o fez de imediato.

8. À luz de tais considerações, a SECEX/MA propõe (fls. 55):

"I – determinar à Prefeitura Municipal de Grajaú/MA:

a) que observe estritamente os ditames da Lei n. 8.666/93 (alterada pela Lei n. 8.883/94) e seus princípios norteadores, quando da realização de novos certames licitatórios, dando especial atenção aos arts. 3º e 109;

b) que procure conciliar, nas próximas licitações, o interesse da Administração com os direitos e garantia da ampla defesa e do contraditório.

II – dar ciência ao interessado da Decisão que vier a ser proferida; e

III – determinar o arquivamento dos autos."

9. O Ministério Público, por meio da Dra. Maria Alzira Ferreira, manifesta-se de acordo com a proposição alvitrada (fls. 56-v).

10.É o relatório.

VOTO

Compulsando as peças que compõem o presente processo, considero pertinente o entendimento da Unidade Técnica, no tocante à primeira ocorrência, ao ressaltar que, como um dos princípios basilares que norteia os procedimentos licitatórios é o da ampla participação, a Comissão Permanente de Licitação deveria ter determinado a realização da "contraprova", como forma de resguardar a ampla acessibilidade, bem assim de homenagear o direito de petição, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

2. Quanto à segunda questão, constato que as justificativas oferecidas pelo gestor, no sentido de que "se trata de um produto que precisa ser adicionado a outro para o preparo das refeições, conforme orientações de nutricionistas", não são suficientes para justificar a infringência ao Estatuto das Licitações e Contratos. Neste ínterim, vale consignar que o art. 3°, § 1°, inc. I, da Lei n. 8.666/93 (alterada pela Lei n. 8.883/94), ao dispor sobre o cerceamento do caráter competitivo inserido no ato convocatório, assevera, *verbo ad verbum*:

"Art. 3° .....

§ 1° É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato" (grifei).

3. Ao meu ver, a inserção pela Prefeitura Municipal de Grajaú/MA da exigência editalícia a respeito do quantitativo das embalagens, prevista nos itens 1 e 2 da "Pauta de Gêneros Alimentícios", consistiu em ofensa ao princípio da

competitividade, porquanto impossibilitou a participação de outros interessados, ao estabelecer requisitos específicos e irrelevantes para a seleção da proposta mais vantajosa à Administração. É de se destacar que, no que tange àqueles tópicos, somente uma marca foi aprovada.

4. Em abono da tese ora esposada, é pertinente recorrer ao magistério de Hely Lopes Meirelles, que em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro" (17ª ed., Malheiros Editores) assim esclarece:

> "O que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desiguala os iguais ou iguala os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos".

5. Outrossim, podem ser trazidas à colação várias decisões deste Tribunal acerca do assunto, *verbi gratia*: Decisão n. 353/94 – Plenário – Ata n. 22/94, Decisão n. 366/96 – Plenário – Ata n. 24/96 e Decisão n. 388/97 – Plenário – Ata n. 25/97. Com efeito, a jurisprudência do Tribunal tem-se orientado no sentido de, inicialmente, determinar aos órgãos e entidades, sujeitos às normas estabelecidas na Lei n. 8.666/93, que evitem o uso de cláusulas, condições e critérios que, de alguma forma, restrinjam o caráter competitivo do procedimento licitatório.

6. Por fim, relativamente à questão referente ao prazo para abertura das propostas, entendo que, não obstante o fato de os recursos terem sido interpostos por licitantes na própria sessão de habilitação e de ter ocorrido renúncia expressa do direito de recorrer pelos demais, não se pode descurar dos procedimentos impostos pela Lei atinente a Licitações e Contratos, nos termos do art. 109, §§ 3° e 5°, que assim dispõe:

> "Art. 109 .....
>
> § 3° Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.
>
> .....
>
> § 5° Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado."

Feitas estas considerações, acolho o parecer da SECEX/MA e voto por que seja adotada a decisão que ora submeto à apreciação deste E. Plenário.

DECISÃO Nº 485/98 - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo TC-350.333/97-1.

2. Classe de Assunto: VII - Representação.

3. Entidade: Prefeitura Municipal de Grajaú/MA.

4. Interessada: Distribuidora Lívia Jonas S. Lima (ME).

5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.

6. Representante do Ministério Público: Dra. Maria Alzira Ferreira.

7. Unidade Técnica: SECEX/MA.

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

8.1 - conhecer da Representação formulada, nos termos do § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/93, pela Distribuidora Lívia Jonas S. Lima (ME), para, no mérito, considerá-la, em parte, procedente;

8.2 - em conseqüência, determinar à Prefeitura Municipal de Grajaú/MA que, nas licitações realizadas com o objetivo de aplicar recursos federais:

a) respeite o direito dos licitantes à "contraprova", tendo em vista as garantias inerentes à ampla defesa e ao contraditório, previstas no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal/88;

b) obedeça, estritamente, ao preconizado no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei n. 8.666/93 (alterada pela Lei n. 8.883/94), evitando o uso de cláusulas, condições e critérios que, de alguma forma, possam restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório; e

c) observe, rigorosamente, o disposto no art. 109, §§ 3° e 5°, da Lei atinente a Licitações e Contratos, no sentido de conceder aos demais licitantes o prazo de 5 (cinco) dias úteis para impugnação dos recursos interpostos, bem assim de franquear vista dos autos do processo licitatório aos interessados.

8.3 - dar ciência desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à Distribuidora Lívia Jonas S. Lima (ME) e à Prefeitura Municipal de Grajaú/MA; e

8.4 - determinar o arquivamento do presente processo.

9. Ata n. 30/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 29 /07/1998 - Ordinária

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo (Relator) e Lincoln Magalhães da Rocha.

Homero Santos Presidente	José Antonio Barreto de Macedo Ministro-Relator

1. Publicada no DOU de 10/08/98.

SUPES/IBAMA/AM – AVALIAÇÃO DAS ÁREAS DE FISCALIZAÇÃO, ARRECADAÇÃO E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL
Auditoria Operacional

Ministro-Relator José Antonio Barreto de Macedo

Grupo I - Classe III - 2ª Câmara

TC-225.091/97-6
Natureza: Auditoria Operacional.
Unidade: Superintendência Estadual do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis no Amazonas - SUPES/IBAMA/AM.
Responsáveis: Hamilton Nobre Casara, Superintendente; e José Ricardo Lima, Superintendente Substituto.

Ementa: Auditoria Operacional realizada na Superintendência Estadual do IBAMA no Amazonas nas áreas de fiscalização, arrecadação e unidades de conservação ambiental, ressaltando sua estrutura, recursos financeiros despendidos, custo-benefício, qualidade e quantidade de pessoal, estudos dos autos de infração, atuação dos Postos de Controle e Fiscalização, comportamento da arrecadação e política de preços adotadas pelo IBAMA. Necessidade de reorganização dessa unidade a fim de que seja alcançada a eficiência e eficácia esperadas. Recomendações. Fixação de prazo para que o Tribunal seja informado acerca das medidas adotadas. Ciência aos órgãos interessados. Juntada às contas da SUPES/IBAMA/AM.

RELATÓRIO

Trata-se do Relatório de Auditoria Operacional realizada, no período de 07/04 a 16/05/97, na Superintendência Estadual do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis no Amazonas - SUPES/IBAMA/AM, por equipe da SECEX/AM, abrangendo as áreas de fiscalização, arrecadação e conservação ambiental, tal como previsto no Plano de Auditoria para o 1º Semestre de 1997.

2. O IBAMA foi criado em 1989, por intermédio da Lei n. 7.735, de 22/02/89, alterada pela de n. 7.804/89, que dispõe como finalidade dessa autarquia a formulação, coordenação e execução da Política Nacional do Meio Ambiente estabelecida pela Lei n. 6.938, de 31/08/81, alterada pela n. 7.804/89, e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis.

3. Conforme dispõe o art. 68 do Regimento Interno do IBAMA, aprovado pela Portaria n. 445, de 16/08/89, compete às Superintendências Estaduais do IBAMA, administrativamente subordinadas ao Presidente e tecnicamente aos Diretores, operacionalizar planos, programas e projetos do Instituto, em sua área de jurisdição, bem assim supervisionar as atividades executadas pelos Centros de Treinamento e de Pesquisa, Estações de Agricultura, Unidades de Conservação e outras que lhe sejam subordinadas.

4. A presente auditoria teve o propósito de identificar os pontos de estrangulamento desse Órgão Regional, suas deficiências e dificuldades para obter a economia, a eficiência e a eficácia desejadas para o fiel cumprimento do dever de preservar o meio ambiente para esta e futuras gerações.

5. Assim, foi verificada a operacionalização das áreas de fiscalização, arrecadação e unidades de conservação ambiental, ressaltando suas estruturas, recursos, qualidade e quantidade de pessoal, estudos dos autos de infração, atuação dos Postos de Controle e Fiscalização, comportamento da arrecadação e política de preços adotada pelo IBAMA.

6. Inicialmente cabe transcrever trechos do Relatório de Planejamento de Auditoria Operacional, que contém diversos dados acerca da Superintendência do IBAMA naquele Estado - SUPES/AM. O mencionado Relatório elaborado pela Equipe para subsidiar os trabalhos da Auditoria Operacional propriamente dita (fls. 1/18):

> "2.8. A Superintendência Estadual do IBAMA no Amazonas, apesar de ter passado a operar no Estado a partir de 1989, ano de sua criação, foi no exercício de 1990 em que realmente desenvolveu ações de grande vulto destinadas à defesa do meio ambiente na região.
>
> (...)
>
> 2.8.2. Foi nesse período que se iniciou a "Operação Amazônica", que se constituía em fiscalizações com o fito de combater as queimadas. Nesse trabalho, o IBAMA/AM contou com a colaboração das companhias de aviação, do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE e da Polícia Federal.
>
> 2.9. Atualmente são os seguintes os principais problemas que o órgão enfrenta com relação à preservação ambiental no Amazonas:
>
> - pesca predatória, que tem levado à quase extinção de algumas espécies de peixes e a redução brutal do seu tamanho, tais como o tambaqui e o pirarucu;
>
> - desmatamento de grandes hectares de floresta devido à exploração madeireira;
>
> - extinção de animais silvestres, aí incluídos várias espécies de aves, macacos, peixes-boi, tartarugas, dentre outros;
>
> - declínio das reservas extrativistas;

- invasão das unidades de conservação por pessoas estranhas ao local, dificultando assim a sua administração racional.

2.10. Para atuar no Estado do Amazonas, cuja área é de 1.558.987 km², o IBAMA contou, no exercício de 1996, com recursos da ordem de R$ 3.644.673,54 e até a presente data, recebeu R$ 953.507,30 de recursos financeiros.

2.11. Com esse volume de recursos suas atividades têm permanecido praticamente paralisadas. Por esta razão, a Superintendência estabeleceu prioridades em suas ações, sendo as áreas de fiscalização e manutenção das unidades de conservação as eleitas como prioritárias.

2.12. Nesse caminho, vem atuando em conjunto com a Receita Federal, a Polícia Federal, o Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas - IPAAM e outros órgãos envolvidos com a política ambiental. Com a Polícia e a Receita Federal criou postos de fiscalização em áreas estratégicas para o combate à exploração ilegal de madeiras.

(...)

2.13.2. Além de recursos orçamentários, constituem ainda recursos do Instituto: as vendas provenientes da exploração de produtos florestais, rendas de quaisquer natureza resultantes do exercício de atividades que lhe sejam afetas ou da exploração de imóveis sob sua jurisdição, produto de arrecadação de multas, taxas e emolumentos previstos em lei (art. 23 do decreto 97.946/89); doação, subvenção e auxílios, transferências de outros órgãos e entidades da administração pública e os provenientes de convênios, acordos com entidades públicas nacionais ou estrangeiras.

(...)

2.14.1. A Instituição atravessa fase crítica no que pertine à sua situação econômico-financeira. Faltam recursos para desenvolver sua atividade-fim.

2.14.2. No exercício de 1996, analisamos o comportamento da execução da despesa da Autarquia e constatamos que a mesma destinou 49,89% (R$ 1.818.506,74) dos recursos ao pagamento de pessoal e encargos sociais e despesas correntes, 36,36% (R$ 1.132.655,96) com dispêndios extra-orçamentários, restando tão-somente 22,60% (R$ 501.407,98) para atender as rubricas investimentos e inversões financeiras, ou seja, despesas de capital.

2.14.3. Para o exercício de 1997, observamos aportes financeiros extra-orçamentários provenientes de convênios, inclusive com recursos externos, no valor de R$ 539.507,51, alusivos ao primeiro trimestre do exercício em referência.

2.14.4. Tais convênios, não obstante, só atendem algumas Unidades de Conservação, como por exemplo o Parque Nacional de Jaú, a Estação Ecológica de Anavilhanas e a Reserva Ecológica de Abufari.

2.14.5. As demais Unidades de Conservação, a área de fiscalização e os registros gerais possuem dotações orçamentárias bastante aquém das suas reais necessidades.

2.15. RECURSOS HUMANOS

2.15.1. A Superintendência Regional do IBAMA no Amazonas tem em seu quadro 173 servidores.

(...)

2.18. ÁREAS DE ATUAÇÃO

2.18.1. RECURSOS HÍDRICOS E PESCA-DRHP

2.18.1.1. Foi criada recentemente uma divisão específica (Portaria IBAMA n. 88-N de 30.10.95), com a finalidade de contribuir para o apoio e execução de programas de recursos hídricos, pesca extrativa e aqüicultura. Esta Divisão é a de Recurso Hídricos e Pesca.

(...)

2.18.1.3. O diretor desta Divisão informou a esta Equipe que tem enfrentado dificuldades para estruturar a divisão, em razão dos escassos recursos de que dispõe. Informou-nos ainda, que as receitas por ela arrecadadas não retornam para que sejam aplicadas em novos projetos ou atividades. Fomos informados que, infelizmente, desde que a Superintendência do Desenvolvimento da Pesca - SUDEPE foi extinta em 1988, não tem havido mais o controle e acompanhamento da produção pesqueira do Estado do Amazonas. Em 1995, tentou-se fazer tal controle através de um projeto cujo objetivo era gerar dados estatísticos e informações para estudos sobre potenciais pesqueiros alternativos e avaliação dos recursos pesqueiros explorados. Alguns dados foram obtidos nas cidades de Manaus, Itacoatiara e Manacapurú, mas ainda não foram tabulados. No orçamento de 1997 foi cortada a verba para continuidade deste projeto, de forma que será impossível mantê-lo em execução.

2.18.2. ÁREA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO

2.18.2.1. Esta atividade é desenvolvida basicamente pela Divisão de Controle e Fiscalização, cuja competência é, a nível estadual, planejar, dirigir, orientar, coordenar e executar as atividades de fiscalização, controle, monitoramento e gestão da qualidade ambiental e de utilização dos recursos da flora e fauna.

2.18.2.2. Para efetivar a fiscalização existem 13 postos de controle localizados no interior do estado, situados nos seguintes municípios: Balbina, Boca do

Acre, Carauarí, Eirunepé, Humaitá, Itacoatiara, Lábrea, Manaus, Manacapurú, Manicoré, Parintins, Tabatinga e Tefé.

(...)

2.18.2.6. Existe nesta área uma grande deficiência no que pertine aos recursos humanos, tanto qualitativo quanto quantitativamente. O número de agentes florestais é bastante reduzido, sendo necessário que outros servidores detentores de outros cargos (agentes administrativos, motorista, etc) desempenhem esta função, utilizando inclusive armas sem o devido amparo legal. O diretor do setor deixou patente que se não adotassem esse procedimento, a Entidade não teria condições de desenvolver as suas atividades. Quanto à capacitação destes servidores, parece-nos que é bastante precária, se considerarmos a complexidade da legislação que envolve estas atividades, o que requer um programa intensivo de treinamento e atualização.

(...)

2.18.3. ÁREA TÉCNICA

2.18.3.1. As avaliações Técnicas são realizadas pela Diretoria Técnica - DITEC e por uma Câmara Técnica formada por vários órgãos que tratam da questão ambiental. A Diretoria Técnica tem, dentre outras, as seguintes atribuições: avaliar as atividades relacionadas à utilização adequada dos recursos florestais, orientar, assessorar e executar as atividades de avaliação de impactos ambientais e avaliar os relatórios de impacto ambiental para fins de licenciamento, expedir autorizações de desmatamento.

(...)

2.18.3.4. Em entrevista com o Diretor Sr. José Ricardo Araújo Lima, fomos informados que uma das dificuldades encontradas pelo referido setor era a falta de sintonia entre o órgão estadual do meio ambiente e o IBAMA/AM na realização das suas atividades, ocorrendo casos em que o empreendedor é obrigado a ter um cadastro em cada órgão, pagar várias taxas e apresentar as mesmas documentações.

2.18.3.5. Frisou também que por falta de recursos humanos e financeiros tem deixado de realizar vistorias prévia para a concessão de licença de projetos de manejo florestal, deixando a mesma para ser feita posteriormente à implantação do mesmo.

(...)

2.19.4. O trabalho foi apreciado por este Tribunal em Sessão de 17/06/92 - Ata n. 29/92 - Decisão n. 327/92 - Plenário, tendo esta Corte de Contas decidido dar conhecimento do relatório, voto e decisão aos Excelentíssimos Srs. Presidente da República, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados,

bem como recomendar ao IBAMA a promoção de estudos que visem viabilizar a sua competência supletiva; integrá-lo com outros órgãos que também se relacionam com a conservação do ambiente; facilitar a geração de receita própria nos centros de pesquisa e aprimorar e implementar os módulos faltantes dos sistema integrado de gerenciamento de superintendências.

(...)

3.2. É de grande importância darmos ao presente trabalho um enfoque maior à questão ambiental, tanto por seus reflexos na qualidade de vida das populações do nosso Estado quanto por sua interação com aspectos econômicos e geopolíticos.

3.3. Nesse contexto, o Estado do Amazonas assume papel de destaque, em razão da importância da Floresta Amazônica para a região, o país e o mundo e pelas dificuldades que enfrenta."

7. Realizados os trabalhos de Auditoria Operacional, a Equipe da SECEX/AM elaborou o minucioso Relatório (fls. 20/81), do qual releva transcrever as seguintes passagens, quanto às três áreas auditadas, quais sejam Setor Financeiro, Arrecadação e Unidades de Conservação:

"A SUPES/AM enfrenta uma série de dificuldades, seja porque não dispõe de um Quadro de Pessoal quantitativamente e qualitativamente adequados ou porque não dispõe de recursos financeiros suficientes para fazer face às despesas necessárias à sua operacionalização.

Não obstante, apresenta ainda problemas de ordem estrutural, operacional e de gestão. Sua estrutura é envelhecida e grande, o trâmite de seus processos é longo e muitas vezes, o custo-benefício dos mesmos não compensa suas autuações.

Adicione-se a esse quadro, a existência de uma legislação complexa, de aplicação ambígua e por isso ineficaz.

(...)

A - AVALIAÇÃO QUANTO AO SETOR DE FISCALIZAÇÃO

(...)

A SUPES/AM não dispõe de mecanismos gerenciais capazes de responder questionamentos dos mais simples, como por exemplo: os recursos financeiros recebidos, os valores gastos por área de atuação, as fiscalizações realizadas, etc.

A mesma falta de organização se verifica na inexistência de relatórios. Os dados disponíveis estão espalhados pelos diversos setores da Superintendência ou no seu arquivo-morto, onde nada é encontrado pela completa desorganização do setor.

(...)

Segundo o art.79 do Decreto nº 97.946, de 11.07.1989, competem aos Postos de Controle e Fiscalização as seguintes atribuições:

- receber e registrar ocorrências, denúncias, mandados, representações, intimações;

- realizar diligências para apuração ou averiguação de débitos cometidos contra a flora, fauna e recursos pesqueiros;

- promover patrulhamento em áreas de sua jurisdição, bem como fiscalizar e policiar áreas de ocorrências de infrações florestais;

- acompanhar, fiscalizar e inspecionar os desmatamentos autorizados, áreas de preservação averbadas permanente e projetos próprios de reposição florestal;

- cumprir e fazer cumprir a legislação destinada à conservação, proteção e uso dos recursos naturais renováveis.

Conforme se observa, os POCOF'S além de representarem o IBAMA no interior do país, funcionam como uma mini - superintendência, haja vista o rol de competências a que estão afetos.

No caso da SUPES/AM os treze Postos de Controle e Fiscalização foram criados, segundo nos informou seu Superintendente, Dr. Hamilton Casara, em função de suas áreas de abrangência e localizações estratégicas, conforme evidencia o quadro a seguir:

POSTO	**JUSTIFICATIVA P/SUA CRIAÇÃO**
Benjamin Constant	Área de fronteira internacional
Carauari	Região onde a exploração florestal é grande
Eirunepé	Localização estratégica
Humaitá	Região agrícola cujo crescimento tem sido elevado
Itacoatiara	Localiza-se às margens do Rio Amazonas, tem acesso à rodovia e é área de exploração madeireira
Lábrea	Área onde o mogno e a virola estão sendo retiradas e também é região pesqueira
Manacapuru	Localizado próximo a Manaus
Manicoré	Ponto de maior trânsito do Rio Madeira
Parintins	Divisa com o Estado do Pará, onde toda a produção do Amazonas é escoada
Balbina	Localizado às margens da Rodovia BR-174
São Gabriel da Cachoeira	Local onde está localizado o Parque Nacional do Pico da Neblina
Tefé	Localização do Médio Solimões
Manaus	Área de extensa atividade comercial dos produtos da fauna e flora.

(...)

Sobre essa característica dos POCOF'S do Amazonas, é pertinente lembrarmos que a realidade Amazônica é diferente da de outros Estados da Federação e deve ser sempre mensurada para que as análises sobre ela efetuadas sejam melhor compreendidas.

Todavia, não basta o órgão de proteção ambiental cobrir fisicamente todo o Território Nacional e no caso do Estado do Amazonas, o próprio Estado. Faz-se necessário que cada Posto possua pessoal e materiais em número suficiente e tecnicamente qualificados.

(...)

Para exercer as atividades de fiscalização, a SUPES/IBAMA/AM possui uma Divisão de Controle e Fiscalização que conta com um contigente de 33 fiscais oriundos da SUDEPE (Agentes de Pesca) e do IBDF (Agente de Defesa Florestal). Todavia, mais 26 servidores detentores de outros cargos atuam na área de fiscalização, totalizando no setor 59 servidores.

No interior do Estado estão lotados 78 servidores que exercem, na sua maioria, as atribuições de fiscal a despeito de não serem enquadrados como tal.

O desvio de função é bem visível e justificado pela não-realização, nos últimos anos, de concurso público para a carreira de Fiscal do Meio Ambiente. Referida situação vem forçando ao Órgão, por exemplo, a determinando que agentes administrativos exerçam as funções de Fiscal.

Questionado sobre essa situação, o Chefe do Setor de Fiscalização nos informou que assim agem para que a Instituição não fique impossibilitada de exercer, minimamente, suas atribuições.

(...)

Analisando as Folhas de Pagamentos da Superintendência do presente exercício, verificamos que os servidores que atuam na área de fiscalização não percebem as gratificações de insalubridade e periculosidade, a despeito de conviverem com produtos químicos (pesca predatória efetuada com bomba), doenças próprias da região amazônica como a malária, o cólera e as adversidades dos rios amazônicos, e, ainda, os perigos por carregarem arma de fogo, o que os obriga a conviver com todo tipo de risco.

(...)

A seguir exemplificamos os erros e equívocos mais comuns observados nos autos de infração.

4.1 AUTOS DE INFRAÇÃO CUJO VALOR DA MULTA É SUPERIOR AO VALOR DO BEM APREENDIDO

(...)

Essa desproporcionalidade verificada do valor da multa em relação ao valor do bem, tanto é em função do despreparo dos fiscais, como em função da inexistência de uma legislação que defina valores previstos para cada caso de infração/crime/ou contravenção.

(...)

Nos autos citados pelo servidor José de Assis, constam que as justificativas apresentadas pelos autuados, tais como: desconhecimento da legislação, que a área desmatada seria apenas para a construção de suas residências e que não poderiam pagar os valores estipulados pelo IBAMA, o Agente que arbitrou as multas chegou a conclusão que o mais coerente seria o cancelamento dos respectivos autos.

A situação vivenciada por esses servidores é das mais difíceis. Eles precisam conhecer profundamente a legislação ambiental, saber aplicá-las e ainda, mensurar o valor da multa na proporcionalidade a que nos fala Hely Lopes Meirelles, sem que para isso conte com parâmetros previamente estabelecidos que possibilitem aferir o valor correto da multa a ser arbitrada.

4.2 AUTOS DE INFRAÇÃO EM QUE SE APLICOU MULTA ADMINISTRATIVA QUANDO O DELITO ERA CRIME DE CONTRAVENÇÃO

(...)

4.3 - AUTOS DE INFRAÇÃO MAL FUNDAMENTADOS QUE RESULTARAM EM CANCELAMENTO DO PRÓPRIO AUTO OU ARQUIVAMENTO DO PROCESSO

(...)

4.4. AUTOS DE INFRAÇÃO CUJAS MULTAS SÃO IRRISÓRIAS, SENDO OS CUSTOS PROCESSUAIS MAIORES DO QUE O VALOR ARRECADADO

(...)

B - AVALIAÇÃO QUANTO À ARRECADAÇÃO

(...)

O controle da arrecadação está concentrado no Sistema Integrado de Gerenciamento de Superintendências - SIGS, que pela falta de pessoal qualificado para operá-lo, está sendo subutilizado e quando apresenta algum defeito ninguém na Superintendência do Amazonas sabe proceder às devidas alterações para sua regularização.

(...)

A Arrecadação do IBAMA vem sofrendo sucessivas quedas nos últimos anos. (...) Caiu de 53 milhões de reais em 1990/91 para 42 milhões de reais em 1995 e 33 milhões de reais em 1996.

Na Superintendência do Amazonas a arrecadação se comportou um pouco diferente, pois não houve queda. Apresentou, ao contrário, crescimento (...).

(...)

C - AVALIAÇÃO QUANTO ÀS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

(...)

Constatamos que as unidades de conservação estão bem equipadas e suas instalações estão em bom estado de conservação, fato que era de se esperar face a recente conclusão das obras de construção ou reforma das mesmas. Porém verificamos que apesar de toda a infra-estrutura existente, as atividades desenvolvidas no local ainda são muito pequenas.

A ESEC de Anavilhanas apresenta-se melhor estruturada, contando com uma base composta de três flutuantes (foto às fls.78) e uma de terra firme (foto às fls.79) com um flutuante de apoio. Conta ainda com o escritório situado no município de Novo Airão(foto às fls.79). Este escritório, recém construído apresenta ótimas instalações. Lamentavelmente a atividade ali desenvolvida restringe-se ao apoio as bases instaladas dentro da ESEC e o fornecimento de algumas informações à comunidade.

No Parque Nacional de Jaú existe uma estrutura recém construída muito boa, estando inclusive em fase de recebimento definitivo das obras de terra firme. Nela pudemos verificar que o Parque já está dotado de condições adequadas para acomodação e o desenvolvimento de várias atividades.

Constatamos ainda a existência de um flutuante abandonado em razão de ter apresentado problemas em algumas de suas bóias de sustentação(foto às fls.80). Até o momento não foi adotado nenhuma providência com vistas a recuperá-lo.

É importante que paralelamente à estruturação física destas Unidades sejam desenvolvidas atividades de pesquisa, programas de conservação e educação ambiental de forma mais freqüente. Tais atividades poderiam ser feitas através de programas de incentivo à pesquisa para alunos em graduação ou pós-graduados. De qualquer modo o fato de ter havido uma melhoria significativa nas estruturas físicas já é um passo muito importante pois é esta estrutura que dará suporte ao desenvolvimento das atividades retrocitada.

(...)

É importante ressaltar que quando da criação de uma Unidade de conservação, são também criadas funções gerenciais específicas para os respectivos chefes.

Como algumas dessas unidades não foram efetivamente instaladas, verificamos as seguintes ocorrências:

a) várias funções gerenciais "DAS-1" relativas as Unidades de Conservação do Amazonas estão sendo ocupadas por funcionários que desempenham suas atividades em outros estados ou mesmo na sede e do IBAMA em Brasília. Por exemplo o chefe da Floresta Nacional de Tarauacá II está lotado na SUPES/PARÁ e o chefe da Flona do Amazonas exerce suas atividades na SUPES/PARANÁ, conforme evidencia o quadro seguinte:

DAS-1 CHEFIA DE FLONAS	DISTRIBUIÇÃO
FLONA DO AMAZONAS	SUPES/PARANÁ
FLONA DE CUIARI/AM	PRESIDÊNCIA/IBAMA
FLONA DE IÇANA-AIARI	SUPES/GOIÁS
FLONA DE TARAUACÁ	CENEPOR/PARÁ
FLONA DE URUCÚ	UPES/MATO GROSSO
FLONA DE PARA CACHOEIRA I	COGER/IBAMA/SEDE
FLONA DE CACHOEIRA II	CEPNOR/PARANÁ
FLONA DE INAUINI/AM	CONAMA

Fonte: IBAMA/SUPES/AM

b) Dentro da própria SUPES/AM existe esta disfunção pertinente as funções gerencias relativas as unidades de conservação. Mesmo os chefes de unidades que detém estrutura física adequada, como a ESEC de Anavilhanas, o Parque Nacional de Jaú e a Reserva de Abufari desempenham suas atividades em Manaus, administrando-as à distância. Quanto as unidades que não são dotadas de nenhuma estrutura física, os seus chefes executam as mais diversas funções dentro da SUPES/AM, como por exemplo temos o chefe da FLONA de Xié na assessoria da Superintendência, o Chefe da FLONA Purus lotado na Diretoria Técnica, DITEC.

(...)

Outro problema é o fato de parte destes servidores não fazerem parte do quadro do IBAMA, sendo alguns contratados como serviços prestados e ainda outros, como no Parque de Jaú, serem funcionários da Firma que presta serviços de vigilância ao IBAMA, com pouco conhecimento técnico sobre a área sob sua responsabilidade.

(...)

O Núcleo de Unidade de Conservação foi criado através da Portaria 91-N de 2.9.94 e está subordinado diretamente ao Superintendente. Sua função básica é dar apoio técnico-administrativo às Unidades de Conservação.

Na SUPES/IBAMA/AM a função de chefe do NUC é desempenhada pelo chefe da Estação Ecológica de Anavilhanas que acumula as respectivas atribuições.

Como já foi comentado anteriormente, nem todo o pessoal ocupante de cargo comissionado nas unidades de conservação exercem atividades a elas relacionadas, e que existem casos de provimento de cargos em outras unidades da Federação e na sede da entidade em Brasília. Se existe uma carência muito grande de pessoal neste setor, não vislumbramos razão para que estes servidores não estejam desenvolvendo atividades concernentes a sua área, mesmo entendendo que a carência de servidores é um fato que se estende a todos os setores da entidade.

(...)

A implantação de um amplo e consistente programa de educação ambiental deve ser uma das prioridades do IBAMA.

(...)

Qualquer país que queira chegar ao desenvolvimento tem que procurar um caminho para tornar-se rico em conhecimento. Não é à toa que essa é a política desenvolvimentista dos Tigres Asiáticos, países que tiveram um crescimento extraordinário nos últimos trinta anos pela formação de capital humano e exportação de produtos ricos em conhecimento, como os eletrônicos.

(...)

Por isso, educar é gerar mudança de comportamento. É também habilitar para a prática de intervenção rumo ao desenvolvimento sustentável."

8. Conclusivamente, propõe a Equipe de Auditoria (fls. 61/64):

"1) seja dado conhecimento do inteiro teor deste Relatório ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, bem como à sua Superintendência no Amazonas, visando à adoção das providências cabíveis;

2) determinar ao IBAMA/Sede que:

a) faça junções junto ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e ao Congresso Nacional para que sejam aprovadas as propostas orçamentárias do órgão que privilegiem dotações razoáveis para fazer face à operacionalização de suas atividades, particularmente àquelas destinadas à preservação e conservação do meio ambiente da Floresta

Amazônica, promovendo-se o correto aparelhamento de sua Superintendência no Amazonas através da realização de concurso público, incremento das fiscalizações e vistorias nos planos de manejo, da implantação de um programa de educação ambiental e da implantação de atividades nas Unidades de Conservação localizadas neste Estado;

b) promova estudos no sentido de rever sua Tabela de Preços relativa a serviços, licenças, penalidades, registros, vistorias, venda de produtos e cobrança de ingresso/entrada de veículos/pessoas em parques, florestas, reservas e estações ecológicas, procedendo-se a elaboração de uma Tabela de Preços por intermédio de especialistas (tributaristas/economistas), levando-se em conta o custo-benefício de suas atividades/serviços, de modo que venha a alcançar uma atualização compatível com a dinâmica moderna da auto-sustentação e ainda venha a praticar uma justiça social em que a sociedade seja beneficiada;

c) promova estudos que dêem subsídios ao Congresso Nacional e ao CONAMA sobre a inviabilidade de legislações complexas e que muitas vezes não dão suporte à operacionalização dos órgãos ligados à defesa do meio ambiente, com vistas à criação de novas leis, resoluções e portarias que venham a corresponder as necessidades de fundamentação legal para a aplicação de multas e atendimento da Política Nacional do Meio Ambiente.

3) recomendar a SUPES/IBAMA/AM que:

a) reorganize o trabalho desenvolvido por suas diversas divisões técnicas, de modo que estas levem em conta a organização da administração pública, especialmente no que pertine ao planejamento, métodos e registros fidedignos, aí incluídos relatórios, atas, organização de arquivos e atualização do SISAG - Sistema Integrado de Gerenciamento de Superintendências, visando a dotar o sistema de funcionalidade e eficácia;

b) promova treinamento direcionado aos servidores que atuam na área de fiscalização, dotando-os de conhecimentos capazes de proporcionar corretas e eficientes atuações, contribuindo assim, para que as fiscalizações e os autos de infrações sejam corretamente realizados/preenchidos;

c) promova junções junto ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, com vista a autorização de concurso público destinado ao preenchimento das vagas do cargo de Fiscal do Meio Ambiente e de outros que a entidade tenha necessidade, facilitando-se o desenvolvimento dos trabalhos através de servidores qualificados e em número adequado;

d) envide esforços para obter perante os órgãos competentes, laudo técnico que viabilize à concessão aos servidores detentores dos cargos de Agente de Pesca e Agente de Defesa Florestal das gratificações de insalubridade e periculosidade;

e) oriente os fiscais que atuam no âmbito da Superintendência, que aos crimes de contravenção praticados contra o meio ambiente deve ser dado o tratamento a que alude o art. 109, I, da Constituição Federal, visto que cabe à Justiça Federal julgar os delitos contra à fauna silvestre que é de propriedade do Estado (art. 1º da Lei nº 5.197/67, alterada pela Lei nº 7.753/88);

f) promova diagnósticos sobre o custo processual dos processos abertos em função das contravenções praticadas contra o meio ambiente, fazendo-se relação entre esse custo e o custo benefício dos mesmos, de modo que medidas venham a ser tomadas visando à racionalização e economia processual dos mesmos;

g) agilize o trâmite processual dos autos que visam multar o infrator e/ou ressarcir a União pelos danos causados à natureza, diminuindo-se os períodos entre as datas das autuações e as datas das execuções fiscais;

h) crie campo ou anexo ao formulário do auto de infração de modo que o fiscal possa redigir laudo resumido do dano ambiental verificado, possibilitando ao Ministério Público obter os dados necessários à formulação de ação civil que vise determinar ao infrator a obrigatoriedade de recuperar o dano por ele praticado contra à natureza;

i) institua mecanismos que facilitem a correta localização dos infratores, evitando-se o arquivamento de processos pela insubsistência dos dados necessários à sua regular tramitação;

j) incremente as vistorias nos planos de manejo, monitorando a exploração madeireira, permitindo que esta ocorra de forma sustentável e de acordo com as inovações tecnológicas;

l) estude a viabilidade de se captar recursos financeiros, via financiamento bancário e/ou transferência de recursos federais através de convênios, para que se incrementem as vistorias nos planos de manejo, como o fizeram as Superintendências do IBAMA no Nordeste através do Banco do Nordeste do Brasil – BNB;

m) promova estudos sobre a possibilidade de mudanças na sua estrutura no interior do Estado, diminuindo-se o número de Postos de Controle e Fiscalização, permanecendo somente aqueles cujas localizações são estratégicas;

n) ordene as fiscalizações no setor pesqueiro em conjunto com o Estado e com os Municípios, facilitando o controle do setor e tornando-o economicamente e ambientalmente sustentável;

o) lote servidores nas dependências do Aeroporto Internacional Eduardo Gomes e Porto de Manaus, com vista a procederem fiscalizações nos

embarques de peixes ornamentais e de outros destinados à exportação, coibindo assim a pesca indiscriminada dessas espécies;

p) proceda o recadastramento das empresas do setor pesqueiro, moveleiro e de serraria, facilitando-se as fiscalizações e visando, consequentemente, o aumento da receita da autarquia;

q) estude e implante, em conjunto com a Sede do IBAMA, Governo do Estado, Prefeituras Municipais e Órgãos Ambientais do Estado e Municípios, um programa amplo e consistente de educação ambiental, difundindo-se informações à população para que esta conscientize-se da importância do meio ambiente sadio e tome conhecimento dos mecanismos legais que obrigam aos infratores a repararem os danos causados à natureza e as sanções penais e administrativas a que estão sujeitos pelas lesões aos ecossistemas que vierem a praticar;

r) proceda a lotação dos servidores detentores de funções comissionadas de Chefe das Unidades de Conservação (DAS-1) nas respectivas Unidades para as quais foram designados;

s) estude, crie e implante programas de visitação e pesquisas científicas dentro das Unidades de Conservação, através do estímulo a estudantes, a cientistas e à população de um modo geral para que conheçam/pesquisem as riquezas e diversidades biológicas das Unidades de Conservação.

3 – seja o presente processo juntado às contas da Superintendência do IBAMA no Amazonas, exercício de 1997, para subsidiar sua análise e julgamento;"

9. A Diretora de Divisão e o Titular da SECEX/AM (fls. 157/160) anuem à conclusão da Equipe de Auditoria.

10.Em Parecer emitido nos autos, o Ministério Público, malgrado endosse a proposta de mérito da Unidade Técnica, tece os seguintes considerações (fls. 162):

"Quanto à forma, todavia, entende o Ministério Público deva prevalecer a prática já consagrada pela Corte de Contas de não determinar direta, incisiva e cogentemente as medidas a serem adotadas pela entidade, por tal já configurar co-gestão da entidade, com violação da fronteira entre gestão e controle, sem furtar-se, porém, a determinar à entidade que considere as medidas alvitradas como possível alternativa entre outras que a própria entidade vislumbre para erradicação dos problemas operacionais identificados.

O fundamental no processo de Auditoria Operacional é o diagnóstico produzido, revelando falhas e virtudes do vigente modo de atuação da entidade, em cotejo com suas finalidades institucionais, podendo o TCU determinar à entidade a adoção de medidas corretivas que estejam ao seu alcance, sem contudo impor a implementação desta ou daquela medida específica. Identi-

ficados os pontos de ineficácia e ineficiência, cumpre ao gestor determinar as ações de correção, informando-as ao TCU, assim como os resultados alcançados.

Estando de acordo com o mérito da conclusão fls. 61/3, sugere o Ministério Público apenas a adequação da redação dada às determinações a serem feitas pelo TCU no sentido de que apontem a falha a ser corrigida, deixando as medidas concretas propostas pela equipe de auditoria como sugestões a serem consideradas pela entidade na formulação das soluções corretivas.

Por fim, o Ministério Público adita proposta no sentido de que o eg. Tribunal de Contas da União assine prazo para que a entidade informe as medidas adotadas para a correção das falhas indicadas pelo TCU, assim como os resultados obtidos."

11.É o relatório.

VOTO

Conforme observou a Equipe de Inspeção no Relatório de Levantamento de Auditoria (fls. 1/18), que precedeu o Relatório de Auditoria Operacional propriamente dito, a Constituição Federal regula a matéria relativa ao meio ambiente em seu art. 225, cujo *caput* assim dispõe, *in verbis*:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

2. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público (cf. art. 225, § 1°):

a) preservar e restaurar os processos ecológicos;

b) preservar a diversidade dos ecossistemas;

c) controlar as substâncias perigosas;

d) proteger a fauna e a flora;

e) criar espaços protegidos;

f) compelir aqueles que exploram recursos minerais a recuperar as áreas degradadas;

g) exigir a indenização relativa a perdas e a danos ao meio ambiente de quem o poluir;

h) estabelecer diretrizes para a implementação de usinas nucleares;

i) exigir o estudo prévio de impacto ambiental, quando da instalação de obra ou atividade potencialmente degradante ao meio ambiente;

j) promover a educação ambiental.

3. É de se notar que a Carta Política de 1988 introduziu mudanças na estrutura federativa, adotando amplo sistema de repartição de competência não previsto

nas constituições anteriores. Além disso, a Constituição Federal faz menção especial à Floresta Amazônica (art. 225, § 4°), considerada patrimônio nacional ao lado de outros significativos ecossistemas brasileiros: a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Matogrossense e a Zona Costeira.

4. No que se refere à legislação infraconstitucional que regula as atividades do IBAMA, é de se registrar "que o país dispõe atualmente, de mais de 60 estatutos tratando de aspectos gerais do meio ambiente, como a Lei n. 6.938/81, ou de aspectos setoriais, tais como a regulamentação da fauna silvestre, pesca, florestas, águas, agrotóxicos, zona costeira, defesa de interesses difusos, poluição industrial, energia nuclear, terras, parcelamento do solo urbano, mineração e unidades de conservação". Encontram-se em vigor, ainda, "mais de 300 decretos, 53 atos internacionais ratificados pelo Brasil e mais de 400 resoluções, portarias e instruções normativas".

5. Toda essa regulamentação que vem sendo progressivamente ampliada, mormente nos últimos 10 anos, revela a preocupação com o meio ambiente, a sua preservação e a catalogação de dados que permitam subsidiar ações de salvaguarda do patrimônio natural. Nesse sentir, mostra-se de suma importância a atividade do Tribunal tendente a avaliar a atuação de órgãos governamentais ligados à área – como o IBAMA –, com a finalidade primordial de aprimorar os sistemas e procedimentos públicos relativos à matéria, gerando recomendações e sugestões, revelando-se de menor relevo o aspecto coercitivo da atuação do Tribunal nessas áreas.

6. De acordo com os dados levantados pela Equipe de Auditoria, a Instituição apresenta quadro de dificuldades de ordem econômico-financeira, encontrando-se desaparelhada tanto do ponto de vista operacional quanto do de pessoal. Essas constatações, malgrado o Tribunal possa recomendar à Entidade ações no sentido de minimizar os seus efeitos, demonstram situações conjunturais que demandam planejamento a médio e longo prazos por parte do Governo Federal, dependendo, há que se dizer, da regularização do fluxo de recursos orçamentários para os próximos anos.

7. Quanto aos argumentos aduzidos pelo Ministério Público em seu Parecer emitido nos autos, entendo relevantes, uma vez que este Tribunal, de fato, ao apreciar o resultado das auditorias operacionais, tem recomendado aos agentes públicos a adoção de medidas consideradas apropriadas.

8. Nada obstante, uma vez efetuadas as mencionadas recomendações, creio que se deva fixar prazo para que os órgãos cientifiquem o Tribunal acerca das medidas adotadas, conforme propõe o *Parquet.*

Com essas considerações, acolho, no essencial, a proposta da Unidade Técnica, com as observações aduzidas pelo Ministério Público, e voto por que adotada a decisão que ora submeto à apreciação desta Câmara

DECISÃO Nº 175/98 - TCU - 2ª CÂMARA[1]

1. Processo TC-225.091/97-6.

2. Classe de Assunto: III - Auditoria Operacional nas áreas de fiscalização, arrecadação e unidades de conservação ambiental.

3. Unidade: Superintendência Estadual do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis no Amazonas - SUPES/IBAMA/AM.

4. Responsáveis: Hamilton Nobre Casara, Superintendente; e José Ricardo Lima, Superintendente Substituto.

5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.

6. Representante do Ministério Público: Dr. Walton Alencar Rodrigues.

7. Unidade Técnica: SECEX/AM.

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

8.1 - recomendar ao IBAMA/Sede que:

a) diligencie junto ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, no sentido de serem aprovadas as propostas orçamentárias do órgão compatíveis com a operacionalização de suas atividades, particularmente aquelas destinadas à preservação e conservação do meio ambiente da Floresta Amazônica, bem assim que possibilitem o correto aparelhamento de sua Superintendência no Estado do Amazonas, mediante a realização de concurso público, incremento das fiscalizações e vistorias nos planos de manejo, da implantação de um programa de educação ambiental e da implantação de atividades nas Unidades de Conservação localizadas nesse Estado;

b) promova estudos, com a colaboração de especialistas das áreas tributária e econômica, entre outras, no sentido de rever sua Tabela de Preços relativa a serviços, licenças, penalidades, registros, vistorias, venda de produtos e cobrança de ingresso/entrada de veículos/pessoas em parques, florestas, reservas e estações ecológicas, com o objetivo de possibilitar a auto-sustentação de suas atividades;

c) promova estudos sobre a conveniência da redução do número de Postos de Controle e Fiscalização da SUPES/IBAMA/AM no interior do Estado do Amazonas, permanecendo somente aqueles cujas localizações são estratégicas;

d) promova estudo para a implantação, em conjunto com o Governo do Estado do Amazonas, Prefeituras Municipais e órgãos ambientais do Estado e dos Municípios, de um programa de educação ambiental;

e) adote as providências necessárias visando a que os servidores ocupantes de funções de Chefe de Unidade de Conservação (DAS-1) sejam lotados nas unidades para as quais foram designados;

8.2 - recomendar à SUPES/IBAMA/AM que:

a) reveja o trabalho desenvolvido por suas diversas divisões técnicas, levando em conta a organização da Administração Pública, especialmente no que pertine

1. Publicada no DOU de 20/08/98.

ao planejamento, métodos e registros fidedignos, visando a dotar o sistema de maior funcionalidade e eficácia;

b) promova treinamento dos servidores que atuam na área de fiscalização, contribuindo, assim, para aprimorar suas atividades;

c) faça gestões junto ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE, com vistas a obter autorização para realizar concurso público destinado ao preenchimento das vagas do cargo de Fiscal do Meio Ambiente e de outros de que a entidade tenha necessidade;

d) oriente os fiscais que atuam no âmbito da Superintendência, no sentido de que, aos crimes de contravenção praticados contra o meio ambiente, seja dado o tratamento a que alude o art. 109, I, da Constituição Federal, visto que cabe à Justiça Federal julgar os delitos contra a fauna silvestre, que é de propriedade do Estado (art. 1º da Lei nº 5.197/67, alterada pela Lei nº 7.753/88);

e) promova diagnósticos sobre o custo-benefício dos processos concernentes às contravenções praticadas contra o meio ambiente, objetivando a adoção de medidas tendentes à racionalização e à economia processual;

f) promova estudos no sentido de agilizar a tramitação dos autos que visam a multar o infrator e/ou ressarcir a União pelos danos causados à natureza, de modo a reduzir os períodos entre a data da autuação e a data da execução fiscal;

g) crie campo ou anexo ao formulário do auto de infração, de modo a que o fiscal possa redigir laudo resumido do dano ambiental verificado, possibilitando ao Ministério Público obter os dados necessários à proposição de ação civil que vise a reparar dano causado ao meio ambiente;

h) institua mecanismos que facilitem a localização dos infratores, evitando-se o arquivamento de processos por insubsistência de dados necessários à sua regular tramitação;

i) incremente as vistorias nos planos de manejo, monitorando a exploração madeireira, de forma a permitir que esta ocorra de acordo com as inovações tecnológicas;

j) estude a viabilidade de captação de recursos financeiros, via financiamento bancário e/ou transferência de recursos federais mediante convênios, para que se incrementem as vistorias nos planos de manejo, como o fizeram as Superintendências do IBAMA no Nordeste por intermédio do Banco do Nordeste do Brasil – BNB;

l) verifique a viabilidade de que as fiscalizações no setor pesqueiro sejam realizadas em conjunto com os órgãos competentes do Estado e dos Municípios;

m) adote as medidas necessárias objetivando sejam realizadas fiscalizações nos embarques de peixes ornamentais e de outros destinados à exportação, coibindo assim a pesca indiscriminada dessas espécies;

n) proceda ao recadastramento das empresas do setor pesqueiro, moveleiro e de serraria, de modo a facilitar as fiscalizações e o aumento da receita da Autarquia;

o) promova estudos no sentido da implantação de programas de estímulo a estudantes, a cientistas e à população de um modo geral para que conheçam/pesquisem as riquezas e as diversidades biológicas das Unidades de Conservação;

8.3 - fixar o prazo de 90 (noventa) dias para que o Tribunal seja cientificado acerca das medidas adotadas relativamente às recomendações constantes dos itens 8.1 e 8.2, *supra*;

8.4 - seja dado conhecimento do inteiro teor desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, bem como à sua Superintendência no Amazonas, visando à adoção das providências cabíveis;

8.5 - seja o presente processo juntado às contas da Superintendência do IBAMA no Amazonas, exercício de 1997, para subsidiar sua análise e julgamento.

9. Ata nº 24/98 - 2ª Câmara.

10. Data da Sessão: 30/07/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Bento José Bugarin (na Presidência) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo (Relator) e Benjamin Zymler.

Bento José Bugarin na Presidência	José Antonio Barreto de Macedo Ministro-Relator

JUSTIÇA FEDERAL/SEÇÃO JUDICIÁRIA/MS – TUTELA ANTECIPADA DETERMINANDO A EXCLUSÃO DE NOME DA RELAÇÃO DE RESPONSÁVEIS COM CONTAS IRREGULARES ENVIADA À JUSTIÇA ELEITORAL

Comunicação

Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-005.158/98-2
Natureza: Comunicação
Interessado: Justiça Federal - Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul - 1ª Subseção

Ementa: Expediente do Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto, Dr. Pedro Pereira dos Santos, informando que concedeu tutela antecipada, de que trata o Art. 273 do CPC, ao Sr. Antônio Carlos Ribeiro Arroyo, determinado a esta Corte que não inclua o nome do mesmo no rol previsto no parágrafo 5º do artigo 11 da Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Entendimento de que é competência privativa do Supremo Tribunal Federal o exercício da jurisdição sobre os atos praticados pelo Tribunal de Contas da União. Comunicação ao interessado. Arquivamento dos autos.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a Instrução do Sr. Assessor de Secretário João Luiz Ruas Filho, cujas conclusões foram endossadas pelo Titular da Unidade Técnica:

"Este processo teve origem no OF. nº 58/98-SD04, de 1º de julho de 1998, por meio do qual o Meritíssimo Senhor Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Justiça Federal - Seção Juciária de Mato Grosso do Sul, PEDRO PEREIRA DOS SANTOS, informa que "*nos autos da Ação Declaratória nº 98.2577-4, em que são partes Antônio Carlos Ribeiro Arroyo e União Federal, foi deferido o pedido de antecipaçào da Tutela Jurisdiconal determinando que não seja incluído, por este Egrégio Tribunal, o nome do Sr. Antônio Carlos Ribeiro Arroyo no rol previsto no parágrafo 5º do artigo 11 da Lei nº 9.504, fr 30 de setembro de 1997*".

2. A legislação mencionada, Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, prevê no § 5º de seu artigo 11 o envio de Relação de responsáveis que tiveram contas relativas

ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível à Justiça Eleitoral, como se segue:

> "Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.
>
> .....(*omissis*).....
>
> § 5º Até a data a que se refere este artigo, os Tribunais e Conselhos de Contas deverão tornar disponíveis à Justiça Eleitoral relação dos que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, ressalvados os casos em que a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, ou que haja sentença judicial favorável ao interessado."

3. Por despacho singular de 02 de julho de 1998, o Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, Presidente em exercício, determinou a autuação e remessa dos documentos de fls. 1/6 à SECON para informar as razões da inclusão do nome do interessado na lista referida pelo Magistrado signatário do Ofício nº 58/98-SD04.

4. Inicialmente, é importante frisar que o Senhor Antônio Carlos Ribeiro Arroyo, Presidente do DR-PDS/MS, teve julgado irregular, com imputação de débito e multa, o processo nº TC-400.097/92-3, relativo à Prestação de Contas/Exercício 1991 do diretório Regional do Partido Democrático Social no Estado do Mato Grosso do Sul, pelo Acórdão nº 474/94 - 1ª Câmara, de 08 de novembro de 1994, Ata nº 39/94, publicada no diário Oficial da União de 02 de dezembro de 1994. Anexo às fls. 8/11, cópia do Relatório, Voto e Acórdão. O interessado não interpôs nenhum dos recursos previstos na Lei nº 8.443/92.

5. Posteriormente, teve julgado irregular, com quitação ante o recolhimento do débito, o processo nº TC-400.086/93-0, Tomada de Contas Especial referente aos recursos recebidos do Fundo Partidário, no exercício de 1992, conforme Acórdão nº 139/95 - 2ª Câmara, de 27 de abril de 1995, Ata nº 14/95, publicada no Diário Oficial da União de 09 de maio de 1995. Anexo às fls. 12/16, cópia do Relatório, Voto e Acórdão. O responsável interpôs Recurso de Revisão contra a citada decisão no dia 02 de junho próximo passado, ainda em exame nesta Corte de Contas.

6. Em razão desses julgamentos, seu nome foi inserido na Relação dos responsáveis que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível, por cada um dos processos citados nos itens precedentes, na forma do disposto na Portaria TCU nº 195, de 17 de junho de 1994, fl. 21, vigente à época, que regulamentou o art. 91 da Lei nº 8.443/92.

7. Dessa forma, em 01 de julho de 1998, teve seu nome comunicado ao Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, conforme Lista Específica enviada pelo Aviso nº 659-GP/TCU, para a finalidade prevista no art.

1º, inciso I, alínea "g" e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 064, de 18.05.90 c/c o § 5º do art. 11 da Lei nº 9.504/97, e elaborada em conformidade com a Resolução TCU nº 113, de 20 de maio de 1998.

8. A referida lista também foi encaminhada ao Senhor Presidente do Tribunal Regional Eleitoral e ao Senhor Procurador-Regional Eleitoral no Estado do Mato Grosso do Sul, na mesma data, pelos Avisos nºs 674-GP/TCU e 701-GP/TCU, respectivamente.

9. Observa-se, ademais, que o expediente inicial foi transmitido a este Tribunal, via FAX, às 13,24 h do dia 01 de julho de 1998, quando a referida Relação já havia sido confeccionada e possivelmente remetida à Justiça Eleitoral.

10. Vale salientar, também, que nos termos do art. 2º da Lei Complementar nº 64/90 "*compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as argüições de inelegibilidade*", sendo a comunicação efetuada pelo TCU, mediante a Relação de que trata a aludida Resolução nº 113/98, ato meramente administrativo.

11.Com esses subsídios e considerações, submetemos o presente processo à apreciação de Vossa Senhoria, que, se entender por bem, poderá elevá-lo à deliberação da I. Presidência, para sorteio de Relator."

VOTO

Trata-se de tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, concedida pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto, Dr. Pedro Pereira dos Santos, determinando, expressamente, a esta Corte de Contas que não inclua o nome do Sr. Antônio Carlos Ribeiro Arroyo na relação de que trata o § 5º do art. 11 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997.

2. Como demonstrou a Unidade Técnica, o nome do Sr. Antônio Carlos Ribeiro Arroyo foi incluído na referida lista, por expressa determinação contida no Art. 1º, inciso I, alínea "g" da Lei Complementar nº 64/90 c/c o Art. 11, § 5º, da Lei nº 9.504/97, que impõem às Cortes de Contas o dever de encaminhar à Justiça Eleitoral o nome daqueles que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas julgadas irregulares, visto que teve suas contas, objeto de exame nos Processos TC-400.097/92-3 e TC-400.086/93-0, julgadas irregulares, conforme Acórdãos nºs 474/94-1ª Câmara, publicado no DOU de 02/12/1994 e 139/95, publicado no DOU de 09/05/95.

3. Somente a revisão de tais julgamentos permitiria esta Corte excluir o nome do Sr. Antônio Carlos Ribeiro Arroyo da relação encaminhada à Justiça Eleitoral. Para isso, seria necessário que o responsável tivesse utilizado dos instrumentos processuais próprios, definidos na Lei nº 8.443/92 e nos normativos internos desta Corte, já que a Justiça Federal não é o órgão competente para impor a este Tribunal a mudança de seu julgado, no caso em espécie, como pretendo demonstrar a seguir.

4. Como preceitua expressamente o Art. 71, inciso II, Constituição Federal, que abaixo transcrevo, é competência privativa deste Tribunal o julgamento das contas dos administradores públicos:

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

.....

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

5. Contra as decisões proferidas por esta Corte, nos termos da Lei nº 8.443/92 e seus normativos internos, determina o seu Art. 32 que cabem os seguintes recursos: reconsideração; embargos de declaração; revisão, os quais deverão ser opostos junto ao próprio Tribunal, como se depreende dos Arts. 33, 34 e 35 do mesmo diploma.

6. Dessa forma, é a Corte de Contas o foro apropriado para deliberar sobre o julgamento de tomadas e prestações de contas dos administradores públicos, e para rever, eventualmente, as decisões proferidas no seu âmbito.

7. Sobre o tema, cumpre trazer à colação os ensinamentos do ilustre administrativista Seabra Fagundes, citando Pontes de Miranda, consignados em sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª Edição", e posteriormente reforçados em publicação na Revista do Tribunal de Contas da União de dezembro de 1979, p. 80:

"No 'julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos' (Emenda Constitucional nº 1, art. 70, §§ 1º e 4º; da Lei nº 6.223, art. 2º, inciso III), os Tribunais de Contas exercem função jurisdicional.

O teor jurisdicional das decisões, nesses casos, se depreende da própria substância delas; não do emprego da palavra julgamento pelos textos do direito positivo. Resulta do sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento seria mero e inútil formalismo, restando inexplicável a mobilização, para fazê-lo, de um órgão altamente qualificado pelos requisitos de investidura e garantias dos seus membros (Emenda nº 1, art. 72, § 3º). Sob este aspecto restrito (o criminal fica ao exame do Poder Judiciário), as Cortes de Contas decidem conclusivamente. Cabe aqui a observação de Pontes de Miranda a propósito do texto constitucional de 1946 (e a que se reporta comentando a Emenda nº 1, de 1969), de não haver como 'interpretar que o Tribunal de Contas julgue (as contas) e outro juiz as rejulgue depois', porquanto nessa duplicidade ter-se-ia 'absurdo *bis is idem*' ("Comentários à Constituição de 1946", 1ª Edição, vol. II, pág. 95; Comentários à

Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969", 2ª edição, tomo III, pág. 251).

Ao Poder Judiciário não compete rever as manifestações das Cortes de Contas, nesse particular, senão acolhê-las como elemento válido, já assente, para favorecer ou comprometer aquele que vá, ou seja chamado a juízo, em torno de dinheiros ou valores públicos em geral, confiados à sua gestão ou guarda." (grifos do original).

8. Podemos citar, também, nessa mesma linha, os ensinamentos do renomado Processualista Athos Gusmão Carneiro (*in* Jurisprudência e Competência, 3ª edição ,1989, p. 14):

"Em segundo lugar, o Tribunal de Contas, órgão colegiado, 'preposto do Poder Legislativo, encarregado da fiscalização do orçamento' (José Cretella Júnior, Diconário de Direito Administrativo, 3. Ed., Forense, p. 522), integrado, na esfera federal, por ministros que gozam das garantias e prerrogativas dos ministros do superior Tribunal de Justiça.

As atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando 'julga' as contas 'dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos', tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não se pode afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime (José Cretella Júnior, Tribunal de contas, Dicionário, cit.; Seabra Fagundes, O Controle, cit., n. 62). Da mesma forma, tal julgado impõe-se na ação de ressarcimento promovida contra o responsável pelo alcance."

9. Não pretendo afirmar que as decisões proferidas pelas Cortes de Contas estejam isentas do alcance do Poder Judiciário, pois o inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Federal determina de forma expressa que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Por isso mesmo, tanto a Lei Complementar nº 64/90 quanto a Lei nº 9.504/97, acima referidas, ressalvam os "casos em que a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário".

10.Há que se perquirir, no entanto, na distribuição das competências conferidas aos órgãos do Judiciário, se cabe à Justiça Federal julgar ou mesmo rever os atos praticados pelo Tribunal de Contas da União, quando no exercício de sua competência privativa de julgar as contas dos administradores públicos.

11.O legislador constituinte de 1988, compreendendo a relevância e a importância das Cortes de Contas para o perfeito exercício de suas competências, consignou no art. 73 da Constituição que "o Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96".

12.Mais adiante - art. 73, § 3º - estabeleceu que "os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos."

13.Conferiu, a Carta Maior, por isso mesmo, em um desdobramento processual lógico, competência originária ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente os mandados de segurança interpostos contra atos praticados pela Corte de Contas, como preceitua o Art. 102, inciso I, alínea "d" da Constituição Federal:

> "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> d) o *habeas corpus,* sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.." (grifo nosso)

14.Coerente, ainda, com essa mesma lógica processual, o legislador outorgou, também, à Excelsa Corte Constitucional, competência originária para "processar e julgar, originariamente nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente".

15.Não é compreensível, diante de tais prerrogativas conferidas tanto ao Tribunal quanto extensivamente aos seus membros, por via de conseqüência, relativamente aos atos por eles praticados, nem mesmo razoável interpretação de que compete à Justiça Federal processar e julgar contas de administradores públicos muito menos rever os julgamentos proferidos por este Tribunal, já que não pode conhecer da matéria e muito menos obrigar o cumprimento de suas decisões, elementos essenciais da jurisdição como, afinal, leciona o Processualista e Juiz Federal José Eduardo Carreira Alvim (in Elementos de Teoria Geral do Processo 1ª edição, p.p. 85/86):

> "A doutrina clássica - acentuando que o direito usa a palavra jurisdição para exprimir o conhecimento da causa, seu julgamento e execução, assim como o direito de impor as penas legais - conclui que as nossas autoridades judiciárias têm a jurisdição dos romanos e o *imperium*, o que tudo compreende: o direito de conhecer, ordenar, julgar, punir e constranger à execução.
>
> Segundo a clássica concepção, a jurisdição compreende cinco elementos assim discriminados:

Notio - é a faculdade de conhecer de certa causa, ou de ser regularmente investido da faculdade de decidir uma controvérsia, assim como de ordenar os atos respectivos, salva a aplicação das leis de acordo com os diversos graus da jurisdição e da competência.

Vocatio- a faculdade de fazer comparecer em juízo todos aqueles cuja presença seja útil à justiça e ao conhecimento da verdade.

Coertio - (ou *coertitio*) - o direito de fazer-se respeitar e de reprimir as ofensas feitas ao magistrado no exercício de suas funções: *jurisdictio sine coertitio nulla est.*

Iudicium - direito de julgar e de pronunciar a sentença.

Executio - direito de, em nome do poder soberano, tornar obrigatória e coativa a obediência às próprias decisões.

Segundo a moderna doutrina, a jurisdição compreende três poderes denominados poderes jurisdicionais: de decisão, de coerção, de documentação.

.....

O poder de coerção manifesta-se com mais intensidade no processo de execução, embora esteja também presente no processo de cognição. Assim, está presente no ato da notificação ou da citação; se o destinatário se recusa a receber materialmente o mandado, considera-se como se tivesse sido entregue. Em virtude desse poder, o juiz pode determinar a remoção de obstáculos opostos ao exercício de suas funções."

16.Assim, não há como dar cumprimento à r. Decisão proferida pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, Dr. Pedro Pereira dos Santos, visto que não possui competência para rever os atos praticados pela Corte de Contas na matéria de que se trata.

17.Releva destacar, ainda, como demonstrou a Unidade Técnica, que o responsável, antes mesmo de buscar o amparo do Poder Judiciário, sequer esgotou as possibilidades de defesa permitidas pela Lei nº 8.443/92 e pelos normativos internos desta Casa, pois somente agora, veio a interpor recurso de revisão, mesmo assim contra apenas uma das decisões.

18.Ademais, compulsando as deliberações proferidas por esta Corte, constato o descaso do responsável para com o dever imposto não apenas a ele, mas a todo administrador público de bem demonstrar a regular aplicação de recursos públicos, não tendo sido poucas as oportunidades a ele oferecidas com esse objetivo.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ministro Benjamin Zymler

Cumpre, de início, tecer os merecidos elogios ao Voto do eminente Relator, Ministro Adhemar Paladini Ghisi, que expõe com clareza opinião doutrinária importante a respeito da natureza das decisões desta Corte de Contas. Conclui, ao final, que o foro competente para apreciar eventuais equívocos nas decisões do TCU é exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em qualquer tipo de ação que tenha por objeto discutir a atividade de controle externo exercido por esta Casa. Razão pela qual propõe seja comunicado ao Juiz Federal Substituto, Dr. Pedro Pereira dos Santos, a impossibilidade desta Corte de dar cumprimento à referida decisão.

02. Importa reconhecer, ainda, que a decisão judicial sob comento, que concedeu tutela antecipada ao autor, determinando a não-inclusão do nome do Sr. Antônio Carlos Ribeiro Arroyo na lista a ser encaminhada à Justiça Eleitoral, está eivada de vícios, a meu ver, insanáveis. A Lei nº 9.494/97, que disciplina a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, determina, em seu art. 1º, a aplicação a este instituto processual, dentre outras normas, da regra insculpida no § 1º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, que dispõe, in verbis:

> "Art. 1º. (omissis)
>
> § 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal."

03. O art. 102, inciso I, alínea 'd', da Constituição Federal, estabelece que mandado de segurança interposto contra atos do Tribunal de Contas da União serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, a simples integração dos textos normativos acima indicados permite concluir que em nenhuma ação proposta na Justiça de 1ª instância, que envolva a atuação do Tribunal de Contas da União, é cabível a concessão de tutela antecipada.

04. Deve ser repudiada também é a tentativa do ilustre julgador de desfazer decisão desta Corte de Contas. Parece evidente que a competência para julgamento de contas de responsáveis por bens públicos federais, à exceção do Presidente da República, é exclusiva do Tribunal de Contas da União. A atuação do Judiciário deve limitar-se à verificação da obediência dos princípio constitucionais aplicáveis ao processo em geral. Não pode o Juiz exercitar as atribuições constitucionais exclusivas desta Corte de Contas e proferir julgamento a respeito da irregularidade ou não das mesmas. Neste ponto, portanto, configurada está a existência de ilegalidade na decisão judicial, ponto em que devo acompanhar o eminente Relator.

05. Entretanto, apesar de eivado de vício, trata-se de pronunciamento jurisdicional oriundo de autoridade judicial. Assim sendo, ainda que o Tribunal discorde da tese sustentada pelo Juiz e esteja convicto de sua incompetencia para julgar a ação, entendo – e aqui reside minha discordância do Voto do eminente

Relator – que é uma decisão judicial existente, porque emanada de agente investido de função jurisdicional e, como tal, deve ser cumprida. Resta ao TCU solicitar junto ao órgão competente – Procuradoria da União no estado do Mato Grosso do Sul - que tome as medidas judicias cabíveis para desconstituir a referida decisão.

06. No Estado Democrático de Direito as regras estabelecidas devem ser seguidas, seja pelo cidadão comum seja pelas instituições do Estado. A Constituição Federal, ao estabelecer a regra de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF), adotou como garantia constitucional o princípio da proteção judiciária. Concretiza-se o princípio constitucional com o livre acesso do cidadão à Justiça para garantir um suposto direito eventualmente infringido. Entretanto, de nada adiantaria fixar-se no texto constitucional tais garantias se não lhes conferisse mínimas condições de efetividade. Nesse sentido o sistema juridico estabelece como caracteristica inerente dos provimentos jurisdicionais sua coercibilidade, entendida como o poder de o magistrado fazer impor aos jurisdicionados suas decisões. Dessa forma, in casu, o Juiz Federal Substituto, ao conceder tutela antecipada, proferiu ato jurisdicional, dotado de coercibilidade, impondo ao TCU seu cumprimento.

07. Não se conformando com o teor do decisum, só resta, ao meu sentir, a esta Corte, solicitar à Advocacia Geral da União – legitima representante processual da União – que tome as medidas judiciais cabíveis no sentido de desconstituir a tutela concedida.

DECISÃO Nº 505/98-TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo TC nº 005.158/98-2

2. Classe de Assunto: VII - Comunicação

3. Interessado: Justiça Federal, Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, Primeira Subseção

4. Órgão: Justiça Federal

5. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi.

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: SECON

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

8.1 comunicar ao Exmo Sr. Juiz Federal Substituto, Dr. Pedro Pereira dos Santos, mediante o encaminhamento de cópia desta Decisão, acompanhada do Voto e do Relatório que a fundamentam, que esta Corte vê-se impossibilitada de dar cumprimento à r. Decisão proferida por aquele juízo, comunicada por meio do Of. nº 58/98-SD04, de 1º de julho de 1998, visto que os atos praticados pelo Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo estão sujeitos ao controle jurisdicional unicamente do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no art. 102, inciso I, alínea "d", da Constituição Federal;

8.2 determinar o arquivamento dos presentes autos.

9. Ata nº 31/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 05/08/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente) Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

Homero Santos Presidente	Adhemar Paladini Ghisi Ministro-Relator

1. Publicada no DOU de 20/08/98.

SRF – COMPRA DE AÇÕES DO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO
Pedido de Reexame

Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto

GRUPO I - CLASSE I – PLENÁRIO

TC - 013.992/92-9 c/02 volumes
TC - 011.693/96-7 (Juntado)
NATUREZA: Pedido de Reexame
ÓRGÃO: Secretaria da Receita Federal
INTERSSADO: Everardo Maciel, Secretário da Receita Federal

EMENTA: Pedido de Reexame à Decisão n° 771/96 - Plenário. Argumentos apresentados pelo responsável por si só não seriam capazes de alterar o entendimento esposado na Decisão em questão. Decurso natural do tempo afetou a realidade dos fatos, possibilitando a aceitação da hipótese sustentada anteriormente pela Receita Federal como única forma de evitar prejuízos ao Erário. Conhecimento. Provimento parcial. Modificação das determinações "a" e "b". Envio de cópia da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto às mesmas autoridades notificadas por ocasião da Decisão n° 771/96.Ciência ao Interessado.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos do pedido de reexame da Decisão n° 771/96 - Plenário, abaixo transcrita, interposto pelo Sr. Everardo de Almeida Maciel, Secretário da Receita Federal do Ministério da Fazenda, com fulcro no art. 48 da Lei n° 8.443, de 16 de julho de 1992, alegando basicamente que:

a) o Tribunal não tem competência para determinar que a Secretaria da Receita Federal, órgão integrante do Ministério da Fazenda, pratique atos de cobrança de tributos em razão de interpretação de lei tributária feita pela Corte, à revelia do Ministro de Estado a que está subordinada;

b) a determinação contida na alínea "a" do item 8.1 não pode ser cumprida pois está em vigor a orientação em sentido contrário contida no despacho proferido pelo Senhor Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento em 23.09.91.

DECISÃO 771/96 - PLENÁRIO

"8.1. determinar à Secretaria da Receita Federal que:

a) adote imediatas providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital existente na troca de títulos da dívida pública ou de outros créditos contra a União, utilizados como meio de pagamento à aquisição de ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização anteriormente à edição da Lei n° 8.383/91, sempre que esses tiverem sido adquiridos no mercado secundário, em decorrência da caracterização inequívoca de acréscimo patrimonial, em face do deságio com que foram adquiridos, pelos particulares, os referidos títulos, informando a este Tribunal, no prazo de 15(quinze) dias, acerca das medidas adotadas;

b) adote imediatas providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao Imposto de Renda incidente sobre os juros auferidos nos títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, oferecidos como contrapartida à aquisição das ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, ante a caracterização de aquisição de disponibilidade econômica que constitui seu fato gerador, ex vi do art. 43 da Lei n° 5.172/66 – Código Tributário Nacional, informando a este Tribunal, no prazo de 15(quinze) dias, acerca das medidas adotadas;

c)adote imediatas providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativos a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF incidente sobre os títulos da dívida pública federal ou outros créditos referidos na alínea "b" supra, caso ainda não o tenha procedido, ante o reconhecimento de sua aplicabilidade consignado na Nota MF/SRF/COSIT/DITIP n° 236, de 28.07.94, informando ao Tribunal a respeito, igualmente no prazo de 15 (quinze) dias;

d) remeter cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentaram, ao Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, para exercício de sua supervisão Ministerial, bem assim ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, signatário da presente Representação, a fim de subsidiar a instrução do Processo Administrativo n° 08100.000484/92-44, em curso na Procuradoria da República no Distrito Federal;

8.2 remeter os autos à 5ª SECEX para acompanhamento."

HISTÓRICO

O presente processo se originou do expediente, remetido pela Procuradoria-Geral da República, tratando da representação formulada pelos Deputados Federais Luiz Gushiken e José Coiote, segundo a qual *"o Ministério da Fazenda, ao arrepio da Lei, teria concedido isenção de tributos aos compradores das estatais vendidas em leilão, sem a necessária aprovação do Congresso Nacional"*, fazendo referência ao Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de n° PGFN-PGA 970/91,

publicado no D.O.U. de 24.09.91 e ao respectivo despacho aprobatório do Sr. Ministro da Economia.

O referido Parecer concluia *"não ser devido o imposto de renda nas operações em que o licitante-vencedor entrega títulos da dívida pública federal, ou outros créditos contra a União, como pagamento de ações de empresas estatais leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização - PND, visto tratar-se de uma mera troca de bens (permuta), que, por não gerar ganho de capitais, não está sujeita à tributação."*

Já o Despacho lavrado pelo Exm° Sr. Ministro da Economia, possuia o seguinte teor:

> "Aprovo o Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que conclui no sentido de que a entrega pelo licitante vencedor de títulos da dívida pública federal ou outros créditos contra a União como contrapartida à aquisição das ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização caracteriza-se como permuta, caso em que não incide o imposto de renda sobre ganho de capital pela só efetivação do leilão ou da celebração do contrato respectivo, e de que só ocorrerá ganho de capital tributável por ocasião da realização desse ganho pela alienação das ações adquiridas."

Submetida a questão à consideração do Plenário, em 15.06.94, diante do inusitado do assunto no âmbito do Tribunal foi determinado à Receita Federal, mediante Decisão n° 390/94, que emitisse parecer fundamentado sobre questões formuladas por esta Corte, cujas respostas, basicamente foram as seguintes:

- A Instrução Normativa RF n° 92 (do então Departamento da Receita Federal), de 22 de outubro de 1991, dispôs sobre o tratamento tributário, nos casos de entrega de títulos da dívida pública federal, na aquisição de títulos da dívida pública federal e na aquisição de ações de estatais, tendo em vista as conclusões do Parecer PGFN já citado;

- o parecer em questão, uma vez aprovado pela autoridade ministerial tem força vinculante para os órgãos do Ministério da Fazenda, não cabendo a Receita Federal contestar sua fundamentação;

- há tributação de IOF para o caso em tela, disciplinada pela Lei n° 8.033, de 12.04.90;

Após pronunciamentos da 5ª e 7ª SECEX e do Ministério Público, todos no sentido da incidência do imposto de renda, o presente processo foi submetido à consideração do Plenário pelo Sr. Ministro-Relator, que em seu Voto, embasando a Decisão n° 771/96 – Plenário, ora recorrida, concluiu que:

- está clara a necessidade de tributação, em razão da aquisição da disponibilidade econômica verificada na operação de troca dos títulos por ações;

- por força e a partir da Lei n° 8.383/91, a aquisição dessa disponibilidade econômica passaria a se dar no momento do desfazimento das ações adquiridas;

- caracteriza-se também a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos obtidos com os títulos públicos utilizados;

- o mesmo se dá quanto ao IOF sobre as operações.

ANÁLISE DA UNIDADE TÉCNICA

Após opinar pela admissibilidade do presente pedido de reexame, a Unidade Técnica, observando a divisão proposta pelo próprio recorrente, analisa o feito em seus dois fundamentos já mencionados:

I – Quanto a suposta incompetência desta Corte para interpretar e expedir determinação à Receita Federal para cobrar tributos, a analista encarregada da instrução do processo argumenta que a análise e conseqüente deliberação deste Tribunal se deu dentro da sua atribuição de verificar a aplicação das subvenções e a renúncia de receitas (art. 1°, § 1° - Lei n° 8.443/92), não tendo o TCU desta forma, baixado instrução sobre o lançamento de tributos, como tentou caracterizar o peticionário, ou extrapolado sua competência.

A Sra. Diretora, após tecer considerações sobre o sistema de freios e contrapesos - sustentáculo do Regime Republicano - que busca o equilíbrio entre os Poderes, evitando arbítrios dos mesmos, e sobre a inserção do controle externo nesse contexto, observa que, "quando o art. 70 da Magna Carta atribui o controle externo dos Poderes ao Congresso Nacional, a única interpretação possível para o termo fiscalização financeira é aquela que engloba a competência para a fiscalização do processo de arrecadação de receitas. E isso não é factível sem se recorrer à legislação tributária, o que, naturalmente, conduz à necessidade de interpretação daquelas normas.

> O mesmo raciocínio é extensivo aos demais tipos de fiscalização realizadas pelo controle externo, quais sejam, contábil, orçamentária e operacional. A arrecadação de receitas tributárias é atividade típica do Estado e todo aquele que arrecada dinheiros públicos está obrigado a prestar contas. Ora, o papel do controle externo não se limita a verificar se os valores arrecadados ingressaram efetivamente nos cofres públicos. É também o de verificar se os órgãos competentes estão maximizando o potencial de arrecadação, ou minimizando as perdas decorrente deste processo (evasão fiscal). E é exatamente isto o que ocorreu no caso em exame. Verificando-se a existência de renúncia de receita ao arrepio dos mandamentos constitucionais (art. 150, § 6º) e da Lei nº 5.172/66 (art. 176) - Código Tributário Nacional, com amparo em parecer da PGFN aprovado pelo Ministro de Estado - o Tribunal determinou à Receita Federal que fossem adotadas providências para o exato cumprimento da lei, na forma do inciso IX do art. 71 da Lei Maior. Quais sejam: providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao IOF e imposto sobre a renda incidentes, respectivamente, nas operações envolvendo títulos da dívida pública federal (ou outros créditos contra a União) e nos ganhos de capital apurados naquelas operações."

II – Quanto a impossibilidade de cumprir a determinação exarada por este Tribunal, em razão do despacho de autoridade superior em sentido diverso, há duas posições divergentes.

A analista pondera que o Tribunal não criou as condições necessárias para que a Secretaria da Receita Federal desse cumprimento a determinação ora recorrida e que a determinação deveria ter sido dirigida ao Ministro de Estado, a quem está subordinado aquele órgão e competiria retirar a aprovação do Parecer da PGFN.

Por sua vez a Diretora argumenta que o "... TCU, no desempenho de suas atribuições constitucionais, exerce controle, precipuamente, sobre os atos administrativos, e não sobre os atos normativos emanados por quaisquer dos poderes. Assim, pode o TCU dirigir suas determinações ao administrador a quem o normativo é endereçado, no sentido de dar cumprimento à lei, em detrimento da norma regulamentar, pois o que está em questão não é a norma em si, mas seus efeitos concretos, sua aplicação.

A Súmula 347 do STF é cristalina:

> 'O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público'.

Se o TCU pode negar a aplicação da lei, não há motivo para que não possa proceder da mesma forma em relação a um parecer normativo. Portanto, não assiste razão ao Secretário da Receita quando alega que esta Corte não possui competência para questionar a validade do Parecer PGFN nº 970/91 e, conseqüentemente, determinar ao responsável que dê cumprimento à lei, em detrimento do ato normativo considerado ilegal.

No tocante à hierarquia da administração, a Decisão nº 771/96-TCU-Plenário não enseja violação a esse princípio, pois o Tribunal, no exercício de sua competência constitucional e infraconstitucional, ao considerar ilegal ato emanado pelo Executivo no âmbito do poder regulamentar, desvincula o administrador do dever de cumprir aquele normativo. Se, anteriormente à decisão desta Corte de Contas, o Parecer PGFN-PGA nº 970/91, aprovado por meio de despacho do então Ministro Marcílio Marques Moreira, publicado no DOU de 24.9.91, possuía presunção de legalidade, isso não mais ocorre. Conseqüentemente, não se sustenta a tese de que o Tribunal não criou as condições necessárias para que a SRF desse cumprimento às determinações contidas no subitem 8.1 da Decisão 771/96-TCU-Plenário.

Saliente-se que a faculdade do Poder Legislativo de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V, da Constituição Federal) não exclui a competência desta Corte, prevista no inciso IX do art. 71 do texto constitucional. Mesmo porque a determinação do Tribunal não foi para que o Ministro da Fazenda anulasse o Parecer PGFN-PGA nº 970/91, aprovado por despacho ministerial, o que, de fato, seria exorbitar da competência outorgada a esta Casa pela Constituição e pela lei.

A decisão do Tribunal cingiu-se a determinar à Receita Federal a adoção de providências com vistas ao lançamento do crédito tributário do IOF e do Imposto sobre a Renda devidos pelos licitantes vencedores dos leilões de privatização. Em nenhum momento foram baixadas instruções sobre o lançamento de tributos, como alega o Secretário da Receita. A determinação desta Corte foi no sentido de que fosse efetuado o lançamento dos impostos não prescritos, mas segundo as normas aplicáveis à espécie - exceto, naturalmente, o Parecer PGFN-PGA nº 970/91."

Acrescenta ainda que, *"... não pode prosperar a argumentação do recorrente de que a atividade de lançar tributos é totalmente distinta da de arrecadar. Embora a acepção usual do termo arrecadação seja o ato de cobrar tributos ou outras rendas públicas, a competência do TCU não se restringe a essa etapa da receita. Tendo em vista a competência para realizar fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial nos órgãos e entidades da administração da administração direta e indireta, não há como supor que, em relação às receitas públicas, o Tribunal deva se limitar a verificar como está se processando a cobrança das receitas.*

O entendimento abraçado pelo Regimento Interno (art. 202, parágrafo único) é o de que a receita deve ser acompanhada em todas as suas fases - quaisquer que sejam elas.

Art. 202 . O Tribunal acompanhará a arrecadação da receita a cargo dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, bem como dos fundos e demais instituições sob sua jurisdição.

Parágrafo único. O acompanhamento da arrecadação far-se-á em todas as etapas da receita e processar-se-á mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, com identificação dos respectivos responsáveis, na forma estabelecida em ato normativo.'

Para Heilio Kohama (in Contabilidade pública - teoria e prática, 2ª São Paulo, 1989, pág. 87), a receita percorre três estágios: i) previsão; ii) lançamento e iii) arrecadação e recolhimento. Recolhimento é o ato pelo qual os valores arrecadados são transferidos pelos agentes arrecadadores (atualmente, a rede arrecadadora é constituída quase que exclusivamente pelos bancos credenciados) ao Tesouro.

Outra etapa a ser acompanhada pelo Tribunal é a destinação, de modo a averiguar se as receitas estão sendo direcionadas para as áreas às quais estão legal ou constitucionalmente vinculadas.

De qualquer forma, a competência conferida ao Tribunal não pode ser compreendida estaticamente: receita versus despesa. Ambas integram um processo maior, que é a atividade financeira do Estado. E é esta que deve ser

fiscalizada. Assim, não é correto entender que, em relação às receitas públicas, cabe ao controle externo apenas o acompanhamento da arrecadação.

Na definição de Paulo de Barros Carvalho (**in** Curso de Direito Tributário, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1993, pág. 259), lançamento 'é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, modificativos ou assecuratórios e vinculados, mediante o qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e alíquota aplicável, formalizando o crédito e estipulando os termos da sua exigibilidade.'

Assim, apesar de o direito do Estado receber o tributo não nascer com o lançamento, esse ato administrativo é formalidade indispensável, sem a qual não pode a fazenda exigir o tributo, uma vez que não estariam definidos os elementos essenciais (sujeito passivo, base de cálculo e alíquota).

Portanto, o TCU, no âmbito da fiscalização da finanças públicas, não pode esquivar-se do dever de averiguar o desempenho do órgão responsável pelo lançamento dos tributos."

CONCLUSÃO DA UNIDADE TÉCNICA

Após rebater todos os argumentos apresentados pelo recorrente, a Unidade Técnica acrescenta outras considerações, fundamentais para o julgamento do mérito do presente recurso, que passo a resumir nos parágrafos adiante.

A analista, após ressaltar a decadência, em razão de não terem sido lançados, de todos os créditos constituídos antes da vigência da Lei n° 8.383/91, conclui pela perda de objeto da determinação constante do subitem 8.1, letra "a"da Decisão n° 771/96 – Plenário, propondo também a fixação de prazo para o Ministro de Estado da Fazenda para que este crie as condições necessárias para o cumprimento das demais determinações da Decisão recorrida.

A Sra. Diretora, por sua vez, em parecer endossado pelo Sr. Secretário, após admitir a plausibilidade da postergação da apuração do fato gerador para quando da efetiva realização do investimento, ou seja, quando da negociação das ações, aduz que " *embora a determinação contida na alínea a do subitem 8.1 da Decisão nº 771/96-TCU-Plenário fosse pertinente naquele momento (exercício de 1996), o decurso natural do tempo afetou a realidade dos fatos, não sendo mais possível exigir da Secretaria da Receita Federal a constituição daqueles créditos tributários.* "

A mencionada plausibilidade se fundamenta na edição da IN 92, de 22 de outubro de 1991 que dispôs:

> 1. Terá tratamento de permuta a entrega, pelo licitante vencedor, de títulos da dívida pública federal ou de outros créditos contra a União, como contrapartida à aquisição das ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização.

2. Na hipótese de adquirente pessoa física, deverá ser considerado como custo de aquisição das ações ou quotas da empresa privatizável o custo de aquisição dos direitos contra a União, corrigido monetariamente até a data da permuta.

3. Na hipótese de pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, o custo de aquisição será apurado na forma do parágrafo anterior.

4. No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o custo de aquisição das ações ou quotas leiloadas será igual ao valor contábil dos títulos ou créditos entregues pelo adquirente na data da operação.

4.1 Quando se configurar, na aquisição, investimento relevante em coligada ou controlada, avaliável pelo valor do patrimônio líquido, o adquirente deverá registrar o valor da equivalência no patrimônio adquirido, em conta própria de investimentos, e o valor do ágio ou deságio na aquisição em subconta do mesmo investimento, que deverá ser computado na determinação do lucro real do mês de realização do investimento, a qualquer título."

Assim, a melhor interpretação, hoje, dos dispositivos acima transcritos seria a de que, sob o prisma da legislação fiscal, a apuração de eventual ganho de capital resultante da permuta de 'moedas podres' por ações ou quotas de estatais leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização só seria possível quando da negociação das ações, e se as empresas e pessoas físicas tiverem observado esses dispositivos, não terá ocorrido ainda a decadência ou prescrição do imposto.

Os juros pagos aos detentores dos títulos negociados, objeto da determinação contida na alínea "b" do subitem 8.1 da Decisão recorrida também estão sujeitos ao imposto sobre a renda, no momento da negociação das ações por força da IN 92/91;

Conclui assim pelo "provimento parcial ao pedido formulado pelo Senhor Everardo Maciel, aceitando-se como válida a regulamentação efetuada pela Receita Federal por meio da IN 92/91, uma vez que não resultaria em isenção de tributo sem amparo legal, mas apenas no postergamento da apuração do ganho de capital.

Tendo em vista que as decisões administrativas sem sede de recurso, diferentemente das decisões judiciais, podem, se o processo de fiscalização o exigir, ir além dos pedidos formulados pela parte, desde que observado o princípio que veda a reformatio in pejus, proponho que o Tribunal altere o teor da determinação contida na alínea a do subitem 8.1 da Decisão nº 771/96-TCU-Plenário, a qual sugiro tenha a seguinte redação:

a) adote providências com vistas a acompanhar, mediante processo de fiscalização, a arrecadação do imposto sobre a renda incidente sobre os ganhos de capital apurados no momento da negociação das ações ou quotas de estatais adquiridas em leilões de privatização, a partir do advento da Instrução Normativa nº 92, de 22.10.91, do então Departamento da Receita Federal, por pessoas físicas que tenham utilizado títulos públicos ou outros créditos contra

a União, comprados no mercado secundário, na aquisição das ações e quotas acima referidas."

PRONUNCIAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

"A Sra. Analista, pelas razões expostas nos subitens 8.2 e 8.2.1 de fls. 21 do Volume II, entende que os créditos que decorreriam do lançamento determinado pelo Tribunal na forma acima teriam decaído, opinando pela exclusão, por perda do objeto, da determinação transcrita no parágrafo precedente. A Sra. Diretora de Divisão, por sua vez, é de opinião que, com a expedição, em 22.10.91, da Instrução Normativa nº 92 (fl. 33 do Volume II), o então Departamento da Receita Federal, regulamentou a cobrança do referido tributo, estabelecendo, ao invés de isenção, tão-só um postergamento na apuração do ganho de capital e, em conseqüência, um alongamento no prazo para seu recolhimento; sugere, ao final, alteração na redação da alínea "a" do subitem 8.1 da pré-falada Decisão 771/96 (fl. 31 - Vol. II).

Considerando que os dois fundamentos em que se baseou o Pedido de Reexame (ausência de competência para que o TCU determine à SRF a prática de atos de cobrança de tributos em razão de interpretação de lei tributária, o que feriria a independência e harmonia dos poderes, e impossibilidade do cumprimento da determinação, por conflitar com orientação contida em despacho do Sr. Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento) foram adequada e percucientemente analisados pela 10ª SECEX, alinhamo-nos à proposição da Sra. Diretora de Divisão (fl. 31) que, em síntese, reconhece que a apuração do imposto de renda se dará quando da realização do investimento, isto é, quando houver a alienação das ações adquiridas no processo de privatização de estatais.

Dessa forma, em consonância com esse entendimento, opinamos pelo conhecimento do presente recurso e, dando-lhe provimento parcial, seja alterada a redação da alínea "a" do subitem 8.1 da Decisão nº 771/96 - Plenário, conforme proposta de fls. 31, acolhida pelo Titular da Unidade Técnica."

É o Relatório.

VOTO

Resumidamente, a posição defendida por esta Corte de Contas na Decisão n° 771/96, ora recorrida, foi a de que ocorria fato gerador do imposto sobre a renda no momento da troca de títulos e outros créditos contra a União por ações e quotas de estatais leiloadas, em razão do ganho de capital proveniente do deságio com que estes títulos foram adquiridos, consistindo a base de cálculo na diferença entre a proposta vencedora e o custo de aquisição dos títulos corrigido, acrescido da remuneração embutida nos papéis.

O Tribunal, diante desse entendimento, determinou a Secretaria da Receita Federal o lançamento de ofício do imposto em questão.

Após tomar conhecimento do *decisum*, o Sr. Secretário da Receita Federal apresentou a peça recursal fundamentado na falta de competência deste Tribunal para a determinação exarada e na impossibilidade de cumprimento da mesma em razão de orientação normativa superior.

Depois da exaustiva análise dos argumentos trazidos à colação pelo recorrente empreendida pela Unidade Técnica, não resta dúvida de que eles foram plenamente refutados.

A competência desta Corte de Contas é estabelecida no art. 70 da Constituição Federal, que dispõe:

> "Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder." (grifos meus)

Uma vez que atividade financeira do Estado é um processo maior, que engloba a atividade de arrecadação de receitas, a competência deste Tribunal sobre a matéria é inquestionável.

Se recorrermos à legislação infraconstitucional, mais especificamente o art. 41 da Lei n° 8.443/92, veremos que:

> "Art. 41. 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, ..." (grifos meus)

Ainda quanto a competência desta Corte para deliberar sobre o caso em questão, podemos citar o art. 71, IX da Constituição Federal, pelo qual o Tribunal deve:

> "IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências para o exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;"

Efetivamente, foi o que se observou quando da Decisão ora recorrida, na medida em que o TCU havia detectado uma suposta ilegalidade na forma de uma ausência de observância à legislação do imposto de renda, que, ao final, poderia causar um dano ao Erário.

Quanto à impossibilidade de cumprimento da Decisão deste Colegiado em razão de determinação superior, observa-se que, uma vez arguida a ilegalidade do ato administrativo por esta Corte, nos termos do art. 71, IX da CF já citado, cabe ao agente público o estrito cumprimento da decisão, respeitada a faculdade da ampla defesa aqui materializada na própria peça recursal.

Entretanto, como se pode observar pela leitura dos autos, as questões chave para o deslinde da matéria são duas:

I - a atual situação dos créditos tributários, que, de acordo com a legislação, já estariam "prescritos" (na verdade se trata da figura da decadência, prevista no art. 173 do CTN) se mantidos os exatos termos da Decisão 771/96;

II – a razoabilidade da aplicação do entendimento contido no Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, de 06.04.1991, posteriormente ratificado pelo Despacho do Ministro, Instrução Normativa n° 92, de 22.10.91 e sedimentado na Lei n° 8.383, de 31.12.1991.

Segundo esse entendimento o fato gerador do ganho de capital ocorre somente no momento em que as ações são negociadas, consistindo a base de cálculo na diferença entre o valor de venda das ações e custo de aquisição corrigido destes ativos.

Observe-se que não se trata de isenção tributária concedida ao arrepio da lei, uma vez que o tributo será recolhido quando da realização do investimento, e , portanto, não se vislumbra prejuízo ao Erário, mas tão somente uma mudança na data de ocorrência do fato gerador do imposto.

Assim, a aceitação da postergação do recolhimento do tributo, procedimento posteriormente consolidado na Lei n° 8.383/91, uniformiza o tratamento tributário da troca de títulos por ações, possibilitando o seu recolhimento sem as limitações temporais da decadência, uma vez que o lançamento do tributo somente se dá posteriormente a negociação das ações.

É importante observar que, em razão das considerações expendidas nos autos, o cumprimento da determinação contida no item 8.1 "b", relativa ao lançamento do crédito tributário do Imposto de Renda incidente sobre os juros auferidos nos títulos da dívida pública federal oferecidos como contrapartida à aquisição das ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, fica, de igual forma, postergado, uma vez que, nesse caso, os juros na época devidos foram considerados na composição do preço utilizado para efeito da permuta e só serão realizados efetivamente por ocasião da venda das ações adquiridas, razão pela qual estou propondo a modificação de sua redação para compatibilização com a determinação anterior.

Quanto ao item "c", referente à cobrança de IOF, chamo a atenção para o fato de que, embora a própria Receita Federal já tenha declarado a esta Corte a sua pertinência ainda quando da Decisão 771/96, inexistem nos autos informações sobre o efetivo recolhimento do tributo.

Por último, penso que, modificada a Decisão desta Corte, devam ser enviadas cópias da Decisão às mesmas autoridades anteriormente notificadas no item 8.1, "d" da Decisão 771/96 - Plenário.

Diante de todo o exposto, Voto por que o Tribunal a adote a Decisão que ora submeto à consideração deste Egrégio Plenário.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico

Cuidam os autos de pedido de informações formulado pelo Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, então Secretário de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos interesses Difusos - SECODID, a respeito de denúncia apresentada pelos Exmos. Srs. Deputados Federais Luiz Gushiken e José Cicote sobre possível e ilegal isenção de tributos aos adquirentes de estatais vendidas em leilão de privatização.

Em 27.11.96 foi proferida a Decisão nº 771/96 - Plenário (fl. 132) determinando à Secretaria da Receita Federal que adotasse providências no sentido de promover o lançamento dos créditos tributários referentes ao Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital, ao imposto de renda sobre os juros auferidos e ao imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros ou a títulos e valores imobiliários.

O Sr. Everardo de Almeida Maciel, Secretário da Receita Federal, inconformado com a referida decisão, ingressou com Pedido de Reexame (fls. 01 a 04 do Volume II), que foi percucientemente analisado pela 10ª SECEX, na instrução de fls. 07 a 22 e no despacho da Sra. Diretora de Divisão de fls. 23 a 32, ambos no Volume II.

Os dois pareceres são uniformes quanto ao acolhimento do pedido de reexame e seu provimento parcial. Divergem, contudo, e em especial, no que diz respeito à alínea "a" do subitem 8.1 do citado *decisum*, cujo teor é: "*(determinar à Secretaria da Receita Federal que) a) adote imediatas providências com vistas ao lançamento do crédito tributário referente ao Imposto de Renda incidente sobre o ganho de capital existente na troca de títulos da dívida pública ou de outros créditos contra a União, utilizado como meio de pagamento à aquisição de ações leiloadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização anteriormente à edição da Lei nº 8.383/91, sempre que esses tiverem sido adquiridos no mercado secundário, em decorrência da caracterização inequívoca de acréscimo patrimonial, em face do deságio com que foram adquiridos, pelos particulares, os referidos títulos, informando a este Tribunal, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca das medidas adotadas;*" (fl. 132).

A Sra. Analista, pelas razões expostas nos subitens 8.2 e 8.2.1 de fls. 21 do Volume II, entende que os créditos que decorreriam do lançamento determinado pelo Tribunal na forma acima teriam decaído, opinando pela exclusão, por perda do objeto, da determinação transcrita no parágrafo precedente. A Sra. Diretora de Divisão, por sua vez, é de opinião que, com a expedição, em 22.10.91, da Instrução Normativa nº 92 (fl. 33 do Volume II), o então Departamento da Receita Federal, regulamentou a cobrança do referido tributo, estabelecendo, ao invés de isenção, tão-só um postergamento na apuração do ganho de capital e, em conseqüência, um alongamento no prazo para seu recolhimento; sugere, ao final, alteração na redação da alínea "a" do subitem 8.1 da pré-falada Decisão 771/96 (fl. 31 - Vol. II).

Considerando que os dois fundamentos em que se baseou o Pedido de Reexame (ausência de competência para que o TCU determine à SRF a prática de atos

de cobrança de tributos em razão de interpretação de lei tributária, o que feriria a independência e harmonia dos poderes, e impossibilidade do cumprimento da determinação, por conflitar com orientação contida em despacho do Sr. Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento) foram adequada e percucientemente analisados pela 10ª SECEX, alinhamo-nos à proposição da Sra. Diretora de Divisão (fl. 31) que, em síntese, reconhece que a apuração do imposto de renda se dará quando da realização do investimento, isto é, quando houver a alienação das ações adquiridas no processo de privatização de estatais.

Dessa forma, em consonância com esse entendimento, opinamos pelo conhecimento do presente recurso e, dando-lhe provimento parcial, seja alterada a redação da alínea "a" do subitem 8.1 da Decisão nº 771/96 - Plenário, conforme proposta de fls. 31, acolhida pelo Titular da Unidade Técnica.

DECISÃO Nº 494/98 - TCU – PLENÁRIO[1]

1.Processo TC 013.992/92-9

2.Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame

3.Interessado: Everardo de Almeida Maciel, Secretário da Receita Federal

4.Órgão: Secretaria da Receita Federal

5.Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto

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

7.Unidade Técnica: 10ª SECEX

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

8.1. conhecer do presente Pedido de Reexame, para, no mérito dar-lhe provimento parcial;

8.2. modificar os itens "a" e "b" da Decisão n° 771/96 – Plenário para que, reunidos, passem a constar com a seguinte redação:

8.2.1. adote providências com vistas a acompanhar a arrecadação do imposto sobre a renda incidente sobre os ganhos de capital apurados no momento da negociação das ações ou quotas de estatais adquiridas em leilões de privatização, a partir do advento da Instrução Normativa n° 92, de 22.10.91, do então Departamento da Receita Federal, por pessoas físicas e jurídicas que tenham utilizado títulos públicos ou outros créditos contra a União, na aquisição das ações e quotas acima referidas, bem como sobre os juros incidentes sobre os mesmos títulos;

8.3. manter os demais termos da Decisão;

8.4. encaminhar cópia da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentaram ao Sr. Procurador-Geral da República, em complementação aos elementos anteriormente enviados a título de subsídio a instrução do Processo Administrativo n° 08100.000484/92-44, então em curso na Procuradoria da República no Distrito Federal, ao Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, bem como ao Secretário da Receita Federal.

Publicada no DOU de 20/08/98.

8.5. dar ciência desta Decisão ao interessado;

9. Ata nº 31/98-Plenário.

10. Data da Sessão: 05/08/1998-Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Adhemar Paladini Ghisi (na Presidência), Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto (Relator), Bento José Bugarin e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

11.2. Ministro que se declarou impedido: Benjamin Zymler

ADHEMAR PALADINI GHISI na Presidência	HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO Ministro-Relator

PETROBRAS – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO
Representação

Ministro-Relator Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça

Grupo I – Classe VII – Plenário

TC-003.006/97-2

Ementa: Representação sobre possíveis irregularidades na Tomada de Preços nº 110.1061.96-6/GOTS, formulada pela empresa Assis & Melo Prestação de Serviços Ltda. Conhecer da Representação para considerá-la procedente. Dar ciência à interessada. Determinações. Juntada do presente processo às respectivas contas da Petrobrás. Aplicação de multa aos Srs. Richard Olm, Ricardo Pompeu do Amaral, Deonélia Pinheiro dos Santos Homem, Geovanete Santa Rita Santana, Edemilson de A. Lopes, Gilson Luiz S. Santos e Oswaldo Dias dos Santos Filho. Acolher as razões de justificativas apresentadas pelo Sr. Joel Mendes Rennó.

RELATÓRIO

1 - Natureza: Representação
2 - Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás
3 - Interessado: Assis & Melo Prestação de Serviços Ltda.
4 - Relatório: Representação formulada pela Assis & Melo Prestação de Serviços Ltda., nos termos da Lei nº 8.666/93, contra possíveis irregularidades cometidas pela Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A, no processo de licitação - Tomada de Preços nº 110.1061.96-6/GOTS, para contratação de serviços de limpeza e conservação de áreas internas e externas.
5 – Pareceres:
5.1 – Da Unidade Técnica:
5.1.1 – Da Instrução:

"Em atendimento aos ofícios n.ºs 350/97 a 357/97 - 9ª Secex, de 22.07.97, somaram-se ao processo os documentos de fls. 66 a 79, nos quais os responsáveis chamados aos autos apresentam as contra-razões a seguir.

Preliminarmente, o Presidente Joel Mendes Rennó submete a esta Corte duas questões que considera importantes. A primeira delas prende-se ao fato de a matéria em discussão estar sendo apreciada, paralelamente, pelo Poder

Judiciário, sem uma decisão, até o momento, capaz de pôr fim ao assunto naquela instância.

A segunda questão diz respeito ao fato de a decisão sob questionamento não ter sido apreciada pela Presidência ou pela Diretoria Executiva, uma vez que se encontrava dentro do limite de competência dos Gerentes Regionais, no que se refere a decisões em processos de licitação e contrato.

Quanto ao mérito, a Comissão de Licitação e os Gerentes envolvidos no processo trazem, sinteticamente as seguintes alegações:

a) todos os argumentos apresentados pela Assis & Melo, em seu recurso, foram analisados e julgados improcedentes pela Comissão, uma vez que diziam respeito à finalidade do serviço realizado e validade do contrato a que se referia o atestado, e autenticidade da CTPS, sem, no entanto, em momento algum, fazer menção à CAT do CREA/BA, inclusive sobre o seu cancelamento;

b) a Comissão, ao tomar conhecimento de que o Processo Administrativo n.º 3276/96 fora reaberto, entendeu por bem não tomar qualquer atitude, e sim manter um acompanhamento do processo junto ao CREA/BA;

c) o ofício SUREC n.º 1610/96, de 16.12.96, somente foi recebido após a fase de habilitação e já com as propostas comerciais abertas;

d) a Comissão não procedeu à inabilitação da ARPIN por fato superveniente, conforme prevê o § 5º, do art. 43, do Estatuto das Licitações, porque preferiu lançar mão da faculdade prevista no § 3º, do mesmo artigo, que diz respeito à realização de diligências para esclarecer dúvidas no processo e concluiu que os argumentos do CREA/BA para o cancelamento da CAT eram improcedentes;

e) a liminar concedida no Mandado de Segurança foi suspensa por decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, no agravo do instrumento interposto pela ARPIN.

Finalizam, afirmando:

a) A ARPIN atendeu a todos os dispositivos constantes do Edital, inclusive os itens 3.1.1 e 3.1.1.1;

b) "após o diligenciamento efetuado pela Comissão ficou comprovada a idoneidade dos documentos apresentados pela ARPIN, na fase de habilitação, ao contrário dos indícios de irregularidade citados pelos técnicos do TCU";

c) a assinatura do contrato atendeu ao princípio da economicidade, uma vez que evitou um desembolso maior da Petrobrás da ordem de R$ 15.000,00, diferença entre a 1ª e a 2ª colocadas;

d) o Setor Jurídico da Petrobrás na Bahia emitiu parecer favorável à contratação;

e) a empresa ARPIN é cadastrada na Petrobrás desde julho/1987, sendo detentora de 04 contratos na Bahia, nos quais foram emitidos 12 Boletins de Avaliação de Desempenho, 10 com conceito BOM e 02 REGULAR;

f) não existia qualquer restrição junto ao CADIN com relação à ARPIN; e

g) quanto à preliminar suscitada pelo Sr. Joel Mendes Rennó, com relação à existência, concomitante, de ação no âmbito do Poder Judiciário envolvendo a matéria objeto de questionamento nestes autos, não vejo impedimento de o Tribunal examinar a questão.

5. A atribuição conferida aos Tribunais de Contas competentes, no caso de recursos Federais o Tribunal de Contas da União, para examinar a existência de irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93, está claramente definida no artigo 113, da referida Lei, tornando-se inequívoca a atuação desta Corte na lide. Na hipótese de ser verificada alguma irregularidade, o Tribunal deverá adotar o procedimento descrito no artigo 71, IX, da CF, e outros, dentro de sua jurisdição, que entender convenientes para responsabilização dos agentes envolvidos.

6. Ademais, o Tribunal tem, reiteradamente, reafirmado o princípio da independência das instâncias administrativa, civil e penal para efeito de condutas antijurídicas perpetradas por agentes públicos.

7. Com relação à segunda parte da preliminar, considero aceitável a justificativa do Presidente da Empresa para eximir-se de responsabilidade na questão, tendo em vista a sua não participação ou influência no procedimento contestado, que encontrava-se dentro do limite de competência dos Gerentes Regionais.

Já no que se refere ao mérito das impropriedades analisadas, considero descabidas as alegações apresentadas pela Comissão de Licitação e pelos Gerentes envolvidos no processo, primeiramente, porque ao contrário do afirmam às fls.70 a Assis & Melo Ltda. apresentou, em 18.11.96, recurso contra a habilitação da licitante ARPIN, na qual levantava suspeita quanto à validade do CAT/CREA apresentado, sendo este documento encaminhado ao TCU pela própria Petrobrás (vide fls. 191 a 192, do Volume I), sendo, portanto, falsa a afirmação de que a representante não mencionou o referido Certificado.

Quanto ao fato de o ofício SUREC n.º 1610/96, de 16.12.96, somente ter sido recebido após a fase de habilitação em nada impedia que a Comissão procedesse à inabilitação da ARPIN com base no § 5º, do art. 43, da Lei n.º 8.666/93.

Igualmente não merece acolhida a justificativa apresentada pela Comissão de que preferiu realizar diligência para esclarecer dúvidas no processo e ao final decidiu que o CREA/BA havia cancelado injustificadamente a CAT da concorrente ARPIN, afinal, a faculdade prevista no § 3º, do artigo 43, da citada Lei permite que se esclareça dúvidas ou complemente a instrução do processo, mas, em momento algum, confere à Comissão a possibilidade de decidir matérias da competência de outros órgãos ou esferas.

Assim, competia à Comissão, única e exclusivamente, acatar a decisão do CREA e não, ilegitimamente, opinar acerca do acerto ou não das medidas adotadas por aquele Órgão.

Também não há como se dizer que a licitante atendeu a todos os dispositivos constantes do Instrumento Convocatório, como alegam os defendentes às fls. 73, visto que o item 3.1.1 do Edital exigia a apresentação do atestado registrado no CREA para fins de habilitação e este foi cancelado.

Quanto à existência de indícios de irregularidades na documentação citada na instrução de fls. 40 e contestada pelos recorrentes, ressalto que esta afirmação não foi infundada ou levianamente formulada, mas sim, baseada na observação das peças processuais (vide fls. 219 e 221 - Vol. 1).

Nem mesmo a economicidade alegada pelos defendentes e consubstanciada na diferença entre a 1ª e 2ª colocada (R$ 15.000,00) é capaz de tornar regular a ilegalidade perpetrada nos autos. Tampouco o fato de o parecer do Setor Jurídico ter sido favorável pode amenizar a irregularidade, porquanto, de nada adiantaria ser ele contrário, uma vez que já havia sido adjudicado o resultado do certame.

Da mesma forma, nem o conceito que a Petrobrás tinha da ARPIN nem o fato de inexistirem restrições com relação à Empresa junto ao seu Cadastro tem o condão de justificar o descumprimento do Edital.

Por último, no que tange à suspensão da liminar, ressalto que esta questão já foi enfrentada nos itens 7 e 8 desta instrução, quando tratei da preliminar levantada pelo Dirigente da Empresa.

Por todo o exposto, proponho:

a) acatar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Joel Mendes Rennó, uma vez que o procedimento sob questionamento não foi apreciado pela Presidência ou pela Diretoria Executiva, por encontrar-se dentro do limite de competência dos Gerentes Regionais;

b) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Richard Olm, Ricardo Pompeu do Amaral, Deonélia Pinheiro dos Santos Homem, Geovanete Santa Rita Santana, Edemilson de A. Lopes, Gilson Luiz S. Santos e Osvaldo Dias dos Santos Filho, aplicando-se-lhes a multa prevista no

art. 58, II, da Lei n.º 8.443/92, pelo descumprimento dos itens 3.1.1 c/c 6.1 do Edital de Tomada de Preços n.º 110.1061.96-6/GOTS e artigo 41 c/c o § 5º do art. 43, da Lei n.º 8.666/93;

c) determinar ao Presidente da Petróleo Brasileiro S/A que, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e com o que dispõe o art. 45 da Lei n.º 8.443/92, c/c o art. 195 do RI/TCU:

c.1) adote as medidas cabíveis, com vistas ao exato cumprimento do disposto no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, promovendo, com base no art. 49, da Lei n.º 8.666/93, a anulação do processo licitatório, consubstanciado na tomada de preços n.º 110.1061.96-6/GOTS, considerando que se encontra em desacordo com os itens 3.1.1 e 6.1 do Instrumento Convocatório e com o artigo 41 e § 5º, do art. 43, da Lei n.º 8.666/93;

c.2) envie a esta Corte, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da comunicação, cópia das providências cabíveis; e

c.3) observe, em futuras licitações, a Lei n.º 8.666/93 e suas alterações, em sua totalidade;

d) juntar o presente processo às contas do exercício de 1997, da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás, para exame em conjunto e em confronto."

5.1.2 – Da Diretora

"Cuidam os autos de Representação formulada pela empresa Assis & Melo Prestação de Serviços Ltda., contra o Edital de Tomada de Preços nº 110.1061-96-6, publicado pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, Exploração e Produção da Bahia – E & P-BA, para contratação de serviços de limpeza e conservação de áreas internas e externas.

2. Após o chamamento ao processo dos membros da Comissão de Licitação, dos Gerentes de Logística e Geral, e do Presidente da Petrobrás, de acordo com as audiências de fls. 46 a 53, os primeiros apresentaram suas justificativas aos fatos em defesa conjunta, conforme doc. de fls. 70 a 73, e o Presidente a Companhia, às fls. 66 a 69.

3. Todos os argumentos apresentados pelos responsáveis perante este E. Tribunal, por força do disposto no art. 5º, inciso I, da Lei nº 8.443/92, foram contestados pela Analista responsável pela instrução do presente processo.

4. Com relação ao argumento do Presidente da Petrobrás, Sr. Joel Mendes Rennó, de que o assunto não foi submetido à sua apreciação nem da Diretoria Executiva, por estar o mesmo dentro do limite de competência dos Gerentes Regionais, no que tange a Licitações e Contratos, temos como satisfatória a sua defesa, de acordo com a instrução (item 9, fl. 81).

5. A questão central da Representação formulada pela Assis & Melo Ltda., diz respeito à aceitação, por parte da Comissão de Licitação da E & P-BA, e homologada pelos Gerentes de Logística e Geral, de documento apresentado pela empresa vencedora do certame, inidôneo, situação da qual tiveram conhecimento em 16.12.96, antes mesmo da assinatura do contrato, que se deu em 31.01.97 (vide fl. 255 do Volume I).

6. Assim, a comunicação do órgão competente, CREA/BA, de que a CAT – Certidão de Acervo Técnico, emitida em nome do engenheiro José Virgílio de Oliveira Gomes, fora cancelada, deveria ter sido considerada pelos responsáveis pela condução do processo licitatório da E & P-BA, uma vez que é documento importante sim, na medida em que o Edital previa, em seu item 3.1.1..Comprovação, pela empresa, que possui em seu quadro permanente, na data da licitação, Engenheiro Agrônomo ou Técnico Agrícola, devidamente registrado nesse mesmo órgão, demonstrando que o profissional foi o responsável técnico pela execução de serviços de conservação de áreas verdes e ajardinadas."

7. Data vênia, extrapolou e exorbitou de suas competências e atribuições a Comissão de Licitação e os Gerentes da E & P-BA, ao não darem ao assunto a importância e relevância necessária, inabilitando a ARPIN, por apresentar documento em desacordo com o item 6.1 do Edital.

8. Ademais, o valor do contrato, no montante de R$ 325.810,00 (vide fl. 251 do volume 1), é bastante expressivo para que os membros da Comissão de Licitação desconsiderassem um atestado que demonstrasse a competência e experiência profissional do responsável técnico pela execução do serviço a ser contratado. É para isso que serve o Edital: para prever e antever situações prejudiciais ao interesse público.

Isto posto, no mérito, manifestamo-nos de acordo com todas as propostas contidas na conclusão dos autos, ante os fundamentos legais citados, acrescentando, apenas, sugestão no sentido de que seja dado conhecimento ao Representante da decisão que vier a ser adotada no presente processo."

5.1.3 – Do Secretário

"Aos argumentos apresentados na instrução de fls. 80 a 83, acrescento que as alegações de defesa trazidas aos autos não foram capazes de caracterizar o atendimento da exigência contida no item 3.1.1 do Edital. Ficou comprovado, ao contrário, que a empresa Arpin não possuía em seus quadros, na data da licitação, profissional detentor de atestado registrado no CREA que comprovasse sua condição de responsável pela execução de serviços de conservação de áreas verdes e ajardinadas, configurando-se o descumprimento do Edital e, conseqüentemente, a ilegalidade do procedimento licitatório conduzido pela Petrobrás.

Tem prevalecido no Tribunal o entendimento de considerar responsáveis os membros de Comissão de Licitação, aplicando-lhes, quando cabível, multas e outras penalidades. Exemplo desse posicionamento é o recente Acórdão n° 228/97-TCU-Plenário, de 29/09/97, bem como o Acórdão n° 90/95-TCU-Plenário, de 30/11/95.

Dessa forma, manifesto-me, no essencial, de acordo com as proposições de fls. 82 e 83, nos seguintes termos:

a) acatar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Joel Mendes Rennó, Presidente da Petrobrás, uma vez que o procedimento sob questionamento não foi apreciado pela Presidência nem pela Diretoria Executiva, por encontrar-se dentro do limite de competência dos Gerentes Regionais;

b) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Richard Olm, Ricardo Pompeu do Amaral, Deonélia Pinheiro dos Santos Homem, Geovanete Santa Rita Santana, Edemilson de A. Lopes, Gilson Luiz S. Santos e Osvaldo Dias dos Santos Filho, aplicando-lhes a multa prevista no art. 58, II, da Lei n° 8.443/92, pelo descumprimento dos itens 3.1.1 e 6.1 do Edital de Tomada de Preços n° 110.1061.96-6/GOTS e do art. 41 c/c o § 5° do art. 43 da Lei n° 8.666/93;

c) determinar à Petróleo Brasileiro S.A.:

c.1) com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei n° 8.443/92 e com o art. 195 do Regimento Interno do TCU que, no prazo de 15 (quinze) dias, ante o que dispõe o art. 49 da Lei nº 8.666/93, promova a anulação da Tomada de Preços n° 110.1061.96-6/GOTS e, conseqüentemente, do contrato n° 110.2.008.97-2/GOTS, celebrado com a empresa Arpin - Projetos e Construções Ltda., por infringência aos itens 3.1.1 e 6.1 do respectivo Edital, contrariando o art. 41 e o § 5° do art. 43 da Lei n° 8.666/93, admitindo-se sua vigência, em caráter excepcional, pelo tempo necessário à realização de novo certame licitatório;

c.2) que envie a esta Corte, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, cópia das providências adotadas para o cumprimento da medida acima;

c.3) que observe com rigor, nas futuras licitações, a Lei n° 8.666/93 e suas alterações;

d) encaminhar cópia da decisão que vier a ser proferida à empresa Assis & Melo Ltda., autora da representação;

e) determinar a juntada do presente processo às contas da Petróleo Brasileiro S.A., exercício de 1997, para exame em conjunto e em confronto.

Encaminhem-se os autos ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro Relator, Marcos Vinicios Vilaça."

5.2 – Do Ministério Público:

"Trata-se de Representação formulada com fulcro no artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pela empresa Assis & Melo Prestação de Serviços Ltda. contra a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, em razão de possíveis irregularidades ocorridas no processo licitatório, que propiciou a contratação da Arpin Projetos e Construções Ltda.

Somos distinguidos com a solicitação de audiência do eminente Ministro-Relator Marcos Vinicios Vilaça, mediante o V. Despacho exarado às fls. 89.

Após a análise das justificativas apresentadas pelo Presidente da Petrobrás, pelos Gerentes Regionais da Exploração e Produção da Bahia – E & P/BA e pelos membros da Comissão de Licitação, com relação à adjudicação do objeto da licitação e posterior contratação da empresa Arpin Projetos e Construções Ltda., sem a observância do subitem 3.1.1 do Instrumento Convocatório e em desacordo com o artigo 41 c/c o artigo 43 da Lei nº 8.666/93, a 9ª SECEX propõe, em síntese:

a) acatar as razões de justificava apresentadas pelo Sr. Joel Mendes Rennó;

b) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Gerentes Regionais e membros da Comissão de Licitação, aplicando-se-lhes a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92;

c) determinar, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 45 da Lei nº 8.443/92 e o artigo 195 do Regimento Interno deste Tribunal, que o Presidente da Petróleo Brasileiro S/A promova a anulação da Tomada de Preços nº 110.1061.96-6/GOTS e, conseqüentemente, do contrato nº 110.2.008.97-2/GOTS, celebrado com a empresa Arpin Projetos e Construções Ltda., em desacordo com os itens 3.1.1 e 6.1 do respectivo Edital, contrariando o artigo 41 e o § 5º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, admitindo-se sua vigência, em caráter excepcional, pelos tempo necessário à realização de novo certame licitatório;

d) enviar, a esta Corte, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, comprovação das providências adotadas para o cumprimento dessa medida;

e) a observância com rigor, por parte da Petrobrás, nas futuras licitações, da Lei nº 8.666/93 e suas alterações;

f) encaminhar cópia da decisão que vier a ser proferida à empresa Assis & Melo Ltda., autora da representação; e

g) determinar a juntada do presente processo às contas da Petróleo Brasileiro S/A, exercício de 1997, para exame em conjunto e em confronto (fls. 82 a 87).

Conforme evidenciado nos minudentes pareceres da 9ª SECEX, pesam contra os membros da Comissão de Licitação e Gerentes Regionais da Exploração e Produção da Bahia o não-atendimento da exigência prevista no subitem 3.1.1 do ato convocatório e a inobservância dos artigos 41 e 43, § 5º, ambos da Lei nº 8.666/93, além do subitem 6.1 do edital.

Conquanto não se possa falar na existência de prejuízo ao Erário, tal ocorrência pode ser tipificada como ato praticado com grave infração à norma legal, tornando seus autores passíveis da penalidade prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.443/96.

Dessarte, posicionamo-nos de acordo com as propostas de mérito e determinações sugeridas nos pareceres da Unidade Técnica, com destaque para a fixação de prazo para declaração de nulidade da Tomada de Preços nº 110.1061.96-6/GOTS e do Contrato nº 110.2.008.97-2/GOTS.

Vislumbramos, contudo, certa desarmonia entre a propostas de se tornarem nulos a Tomada de Preços e o respectivo Contrato e a sugestão de se admitir a vigência deste pelo tempo necessário à realização de novo certame licitatório.

Tal posicionamento encontra amparo na lição contida na obra do emérito administrativista Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo brasileiro. 20ª ed. P. 217), segundo a qual *"o contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes".*

Assim, não há como se reconhecer a permanência da vigência de um contrato declarado nulo. O que se pode admitir, em prol da continuidade do serviço público e de modo a evitar prejuízos para a Petrobrás, é somente a manutenção da prestação dos serviços até o término do período estritamente necessário para se efetuar o processo licitatório visando à celebração de novo contrato. Nesse caso, o pagamento pelos trabalhos realizados é efetivado *"não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas, sim, no dever moral e legal (Lei nº 8.666/93, art. 59, parágrafo único) de indenizar o benefício auferido pelo Estado"* (Meirelles, Hely Lopes, Ob. Cit. P. 217).

Ante o exposto, com as vênias de estilo, sugerimos a seguinte redação para a proposta constante da letra "c" supra:

"c) determinar, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 45 da Lei nº 8.443/92 e o artigo 195 do Regimento Interno deste Tribunal, que o Presidente da Petróleo Brasileiro S/A promova a declaração da nulidade da Tomada de Preços nº 110.1061.96-6/

GOTS e, conseqüentemente, do Contrato nº 110.2.008.97-2/GOTS, celebrado com a empresa Arpin Projetos e Construções Ltda., em desacordo com os subitens 3.1.1 e 6.1 do respectivo Edital e em contrariedade ao artigo 41 e ao § 5º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, admitindo-se, em caráter excepcional, a continuidade da prestação dos serviços pelo tempo estritamente necessário à realização de novo certame licitatório".

Por fim, considerando os fortes indícios de ocorrência da conduta tipificada no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, propomos, nos termos do artigo 102 da referida lei, a remessa das peças e documentos pertinentes ao Ministério Público do Estado da Bahia (Súmula nº 42 do Superior Tribunal de Justiça) para adoção das providências cabíveis."

É o relatório.

VOTO

Examina-se representação formulada pela empresa Assis & Melo Prestação de Serviços Ltda., contra a Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás, em razão de irregularidades ocorridas no processo licitatório (Tomada de Preços nº 110.1061.96-6/GOTS), relacionadas à adjudicação do objeto da licitação e posterior contratação da empresa Arpin Projetos e Construções Ltda., sem a observância do subitem 3.1.1 do Instrumento Convocatório e em desacordo com o artigo 41 c/c o artigo 43 da Lei nº 8.666/93.

Foi apurado que houve aceitação, por parte da Comissão de Licitação e homologada pelos Gerentes de Logística e Geral, de documento apresentado pela empresa vencedora do certame, inidôneo, situação da qual tiveram conhecimento antes da assinatura do contrato.

Dessa forma, acolho os pareceres e Voto por que este Tribunal adote o Acórdão que ora submeto ao Plenário.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Procurador-Geral em exercício Jatir Batista da Cunha

Trata-se de Representação formulada com fulcro no artigo 113, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, pela empresa Assis & Melo Prestação de Serviços Ltda. contra a Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, em razão de possíveis irregularidades ocorridas no processo licitatório, que propiciaram a contratação da Arpin Projetos e Construções Ltda.

Somos distinguidos com a solicitação de audiência do eminente Ministro-Relator MARCOS VINICIOS VILAÇA, mediante o V. Despacho exarado às fls. 89.

Após a análise das justificativas apresentadas pelo Presidente da Petrobrás, pelos Gerentes Regionais da Exploração e Produção da Bahia - E & P/BA e pelos

membros da Comissão de Licitação, com relação à adjudicação do objeto da licitação e posterior contratação da empresa Arpin Projetos e Construções Ltda., sem a observância do subitem 3.1.1 do Instrumento Convocatório e em desacordo com o artigo 41 c/c o artigo 43 da Lei n.º 8.666/93, a 9ª SECEX propõe, em síntese:

a) acatar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Joel Mendes Rennó;

b) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Gerentes Regionais e membros da Comissão de Licitação, aplicando-se-lhes a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei n.º 8.443/92;

c) determinar, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 45 da Lei n.º 8.443/92 e o artigo 195 do Regimento Interno deste Tribunal, que o Presidente da Petróleo Brasileiro S.A. promova a anulação da Tomada de Preços n.º 110.1061.96-6/GOTS e, conseqüentemente, do contrato n.º 110.2.008.97-2/GOTS, celebrado com a empresa Arpin Projetos e Construções Ltda., em desacordo com os itens 3.1.1 e 6.1 do respectivo Edital, contrariando o artigo 41 e o § 5º do artigo 43 da Lei n.º 8.666/93, admitindo-se sua vigência, em caráter excepcional, pelo tempo necessário à realização de novo certame licitatório;

d) enviar, a esta Corte, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, comprovação das providências adotadas para o cumprimento dessa medida;

e) a observância com rigor, por parte da Petrobrás, nas futuras licitações, da Lei n.º 8.666/93 e suas alterações;

f) encaminhar cópia da decisão que vier a ser proferida à empresa Assis & Melo Ltda., autora da representação; e

g) determinar a juntada do presente processo às contas da Petróleo Brasileiro S.A., exercício de 1997, para exame em conjunto e em confronto (fls. 82 a 87).

Conforme evidenciado nos minudentes pareceres da 9ª SECEX, pesam contra os membros da Comissão de Licitação e Gerentes Regionais da Exploração e Produção da Bahia o não-atendimento da exigência prevista no subitem 3.1.1 do ato convocatório e a inobservância dos artigos 41 e 43, § 5º, ambos da Lei n.º 8.666/93, além do subitem 6.1 do edital.

Conquanto não se possa falar na existência de prejuízo ao Erário, tal ocorrência pode ser tipificada como ato praticado com grave infração à norma legal, tornando seus autores passíveis da penalidade prevista no artigo 58, inciso II, da Lei n.º 8.443/92.

Dessarte, posicionamo-nos de acordo com as propostas de mérito e determinações sugeridas nos pareceres da Unidade Técnica, com destaque para a fixação de prazo para declaração de nulidade da Tomada de Preços n.º 110.1061.96-6/GOTS e do Contrato n.º 110.2.008.97-2/GOTS.

Vislumbramos, contudo, certa desarmonia entre a proposta de se tornarem nulos a Tomada de Preços e o respectivo Contrato e a sugestão de se admitir a vigência deste pelo tempo necessário à realização de novo certame licitatório.

Tal posicionamento encontra amparo na lição contida na obra do emérito administrativista Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo brasileiro. 20ª ed. p. 217), segundo a qual *"o contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações*

entre as partes, porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes".

Assim, não há como se reconhecer a permanência da vigência de um contrato declarado nulo. O que se pode admitir, em prol da continuidade do serviço público e de modo a evitar prejuízos para a PETROBRÁS, é somente a manutenção da prestação dos serviços até o término do período estritamente necessário para se efetuar o processo licitatório visando à celebração de novo contrato. Nesse caso, o pagamento pelos trabalhos realizados é efetivado *"não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas, sim, no dever moral e legal (Lei n.º 8.666/93, art. 59, parágrafo único) de indenizar o benefício auferido pelo Estado"* (MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 217).

Ante o exposto, com as vênias de estilo, sugerimos a seguinte redação para a proposta constante da letra "c" supra:

> "c) determinar, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 45 da Lei n.º 8.443/92 e o artigo 195 do Regimento Interno deste Tribunal, que o Presidente da Petróleo Brasileiro S.A. promova a declaração da nulidade da Tomada de Preços n.º 110.1061.96-6/GOTS e, conseqüentemente, do Contrato n.º 110.2.008.97-2/GOTS, celebrado com a empresa Arpin Projetos e Construções Ltda., em desacordo com os subitens 3.1.1. e 6.1 do respectivo Edital e em contrariedade ao artigo 41 e ao § 5º do artigo 43 da Lei n.º 8.666/93, admitindo-se, em caráter excepcional, a continuidade da prestação dos serviços pelo tempo estritamente necessário à realização de novo certame licitatório".

Por fim, considerando os fortes indícios de ocorrência da conduta tipificada no artigo 90 da Lei n.º 8.443/92, propomos, nos termos do artigo 102 da referida lei, a remessa das peças e documentos pertinentes ao Ministério Público do Estado da Bahia (Súmula n.º 42 do Superior Tribunal de Justiça) para adoção das providências cabíveis.

ACÓRDÃO Nº 109/98-TCU – PLENÁRIO[1]

1. Processo nº TC-003.006/97-2
2. Classe de Assunto: (VII) – Representação
3. Interessado: Assis & Melo Prestação de Serviços Ltda.
4. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás
5. Relator: Ministro Marcos Vinicios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha
7. Unidade Técnica: 9ª SECEX
8. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada, com fundamento no artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pela empresa Assis & Melo

1. Publicado no DOU de 20/08/98.

Prestação de Serviços Ltda., contra a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, em razão de possíveis irregularidades ocorridas no processo licitatório, que propiciou a contratação da Arpin Projetos e Construções Ltda.

Considerando que as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Richard Olm, Ricardo Pompeu do Amaral, Deonélia Pinheiro dos Santos Homem, Geovanete Santa Rita Santana, Edemilson de A. Lopes, Gilson Luiz S. Santos e Oswaldo Dias dos Santos Filho não foram suficientes para elidir as irregularidades apontadas, ou seja, pelo descumprimento dos itens 3.1.1 e 6.1 do Edital de Tomada de Preços nº 110.1061.96-6/GOTS e do artigo 41 c/c o § 5º do art. 43 da Lei nº 8.666/93;

Considerando que o procedimento sob questionamento não foi apreciado pela Presidência ou pela Diretoria Executiva da Petrobrás, por encontrar-se dentro do limite de competência dos Gerentes Regionais;

Considerando que os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público, quanto ao mérito da questão, são unânimes em rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Gerentes Regionais e pelos membros da Comissão de Licitação; e

Considerando que a inobservância de norma legal ou regulamentar sujeita o responsável à multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

8.1) conhecer da presente Representação, nos termos do art. 37, inciso III e § 1º, da Resolução TCU-nº 77/96, para, no mérito, considerá-la procedente;

8.2) acolher as razões de justificava apresentadas pelo Sr. Joel Mendes Rennó;

8.3) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Richard Olm, Ricardo Pompeu do Amaral, Deonélia Pinheiro dos Santos Homem, Geovanete Santa Rita Santana, Edemilson de A. Lopes, Gilson Luiz S. Santos e Oswaldo Dias dos Santos Filho, e aplicar-lhes individualmente a multa prevista no art. 58, inciso II, c/c o art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que efetuem e comprovem perante o Tribunal (art. 165, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional;

8.4) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

8.5) determinar ao Presidente da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS que:

8.5.1) com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o artigo 45 da Lei nº 8.443/92 e o artigo 195 do Regimento Interno deste Tribunal, promova a declaração da nulidade da Tomada de Preços nº 110.1061.96-6/GOTS e, conseqüentemente, do Contrato nº 110.2.008.97-2/GOTS, celebrado com a empresa Arpin Projetos e Construções Ltda., em desacordo com os subitens 3.1.1 e 6.1 do respectivo Edital e em contrariedade ao artigo 41 e ao § 5º do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, admitindo-se, em caráter excepcional, a continuidade da prestação dos serviços pelo tempo estritamente necessário à realização de novo certame licitatório;

8.5.2) envie, a este Tribunal, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, comprovação das providências adotadas para o cumprimento da medida contido no item anterior;

8.5.3) observe com rigor, nas futuras licitações, da Lei nº 8.666/93 e suas alterações;

8.6) encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam à empresa Assis & Melo Prestação de Serviço Ltda., autora da representação, bem como ao Ministério Público do Estado da Bahia (Súmula nº 42 do Superior Tribunal de Justiça) para adoção das providências cabíveis; e

8.7) determinar a juntada do presente processo às contas da Petróleo Brasileiro S/A, exercício de 1997, para exame em conjunto e em confronto.

9. Ata nº 31/98 – Plenário

10. Data da Sessão: 05/ 08/1998 – Ordinária

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Adhemar Paladini Ghisi (na Presidência), Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça (Relator), Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

Adhemar Paladini Ghisi
na Presidência

Marcos Vinicios Vilaça
Ministro-Relator

Fui presente:

Walton Alencar Rodrigues
Rep. do Ministério Público

BACEN – APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO A SERVIDORES
Prestação de Contas

Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi

Grupo II - Classe IV - Plenário

TC-017.526/91-4
Natureza: Prestação de Contas
Responsáveis: Wadico Waldir Bucchi e Ibrahin Eris (ex-Presidentes)
Entidade: Banco Central do Brasil

Ementa: Prestação de Contas relativa ao exercício de 1990. Audiência prévia promovida. Elisão das falhas apontadas. Considerações acerca do instituto do direito adquirido em relação ao direito público. Aplicabilidade do Regime Jurídico Único aos servidores do Banco Central em face do teor de decisão do STF. Regularidade com ressalvas e determinações.

RELATÓRIO

Cuida-se de Prestação de Contas do Banco Central do Brasil relativa ao exercício de 1990. As contas foram certificadas, pela CISET/MF, como regulares com ressalvas, em função das seguintes impropriedades:

a) pagamento de adicional de função comissionada a funcionários da Autarquia cedidos a outros órgãos;

b) cessão de servidores à ASBAC - Associação dos Servidores do Banco Central;

c) cessão de servidores com ônus para o Banco;

d) transferência extraordinária de recursos financeiros à CENTRUS, destinada à constituição de reservas para atender à complementação de aposentadorias e pensões;

e) transferência de recursos financeiros à CENTRUS, a título de contribuição patronal, extrapolando o limite fixado pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias;

f) divergência na contabilização de valores repassados pelo Banco Central à CENTRUS nas respectivas contabilidades;

g) excesso de remuneração de dirigentes;

h) extravio de material de consumo no DEMAP/DISUP e na DERJA;

i) extravio de bens móveis;

j) pendência de ressarcimento ao Banco Central pelas cessionárias dos dispêndios com pessoal cedido; e

l) dívida da Polônia: não conformidade das informações prestadas pelo BACEN com o exigido pela Decisão Plenária de 08.07.88 (TC-019.748/83-3); desconformidade, no que pertine à redução da dívida, entre as informações prestadas pelo Ministério das Relações Exteriores e as contidas na Resolução do Senado Federal nº 040, de 01.07.92.

3. Após a promoção das diligências consideradas necessárias, a 7ª SECEX entendeu elididas as questões tratadas nas alíneas "a", "b" e "c", ante as notícias da adoção de providências saneadoras. Quanto ao excesso de remuneração de dirigentes (alínea "g" supra), opinou pela "dispensa excepcional da reposição aos cofres públicos", ante a linha jurisprudencial adotada nos processos TC-025.407/91-0 e TC-016.522/91-5 que fixou o exercício de 1992 como marco para as reposições. Os demais quesitos, em seu entender, não foram convenientemente elididos, pelo que seriam passíveis de correção mediante a efetivação de determinações.

4. Dentre as questões consideradas como não elididas, a 7ª SECEX emprestou especial atenção àquela apontada na alínea "d", elaborando extenso trabalho que denominou de "Estudo sobre as transferências extraordinárias de recursos financeiros do Banco Central à CENTRUS, a título de complementação de aposentadorias e pensões, relativas a servidores egressos do Programa Geral de Previdência, que antecedeu a CENTRUS na administração de benefícios previdenciários".

5. Considerando a relevância do tema, transcrevo a seguir, para maior elucidação, excerto da Instrução da zelosa 7ª SECEX, que dá conhecimento dos aspectos históricos que envolvem a questão:

> "A concessão de benefícios previdenciários na Autarquia passou a ser devidamente disciplinada mediante o Regulamento do Programa Geral de Previdência, instituído por força do § 1º do artigo 52 da Lei nº 4.595, de 31.12.64, e homologado pelo CMN, em Sessão de 05.02.75.
>
> Sob a égide da Lei nº 6.435, de 15.07.77, e do seu regulamento, o Decreto nº 81.240, de 20.01.78, criou-se a FUNDAÇÃO BANCO CENTRAL DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - CENTRUS, que veio a assumir as funções do então Programa Geral de Previdência, que foi extinto.
>
> Em 1988, detectou-se que os proventos de aposentados e pensionistas do Banco não acompanharam a evolução dos salários do pessoal em atividade, em razão das vantagens concedidas a estes últimos após a concessão dos benefícios previdenciários aos primeiros. Tal defasagem gerou inúmeras manifestações de ex-servidores postulando fossem desenvolvidos estudos visando a corrigir a anomalia presente e a evitar o reaparecimento de distorções da espécie no futuro.
>
> Com vistas a promover o mencionado estudo, criou-se, por despacho do então Diretor de Administração, em 16.08.88, um Grupo de Trabalho

encarregado de produzir relatório contendo as soluções possíveis para o problema.

Com base no referido relatório, datado de 16.09.88, no Parecer DEJUR 540/88 e no Parecer, de 02.01.89, de lavra do Sr. Consultor da República Raymundo Nonato Botelho de Noronha, acolhido pelo Sr. Consultor-Geral da República J. Saulo Ramos a Diretoria do Banco aprovou, em sessão de 03.05.89, o Voto BCB nº 377/89.

O Voto BCB 377/89 autorizou a revisão dos proventos dos aposentados e pensionistas, promovendo a paridade dos mesmos com os vencimentos do pessoal da ativa, nas condições seguintes:

> 'VOTO BCB nº 377/89
>
> 7. Objetivando dar início aos trabalhos de revisão, proponho sejam observadas as seguintes condições no processo de revisão:
>
> a) a revisão será efetuada independentemente de requerimento dos interessados e da existência de ações em curso, ou julgadas...;
>
> b) a revisão será processada com base na situação funcional dos servidores nos doze meses anteriores à aposentadoria, tomando-se, porém, como base de cálculo, as tabelas atualmente vigentes e os atuais critérios para pagamento de abonos, adicionais e anuênios, devendo ser igualmente considerado o percentual de 12% resultante da promoção coletiva ocorrida em 01.03.87 para o pessoal da ativa...;
>
> c) a diferença entre o novo valor apurado e os dos proventos de aposentadoria (ou pensão) atualmente percebidos serão custeados pelo Banco que, à vista de disponibilidades orçamentárias, poderá transferir os encargos decorrentes para a CENTRUS, mediante constituição das reservas necessárias, conforme facultado pela Lei 6.435, de 15.07.77...;
>
> d) a revisão abrangerá todos os funcionários e pensionistas de funcionários admitidos até a data da constituição da CENTRUS (31.03.80), e vigorará a partir de 01.10.88, adotando-se os mesmos critérios para funcionários participantes do extinto PGP, inclusive que venham a se aposentar futuramente (na hipótese de instituição de novas vantagens pecuniárias para funcionários em atividade, transformações de planos de cargos e funções, bem assim em razão de alteração nos critérios de pagamento de abonos, adicionais, anuênios, etc.).'.
>
> .....

Com fulcro nessas disposições do Voto BCB 377/89, a Autarquia vem efetuando transferências extraordinárias à CENTRUS, visando a constituição de reservas

para a complementação de aposentadorias e pensões de servidores ex-contribuintes do Programa Geral de Previdência."

6. Ocorre que no entender da 7ª SECEX o Voto BCB 377/89 carece de base jurídica para sua sustentação, sendo nulo. Argumenta, em síntese, que o fundamento utilizado pelo Banco para sustentar o Voto BCB 377/89 ("o direito adquirido de natureza trabalhista dos empregados da Autarquia, admitidos até a data de constituição da CENTRUS, a haver do Banco a complementação de aposentadorias e pensões, segundo as normas constantes no Regulamento do Programa Geral de Previdência") é improcedente. Arrima sua tese em Parecer exarado pelo Ministério Público nos autos do TC-019.312/93-8, no sentido de que "a partir da caracterização do vínculo jurídico de natureza ontologicamente pública existente entre o Banco Central e seus servidores, conclui pela inexistência de direitos adquiridos de natureza trabalhista aos servidores da Autarquia, pois que sobreleva, *in casu*, o princípio geral da supremacia do interesse público sobre o interesse privado".

7. Nessa linha, sustentou que "o princípio da supremacia do interesse público deve prevalecer sobre a garantia do direito adquirido...".

8. Por outro lado, atacou o Voto BCB 377/89 por entender que "o Estatuto dos Funcionários da Autarquia, longe de gerar direito subjetivo exercitável pelos servidores e oponível contra o BACEN, estabeleceu, tão-só, norma meramente declaratória, enunciadora de propósitos, sem lograr, contudo, aperfeiçoar qualquer obrigação para as partes".

9. Mais ainda, entendeu que o Programa Geral de Previdência não autorizava os reajustes concedidos, posto que os benefícios somente seriam reajustados quando houvesse "elevação geral dos salários pagos pelo Banco, referentes aos cargos efetivos".

10.Por fim, a 7ª SECEX entendeu que o comando constitucional constante do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, que prevê a concessão, aos inativos, dos benefícios concedidos aos servidores em atividade, não seria autoaplicável. Destacou que "a incidência deste comando constitucional está condicionada à existência de lei regulamentadora" e que "a Lei que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis, entre os quais se encontram os servidores do Banco Central do Brasil, é a de nº 8.112, de 11.12.90", que "exclui em seu artigo 251, a sua aplicabilidade aos servidores do Banco Central". Concluiu, assim, que "resta inconteste que, para os servidores do Banco Central do Brasil, o comando constitucional em tela, continua sem a necessária regulamentação, pressuposto básico de sua eficácia. Desse modo, conclui-se não haver possibilidade de o Banco Central invocar este dispositivo constitucional como fundamento para a revisão dos benefícios previdenciários em apreço".

11.Conclusivamente, propôs a 7ª SECEX, em pareceres uniformes:

"I - com fundamento (...) julgar as presentes contas regulares, com ressalvas, (...), dando-se quitação as responsáveis e dispensando-se, em caráter excepcional, a reposição dos excessos remuneratórios percebidos pelos ex-

dirigentes do Banco Central do Brasil, no exercício em apreço, em consonância com a Decisão proferida no julgamento das contas da TELEBRÁS, relativa ao exercício de 1990 (TC-016.522/91-5);

II - determinação ao Banco Central do Brasil para:

a) promover a conciliação contábil de todos os recursos financeiros repassados à CENTRUS, a título de contribuição patronal, contribuição pessoal e transferência com base no Voto BCB 377/89, desde o exercício de 1989 até a presente data, com vistas a resolver as divergências apontadas nos subitens (...), bem como comunicar à Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda os resultados alcançados;

b) anular o Voto BCB nº 377/89, por falta de amparo legal;

c) suspender os pagamentos decorrentes da revisão de benefícios previdenciários, autorizada pelo referido Voto BCB nº 377/89, bem como sustar as transferências extraordinárias de recursos financeiros à CENTRUS, para esta finalidade;

d) adotar providências, após a consolidação contábil de que trata a alínea 'a' supra, no sentido de reaver da CENTRUS todos os valores, corrigidos monetariamente, transferidos a esta entidade de previdência, com fulcro no Voto BCB nº 377/89, desde o exercício de 1989 até a presente data, descontadas as parcelas efetivamente pagas, pela CENTRUS, aos aposentados e pensionistas da Autarquia, em decorrência do mencionado Voto, considerando-se a boa fé dos beneficiários;

e) observar rigorosamente a legislação que rege a complementação de benefícios previdenciários, por meio de entidades fechadas de previdência privada (Lei 6.435, de 15.07.77, Lei 8.020, de 12.04.90 e o Decreto 81.240, de 20.01.78);

f) adotar providências no sentido de reaver os valores, devidamente corrigidos, repassados, a título de contribuição patronal, à CENTRUS, em excesso ao limite preestabelecido pelo inciso III do artigo 16 da Lei 7.800, de 10.07.89;

g) providenciar a regularização das pendências sobre reembolso de remuneração de servidores cedidos sem ônus pela Autarquia, acrescida dos respectivos encargos legais, no caso das cessões para órgãos ou entidades não abrangidas pelo § 1º do artigo 4º do Decreto-lei nº 2.355/87 e suas alterações;

h) observar as normas legais e infralegais, no que concerne às providências a serem adotadas nos casos de desaparecimento de bens móveis (art. 8º da Lei nº 8.443, de 16.07.92, art. 84 do Decreto-lei nº 200, de 25.02.67 e o item 10.1 da IN/DTN nº 08, de 21.12.90);

i) promover a instauração de tomada de contas especial dos responsáveis pela guarda dos bens desaparecidos no DEMAP/DISUP e na DERJA, respectivamente, nos valores de Cr$ 116.176,60 e Cr$ 462,26, nos termos dos dispositivos legais e infralegais mencionados na alínea 'h' supra;

III - determinação à Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda para informar nas próximas contas do Banco Central do Brasil as providências adotadas pela Autarquia, relativas aos comandos contidos nas alíneas 'a', 'b', 'c', 'd', 'f', 'g', 'h' e 'i' do item II supra;

IV - remessa à CISET/MF e à Secretaria da Previdência Complementar o inteiro teor do estudo de fls. (...), recomendando-se a esta última Secretaria que promova fiscalização na CENTRUS, nos termos preconizados na Lei 6.435/77, artigo 35, inciso II, alínea 'c' c/c o § 2º do mesmo artigo (atinente ao cumprimento das normas gerais de contabilidade, atuária e estatística), com vistas a verificar a possibilidade de redução das contribuições à Fundação, em especial a patronal, em virtude da magnitude do patrimônio da entidade, comparado às despesas anuais com a complementação de aposentadorias e pensões;

V - comunicação ao Sr. Ministro da Fazenda da Decisão que vier a ser adotada por esta Colenda Corte, no que pertine às transferências de recursos à CENTRUS com fulcro no Voto BCB 377/89, para fins da supervisão Ministerial de que trata o artigo 19 do Decreto-lei nº 200, de 25.02.67".

12.O Ministério Público concordou com as propostas apresentadas pela 7ª SECEX.

É o Relatório.

VOTO

Não restam dúvidas de que o tratamento a ser conferido aos servidores do Banco Central do Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, foi matéria cercada de polêmicas e bem abalizados estudos defendendo posições antagônicas, o que culminou com a proposição, por parte do Sr. Procurador-Geral da República, de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o art. 251 da Lei nº 8.112, de 11.12.90, que excluía os servidores do Banco Central do Brasil do Regime Jurídico Único e dos Planos de Carreira aludidos no artigo 39 da Lei Maior, enquanto não fosse editada a Lei Complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal.

2. Exatamente em função desta polêmica sobrestei, em meu Gabinete, os presentes autos, no aguardo do desfecho da mencionada ADIN, de nº 449-2, uma vez que um dos principais argumentos da 7ª SECEX, contrários à legalidade dos benefícios conferidos aos servidores inativos e pensionistas do BACEN era, exatamente, a impossibilidade, *in casu*, de ser invocado o § 4º do art. 40 da Constituição Federal.

3. Na realidade, tal sobrestamento demonstrou ser bastante apropriado, posto que o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, considerou procedente a mencionada ADIN, entendendo que "o art. 251 da Lei nº 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional". Mais ainda, entendeu pela aplicabilidade do Regime Jurídico Único aos servidores do BACEN.

4. Com isso, fica automaticamente aplicável aos servidores do BACEN a regra geral contida no art. 189, Parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, no sentido de que "são estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria", ficando, portanto, prejudicada a tese defendida pela zelosa 7ª SECEX.

II

5. Não obstante, apesar de não serem necessárias maiores considerações para que se veja, agora, reconhecido aquele direito, objeto da principal análise dos autos, ainda assim gostaria de tecer breves comentários acerca de alguns pontos levantados pelos pareceres com os quais não posso concordar.

6. O primeiro desses pontos diz respeito à questão do direito adquirido. Os pareceres argumentam que "o Estatuto dos Funcionários da Autarquia, longe de gerar direito subjetivo exercitável pelos servidores e oponível contra o BACEN, estabeleceu, tão-só, norma meramente declaratória, enunciadora de propósitos, sem lograr, contudo, aperfeiçoar qualquer obrigação para as partes". Ocorre que tal direito precede, em verdade, ao próprio Estatuto, uma vez que a Lei nº 4.595/64 estabeleceu, dentre outras, que:

a) o quadro de funcionários do BACEN seria constituído por concurso ou por requisição a bancos oficiais federais;

b) os direitos legalmente atribuídos aos funcionários e servidores seriam garantidos no Estatuto do BACEN, preservando-se todos os direitos e vantagens assegurados pelos órgãos de origem, no caso de requisições;

c) correriam por conta do Banco Central todas as despesas com a cobertura dos direitos trabalhistas e previdenciários, inclusive as aposentadorias, na forma que viesse a ser definida no Estatuto.

7. Desta forma, o Estatuto dos Funcionários apenas veio a disciplinar o exercício dos direitos já previstos na mencionada Lei nº 4.595/64. Observe-se que não poderia ser diferente, uma vez que, vale lembrar, diversos dos servidores do Banco Central que passaram a compor seu Quadro de Pessoal, à época de sua criação, eram egressos de outras instituições federais, como por exemplo o Banco do Brasil, ente tradicional na concessão de benefícios a seus servidores em atividade e aposentados, por intermédio de sua Caixa de Previdência (PREVI). Ora, como poderia o Governo pretender que tais servidores "abrissem mão" dos benefícios a que tinham

direito em seus órgãos de origem e optassem pelas carreiras do Banco Central se não lhes assegurasse igual tratamento na área previdenciária?

8. E o primeiro dos Estatutos do BACEN foi já bastante claro ao enunciar que "ao funcionário aposentado pelo IAPB será concedida complementação a ser fixada em regulamento baixado pela Diretoria" e ainda que "O Banco prestará assistência ao funcionário, à sua família e a seus dependentes econômicos" e que "as modalidades da assistência referida são as previstas na legislação em vigor, podendo o Banco incluir outras, de conformidade com regulamento a ser baixado pela Diretoria".

9. Também nesse sentido, em 1975 foi editada, pelo BACEN, portaria, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, instituindo o Programa Geral de Previdência (PGP), que possuía como objetivo principal "oferecer aos servidores do Banco Central do Brasil condições para obter os meios indispensáveis à preservação de seu padrão sócio-econômico, em caso de aposentadoria, e manutenção de seus dependentes, em caso de morte". O art. 37 do PGP previa que as complementações de aposentadoria seriam reajustadas sempre que houvesse elevação geral dos salários pagos pelo Banco, referentes aos cargos efetivos.

10.Ocorre que nos idos de 1988 o Banco Central, "em face da aceleração do processo inflacionário do País", procurou "minorar as perdas salariais de seus funcionários mediante a adoção de medidas diversas: transformação de quinqüênios em anuênios, concessão de vantagens em caráter pessoal e a instituição do adicional de dedicação integral". Tais medidas, entretanto, deixaram de ser pagas, ao tempo certo, aos aposentados, por não estarem explicitamente relacionadas ao reajustamento do vencimento-padrão.

11.No entanto, claro está que por serem medidas de caráter geral, concedidas a todos os servidores em atividade, configuraram real elevação de salários. O Banco Central, em verdade, utilizou-se de artifícios para conceder reajustes salariais. E em sendo reajustes salariais, ainda que "camuflados", deveriam ser estendidos aos servidores aposentados para que fosse mantida a paridade.

12.Nesse ponto, valemo-nos da doutrina e da jurisprudência para lembrar que os direitos e obrigações trabalhistas nascem predominantemente dos contratos de trabalho (nos termos de Orlando Gomes, *in* Curso de Direito do Trabalho, 11ª ed., pg. 209). Sob esta ótica, assinalo que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho já afirmou que "o regulamento da empresa é fonte normativa do direito do trabalho". Assim, integra o contrato individual de trabalho, suas cláusulas são obrigatórias como se houvessem sido aceitas pelo empregado, tem fundamento bilateral, é sujeito a todas as condições contratuais e não pode ser alterado unilateralmente.

13.Rememore-se, por oportuno, que o art. 468 da CLT já previa que "nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia". Nesse sentido, é a lição de Amauri Mascaro Nascimento, quando afirma que "a imodificabilidade das condições de trabalho, salvo as mais benéficas ao empregado, é a regra geral das alterações do contrato de trabalho. O empregador

não poderá modificar unilateralmente essas condições de trabalho. Só poderá fazê-lo com a concordância do empregado e desde que este nenhum prejuízo venha a sofrer".

14.Creio, assim, ser perfeitamente defensável a existência do direito adquirido que motivou a edição do Voto BCB 377/89, uma vez que resta claro que o Banco Central, que detinha a obrigação (de natureza contratual) de manter a paridade entre os salários dos aposentados e dos servidores em atividade, majorou os vencimentos dos servidores em atividade, gerando, com isso, a necessidade de reajustar também os vencimentos dos inativos e pensionistas.

III

15.Outro ponto com o qual gostaria de destacar minha divergência refere-se especificamente à tese defendida nos pareceres no sentido de que, na situação que se examina, deveria prevalecer "a supremacia do interesse público sobre a garantia do direito adquirido".

16.De início, cabe indagarmos qual seria o real interesse público: consistiria o interesse público na simples economia trazida aos cofres públicos, a qualquer preço, ou o interesse público residiria na manutenção da ordem jurídica mediante a aceitação das relações legitimamente estabelecidas? Vale lembrar que a segurança jurídica é uma das principais ferramentas em que se assentam os estados democráticos de direito.

17.Valemo-nos, novamente, da doutrina, para lançarmos luz sobre a questão. Ensina Celso Ribeiro Bastos:

> "Não há dúvida de que o problema do direito adquirido continua a ser um dos mais desafiantes da nossa época. Isso porque conflitam dois princípios de grande amplitude e que talvez sejam as vigas mestras do sistema jurídico. De um lado, o propósito de proporcionar segurança ao cidadão, respeitando tudo aquilo que adquiriu e patrimonializou em um tempo em que a própria lei vigente lhe facultava tal benefício. De outra parte, não se pode ignorar a força própria da lei para regular todas as situações que constituem seu objeto. A evolução social está a impor a constante mutação das leis.
>
> No campo do direito público, há que banir qualquer preconceito no sentido de que neste não ocorrem os direitos adquiridos. Não é verdade. O Estado não teria condições de, com justiça, relacionar-se com os particulares se não respeitasse aqueles direitos que a eles deferiu de forma permanente." (*in* Curso de Direito Constitucional, 13ªed., pg. 202).

18.E prossegue o mestre, na tentativa de demonstrar quais seriam os direitos que poderiam ser considerados como concedidos de forma permanente:

"A pergunta a fazer-se é a seguinte: teria sentido esta norma sem admitirmos o caráter de perdurabilidade do benefício por ela criado? Se a resposta for negativa, estaremos diante de um direito adquirido".

19.Parece-nos claro que nenhum sentido faria a edição de uma norma que assegurasse aos servidores em atividade a manutenção de seu padrão remuneratório após sua aposentadoria, se tal norma não fosse de caráter perene.

20.No mesmo sentido, ensina Reynaldo Porchat:

"O que convém ao aplicador de uma nova lei de ordem pública ou de direito público é verificar se, nas relações jurídicas, já existentes, há ou não direitos adquiridos. No caso afirmativo, a Lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público." (*in* Curso Elementar de Direito Romano, vol. I, 2ª ed., pgs. 338/339)

21.Também Mário da Silva Pereira assinala a aplicabilidade do direito adquirido na esfera do direito público:

"De início, cumpre assinalar que a idéia do direito adquirido, tal como consignada na Lei de Introdução, tem aplicação tanto no direito público, quanto no direito privado. Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública, ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não o pode ofender." (*in* Instituições de Direito Civil, vol. I, pg. 107)

22.Finalmente, trazemos à colação a jurisprudência predominante na Excelsa Corte, iniciando com as palavras do Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, com a tese vencedora apresentada quando da votação da ADIN nº 493:

"Sem embargo da tese sustentada por eminentes juristas, nos brilhantes pareceres proferidos a propósito da presente controvérsia, *o princípio inscrito no artigo 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, segundo o qual a 'lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada', compreende também as normas de direito público.*" (grifo nosso)

23.Prosseguimos com o magistério do Exmo. Sr. Ministro Paulo Brosard, no Voto condutor do Recurso Extraordinário RE159979/SP:

"O contrato concluído se constitui em ato jurídico perfeito e goza da garantia de não estar atreito a lei nova, tanto quanto a coisa julgada e o direito adquirido, eis que a eficácia da lei no tempo vem sendo assim regulada ha mais de meio século. *A garantia prevista no art. 5., XXXVI, da Constituição submete qualquer lei infraconstitucional, de direito publico ou privado.*" (grifo nosso)

24.Não há, portanto, que se falar da inexistência de direito adquirido nas relações mantidas entre os particulares e o poder público e de uma suposta supremacia do interesse público sobre o direito adquirido para negar-se a concessão de benefícios que decorram de atos jurídicos perfeitos.

Feitas estas breves considerações, ressaltando que a solução dada à ADIN nº 449-DF torna indiscutível o direito que têm os aposentados e pensionistas à paridade de sua remuneração com aquela percebida pelos servidores em atividade, divirjo, data vênia, dos pareceres e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

ACÓRDÃO Nº 118/98-TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo TC 017.526/91-4
2. Classe de Assunto: II - Prestação de Contas
3. Responsáveis: Wadico Waldir Bucchi e Ibrahin Eris (ex-Presidentes)
4. Entidade: Banco Central do Brasil
Vinculação: Ministério da Fazenda
5. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha
7. Unidade Técnica: 7ª SECEX
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam da prestação de contas do Banco Central do Brasil relativa ao exercício de 1990.

Considerando que os autos revelaram a existência de falhas que, todavia, não comprometeram a gestão dos recursos públicos;

Considerando que as diligências efetuadas findaram por elidir as falhas apontadas, obtendo-se, notícias das providências adotadas no âmbito da Entidade com vistas à apuração dos pontos ainda não resolvidos;

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIN nº 449/DF, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90, sendo, portanto, aplicáveis aos servidores do Banco Central do Brasil os comandos insertos naquela Norma;

Considerando que a Lei nº 8.112/90 assegura a paridade de vencimentos entre os servidores ativos e inativos;

Considerando, finalmente, que as questões suscitadas pelos pareceres, no que concerne à área de pessoal, tiveram solução definitiva a partir da nova luz lançada pelo STF ao decidir acerca da aludida ADIN,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fulcro nos arts. 1º, I, 16, II, 18 e 23, II, todos da Lei nº 8.443/92, em:

a) julgar regulares com ressalvas as presentes contas e dar quitação aos Srs. Wadico Waldir Bucchi e Ibrahin Eris, ex-Presidentes do Banco Central do Brasil no exercício de 1990;

1. Publicado no DOU de 27/08/98.

b) determinar ao Banco Central do Brasil que observe as normas legais e infralegais, no que concerne às providências a serem adotadas nos casos de desaparecimento de bens móveis, máxime o consignado no art. 8º da Lei nº 8.443/92 e o art. 84 do Decreto-lei nº 200/67.

9. Ata nº 34/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 19/08/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça(na Presidência), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça
na Presidência

Adhemar Paladini Ghisi
Ministro-Relator

Fui presente:

Walton Alencar Rodrigues
Rep. do Ministério Público

TCU – ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM VENCIMENTOS DE CARGO OU EMPREGO PÚBLICO

Administrativo

Ministro-Relator Bento José Bugarin

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-001.126/95-4. (Sigiloso)
Processos juntados: TC-014.118/96-3 e TC-015.120/97-0.
Natureza: Administrativo.
Órgão: Tribunal de Contas da União.
Interessada: Secretaria-Geral de Administração – SEGEDAM.

Ementa: Representação da SEGEDAM propondo Projeto de Resolução que fixa prazo para Autoridades e servidores do TCU fazerem opção, ante a impossibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos de cargo ou emprego público, que sejam inacumuláveis na atividade, consoante entendimento firmado pelo STF, nos autos do RE nº 163.204-6/SP. Superveniência da Decisão nº 819/96-TCU-Plenário que firmou entendimento no sentido de que referida vedação de acumular não alcança os servidores admitidos, mediante concurso público até a data do trânsito em julgado do Acórdão do STF. Suspensão cautelar, pelo Plenário do STF, com eficácia ex tunc, *da mencionada Decisão do TCU. Estudos acerca dos efeitos do deferimento da medida cautelar sobre os processos já julgados e a respeito do tratamento a ser dado aos processos assemelhados. Entendimento, respaldado em jurisprudência do STF, no sentido de que os efeitos de medida cautelar deferida em ADIn "*circunscrevem-se aos atos normativos objeto da ação direta, sem força para inibir a aplicação de outros, ainda que eventualmente eivados do mesmo vício argüido*". Mantença do sobrestamento dos processos em tramitação na Corte que tratam de acumulação de proventos com vencimentos. Considerações, à luz da jurisprudência do STF, acerca do alcance e dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Determinação e restituição dos autos à CONGER.*

RELATÓRIO

Relato, nesta oportunidade, três processos.

2. O primeiro (TC-001.126/95-4) diz respeito à Representação da SEGEDAM sobre acumulação de proventos da inatividade e vencimentos de cargo efetivo ou

emprego permanente, motivada pela decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada nos autos do RE nº 163.204-6/SP, de seguinte teor:

> "A acumulação de proventos e vencimento somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição. C.F., art. 37, XVI, XVII, art. 95, parágrafo único, I. Na vigência da Constituição de 1946, art. 185, que continha norma igual à que está inscrita no art. 37, XVI, CF/88, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido da impossibilidade de acumulação de proventos com vencimentos, salvo se os cargos de que decorrem essas remunerações fossem acumuláveis."

3. Em face disso, propôs o Titular daquela Unidade projeto de Resolução que "*Dispõe sobre a fixação de prazo para que os Ministros, Auditores, Membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e servidores do mesmo Tribunal manifestem opção, caso estejam incidindo em acumulação inconstitucional*", a exemplo de Resoluções expedidas por Tribunais do Poder Judiciário e Órgãos da Administração Pública.

4. No entanto, na Sessão de 13/11/96, ante requerimento apresentado pelo Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, a Presidência desta Corte determinou à SEGEDAM que suspendesse "*o prazo para entrega de opção entre a remuneração paga por este Tribunal e os proventos de inatividade, bem como quaisquer providências para com aqueles que já tenham entregue a referida opção*" (fls. 79), até que o Tribunal decidisse se "*a referida opção somente deve ser exigida de servidores aposentados que tenham sido empossados em cargo efetivo ou emprego permanente a partir do trânsito em julgado do acórdão do STF no RE nº 163.204-6 SP*".

5. Foi mencionado requerimento autuado sob o nº TC-017.288/96-7 e juntado ao TC-007.925/96-4, relativo a consulta formulada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados.

6. O TCU, ao apreciar a citada consulta (Decisão nº 819/96-Plenário, Ministro-Relator Homero Santos, Sessão Extraordinária de 12/12/96, Ata nº 51/96-Plenário), firmou entendimento no sentido de que "*os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas que percebam, cumulativamente, proventos da inatividade e vencimento de cargo efetivo ou emprego permanente, e que tenham sido admitidos, mediante concurso público, até a publicação do Acórdão, transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 163.204-6, ou seja, 01/04/96, não estão alcançados pela proibição de acumular a que se refere o § 3º do art. 118 da Lei nº 8.112/90, na redação dada pela mencionada Medida Provisória*".

7. Entretanto, a supratranscrita Decisão nº 819/96 teve a execução e aplicabilidade suspensas, com eficácia *ex tunc*, pelo STF nos autos da ADIn nº 1691-1, proposta pelo Procurador-Geral da República, até final julgamento, tendo em vista o deferimento de pedido de medida cautelar.

8. Em razão disso, a Presidência elaborou comunicado, apresentado ao Plenário na Sessão de 19/11/97, "*... objetivando buscar a anuência quanto às repercussões no Quadro de Pessoal da Casa, e à CONGER a fim de que seja desenvolvido estudo quanto aos efeitos ex tunc atribuídos à cautelar em relação aos processos já julgados por esta Corte, além de se fixar qual o tratamento a ser adotado, até o final do julgamento da ADIn nº 1691, para os processos assemelhados*".

9. Referido comunicado foi autuado sob o nº TC-015.120/97-0 e encaminhado à CONGER para emissão de parecer.

10. Já o TC-014.118/96-3 cuida da Representação nº 03-SCO/1996, formulada pela DILP - Serviço de Concessões, em decorrência da Decisão nº 264/96-TCU-2ª Câmara, prolatada nos autos do TC-005.232/89-9, Ata nº 29/96, que trata da inacumulabilidade entre proventos de aponsentadoria e benefício pensional, em razão de interpretação analógica feita pelo TCU com base no decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 163.204-6/SP.

11. Pela identidade da matéria, foram os dois últimos processos mencionados acima (TC-015.120/97-0 e TC-014.118/96-3) juntados ao TC-001.126/95-4.

12. Para melhor esclarecimento, reproduzo a seguir o judicioso parecer da lavra da Dra. Teresinha de Jesus Carvalho, Consultora-Geral deste Tribunal:

> "Mediante Comunicação datada de 12.11.97, o Exmo. Sr. Presidente determina a esta Consultoria 'ultimar análise quanto aos efeitos *ex tunc* atribuídos à cautelar, em referência aos processos já julgados por este Tribunal, fixando o tratamento que se adotará, até o final do julgamento da mencionada ADIn nº 1.691-7, para os processos assemelhados, com notícia do feito ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro-Relator.'
>
> 2. Origina-se a presente determinação do recente *Decisum* exarado pela Suprema Corte de Justiça, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.691-7, tendo como Relator o Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, cuja ementa é a seguinte:
>
>> 'Decisão: O Tribunal, por votação unânime, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex tunc*, até final julgamento da ação direta, a execução e aplicabilidade da Decisão nº 819/96, prolatada pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, nos autos do Processo nº TC-007.925/96-4.'
>
> 3. A mencionada Decisão nº 819/96, do I.Plenário desta Corte de Contas, publicada na Ata nº 51/96, resultou de Consulta formulada pelo Exmo. Sr. Presidente da Câmara dos Deputados, sobre possibilidade de acumulação de proventos e vencimentos, e foi prolatada nos termos seguintes:
>
>> '8.1. conhecer da presente Consulta, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 216 do Regimento Interno;
>>
>> 8.2. responder ao nobre Consulente que:

8.2.1. o entendimento firmado no âmbito desta Casa, para fins de apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, é o de que os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas que percebam, cumulativamente, proventos da inatividade e vencimento de cargo efetivo ou emprego permanente, e que tenham sido admitidos, mediante concurso público, até a publicação do Acórdão, transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 163.204-6, ou seja, 01/04/96, não estão alcançados pela proibição de acumular a que se refere o § 3º do art. 118 da Lei nº 8.112/90, na redação dada pela mencionada Medida Provisória;

8.2.2. as situações de vacância do cargo público estão previstas no art. 33 da Lei nº 8.112/90;

8.2.3. as decisões do Tribunal proferidas em consultas têm caráter normativo e constituem prejulgamento da tese, nos termos do § 2º do art. 1º da Lei nº 8.443/92.

8.3. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Interessado e ao Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado;

8.4. determinar o arquivamento do processo.'

4. Com esteio nesse entendimento, bem assim em várias outras orientações a que nos referiremos, a seguir, vários processos relativos à admissão de pessoal foram considerados legais por este Tribunal.

5. As orientações que serviram de subsídio à v.Decisão do Tribunal Pleno, ora impugnada, foram calcadas, além do texto atual da Constituição, que não estabelece qualquer vedação quanto à acumulação de proventos da inatividade com remuneração de cargo, emprego ou função, nos termos do art. 37, incisos XVI e XVII, no Parecer SA-04, de 20.07.89, da douta Consultoria-Geral da República, no Ofício-Circular nº 07, de 28.06.90 (inciso X) da Secretaria de Administração Federal da Presidência da República, no Decreto nº 97.595, de 29.03.89, e, ainda, na doutrina de eméritos administrativistas defensores do teor do permissivo constitucional.

6. No entanto, a respeito dos efeitos *ex tunc* atribuídos a pedidos de cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, trazemos ao estudo o magistério de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *in* 'Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade', 3ª edição, págs. 74/75, quando se expressa sobre o tema 'Leis interpretativas':

' Já Roubier, considerando que sobre tal questão não existe um resultado satisfatório, afirma que 'é, pela sua natureza interpretativa, a lei que,

sobre um ponto em que a regra de direito é incerta e controvertida, vem consagrar uma solução que poderia ser adotada pela só jurisprudência'.

Entretanto, o caráter interpretativo não se presume e, na dúvida, deve se entender que a disposição é nova.

O que não se pode esquecer é que a nova norma vem trazer soluções e interpretações a um preceito anterior, confuso e que, no intervalo de tempo transcorrido entre uma e outra norma, direitos foram criados, litígios foram resolvidos, com base em um entendimento distinto do qual estabelece a lei de interpretação, não podendo sobre eles incidir, então, a nova disposição.

Desta forma, apesar de ser admitida a retroatividade das leis de interpretação, temos a aceitar que a mesma não pode ser absoluta, já que devem ser respeitadas as resoluções judiciais proferidas antes do aparecimento da nova norma.

Tal é a opinião dos juristas pátrios. Ribas admite a retroatividade da lei interpretativa, exceto no caso julgado e na transação. Reynaldo Porchat também adverte que as mesmas não devem alcançar aquilo que já estiver terminado por transação ou sentença judicial. E Caio Mário da Silva Pereira, considerando o tempo decorrido entre as duas normas, afirma que as 'situações jurídicas ou os direitos subjetivos constituídos em função da interpretação dada à lei, antes do dispositivo interpretativo, não podem mais ser alterados ou atingidos, ainda que a hermenêutica autêntica venha infirmar o entendimento dado à lei interpretada'.

Isto posto, verificamos que, apesar das leis interpretativas serem consideradas exceções do princípio da irretroatividade normativa, sua retroatividade não possui caráter absoluto, já que haverá um limite para o seu alcance, conforme demonstrado no acima disposto.'

7. Importa ressaltar, também, trecho da palestra proferida pelo Exmo. Sr. Procurador do Estado do Rio de Janeiro - Humberto Ribeiro Soares, sobre o tema, publicada na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - 1997 (págs. 540/43), nesses termos:

' 39) - Note-se, primeiramente, que, como se colhe do magistério de JORGE MIRANDA, no seu Manual, 'Em fiscalização difusa, nenhum tribunal pode declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, ao contrário do que acontece em fiscalização concentrada. Em fiscalização difusa, a não aplicação do acto (ou da norma) pressupõe a não conformação pelo acto (ou pela norma) da relação material *sub judice*, ao passo que em fiscalização concentrada mostra-se possível tanto a declaração com a eficácia *ex tunc* (retroativa) quanto a declaração com eficácia *ex nunc*'. Estas noções, transplantadas para aqui, já demonstram que, modernamente, o

panorama dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade são encontradiços bem diferentemente do que o eram no controle tradicional exercitado no Brasil (e, embora tradicional, não muito distante, no tempo, dos dias de hoje; é que, até praticamente a promulgação da Constituição brasileira de 05.10.88, o meio de que se utilizava o controle era dominantemente o difuso, concreto, limitado à relação material *sub judice*, entre partes, desprovido de mais complexas nuances no tocante a efeitos). De onde se observa ser naturalmente distinto tratar-se do tema efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma outrora (praticamente só à vista do controle difuso) e agora, após as inovações do Direito Constitucional do pós 2ª Guerra Mundial e, atualmente, entre nós, pós-Constituição de 1988 (à vista da pletora de meios de controle, inclusive do oxigenadíssimo controle concentrado, da ADIN, e das técnicas múltiplas de controle).

Daquelas suas ponderações, Miranda arranca para, modernamente, considerar que 'Valores jurídicos da inconstitucionalidade, ou do acto inconstitucional, são, pois, os diferentes graus de apreciação da inconstitucionalidade pelo ordenamento ou, doutro ângulo, os diversos graus de assimilação jurídica do acto... O conceito abrange a inexistência jurídica, a invalidade e a irregularidade. Contudo, a invalidade desdobra-se classicamente em nulidade e anulabilidade, revestindo, não raro ainda, configurações mistas, poliédricas ou atípicas...'.

O tema é de tal forma complexo, que, na doutrina portuguesa, há, mesmo, divergências no tocante ao elenco de valores jurídicos negativos da inconstitucionalidade, embora não haja divergências de que importam em vários. Miranda refere, em nota de rodapé, classificações diversas emitidas por diferentes constitucionalistas (Gomes Canotilho, Marcelo Rebelo de Souza, Rui Medeiros).

40) - O arsenal de técnicas de declaração de inconstitucionalidade posto pelo Direito alemão, por exemplo, é uma demonstração da complexidade do tema neste ponto ferido, e, pois, ao menos, da infactibilidade da tese radicalizante (lei inconstitucional seria lei nati-morta, inexistente, e, assim, não produziria quaisquer efeitos).

Para a Corte Constitucional alemã, a lei inconstitucional é considerada nula *ipso jure*, é fato. 'A concepção tradicional - exprime Gilmar Ferreira MendeS - considera que a lei inconstitucional é nula *ab initio (ex tunc)*'. Contudo, ressalva Gilmar Ferreira Mendes que 'Essa concepção vem sendo atacada nos últimos tempos, sobretudo com a alegação de que o dever imposto ao juiz para submeter a questão à Corte Constitucional, no controle concreto de normas (Lei Fundamental 100, I), estaria a demonstrar que as leis inconstitucionais não são nulas *ipso jure*. É que - argumenta-se

- o juiz não poderia, no caso da nulidade, ainda estar vinculado à lei ou obrigado a submetê-la ao Tribunal Constitucional. Embora se deva reconhecer que o dogma da nulidade da lei inconstitucional não se afigura obrigatório do ponto de vista lógico-jurídico, como demonstram a doutrina e a práxis austríacas, não se pode olvidar que o art. 100, I, da Lei Fundamental, procede à diferenciação entre leis válidas e leis inválidas, pressupondo e determinando a invalidade como conseqüência jurídica de conflito entre lei e Constituição'.

De onde arremata aquele jurista pátrio que a nulidade com efeito *ex tunc* em tema de declaração de inconstitucionalidade não produz a chamada depuração total, o que se entenderia, em princípio, que devesse dar-se exatamente por se tratar de nulidade. Assim: 'Conseqüência lógica da declaração de nulidade *ex tunc* da norma inconstitucional deveria ser eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela.

TODAVIA, ESSA DEPURAÇÃO TOTAL (*Totalbereinigung*) não se verifica nem nos sistemas que, como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, NEM NAQUELES QUE, COMO O BRASILEIRO, UTILIZAM AS FÓRMULAS GERAIS DE PRECLUSÃO'. (Gilmar Ferreira Mendes).

41) - Note-se desde já a advertência de MENDES para a inexistência da DEPURAÇÃO TOTAL mesmo no sistema brasileiro (adiante, melhor se apreciará).

42) - De observar-se, também, que, para o ordenamento austríaco, a lei somente é cassada a partir da publicação do julgado (eficácia *ex nunc*) se a Corte Constitucional não estabelecer prazo para o encerramento de sua vigência.

43) - O constitucionalismo alemão - exercente de indiscutíveis influências sobre o brasileiro atual - também é fértil em tonalidades diferentes de técnicas de julgamento de inconstitucionalidade com declaração de NULIDADE DA LEI (nulidade como unidade técnica, nulidade total, extensão ou ampliação da pronúncia, nulidade parcial), e até, ao lado destas, as de DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM A PRONÚNCIA DA NULIDADE todavia, e, mesmo, as do APELO AO LEGISLADOR, e a da INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

Leia-se o que sobre elas discorre Gilmar Ferreira Mendes, em suas obras sobre o controle.

44) - Note-se que, entre nós, se a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas acarreta a nulidade *ipso jure* e *ex tunc* da norma, é verdadeiro, contudo,

que, como assinala Gilmar Ferreira Mendes, 'exigências de ordem prática provocam a atenuação da doutrina da nulidade *ex tunc*. Assim, o Supremo Tribunal Federal não infirma, em regra, a validade do ato praticado por agente investido em função pública, com fundamento em lei inconstitucional. É o que se depreende do RE 78.594 (Rel. Min. Bilac Pinto), no qual se assentou, invocando a teoria do funcionário de fato, que, 'apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido'. E prossegue assim: 'O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina de irretroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia da inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada, erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF 1967/1969, art. 153, § 3º)'.

Em outra obra sua, Mendes lembra de dois acórdãos do Supremo a validar aquelas considerações, a saber: 'Recurso Extraordinário. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em Tese pelo Supremo Tribunal Federal. Alegação de Direito Adquirido. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência do pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte' (RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, JD de 08.04.94); 'a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo' (RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 118/301).

45) - É extremamente ponderável, ademais, que se tenha em conta que o Supremo Tribunal brasileiro, como se mencionou atrás, venha incorporando técnicas de controle de constitucionalidade importadas ao Direito alemão, e que não importam na conseqüência da nulidade da norma impugnada. Veja-se como lembra Gilmar Ferreira Mendes: 'Também aqui limita-se o Tribunal a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu 'programa normativo'. Em decisão mais moderna, adotou o Supremo Tribunal Federal, expressa e inequivocamente, a técnica da 'declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto', tal como se pode depreender da seguinte passagem da ementa, concernente à ADIN 319, formulada

contra a Lei nº 8.039, de 1990: (...) Interpretação conforme à Constituição (...) para declarar a inconstitucionalidade (...) em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Uma redução do âmbito de aplicação da lei pode ser operada, igualmente, mediante simples interpretação conforme à Constituição.' '

8. Assim dispõe o art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna:

'Art. 5º .....

.....

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;'

9. Sobre Direito Adquirido, o consagrado constitucionalista Pinto Ferreira assim se manifesta, em sua obra "Comentários à Constituição Brasileira", (págs. 149/150):

'O direito adquirido é amplamente protegido e assegurado no texto constitucional.

Gabba estabeleceu em seu sempre citado livro Teoria da retroatividade das leis o seguinte conceito de direito adquirido: 'É adquirido todo o direito que: a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei no tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; e que b) nos termos da lei sob cujo império se firmou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu'.

Direito adquirido é a vantagem jurídica, líquida, certa, lícita, concreta, que a pessoa obtém na forma da lei vigente e que se incorpora definitivamente e sem contestação ao patrimônio de seu titular, não lhe podendo ser subtraída para vontade alheia, inclusive dos entes estatais e seus órgãos.'

10.Na definição do mesmo autor, o ato jurídico perfeito é 'o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou' (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 1º).

11.Assim é que, no nosso entender, e com as vênias que se fazem necessárias, a situação dos servidores admitidos no Serviço Público mediante concurso público, até a publicação do r. Acórdão proferido pelo STF no Recurso Extraordinário 163.204-6, ou seja, em 01.04.96, não estão alcançados pela proibição de acumular a que se refere o § 3º do art. 118 da Lei nº 8.112/90,

com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.522, de 11.10.96, em consonância, portanto, com os precisos e exatos termos da v. Decisão Plenária 819/96-TCU.

12.Quanto aos processos assemelhados, estes ficarão sobrestados até o julgamento final da ADIn nº 1691-7, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, conforme já consta da Comunicação da Presidência, a fls. 1, quando então será proferida decisão de mérito sobre matéria de tamanha relevância e objeto de tantos questionamentos e indagação jurídica.

13.Vale lembrar que, se aprovada a Emenda Constitucional relativa à Previdência Social, na sua redação atual, permanecem inalteráveis os atos que foram julgados legais, constituindo-se em 'ato jurídico perfeito', possuindo tais servidores esses direitos assegurados, incorporados ao seu patrimônio, na forma do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

Com estas considerações, submetemos o assunto à deliberação da I. Presidência, que, se houver por bem, poderá elevá-lo ao descortino dos eminentes Pares no I. Tribunal Pleno."

É o Relatório.

VOTO

Conforme mencionei no Relatório, apresento, nesta oportunidade, três processos.

2. O primeiro (TC-001.126/95-4) diz respeito à Representação da SEGEDAM sobre acumulação de proventos da inatividade e vencimentos de cargo efetivo ou emprego permanente, motivada pela decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada nos autos do RE nº 163.204-6/SP, por meio da qual o Titular daquela Unidade propõe projeto de Resolução que "*Dispõe sobre a fixação de prazo para que os Ministros, Auditores, Membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e servidores do mesmo Tribunal manifestem opção, caso estejam incidindo em acumulação inconstitucional*", a exemplo de Resoluções expedidas por Tribunais do Poder Judiciário e Órgãos da Administração Pública.

3. O segundo refere-se ao TC-015.120/97-0, decorrente de comunicado da Presidência, por meio do qual solicita pronunciamento da CONGER quanto aos efeitos ex tunc atribuídos à cautelar deferida pelo STF em relação aos processos já julgados por esta Corte, além de se fixar qual o tratamento a ser adotado, até o final do julgamento da ADIn nº 1691, para os processos assemelhados.

4. É de lembrar que referida ADIn nº 1691 foi proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Decisão nº 819/96-TCU-Plenário, prolatada nos autos do TC-007.925/96-4, relativo a consulta formulada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, oportunidade em que o TCU firmou entendimento no sentido de que "*os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas que*

percebam, cumulativamente, proventos da inatividade e vencimento de cargo efetivo ou emprego permanente, e que tenham sido admitidos, mediante concurso público, até a publicação do Acórdão, transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 163.204-6, ou seja, 01/04/96, não estão alcançados pela proibição de acumular a que se refere o § 3º do art. 118 da Lei nº 8.112/90, na redação dada pela mencionada Medida Provisória".

5. O terceiro processo é o TC-014.118/96-3 que cuida da Representação nº 03-SCO/1996, formulada pela DILP - Serviço de Concessões, em decorrência da Decisão nº 264/96-TCU-2ª Câmara, prolatada nos autos do TC-005.232/89-9, Ata nº 29/96, que trata da inacumulabilidade entre proventos de aponsentadoria e benefício pensional, em razão de interpretação analógica feita pelo TCU com base no decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 163.204-6/SP.

6. Pela identidade da matéria, foram os dois últimos processos mencionados acima (TC-015.120/97-0 e TC-014.118/96-3) juntados ao TC-001.126/95-4.

7. Mencionada ADIn nº 1691 encontra-se desde 02/06/98 com vista para a Procuradoria-Geral da República.

8. O que pende de solução nos processos que ora apresento é o tratamento a ser dispensado aos processos já julgados e aos assemelhados ainda em tramitação.

9. Quanto aos processos em tramitação nesta Corte, consoante comunicado da Presidência de 19/11/97, os mesmos devem permanecer sobrestados até julgamento final da ADIn nº 1691-7 pelo Supremo Tribunal Federal.

10. No que concerne aos processos julgados, observo que o deferimento de cautelar com eficácia *ex tunc* alcança o ato inquinado desde seu nascimento, no caso, desde a publicação da Decisão nº 819/96-TCU-Plenário, o que, entendo, não produzir reflexos nos processos já julgados.

11. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal já dispôs sobre o alcance das medidas cautelares deferidas em sede de ADIn, nos seguintes termos:

> "A medida cautelar deferida em ação direta de inconstitucionalidade, adequada à natureza do processo objetivo de controle abstrato de inconstitucionalidade de normas, tem por conteúdo a suspensão da eficácia da regra jurídica questionada, não de atos concretos de execução dela. Por outro lado, os efeitos do provimento cautelar circunscrevem-se aos atos normativos objeto da ação direta, sem força para inibir a aplicação de outros, ainda que eventualmente eivados do mesmo vício argüido." (ADIn nº 460 (EDcl)-AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, unânime, 12/04/91, RTJ 136/20-25).

12. Noto que a Decisão nº 819/96-TCU-Plenário foi prolatada nos autos de processo de consulta, e uma eventual decisão de mérito desfavorável ao TCU no julgamento da referida ADIn não vincularia esta Corte em relação às futuras decisões a serem prolatadas na apreciação dos casos concretos, tendo em vista a ausência do efeito vinculante nas declarações de inconstitucionalidade, contrariamente ao que ocorre com a declaração de constitucionalidade que, nos termos do § 2º do art. 102

da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 3/93, possui efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

13. De fato, não apenas a medida cautelar deferida em ADIn mas a própria declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade não tem o condão de atingir outros atos, limitando-se ao ato atacado.

14. Nesse sentido, cumpre citar julgamento do STF, lembrado por Gilmar Ferreira Mendes, em que a Corte Constitucional, ao apreciar a constitucionalidade do art. 15 da LC estadual nº 1/79, com redação dada pela LC nº 9/82, constatou que também o referido art. 15, em sua redação original, era inconstitucional, mas ainda assim entendeu que cabia declarar a inconstitucionalidade apenas de sua redação atual, dada pela citada LC nº 9/82, porquanto o ato questionado fora apenas este, motivo pelo qual a redação original do art. 15 da lei mencionada somente poderia ser declarada inconstitucional caso houvesse o oferecimento de nova ação com esse objetivo (in: *Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos.* São Paulo. Saraiva. 1990, p. 269/272).

15. Cite-se ainda observação de Clèmerson Merlin Clève no sentido de que "*A coisa julgada não impede que o órgão legislativo volte a praticar inconstitucionalidade editando novo ato com o mesmo conteúdo do anterior*" (in: *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1995, p. 162).

16. Ademais, os processos já julgados, ainda que haja controvérsia acerca do reconhecimento da coisa julgada administrativa, proporcionam, no mínimo, segurança jurídica em relação aos casos analisados por esta Corte. Desse modo, eventual declaração de inconstitucionalidade da Decisão nº 819/96-TCU-Plenário, embora, conforme já afirmei, não produza reflexos nos outros processos já julgados pelo Tribunal, somente poderá influenciar a revisão das decisões do TCU, para fins de desconstituição, pelas vias adequadas, observando-se as normas processuais pertinentes, sejam as da Lei nº 8.443/92, sejam as aplicáveis na esfera judicial. Isto é, para fins de desconstituição das decisões do Tribunal que não tenham sido objeto da ADIn, precisaria que citadas decisões fossem, no âmbito desta Corte, atacadas por recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU ou, na esfera judicial, pelas ações cabíveis.

17. Sobre o assunto, valho-me, novamente, de exemplo usado por Gilmar Ferreira Mendes, citando entendimento firmado pelo STF, nos autos do RMS 17.976, no sentido de que "*embora a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade tornasse sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional, a nulidade da decisão somente poderia ser declarada por via de ação rescisória*" (*in*: op. cit., p. 280).

18. Quanto à citada jurisprudência, o ilustre autor tece, ainda, o seguinte comentário:

"Esse exemplo parece demonstrar que a doutrina da nulidade ex tunc contempla temperamentos, tendo em vista critérios de segurança jurídica. Essa limitação de efeitos mostra-se possível em virtude da autonomia jurídica dos atos individuais, o que enseja uma diferenciação entre a validade da lei e do ato individual. Tais considerações permitem uma disciplina legal dos efeitos da nulidade, seja mediante a adoção de fórmulas de preclusão, seja através da expressa regulamentação das conseqüências jurídicas da nulidade" (*in*: op. cit., p. 280, grifos do original).

19. Portanto, no tocante aos processos já julgados, o deferimento da medida cautelar, com eficácia *ex tunc*, em relação à Decisão nº 819/96-TCU-Plenário, não os alcança, porquanto atinge apenas a própria Decisão nº 819/96-TCU-Plenário, desde a sua publicação. De igual forma, uma eventual declaração de inconstitucionalidade da referida Decisão do TCU, desta feita já no mérito da citada ADIn, também não atingirá os processos já julgados, porquanto se limitará a retirar do mundo jurídico a Decisão desta Corte.

20. Conforme já afirmado, os processos já julgados, ainda que com base no mesmo entendimento exposto na Decisão nº 819/96-TCU-Plenário, somente poderão ser revistos pelas vias próprias do recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU ou das ações judiciais cabíveis.

21. No que concerne aos processos ainda não julgados e aos vindouros, é de se notar que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF tem por objeto um ato jurídico. Portanto, declarada a sua nulidade, nada impede que o mundo jurídico seja novamente invadido por novo ato contendo o mesmo vício que motivou a declaração de inconstitucionalidade do primeiro.

22. Levando-se ao extremo a situação ora retratada e analisando-a à luz da atuação desta Corte em relação às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, pode-se admitir que a competência constitucional do TCU autoriza-o a, no caso concreto, em processos afetos à sua jurisdição, decidir da forma que entender mais justa, calcado no princípio da livre convicção do juiz - ainda que isto resulte em decisão contrária ao entendimento expresso do STF em ADIn -, sem que isso venha a significar descumprimento de ordem ou decisão judicial, justamente pelos motivos já elencados neste Voto, quanto ao alcance da declaração de inconstitucionalidade, que está adstrita ao ato atacado na ação analisada pela Corte Suprema. Desse modo, supondo que a Decisão nº 819/96 venha a ser declarada inconstitucional, ainda assim o TCU poderá, na apreciação de cada caso concreto de acumulação, julgar ilegais somente aquelas acumulações ocorridas após 01/04/96, data do trânsito em julgado da decisão do STF.

23. Não obstante, é de se ter presente que, diante de eventual oferecimento de ação junto ao STF contra referida decisão desta Corte prolatada com fundamento na tese do efeito *ex nunc* de declaração de inconstitucionalidade, tenderá, mantida a atual jurisprudência do STF, a ocorrer a sua desconstituição, tendo em vista o pacífico entendimento da Corte Constitucional brasileira, já expresso em inúmeras ocasiões, em sentido contrário, conforme se depreende dos seguintes julgados:

- STF, AGRAG nº 195513/MG. Segunda Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 10/11/97. DJ de 06/02/98, p. 0012:

EMENTA: "*CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE: DECLARAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR EM ADIn. DECISÃO DE MÉRITO. A medida liminar, nas ações diretas de inconstitucionalidade, tem, de regra, efeito ex nunc. A decisão final, de mérito, entretanto, tem efeito ex tunc.*" (grifei).

- STF, RE nº 196590/AL. Primeira Câmara. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento em 16/04/96. DJ de 14/11/96, p. 44492:

EMENTA: "*Servidor público. Decreto-Lei 2.225/85. Falta de prequestionamento da questão relativa ao artigo 37, caput, da Carta Magna. No tocante à alegada violação ao artigo 5º, caput, da Carta Magna, o que pretendem os recorrentes é que, com base no princípio constitucional da igualdade, lhes seja estendida a transferência determinada pelo Decreto-Lei 2.225/85. Ora, se esse Decreto fosse inconstitucional nessa parte por violação do princípio da igualdade, sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo, não podendo, portanto, ser aplicado às categorias por ele beneficadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que ele não alcança.*" (grifei).

- STF, ADIn 1434/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 20/08/96. DJ de 22/11/96, p. 45684:

EMENTA: "*A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade ab initio). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica*" (grifei).

- STF, RE nº 168.554 (Edcl)-RJ, Segunda Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 08/09/94. RTJ 157/1063:

EMENTA: "*Inconstitucionalidade - Declaração - Efeitos. A declaração de inconstitucionalidade de um certo ato normativo tem efeito ex-tunc, não cabendo buscar a preservação visando a interesses momentâneos e isolados. Isto ocorre quanto à prevalência dos parâmetros da Lei Complementar nº 7/70, relativamente à base de incidência e alíquotas concernentes ao Programa de integração Social. Exsurge a incongruência de se sustentar, a um só tempo, o conflito dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1998, com a Carta e, alcançada a vitória, pretender, assim, deles retirar a eficácia no que se apresentaram mais favoráveis, considerada a lei que tinham como escopo alterar - Lei Complementar nº 7/70. A espécie sugere a observância ao princípio do terceiro excluído.*" (grifei).

- STF, ADIn 652-MA. Questão de Ordem. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 02/04/92. RTJ 146/461:

EMENTA: "*Ação direta de inconstitucionalidade. Controle normativo abstrato. Natureza do ato inconstitucional. Declaração de inconstitucionalidade. Eficácia retroativa. O Supremo Tribunal Federal como legislador negativo. Revogação superveniente do ato normativo impugnado. Prerrogativa institucional do Poder Público. Ausência de efeitos residuais concretos. Prejudicialidade.*

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento jurídico impõe que preceitos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade.

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito.

A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional - que extrai a sua autoridade de própria Carta Política - converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo." (grifei).

- STF, ADIn 652-MA. Questão de Ordem. Tribunal Pleno. Relator, Ministro Celso de Mello. Julgamento em 02/04/92. RTJ 146/463:

VOTO DO RELATOR: "*Esse tem sido o entendimento doutrinário compatível com o sentido das Constituições rígidas, tal como a que hoje vigora no Brasil.* E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *cujo magistério, de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama - a partir de sua absoluta ineficácia jurídica - o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece*

a sua incompatibilidade hierárquico-normativa com a Lei Fundamental." (grifei).

- STF, Representação nº 971-RJ. Tribunal Pleno. Relator Ministro Djaci Falcão. Julgamento em 03/11/77. RTJ 87/758:

EMENTA: "*A decisão que em ação direta declara a inconstitucionalidade de lei tem efeito ex tunc. Assim sendo, não se julga prejudicada a representação quando a lei inquinada de inconstitucional é revogada no curso da ação. Decisão tomada por maioria de votos.*" (grifei).

- STF, Representação nº 971-RJ. Tribunal Pleno. Voto Vista do Ministro Soares Muñoz, proferido em 13/10/77. RTJ 87/764:

"*O Professor Alfredo Buzaid, na monografia que escreveu sob o título 'Da Ação Direta', preleciona:*

A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a ab initio. Embora executória até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, ex tunc. O Poder Judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a natimorta (op. cit, pág. 132, ed. 1958)" (grifei).

- STF, RE nº 57310. Segunda Turma. Relator Ministro Antonio Villas Boas. Julgamento em 09/10/64. DJ de 12/11/64, p. 4107:

EMENTA: "*Recurso Extraordinário não conhecido. A declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez a sua sombra.*" (grifei).

24. Não obstante a vasta jurisprudência ora citada, é de se reconhecer a tentativa de alteração deste entendimento por parte do Ministro Leitão de Abreu, no RE 79.343/BA (RTJ 82/791), citado inclusive em diversas ocasiões por esta Corte de Contas, a fim de reforçar a tese do efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade.

25. No entanto, conforme bem observa Gilmar Ferreira Mendes (op. cit., p. 255): "*Essa posição não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade ipso jure, até porque, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional - ainda que por tempo limitado - representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição*" (o trecho por mim grifado consta da Representação 980, Relator Ministro Moreira Alves. RTJ 96/496).

26. Além disso, mais recentemente o STF prolatou decisão nos autos do RE nº 122202-6/MG, DJ de 08/04/94, também citada em diversas oportunidades por esta Corte, que mereceu a seguinte ementa:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade."

27. É de se notar, porém, que referida decisão se fundou em situação especialíssima e deveras peculiar, qual seja, vencimentos dos magistrados, sendo que o parecer da Procuradoria-Geral da República, acolhido na íntegra pelo Relator e pelo Colegiado, invocou trecho do voto do Ministro Carlos Madeira, no julgamento do RE nº 105.789 (RTJ 118/301), no seguinte sentido:

> "a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu, e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo. Daí por que tal garantia supera o efeito ex tunc da declaração de inconstitucionalidade da norma ..."

28. Registre-se que mencionada decisão mereceu severas críticas de Gilmar Ferreira Mendes, no seguinte sentido:

> "Essa tentativa, um tanto quanto heterodoxa, de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos, com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional, parece carecer de fundamentação jurídica mais consistente.
>
> Certamente, o princípio da irredutibilidade de vencimentos não se presta para conferir sustentação à tese adotada, uma vez que, tal como assinalado, o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem, também, hierarquia constitucional. Não é preciso dizer, outrossim, que os vencimentos irredutíveis são apenas aqueles licitamente percebidos." (op. cit., p. 261/262).

29. Contudo, certo é que historicamente tem o TCU procurado estender a todos os processos sob sua jurisdição a orientação do STF, até mesmo aquelas expressas em mandado de segurança.

30. Exceção há de ser registrada, todavia, em relação a matérias que envolvem atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF. Arrimado em entendimento doutrinário, até mesmo de alguns Ministros do próprio STF, esta Corte de Contas, em diversas oportunidades, prolatou decisões externando entendimento favorável ao efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista

as conseqüências danosas que adviriam para os envolvidos se aplicado o efeito *ex tunc*. É de se citar, como exemplo, a Decisão nº 560/97-TCU-Plenário. Registre-se, porém, que naquela assentada, ao reproduzir, no Relatório, opinião do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, ficou claro que, não obstante a posição particular do ilustre Ministro, na realidade o STF tem, oficialmente, assumido posição contrária, ou seja, pelo efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, conforme se depreende a seguir:

> "No que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, deve a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade. Quanto à decisão proferida na cautelar, os seus efeitos são *ex nunc*, quer dizer, contam-se a partir da decisão. Já a decisão de mérito tem efeitos *ex tunc*. *(In 'Temas de direito público', Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 118 — grifado)*" (TC-016.793/96-0, Ata 34/97-Plenário, p. 124).

31. Embora a posição do TCU não encontre amparo na remansosa jurisprudência do STF, traz consigo, entre outras razões, preocupação de ordem social profundamente relevante, porquanto reflete a atenção desta Corte com aqueles que, de boa-fé, praticaram atos com base em lei, até então, tida por constitucional e que, anos após, foram atingidos pela declaração de inconstitucionalidade da mencionada lei.

32. Convém registrar que essa mesma preocupação ganhou espaço na Assembléia Constituinte de 1986-88, quando, por proposta do então Senador Maurício Corrêa, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, previa-se a seguinte redação para o § 2º do art. 127 da Carta Política:

> "§ 2º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória." (*in*: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo. Saraiva. 1996, p. 255).

33. Atualmente, segundo informação fornecida pelo ilustre Ministro Benjamin Zymler, na última Sessão de 2ª Câmara, de 20/08/98, a matéria está sendo novamente objeto de discussão no âmbito do Congresso Nacional.

34. De qualquer forma, lembro que, para o deslinde do presente processo, a Proposta de Emenda à Constituição nº 33-M, de 1995, originária de Substitutivo do Senado Federal à Proposta de Emenda à Constituição nº 33-F, de 1995, que "*modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências*", considerando a última redação, prevê no art. 11 que "*A vedação prevista no art. 37, § 7º, da Constituição, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares que, até a publicação desta Emenda, tenham ingres-*

sado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo".

35. Noto que também no Poder Executivo as dúvidas são grandes quanto aos procedimentos a serem adotados, porquanto o prazo fixado pelo art. 2º do Decreto nº 2.027, de 11/10/96, para o servidor fazer a opção, que inicialmente era até 14/11/96, tem sido sistematicamente prorrogado e, nos termos do Decreto nº 2.658, de 06/07/98, atualmente é até 31/12/98.

36. Diante da situação ora retratada, resta cristalino que os processos já julgados não são alcançados pela medida cautelar deferida pelo STF, com eficácia *ex tunc*, assim como também não serão alcançados por uma eventual decisão desfavorável no julgamento de mérito da referida ADIn, porquanto para a desconstituição de referidos julgados requer-se o uso da via própria - no TCU, recurso interposto pelo Ministério Público junto à Corte, e, na esfera judicial, oferecimento da ação cabível.

37. Em relação aos processos em tramitação, conforme mencionado anteriormente, entendo que devam permanecer sobrestados, nos termos do comunicado da Presidência de 19/11/97, a fim de que o Tribunal, após o julgamento de mérito da ADIn 1691, possa deliberar acerca da postura que irá adotar em relação aos processos ainda não julgados.

38. Depreende-se, assim, não haver providências a serem tomadas no momento. Em face disso, esclareço que, não obstante a matéria prescindir de apreciação do Plenário nesta fase, apresentei este processo no Colegiado, a fim de dar ciência aos meus nobres Pares da situação ora descrita e também em atendimento ao multicitado Comunicado da ilustre Presidência desta Casa de 19/11/97, denotando preocupação acerca do assunto.

DECISÃO Nº 579/98 - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo nº TC-001.126/95-4 (Sigiloso). Processos juntados: TC-014.118/96-3 e TC-015.120/97-0

2. Classe de Assunto: VII - Administrativo.

3. Interessada: Secretaria-Geral de Administração - SEGEDAM.

4. Órgão: Tribunal de Contas da União.

5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: CONGER.

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

1. Publicada no BTCU nº 61, de 31/08/98.

8.1. esclarecer que os processos já julgados não são alcançados pelo deferimento de medida cautelar, com eficácia *ex tunc*, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal no sentido de que os efeitos de medida cautelar deferida em ADIn "*circunscrevem-se aos atos normativos objeto da ação direta, sem força para inibir a aplicação de outros, ainda que eventualmente eivados do mesmo vício argüido*" (ADIn nº 460 (EDcl)-AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, unânime, 12/04/91, RTJ 136/20-25);

8.2. manter o sobrestamento dos processos assemelhados, nos termos do comunicado da Presidência do TCU feito na Sessão de 19/11/97, que recebeu a anuência do Plenário;

8.3. determinar à CONGER que tão-logo haja decisão de mérito transitada em julgado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1691-7 proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Decisão nº 819/96-TCU-Plenário informe o Relator sobre o assunto, propondo as medidas que entender necessárias;

8.4. restituir os presentes autos à CONGER a fim de que dê continuidade ao acompanhamento da ADIn mencionada no item anterior.

9. Ata nº 34/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 26/08/1998 - Extraordinária de caráter reservado.

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin (Relator) e Valmir Campelo.

HOMERO SANTOS	BENTO JOSÉ BUGARIN
Presidente	Ministro-Relator

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MODERNIZAÇÃO DE ELEVADORES

Representação

Ministro-Relator Bento José Bugarin

Grupo: I - Classe VII - Plenário

TC-009.796/97-5
Natureza: Representação.
Órgão: Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério das Comunicações.
Interessado: Eleservice do Brasil - Componentes Eletrônicos Ltda.
Apenso: TC-015.168/97-2 - Representação formulada pela empresa Well Engenharia, Assessoria Técnica e Representações Ltda.

Ementa: Representação formulada com fulcro no § 1° do art. 113 da Lei n° 8.666/93 versando sobre a contratação de serviços de modernização de elevadores, com preços superfaturados e sem a realização do competente processo licitatório, sob a alegação de ser este inexigível. Procedência. Apresentação de justificativas que atenuam as mencionadas irregularidades. Inexigibilidade de licitação declarada após ouvidos o órgão jurídico e a CISET respectiva. Contratação de empresa de consultoria que confirmou superfaturamento em alguns itens do objeto contratado. Redução do preço dos serviços após negociações realizadas com a empresa contratada. Possibilidade de competição para os serviços da espécie. Determinações. Ciência aos interessados.

RELATÓRIO

Trago à apreciação deste Plenário, nesta oportunidade, Representações formuladas pelas empresas ELESERVICE do Brasil - Componentes Eletrônicos Ltda. (TC-009.796/97-5) e Well Engenharia, Assessoria Técnica e Representações Ltda. (TC-015.168/97-2, apenso).

2. Ambas as empresas insurgem-se contra o contrato firmado pelo Ministério das Comunicações, por meio de sua Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério das Comunicações, com a empresa ELEVADORES ATLAS S/A, tendo por objeto a "modernização" de elevadores da marca ATLAS instalados no edifício-sede do Ministério, porque foi realizado sem licitação, esta considerada inexigível com fulcro no inciso I do art. 25 da Lei n° 8.666/93, consoante comprova o Despacho

do Ordenador de Despesas por cópia às fls. 24. A Representação formulada pela empresa Well Engenharia Ltda. aborda, além da questionada inexigibilidade de licitação, possível superfaturamento nos preços dos serviços comparativamente aos preços praticados pela própria empresa ATLAS quando se sagrou vencedora em licitação conduzida pelo Ministério das Relações Exteriores para modernização dos elevadores instalados em seu prédio.

3. As Representantes, após relatarem as irregularidades que dizem existir no aludido contrato, solicitam deste Tribunal, dentre outras providências, a anulação do referido instrumento, a apuração de responsabilidades e o encaminhamento de documentos ao Ministério Público para instauração de processo crime contra o órgão contratante e também contra a empresa contratada.

4. A seguir, transcrevo trechos da bem elaborada instrução do Diretor-Substituto da 1ª Divisão Técnica da 1ª SECEX (fls. 48/70) que elucidam as questões abordadas nas Representações ora em exame e trazem o posicionamento da Unidade Técnica a respeito, uma vez que endossada pelo seu titular (a numeração seguinte obedece à seqüência deste Relatório):

I - Quanto à representação formulada pela Eleservice

> 5. "Informa a representante que era responsável pela prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva e assistência técnica dos elevadores instalados no edifício-sede do MC e que, diante de pressões exercidas por aquela administração, foi obrigada a fazer a rescisão amigável do contrato para viabilizar nova contratação, visando à modernização dos elevadores.
>
> 6. De acordo com a Eleservice, além do Ministério das Comunicações, outros órgãos estariam, também, se utilizando do procedimento de contratar serviços de modernização de elevadores, com fundamento em inexigibilidade de licitação, a fim de rescindir unilateralmente os contratos de manutenção em vigor.
>
> 7. Segundo a citada empresa, não se justifica a contratação direta, com fundamento em inexigibilidade de licitação, porque os serviços de modernização não seriam exclusivos das montadoras e algumas delas, inclusive, estariam adquirindo placas eletrônicas de seus verdadeiros fabricantes, que são os fornecedores do mercado, conforme anúncios publicitários que anexa, constantes às fls. 13/15."

II - Quanto à representação formulada pela Well Engenharia Ltda.

> 8. "(....) A interessada defende que o caso não se encontra dentre aqueles tipificados no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93, devido à existência de diversas empresas do setor que prestam os serviços em pauta, como comprova o número de empresas participantes nos certames licitatórios instaurados

pelo Ministério das Relações Exteriores e pela Caixa Econômica Federal, visando à contratação dos mesmos serviços, sendo que o Tribunal tem deliberado neste sentido, como, por exemplo, no TC 007.955/93-6, de relatoria do ex-Ministro FERNANDO GONÇALVES.

9. Prossegue afirmando a representante que o atestado de exclusividade da marca, como o fornecido pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo -FIESP à empresa Elevadores Atlas S/A, constante dos autos, comprova que ela é detentora da marca ATLAS, não implicando, porém, que seja produtora, fabricante ou fornecedora dos componentes que integram o equipamento que leva a sua marca.

10. Segundo a interessada, os equipamentos de modernização de elevadores são fornecidos ao mercado prestador de serviços pelas grandes empresas produtoras de equipamentos, como demonstram as notas fiscais emitidas pela Elevadores Atlas S/A, anexadas às fls. 79/80 do processo apensado.

11. Ainda que não existissem fornecedores nem produtores, o que não é o caso, a licitação, ainda assim, teria que ser deflagrada, porque há outras marcas no mercado como Otis, Schindler e Kone, sendo que esta última é de propriedade da Kone Elevadores, que já executou serviços em elevadores Atlas, tem filial em Brasília e suas peças encontram-se à disposição do mercado brasileiro, argumenta a interessada.

12. Concluindo, a representante denuncia que a contratação contestada revelou-se custosa aos cofres públicos, pois o Ministério das Relações Exteriores, por meio de certame licitatório, modernizou 9 (nove) elevadores, inclusa a manutenção pelos 24 (vinte e quatro) meses subseqüentes, pelo montante de R$ 451.081,44, ao passo que a contratação direta do Ministério das Comunicações para modernizar 8 (oito) elevadores, inclusa a manutenção pelos 12 (doze) meses subseqüentes, custou aos cofres públicos o montante de R$ 1.050.000,00."

III - Esclarecimentos do gestor quanto à Representação formulada pela Eleservice do Brasil

13. "Em resposta à diligência efetuada, o Sr. Subsecretário de Planejamento e Orçamento do MC enviou, por meio do Ofício nº 471/97, de 16.09.97 (fls. 01 do Volume I), cópia dos processos nºs 53000.001962/95 e 53000.002959/97 (Volumes II e III) – que tratam, respectivamente, do processo licitatório para contratação de empresa para prestação de serviços de manutenção dos elevadores do Ministério, do qual se sagrou vencedora a Eleservice, e do processo de contratação da empresa Atlas para execução dos serviços de modernização dos mesmos –, prestando as informações a seguir (fls. 02/11 do Volume I).

14. Segundo informado, o edifício-sede do Ministério conta com oito elevadores da marca Atlas, instalados na década de 70, sendo que seu uso contínuo por mais de vinte anos provocou a deterioração de seus componentes e freqüentes ocorrências de paralisações, ocasionando situações de constrangimento e risco aos usuários (v. fls. 112/113 do Volume III).

15. (...) Foi solicitado, então, ao fabricante dos elevadores (Atlas) que apresentasse proposta de modernização, a qual, segundo alegado, '*abrange aspectos muito acima da simplicidade equivocadamente colocada pela Representante, que atesta seu desconhecimento dos fatos, quando afirma 'que a parte mecânica continua a mesma' e quando confunde manutenção com modernização'* (fls. 03 do Volume I).

16. (...) Foi solicitado, também, a outras empresas e fabricantes que informassem o preço para o fornecimento de oito elevadores novos, a fim de se avaliar a melhor opção, obtendo-se o seguinte resultado:

a) Para modernização: proposta inicial apresentada pela Atlas (fls. 17 do Volume III): R$ 1.287.000,00 (um milhão, duzentos e oitenta e sete mil reais);

b) Para substituição:

b.1) Elevadores Schindler do Brasil S/A (fls. 125/126 do Volume III): R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), para oito elevadores com capacidade para 16 passageiros ou 1.120 kg;

b.2) Elevadores Otis Ltda. (fls. 127/134 do Volume III): R$ 1.330.000,00 (um milhão, trezentos e trinta mil reais), sem incluir os custos de desmontagem e remoção dos elevadores existentes, para oito elevadores com capacidade para 13 passageiros ou 910 kg;

b.3) Elevadores Atlas S/A (fls. 135/144 do Volume III): R$ 2.243.293,00 (dois milhões, duzentos e quarenta e três mil, duzentos e noventa e três reais), para oito elevadores com capacidade para 16 passageiros ou 1.120 kg.

17. Em vista disso, o Sr. Subsecretário justifica a contratação direta da empresa Atlas para execução dos serviços de modernização em virtude não apenas da vantagem econômica, mas também de atestados apresentados pela empresa, emitidos pela Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE e pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP (fls. 12/14 do Volume I), comprovando a exclusividade na '*prestação de serviços de instalação, montagem, manutenção, assistência técnica e fornecimento de peças e componentes de marca ATLAS'.*

18. De acordo, ainda, com o Sr. Subsecretário, foram também fatores determinantes da decisão pela contratação direta da Atlas as contratações da

mesma natureza, todas com fundamento em inexigibilidade de licitação, realizadas por outros órgãos da Administração, tais como o Ministério da Educação e do Desporto, a Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda – DAMF/DF e o Senado Federal (fls. 06 do Volume I e 67/70 do Volume III).

19. Além disso, com a intenção de legitimar a citada contratação, o Sr. Subsecretário menciona um levantamento de mercado efetuado pela DAMF/DF junto às empresas Atlas, Sûr, Schindler do Brasil e Otis, o qual atesta que tais empresas '*não executam serviços e modernização em marcas distintas das que fabricam, por não possuírem peças originais para elevadores de outras marcas, além da preocupação com a qualificação da mão-de-obra e ferramental específicos para os elevadores de suas marcas*' (fls. 06 do Volume I).

20. Cabe ressaltar que a contratação da Atlas para modernização dos elevadores, com fundamento em inexigibilidade de licitação, foi objeto de análise e aprovação por parte da Consultoria Jurídica do Ministério (Informação CONJUR/MC nº 255/97, fls. 120/124 do Volume III) e da Secretaria de Controle Interno do MC (Análise Prévia nº 108/97, fls. 163 do Volume III).

21. (...) Segundo informado, o contrato firmado com a Eleservice, para manutenção dos elevadores, foi rescindido (fls. 477 do Volume II) em razão de o novo contrato firmado com a Atlas, para modernização dos mesmos, incluir os serviços de manutenção preventiva e corretiva, sem ônus para o Ministério, ao longo de dezoito meses, período correspondente à reforma e à garantia dos serviços contratados, gerando uma economia de R$ 128.500,00 (cento e vinte e oito mil e quinhentos reais) no período mencionado.

22. Alega o Sr. Subsecretário que, '*por todas essas razões, esta Administração por nenhum momento julgou ou julga que o procedimento não estivesse dentro da regularidade e legalidade que norteiam seus atos*", e "*que findo o período da garantia dos elevadores modernizados, da mesma forma procederá à competente licitação para contratar sua manutenção*' (fls. 07 do Volume I)."

IV - Esclarecimentos do gestor quanto à Representação da Well Engenharia

23. "Nos seus esclarecimentos, o responsável, de início, informa que adotou as providências necessárias, visando à apuração de denúncia formulada pela empresa Well Engenharia Ltda., veiculada na imprensa falada, dando conta de um eventual superfaturamento nos preços contratados para a modernização dos elevadores do edifício-sede do Ministério das Comunicações, considerando-se os preços apurados em licitação conduzida pelo Ministério das Relações Exteriores, vencida pela empresa Atlas Elevadores S/A, tendo o mesmo objeto.

24. As providências envolveram solicitação formal ao MRE de cópia dos documentos relativos à licitação citada, tendo sido atendida, por meio do Ofício nº 093-DSG-MRE (Anexo III do Volume IV), solicitação à empresa Elevadores Atlas de planilha comparativa de valores apresentados pela empresa ao MRE e MC (Anexo IV do Volume IV), e, por fim, a contratação da empresa Almeida e Castro Consultoria em Transporte Vertical Ltda. com vistas a emissão de parecer técnico relativo à obra contratada pelo MC (Anexo II do Volume IV).

25. (...) Do Parecer Técnico da consultora, o responsável transcreve excertos em que a empresa traça um paralelo entre os custos de modernização dos elevadores do MC e do MRE, *in verbis* (fls. 41/42):

25.1 '*Em termos de valores absolutos e considerando-se as diferenças de especificação, deve-se esperar custo mais elevado no caso da modernização dos elevadores do MC, com relação ao MRE. Ainda que fossem feitos no MRE os mesmos serviços especificados para o MC, os valores seriam mais elevados, em função das características dos equipamentos instalados. Além disso, instalações de maior valor costumam sofrer acréscimo no preço dos serviços por conta do risco e da responsabilidade do fabricante*'

25.2 '*Comparando-se isoladamente alguns itens comuns às duas propostas, constata-se que eles têm preços mais altos na especificação do MC. Esses itens representam 19 % do valor da proposta do MC*'

26. Segundo o responsável, estas conclusões levaram aquela Administração a comprovar a improcedência das alegações da denunciante. No entanto, considerando que as constatações do Relatório Técnico apresentavam, relativamente aos itens comuns às duas obras, possibilidade de redução de valores, procedeu-se à renegociação com a empresa Atlas com o intuito de se revisarem os valores contratados.

27. A renegociação, que envolveu conturbado processo de réplica e tréplica dos posicionamentos das partes, acarretou uma redução de 15% do valor contratado, concedida exclusivamente à luz do Decreto nº 2399/97.

28. Desta forma, após a formalização do repactuado, por meio do competente termo aditivo, os trabalhos da contratada, que foram paralisados por ordem daquela Administração desde o início da renegociação, em 30.12.97, foram retomados em 04.03.98 (fls. 42).

29. Prosseguindo, o Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração rebate as alegações da representante referente a descumprimento de decisão do Tribunal, com base no argumento de que a citada deliberação veda a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviço de manutenção e assistência técnica de elevadores, não tendo o Tribunal, ainda, deliberado sobre a exigibilidade de processo licitatório para

a contratação do serviço de modernização de elevadores, serviço que difere da manutenção, como comprovam as fotos que encaminhou, dispostas no Anexo VII do Volume IV.

30. (...) Quanto à denúncia de que o prazo de manutenção na contratação do MRE seria de 24 meses, contra apenas 12 meses na contratação do MC, o responsável alega que o representante omitiu informação de que a manutenção no contrato do MRE inicia-se na sua assinatura, ao passo que a do contrato do MC ocorre durante as obras e no período de 12 meses posteriores ao seu término, perfazendo, à época da avença, 22 meses, no mínimo, sendo que hoje já dilatou para 25 meses em razão da citada paralisação das obras."

Análise da 1ª Secex

31. "(...) O fato de a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica - ABINEE e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP atestarem a exclusividade da empresa Atlas Elevadores S/A na prestação de serviços de instalação, montagem, manutenção, assistência técnica e fornecimento de peças e componentes de marca Atlas não atenta contra a possibilidade de uma outra empresa prestar os serviços de conservação, manutenção ou modernização em um elevador da marca Atlas, quer adquirindo componentes e peças de reposição junto à detentora exclusiva da marca, quer adquirindo junto aos fornecedores desta montadora.

32. À alegação do responsável de que a contratação direta dos mesmos serviços por parte do Ministério da Educação e do Desporto, da Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda e do Senado Federal foi fator determinante na contratação direta da empresa Atlas Elevadores S/A contrapomos as contratações dos mesmos serviços, efetuadas após o competente certame licitatório, pelo Ministério das Relações Exteriores e Caixa Econômica Federal, exemplos cabais da viabilidade de competição neste mercado.

33. Se, como alega o gestor, os certames licitatórios instaurados por órgãos ou entidades têm sido vencidos sistematicamente pelas grandes montadoras, tal fato não se constituiria em um argumento favorável à contratação direta desses serviços, mas, sim, em uma tendência do mercado dentro das condições atuais, passível de mudanças dentro da dinâmica nele existente.

34. Exemplo deste dinamismo é o fato de que empresas montadoras podem, a qualquer momento, se dispor a executar serviços de modernização, ou outros serviços, em elevadores de outras marcas, como já o faz a empresa Kone Elevadores Ltda., filiada a uma grande empresa multinacional do setor, sendo que a detentora da marca Kone nos Estados Unidos da América, Montgomery Kone Inc., divulga, em anúncios publicitários, que mais de 75%

dos seus serviços de modernização são executados em elevadores de outras marcas (Cf. a página da WWW: http://www.montgomery-kone.com/5th/502/moderniz/mod14.htm).

35. (...) As evidências e considerações que levaram o Tribunal a determinar a realização de certame licitatório para contratação dos serviços de manutenção, conservação e assistência técnica em elevadores estendem-se de modo a, também, se aplicarem à contratação do serviço de modernização de elevadores, contudo, por tratar-se de serviços complexos e extremamente dependentes de fornecimento de equipamentos, e diante da singularidade desse mercado, cumpre à administração resguardar-se devidamente, de modo a garantir que a adjudicatária dos serviços os executarão de forma segura, tempestiva, obedecendo fielmente ao acordado.

36. Quanto à solicitação das representantes de que seja declarada a nulidade do contrato e sustados os serviços, entendo que estas medidas não devem ser aplicadas ao caso por serem contrárias ao interesse público.

37. De acordo com a cláusula segunda do termo aditivo ao Contrato nº 013/97, a contratada deve terminar os serviços em conformidade com um novo cronograma que estabelece o prazo de 120 dias, contados da data da assinatura, para o término dos trabalhos, restando somente os serviços, por mais 365 dias, de manutenção (v. fls. 99 do Anexo I do Volume IV).

38. Considerando que o termo aditivo foi firmado em 04.03.97, na presente data, os trabalhos complexos já devem ter sido realizados, sendo, destarte, descabida a adoção de medidas que visassem à reversão dos atos, pois, muito provavelmente, tais medidas trariam consideráveis danos ao Erário e gerariam novos transtornos aos usuários dos elevadores daquele órgão, atentando contra o seu regular funcionamento.

39. Por outro lado, há que se reconhecer que o responsável ouviu a Consultoria Jurídica/MC, obtendo parecer favorável à contratação direta, que a CISET/MC, da mesma forma, foi ouvida e não se opôs ao ato questionado, além disso, devemos ter em mente que as decisões do Tribunal contrárias à contratação direta referem-se aos serviços de manutenção, conservação e assistência técnica em elevadores, não tendo a Corte de Contas, até a presente data, se manifestado sobre a contratação direta dos serviços de modernização, que são bem distintos, especialmente quando se trata de uma reforma ampla, como foi no presente caso.

40. Diante destes fatos, entendo que não há que se falar, da mesma forma, em apuração de responsabilidades, como requerem as interessadas, mas, sim, de determinação à unidade jurisdicionada.

41. Passemos a tratar agora da questão subsidiária, trazida aos autos pela representante Well Engenharia, Assessoria Técnica e Representações Ltda.,

referente a possível prática de preços acima dos de mercado na contratação questionada.

42. Em seus esclarecimentos, vimos que o responsável contratou a empresa Almeida e Castro - Consultoria em Transporte Vertical Ltda. com o intuito de apurar denúncia veiculada na imprensa falada dando conta de supefaturamento na contratação da empresa Elevadores Atlas S/A, tendo por base os preços praticados, em serviços similares, no Ministério das Relações Exteriores.

43. Do Relatório produzido pela consultora, o responsável cita trechos que mencionam as diferenças entre as obras realizadas nos dois órgãos, justificando a diferença de preços praticados nos dois contratos, tendo em ambos a mesma contratada, Elevadores Atlas S/A.

44. Paradoxalmente, ele relata posteriormente que '*..... em vista de as constatações do Relatório Técnico relativamente aos itens comuns às duas obras apresentarem a possibilidade de redução de valores, esta Administração, de imediato, entabulou a renegociação com a empresa Atlas no intuito de serem revistos os valores contratados, conforme ofício n. 331/97 enviado àquela empresa em 30.12.97 e demais documentos constantes do Anexo I - fls. 181 a 219, e, reuniões realizadas entre as partes*'.

45. Esta renegociação, segundo o responsável, após conturbadas discussões, acarretou uma redução de 15 % no valor do contrato original, que era de R$ 1.050.000,00, ou seja, uma economia de R$ 157.500,00.

46. Depreende-se desse relato que, ou aquele órgão deixou de tomar as medidas prévias e indispensáveis à assinatura do contrato, ou, realmente, o contrato foi firmado em base de preços superiores aos praticados no mercado à época, contudo, os elementos constantes dos autos não permitem a emissão de um juízo conclusivo acerca dessa questão.

47. Isto denota que a Administração não observou o prescrito no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre a obrigação de que os processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação sejam instruídos, dentre outros elementos, com a justificativa do preço contratado, comprovando a sua compatibilidade com os preços de mercado, elementos estes não constantes dos autos.

48. Não nos parece pertinente, contudo, a adoção das medidas requeridas pela representante, tais como apuração de responsabilidades e anulação do contrato, se considerarmos que o responsável, ao tomar conhecimento da denúncia, tomou as devidas providências com vistas a sua apuração, inclusive contratando empresa de consultoria em transporte vertical para o assessoramento daquela administração na condução do contrato em tela e se

considerarmos as, já citadas, custosas conseqüências da lavratura de um distrato neste momento, para aquela administração.

49. As providências adotadas pelo responsável culminaram em um desconto substantivo no valor do contrato que, ao mesmo tempo em que confirma impropriedades no processo de contratação, afasta a hipótese de dano ao Erário nos presentes autos, considerando as conclusões contidas no Relatório da empresa consultora.

50. Da mesma forma, não há indícios nos autos de dolo ou locupletamento por parte do responsável nos atos que viabilizaram a contratação da empresa Elevadores Atlas S/A.

51. Em síntese, acreditamos que houve falhas no processo de contratação da referida empresa, cujas conseqüências prejudiciais foram, em boa parte, eliminadas com a adoção de atos corretivos, que, no entanto, não lograram elidi-las.

52. Essas impropriedades dizem respeito à não adoção de medidas administrativas, anteriores à contratação, que permitissem verificar se a proposta de preço da contratada estava compatível com os preços praticados no mercado."

53. (...) Não há como considerar procedente a denúncia da representante Eleservice do Brasil Componentes Eletrônicos Ltda. de que foi pressionada a concordar com a rescisão do contrato de manutenção e conservação dos elevadores do edifício-sede daquele órgão, pois consta dos autos que, após diversas conversações com a contratante, a representante assinou o termo de distrato.

54. (...) Quanto a eventuais dificuldades postas por aquela Administração ao acesso da empresa Well Engenharia, Assessoria Técnica e Representações Ltda. ao processo de contratação dos serviços de modernização de elevadores, temos que considerar que a representante teve acesso ao processo daquele órgão como requerido, inclusive obtendo cópias de alguns elementos, e considerar, ainda, a justificativa apresentada pelo responsável, dando conta de que o atraso no atendimento do citado pedido foi devido a um acúmulo extraordinário de tarefas naquela administração, o que nos leva a dar por satisfatoriamente resolvida e justificada a questão"

Proposta de Encaminhamento

55. "Eram estas as considerações que tínhamos a tecer e que nos permitem, ao submetermos os presentes autos à consideração superior, propor que:

I. se conheça da representação formulada pela Eleservice do Brasil - Componentes Eletrônicos Ltda., bem como da formulada pela Well

Engenharia, Assessoria Técnica e Representações Ltda., constante de processo apensado aos presentes autos, ambas nos termos do § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, para, no mérito, considerá-las procedentes em parte;

II. seja determinado à Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério das Comunicações que:

a) se abstenha de contratar diretamente os serviços de modernização de elevadores com fundamentação legal dada pelo inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/93, diante da viabilidade de competição no setor;

b) diante das peculiaridades do mercado de serviços de modernização em elevadores, adote, no curso do processo licitatório para contratação destes serviços, medidas previstas na legislação vigente, necessárias a assegurar que a adjudicatária do objeto licitado executará os serviços de acordo com o avençado, notadamente no que diz respeito à qualidade do equipamento, componentes e peças de reposição, segurança dos usuários e cronograma dos trabalhos;

c) observe, nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação permitidos pela lei, o disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, notadamente no que diz respeito à exigência de fazer constarem dos referidos autos elementos que justifiquem o preço contratado.

III. sejam encaminhadas às representantes cópias da decisão que vier a ser proferida, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem;

IV. sejam, oportunamente, juntados os presentes autos às contas da Coordenação-Geral de Serviços Gerais do Ministério das Comunicações, exercício de 1997, considerando-se que esta é a unidade do órgão responsável por suas contratações."

É o Relatório.

VOTO

Consoante o percuciente exame feito pela Unidade Técnica, não restam dúvidas de que os serviços de modernização de elevadores estão sujeitos ao devido processo licitatório, pelo simples fato de haver possibilidade de competição entre as diversas empresas que atuam no ramo.

2. Nesse sentido, restou demonstrado que não procede a alegação de que os elevadores de determinada marca somente podem ser "modernizados" pelos seus fabricantes. Prova disso é que a empresa Kone Elevadores Ltda., segundo informado pela 1ª SECEX, executa serviços de modernização em outras marcas de elevadores, assim como também faz a detentora da marca Kone nos Estados Unidos, que divulga em anúncios publicitários que mais de 75% de seus serviços de modernização são feitos em elevadores de outros fabricantes.

3. Da mesma forma, os componentes eletrônicos necessários a essa modernização são fornecidos também por empresas que não são fabricantes de elevadores, conforme comprovam os folhetos de publicidade juntados aos autos pela ELESERVICE (fls. 13/15). Há também outras peças de elevadores que não são fornecidas exclusivamente pelas empresas detentoras das respectivas marcas, como por exemplo, cabos de aço de tração, que são fabricados por diversas siderúrgicas no País e foram utilizados tanto no processo de modernização dos elevadores do Ministério das Relações Exteriores quanto no do Ministério das Comunicações. A disponibilidade dessas peças no mercado indica que empresas não fabricantes de elevadores, mas prestadoras de serviços, a exemplo das ora Representantes, podem competir no setor, realizando reformas, assistência técnica, manutenção e a modernização de elevadores. Consoante abordou a Unidade Técnica, tais componentes devem ser disponibilizados, para quem queira comprá-los, inclusive pelas próprias empresas fabricantes de elevadores, por força da Lei n° 8.078/90, especialmente pelo disposto em seu art. 32, *verbis:*

> "Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.
>
> Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei."

4. Além dessas evidências, consta dos autos que diversos órgãos públicos realizaram licitação tendo por objeto a modernização de elevadores, tais como a Caixa Econômica Federal (Concorrência n° 08/96), o Ministério das Relações Exteriores (Concorrência n° 03/97), o Ministério da Justiça (Tomada de Preços n° 03/97), a Justiça Federal/Seção Judiciária do DF (Tomada de Preços n° 09/97) e a Presidência da República (Convite n° 03/97). Na concorrência realizada pelo Ministério das Relações Exteriores, seis empresas compareceram à licitação, o que demonstra, de forma inequívoca, a possibilidade de competição e a necessidade de os demais gestores realizarem o certame licitatório exigido pela Lei n° 8.666/93.

5. A contratação direta, sem licitação e sem a justificativa do preço, esta expressamente exigida pelo parágrafo único do art. 26 da Lei n° 8.666/93, possibilitou a ocorrência de superfaturamento, consoante denunciado pela empresa Well Engenharia Ltda. e demonstrado pela empresa de consultoria contratada por aquele órgão. Com efeito, ao comparar alguns itens comuns às propostas feitas pela empresa ATLAS junto ao MC e ao MRE (botões de chamada, cablagem e fiação, cabos de aço, operadores de porta, etc.), a empresa de consultoria detectou preços mais altos nos componentes fornecidos ao primeiro. Na maioria desses itens, a diferença de preço foi de mais de 100% em relação ao cotado junto ao MRE, o que representou ao final, segundo levantamento feito por minha Assessoria, cerca de R$ 125.000,00 a mais no preço pago pelo MC.

6. O prejuízo advindo do superfaturamento, conforme mencionado no Relatório que antecede este Voto, foi eliminado com o desconto obtido pelo

Ministério junto à ATLAS, no valor de R$ 157.500,00, após negociações realizadas com base nas conclusões do relatório da empresa de consultoria.

7. Desta forma, os elementos constantes dos autos demonstram a procedência dos fatos alegados nas Representações em exame, quais sejam: a indevida ausência de licitação e o superfaturamento no preço contratado pelo Ministério das Comunicações.

8. No entanto, deixo de propor a apuração de responsabilidades e a anulação do respectivo contrato, por entender, assim como entendeu a 1ª SECEX, que não houve má-fé por parte dos gestores, que agiram com base em manifestações favoráveis do órgão jurídico do Ministério e da própria CISET/MC. Além disso, adotaram providências com vistas à apuração da denúncia de superfaturamento e tão-logo verificaram sê-la procedente negociaram o preço contratado, obtendo um significativo desconto, o que afasta a possibilidade de prejuízos aos cofres públicos. Por outro lado, é de notar que até a presente data não havia ainda o Tribunal decidido ser cabível a licitação para a contratação de serviços de modernização de elevadores, assim como já havia feito anteriormente com relação aos serviços de manutenção, conservação e assistência técnica, fato que evidentemente não justifica mas pode ter contribuído para a consumação do ato irregular praticado pelos gestores. Isto posto, uma vez que não haveria responsabilidades a apurar, e já tendo sido executado o objeto contratual, não teria sentido determinar-se a anulação do respectivo instrumento, pela impossibilidade fática de se voltar ao *statu quo* anterior ao da contratação, sem que isso acarrete prejuízos para a Administração e também para a empresa contratada.

9. Quanto à sugestão formulada pela SECEX de que se determine ao órgão a realização de licitação quando da modernização de elevadores, deixo de acolhê-la, apenas por entender ser muito pouco razoável que em curto espaço de tempo venham novamente tais elevadores a necessitar de nova modernização.

10. Quanto às questões secundárias trazidas aos autos pelas Representantes - rescisão amigável do contrato mantido com a ELESERVICE e atraso na entrega de informações à empresa Well Engenharia -, acompanho o parecer da Unidade Técnica, que demonstra serem improcedentes as alegações das mencionadas empresas.

11. Por fim, considerando que a Subsecretaria de Planejamento e Orçamento, apesar de ter assinado o contrato, não presta contas diretamente a este Tribunal, e que os atos administrativos decorrentes do referido contrato são de responsabilidade da Coordenação-Geral de Serviços Gerais do Ministério, entendo conveniente que o Tribunal mande juntar estes autos às Contas da referida Coordenação relativas ao exercício de 1997, conforme sugere a 1ª SECEX.

Diante do exposto, acolhendo, no mérito, o parecer da Unidade Técnica, VOTO por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

DECISÃO Nº 575/98 - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo nº 009.796/97-5 (APENSO: TC-015.168/97-2)

2. Classe de Assunto: VII - Representação.

3. Interessados: ELESERVICE do Brasil - Componentes Eletrônicos Ltda. e WELL Engenharia, Assessoria Técnica e Representações Ltda.

4. Órgão: Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério das Comunicações.

5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: 1ª SECEX.

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

8.1. conhecer das presentes Representações, uma vez que preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-las procedentes no que concerne às seguintes questões:

a) contratação, pela Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério das Comunicações, sem a realização do competente processo licitatório, este considerado indevidamente como inexigível - tendo em vista que não restou comprovada a inviabilidade de competição - da empresa Elevadores ATLAS S/A, tendo por objeto a reforma e a modernização de elevadores instalados no edifício-sede daquele Ministério;

b) superfaturamento no preço contratado com a empresa ATLAS comparativamente ao preço ofertado por esta mesma empresa por ocasião de Concorrência realizada pelo Ministério das Relações Exteriores tendo também por objeto a modernização de elevadores, uma vez que, em alguns itens comuns aos serviços contratados em ambos os Ministérios, foram detectados pela empresa de consultoria Almeida & Castro preços sensivelmente mais elevados na proposta apresentada ao Ministério das Comunicações.

8.2. acatar parcialmente as justificativas apresentadas pelo gestor do órgão representado, tendo em vista que a Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações e também a Secretaria de Controle Interno do mesmo Ministério pronunciaram-se favoravelmente à contratação sem licitação, bem como por terem sido adotadas as medidas necessárias à redução do valor contratado em face do denunciado e comprovado superfaturamento;

8.3. determinar à Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério das Comunicações que observe, nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, o disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei n° 8.666/93, especialmente no que se refere à exigência de fazer constarem dos referidos processos as justificativas para o preço que estiver sendo contratado;

8.4. determinar a juntada destes autos, oportunamente, às Contas da Coordenação-Geral de Serviços Gerais, exercício de 1997;

---

1. Publicada no DOU de 04/09/98.

8.5. dar ciência desta Decisão aos interessados.

9. Ata nº 35/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 26/08/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin (Relator) e Valmir Campelo.

HOMERO SANTOS	BENTO JOSÉ BUGARIN
Presidente	Ministro-Relator

PETROBRAS – ADEQUAÇÃO DO MANUAL GERAL DE CONTRATAÇÕES DA EMPRESA À LEI Nº 8666/93
Pedido de Reexame/Denúncia (Ostensiva)

Ministro-Relator Iram Saraiva

Grupo II - Classe I - Plenário

Processo TC-010.124/95-0 e
Anexo TC-010.476/95-4 - Relatório de Acompanhamento.
Natureza: Pedido de Reexame/Denúncia (Ostensiva)
Entidade: PETROBRÁS Distribuidora S/A - BR
Vinculação: Ministério de Minas e Energia
Responsáveis: Orlando Galvão Filho (Presidente); Mário de Paiva Ramos (Vice-Presidente) e Outros
Unidade de Instrução: 10ª SECEX

Ementa – Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR, contra o Acórdão n.º 240/97-TCU-Plenário, que autorizou a aplicação de multa aos responsáveis, e determinou a adequação do Manual Geral de Contratações da empresa à Lei n.º 8.666/93. Conhecimento. Provimento em parte.

RELATÓRIO

Cuidam os autos agora do Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR, objetivando a reforma do Acórdão n.º 240/97-TCU-Plenário, prolatado em Sessão Extraordinária de caráter reservado de 22-10-97, com o cancelamento da chancela de "sigiloso".

2. Naquela oportunidade, o Tribunal, entre outras medidas, aplicou multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, e determinou a reformulação do Manual Geral de Contratações, para adequá-lo aos princípios estabelecidos pela Lei n.º 8.666/93.

3. Adoto como Relatório parte do parecer de fls. 46/59, da Unidade Técnica, da lavra do AFCE Sérgio Ricardo Watanabe, que a seguir transcrevo:

.....

"3.1 **Argumentos dos recorrentes**: A diretoria da BR Distribuidora S/A alega que a denúncia promovida pela ABCAM, que deu origem ao TC-008.355/93-2, apesar de versar sobre fatos verdadeiros, não se referia a fatos ilícitos; no máximo poderiam ser classificados como falhas formais, haja vista a

redação de trecho (item 48 - fls. 48) do relatório de auditoria pertinente ao mencionado processo que descaracterizava a existência de irregularidades. Essa distinção faria com que se concluísse que a própria denúncia seria improcedente.

3.2Quanto ao descumprimento da Decisão 414/94-P, a empresa afirma que em nenhum momento desde a sua notificação teve o propósito de enganar esta Corte. Assim, a BR se dispôs a cumprir na íntegra a Lei das Licitações em todos os seus aspectos, excetuando-se os relativos ao transporte de carga líquida, devido à sua importância estratégica para os negócios da companhia. Essa intenção, segundo a diretoria, não teria sido ocultada da equipe de auditoria do TCU que realizou acompanhamento sobre o cumprimento da referida Decisão (TC-010.476/95-4 - fls. 148/156).

3.3Justificando a importância dos contratos firmados para o transporte de cargas líquidas, a empresa destaca que a natureza da grande maioria deles é de direito privado, englobando contrapartidas comerciais que possibilitam parcela significativa dos lucros da empresa.

3.4Os recorrentes ressaltam a relevância das participações da BR nas transportadoras coligadas, afirmando que, se elas não fossem estratégicas, teriam sido incluídas no PND - Programa Nacional de Desestatização, conforme dispunha o Decreto nº 1.068/94. De fato, considerando serem necessárias à consecução do objeto social da BR, o Comitê de Coordenação das Empresas Estatais e o Ministro das Minas e Energia decidiram manter essas participações.

3.5Mais ainda, a BR seria empresa exploradora de atividade econômica; portanto, sujeita ao mesmo regime das empresas privadas. Dessa maneira, os contratos por ela firmados seriam de natureza comercial, não pública. Essa condição, por outro lado, não as livraria da prévia licitação para todas suas transações, mas apenas para aquelas vinculadas ao cumprimento das atividades industriais para as quais foram criadas. Essa conclusão é coerente com a grande concorrência existente em um mercado altamente competitivo, como o é o da distribuição de combustíveis.

3.6Considerando-se ainda que a BR atua em todo o território nacional, devido à sua função social, a empresa necessita de um controle rigoroso de preços, pois seu resultado deve compensar custos de forma a garantir preços razoáveis para lugares de mais difícil acesso. Assim, se o frete não for incluso em suas negociações comerciais, a BR estará alijada daqueles mercados, repercutindo no abastecimento nas regiões longínquas. Situações como essa refletiriam a necessidade, reconhecida pelo próprio governo, de modificar o Estatuto das Licitações.

3.7Como um fato novo, a lei criadora da ANP - Agência Nacional de Petróleo, Lei 9.478/97, dispôs que as atividades econômicas ligadas ao monopólio do petróleo se desenvolveriam em caráter de livre competição, em função das condições de mercado. Nesse contexto estariam a PETROBRÁS e suas subsidiárias.

3.8Os recorrentes, citando Decisão deste Tribunal exarada no TC-625.068/95, além de parecer da Sra. Cristina da Costa e Silva, procuradora do Ministério Público junto a este Tribunal, no TC-649.091/94, afirmam que o conflito entre os art. 37, XXI, e 173, § 1º, da Constituição Federal deve ser resolvido de sorte a que o dever de licitar deva ser aplicado às atividades-meio das empresas estatais; as atividades-fim correspondentes a atos negociais seriam regidas pelo direito comercial. Esse entendimento estaria confirmado ainda na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme citação em fls. 12.

3.9Essa jurisprudência seria aplicável à BR, no caso ora examinado, pois o transporte de combustível seria uma das atividades-fim da empresa, uma vez que o frete é parte integrante do preço final dos produtos vendidos pela distribuidora. Dessa forma, os recorrentes querem justificar suas atitudes, ressaltando que a obrigatoriedade de licitar o transporte de carga líquida levaria a que a empresa ficasse em uma situação inferior às das suas concorrentes, perdendo negócios e realizando prejuízos.

3.10 Diante do exposto, a diretoria da BR requer que os fatos relatados na denúncia não sejam considerados ilícitos, julgando-a improcedente. Ademais, diante da descaracterização da irregularidade dos fatos, solicita que sejam canceladas as multas aplicadas. Por fim, pede que seja apreciado o Manual Geral de Contratações da BR a ser submetido ao Ministro de Minas e Energia, apresentado em anexo (fls. 15/40 - Vol. I), e que seja determinado à BR que continue licitando para as contratações de suas atividades-meio, regendo-se pelo direito comercial quanto às suas atividades-fim, em respeito ao seu manual de contratações.

3.11 Quanto ao exercício de sua defesa, os recorrentes solicitam que lhes seja deferido o direito a sustentação oral, pessoal ou por procurador, sendo para isso intimados na sede da empresa para comparecerem à respectiva Sessão. (grifamos)

3.12 **Análise**: A questão principal referenciada no pedido de reexame apresentado pela BR é a relativa à necessidade de licitar o transporte de combustíveis líquidos, pois dela decorrerão todos os demais efeitos pretendidos pelos recorrentes. Portanto, analisar-se-á preliminarmente esse tema, passando para os demais por decorrência lógica.

3.13 A obrigatoriedade de toda a Administração Pública, direta e indireta, se submeter ao processo de Licitação Pública para contratação de obras, serviços,

compras e alienações vem estatuída no Art. 37, XXI, da Constituição Federal. A vontade maior do constituinte originário, regulamentada por meio da Lei 8.666/93 e aliada ao respeito aos princípios da publicidade, da impessoalidade e da moralidade, buscou assim preservar a isonomia entre os concorrentes, evitando que determinados interessados em contratar com a Administração se situassem em posição superior a outros.

3.14 O objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, prioritário no Decreto-Lei 2.300/86, surge como coadjuvante necessário em todo processo licitatório, conforme previsão no *caput* do art. 3º do Estatuto das Licitações atualmente vigente.

3.15 Preocupado em preservar a isonomia dos licitantes, o legislador estabeleceu como regra geral a realização das licitações em todas as transações comerciais nas quais a Administração contrate com terceiros. Entendeu, porém, que há situações nas quais não é possível sua realização, listando suas exceções por meio de dispensas e de inexigibilidades previstas na própria Lei 8.666/93.

3.16 Há categorias de transações, todavia, que não podem ser incluídas no universo abarcado pelo art. 37. XXI da CF. Tais práticas se formalizam no contexto da administração indireta, particularmente no das sociedades de economia mista e das empresas públicas exploradoras de atividades econômicas.

3.17 A conclusão da existência de um conjunto de procedimentos no qual não é cabível a execução de licitações ganha relevos práticos quando se analisa a rotina de uma empresa estatal típica. Não é possível imaginar, por exemplo, que a Acesita ou a CSN, quando estatais, procurassem licitar a compra de minérios em uma concorrência pública para serem processados por elas e posteriormente licitassem para vender seus produtos decorrentes do processamento.

3.18 Perceba-se que o mecanismo de compra e venda obedece às demandas do mercado, seja ele fornecedor, seja ele consumidor, para os quais a empresa deve reagir com velocidade, pois todas essas situações encontram seus anônimos compradores e vendedores no próprio mercado, que providencia sua peculiar isonomia, tornando impensável a realização de quaisquer modalidades de procedimentos licitatórios para essas transações. Outra não é a orientação do inciso IV do art. 170 da CF, quando determina que a Livre Concorrência seja um Princípio Geral da Atividade Econômica.

3.19 Atento a esse universo de atividades típicas do meio empresarial no qual estão inseridas essas empresas, o constituinte sabiamente resolveu, por meio do art. 173, § 1º, sujeitá-las ao regime jurídico próprio das empresas privadas. De fato, a preocupação que se evidencia é a de adequar os

procedimentos comerciais das estatais ao mercado no qual elas atuam; se o contrário fosse feito, a existência dessas empresas se inviabilizaria e todo o dinheiro público nelas investido se desperdiçaria.

3.20 Verifica-se dessa maneira ser apenas aparente a antinomia existente entre os artigos 37, XXI, e 173, § 1º, da CF, pois cada um desses dispositivos protege um bem jurídico próprio. Resguarda-se dessa forma a boa hermenêutica, como ensinou o mestre Carlos Maximiliano (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito. Editora Forense: 1998, pág. 356):

> 3.20.1 *Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e o alcance de cada uma.*

3.21 Os administrativistas encampam essa teoria, como se pode concluir a partir da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores: 1996, pág. 330):

> 3.21.1 Veja-se: não faria sentido pretender que uma sociedade de economia mista ou empresa pública exploradoras de atividade econômica (art. 173 e § 1º da Constituição) efetuassem licitação para adquirir os insumos que rotineiramente necessitam para a regularidade da produção industrial ou comercial a que estejam legalmente prepostas. Tanto quanto não o faria pretender que instaurassem dito certame para colocarem no mercado o que produzem. (grifos do original)

3.22 No caso específico das empresas estatais pertencentes ao setor petrolífero, pode-se perfeitamente admitir que a PETROBRÁS não realize licitações para vender derivados de petróleo à BR Distribuidora e a outras interessadas. Por outro lado, sabe-se que a PETROBRÁS adquire petróleo do exterior, para suprir suas linhas de produção, sem que seja necessária a realização de licitações. De fato, não seria possível imaginar que fosse diferente, pois essas transações exigem uma rápida conformação às realidades mercadológicas, sempre à procura do melhor preço e das melhores condições de negócio.

3.23 A razão principal para que essas transações sejam realizadas sem a prévia licitação é que tais atividades estão incluídas entre as atividades-fim daquelas empresas, ou seja, aquelas diretamente vinculadas à exploração da atividade econômica para a qual foram criadas, e, como será discutido adiante, estão amparadas por contratos comerciais, típicos do Direito Privado, pois não ocorre neles a posição de supremacia do Poder Público.

3.24 A relação entre a atividade-fim de uma empresa e o descabimento da realização do procedimento licitatório para as transações a ela relacionadas foi analisado pelo douto Ministério Público junto a esta Corte no TC-649.091/94-9 (Acórdão 680/96 - 2ª, Ata 35/96). Na ocasião, ao analisar embargos

declaratórios interpostos pela Meridional Leasing S/A, a Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva afirmou que:

> 3.24.1 *Assim, para adquirir bens para seu uso ou para alienar imóveis de sua propriedade ou nele efetuar obras, devem ser obedecidos os procedimentos licitatórios adequados. Porém, estando quaisquer dessas atividades diretamente vinculadas à exploração da atividade econômica pela empresa, não há que se exigir a realização do certame, eis que esta, nesse aspecto, sujeita-se ao regime jurídico das empresas privadas.*

3.25 Observe-se ainda que a BR tem como uma de suas atividades-fim a distribuição de derivados de petróleo, transferindo-os entre seus terminais ou deles para os postos revendedores ou para seus consumidores finais. A atividade de distribuir assume nesse caso uma acepção que a torna sinônimo da atividade de transportar, que é a sua materialização física, podendo se dar por intermédio de caminhões, barcos ou outros meios, como o faz a estatal. Assim, conclui-se que o transporte de combustíveis é de fato uma das atividades-fim da BR.

3.26 Ressalte-se que a conclusão sobre a atividade-fim de uma empresa independe de ela terceirizar ou não a sua execução, como o faz a BR. Nesse sentido cabe lembrar que a prática da terceirização não se restringe às atividades-meio de uma organização, podendo atingir também suas próprias linhas de produção, como se pode aferir de recentes empreendimentos industriais, como a nova fábrica da Volkswagen em Resende/RJ ou a fábrica de computadores da IBM em Campinas/SP.

Da natureza dos contratos

3.27 Coadunando-se a esfera do ser com a esfera do dever-ser de Hans Kelsen, a maioria dos contratos firmados por essas entidades é de natureza privada, nos quais a administração se encontra em pé de igualdade com os particulares, sem a posição de supremacia característica do contrato público. Essa conclusão deriva diretamente da intenção do constituinte originário de preservar a igualdade de condições no mercado, sem que as empresas estatais tivessem tratamento favorecido. De fato, o art. 173, § 2º, da CF é exemplar quando proíbe a concessão de favores fiscais às estatais não extensivos às empresas privadas, combinando-se corretamente com o princípio da atividade econômica estatuído no art. 170, IV, da Carta Magna , ou seja, a livre concorrência.

3.28 Essa conclusão encontra respaldo na doutrina predominante sobre contratos, como se pode inferir a partir das palavras do Prof. Toshio Mukai (*in* Contratos Públicos. Forense Universitária:1995, págs. 24/25):

3.28.1 É que a Constituição Federal dá competência à União (art. 22) para legislar sobre 'normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle'(inc. XXVII).

3.28.2 Portanto, seriam aplicáveis a todas as empresas sob controle estatal as normas gerais sobre contratos, constantes na Lei nº 8.666/93, sendo evidente que, sendo tais normas gerais, típicas do contrato administrativo, os contratos das empresas estatais seriam todos administrativos.

3.28.3 Ocorre que o § 1º do art. 173 da Constituição, em homenagem ao princípio da igualdade econômica entre as empresas estatais que explorem atividades econômicas e as empresas privadas, decorrente do princípio da livre concorrência (art. 170, IV), dispõe:

3.28.4 'A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.'

3.28.5 Portanto, os contratos das empresas estatais que exploram atividade econômica só podem ser contratos de direito privado, não lhes aplicando as normas gerais sobre contratos da legislação federal. Diante do aparente conflito entre as duas normas, há que se dar prevalência a esta última, pois ela encerra um princípio econômico decorrente da própria Constituição (o da igualdade econômica), enquanto a primeira se constitui em simples norma constitucional. Interpreta-se, pois, o disposto no inc. XXVII do art. 22, no que toca às 'empresas sob seu controle', que aí se enquadram apenas as empresas prestadoras de serviços públicos; assim, harmonizamos a interpretação dos dois dispositivos. (grifos do original)

3.29 Sabendo-se que a maioria dos contratos firmados por empresas estatais é de direiro privado, nem por isso se deve concluir que em todos eles seria incabível a licitação. De fato, somente para aqueles relacionados às suas atividades comerciais é que não é possível a licitação; para os demais, aplica-se a regra das licitações. Outro não é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (*in* Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores: 1996, pág. 114/115):

3.29.1.Assim, se é certamente obrigatório entender que os contratos das empresas estatais exploradoras de atividade econômica evidentemente não são contratos administrativos, nem por isto ter-se-á de concluir que, em todo e qualquer caso, as referidas pessoas estejam isentas do dever de licitar. Sem dúvida, a adoção de procedimento licitatório seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na atividade econômica, isto

é, não seria exeqüível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas. As delongas da licitação inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstariam a obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos.

3.29.2 Entretanto, podem-se pôr, e pôr-se-ão, hipóteses em que realizá-la não traria inconveniente algum e não contenderia com as razões óbvias pelas quais a Constituição estabeleceu que as entidades estatais exploradoras de atividade econômica se submetem ao regime aplicável às empresas privadas. Referimo-nos aos casos em que estas pessoas pretendam, *exempli gratia*, construir a fábrica onde se instalarão, o prédio em que funcionarão seus escritórios, ou intentem adquirir a maquinaria necessária para sua produção, ou mesmo os móveis e equipamentos de suas sedes ou filiais. Nenhuma destas atividades reclama a desenvoltura que é requerida para a normal, ágil e fluida exploração da atividade econômica a que foram por lei prepostas e que levou a Constituição a dispor que teriam regime correspondente ao das empresas privadas.

3.29.3 Realizando licitação em hipóteses desta ordem, como obrigatoriamente terão de realizar, os sujeitos em apreço não estarão em nada divorciados do espírito informador do § 1º do art. 173 e, pelo contrário, estarão atendendo a norma contida no art. 37, XXI, da própria Constituição, que fixa, como regra geral para o Poder Público e entidades estatais, a adoção de procedimento licitatório quando se proponham a adquirir ou alienar bens, contratar obras ou serviços. Ou seja: o § 1º do art. 173 é uma exceção (específica para as entidades governamentais exploradoras de atividade econômica) a esta regra geral. Donde, há de ser entendida nos limites necessários ao atendimento das razões pelas quais existe dita exceção. Não há por que dilargá-la além do necessário para a observância do propósito que a inspira. (grifos do original)

3.30 Perceba-se que essas situações nas quais não é possível licitar referem-se às atividades-fim das empresas, objeto de contratos tipicamente comerciais sujeitos às leis do mercado, pois formalizam a execução do objeto social da empresa. Tais transações não se confundem com as demais, ligadas ao funcionamento das atividades-meio das organizações, tais como compra de imobilizado ou de material de almoxarifado, para as quais se deve respeitar o princípio constitucional da prévia licitação.

3.31 A natureza comercial dos contratos de transporte da BR tem como implicação lógica a importância operacional que eles assumem, coadunando-se com a realidade do mercado, que demanda respostas rápidas para os cenários novos que constantemente se apresentam. Essa constatação adquire maior relevância com a criação da ANP - Agência Nacional de Petróleo e o

contexto de concorrência que se avizinha para a PETROBRÁS e para suas subsidiárias. A BR, adiantando essa situação, já se encontra em um mercado altamente competitivo, com a entrada constante de novas distribuidoras privadas facilitada pelo *caput* do art. 56 da Lei 9.478/97 e legislações anteriores. Ressalta-se ainda que essa Lei define como um dos objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia a promoção da livre concorrência (inciso IX do art. 1º).

3.32 Lembra-se ainda que no mercado de venda de derivados de petróleo, há somente um fornecedor, que é a PETROBRÁS; assim, as parcelas restantes que determinam o preço final para as empresas distribuidoras são decorrentes de componentes comuns a todas as empresas participantes do mercado, tornando a parcela referente ao frete formadora essencial do custo dos produtos e inerente à atividade-fim da empresa. Nesse sentido, merece relevo o voto do Exmo. Ministro Homero Santos, relator do TC-008.355/93-2, que, ao se referir à inclusão do frete como integrante do preço final, destaca sua importância para a atividade empresarial:

> 3.32.1 No que diz respeito à incorporação do custo do frete ao preço do produto, sem discriminação e especificação em Notas Fiscais, considerada pela Inspeção como indevida à vista de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, observo que as Notas Fiscais, espelhadas como exemplos, especificam o objeto vendido, seu volume e o preço CIF (com frete). Deixo de acolher a sugestão de se determinar seja discriminado, na Nota Fiscal, o custo do frete, à medida em que, na formulação do preço final do produto vendido, existem outros custos que, decerto, além de constituírem segredo empresarial, só interessam ao vendedor, o que em nada interferiria, sob o ponto de vista comercial, no direito do consumidor (posto revendedor); além do mais, trata-se de matéria eminentemente tributária e de normas relacionadas com a defesa do consumidor.

3.33 Ressalta-se que o frete é integrante do custo direto da BR, sendo dessa forma indissociável da atividade comercial da empresa, assim como o é a matéria-prima que transporta, devendo ambas serem objetos de contratos comerciais. A inclusão do seu impacto nas notas fiscais, como parte do preço é apenas uma flagrante decorrência dessa constatação.

3.34 Assim, sendo os contratos de transporte elemento essencial na formação do preço (item 42 - fls. 12 - Vol. I), eles são a principal ferramenta a que pode recorrer a BR para competir no mercado, uma vez que o produto posto à disposição pela PETROBRÁS no mercado é único para todas as distribuidoras. Principalmente por meio deles ela pode reagir rapidamente a uma redução local de preços - *guerra de preços*, usando-se de contrapartidas comerciais que permitam a continuidade da demanda e, por conseqüência, a continuidade do contrato de transporte e da sobrevivência da transportado-

ra e da própria BR no mercado. Perceba-se que se trata de um restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro no qual ambas as partes concordam em ceder parcelas de seu ganho, com a decorrente redução do preço final, em prol da continuidade de ambas no mercado.

3.35 Ademais, a BR assume um papel social na medida em que ela está presente em diversas localidades que não interessam a nenhuma outra empresa transportadora (fls. 7 - Vol. I), com a assunção de evidentes prejuízos financeiros. Dessa maneira, deve ter mobilidade para rapidamente alterar seus preços e compensar essas perdas com os ganhos de outros pontos do país, com a necessidade de negociação caso a caso com as empresas transportadoras (fls. 8 - Vol. I).

3.36 Percebe-se dessa forma a natureza comercial e estratégica dos contratos de transporte celebrados pela BR, os quais assumem características peculiares e próprias do ramo econômico a que pertence a distribuidora. Tal fato torna inviável a realização do prévio procedimento licitatório para sua contratação, uma vez que esses contratos estão ligados à essência da atividade econômica por ela exercida.

3.37 Refletindo o exposto nesta instrução, conclui-se que os contratos de transporte celebrados pela BR Distribuidora são próprios da exploração da atividade econômica para a qual a estatal foi criada; portanto são de natureza comercial e independem da prévia licitação. Destarte, propõe-se que seja dado provimento a este pedido dos recorrentes, determinando que a BR continue a licitar para as contratações das suas atividades-meio, regendo-se suas atividades-fim pelas normas do Direito Privado.

3.38 Ao se propor essa conclusão, verifica-se que não somente parte do Acórdão 240/97-P recorrido deva ser tornada insubsistente, pois a própria Decisão 414/94-P, em que baseou a denúncia, também estaria prejudicada. Destarte, propõe-se que, apesar de não ter sido objeto do recurso, seja dada nova redação à Decisão 414/94-P, excluindo a obrigatoriedade de a BR realizar processo licitatório para a contratação de transporte dos produtos referentes à atividade-fim da empresa.

Do pedido de cancelamento da multa

3.39 O fato de se considerar correta a não realização de procedimento licitatório para a distribuição dos seus produtos não torna procedente de todo e de pronto o pedido apresentado pelos recorrentes. Assim, a pretensão de afirmar que a denúncia promovida pela ABCAM, sobre a contratação das transportadoras sem a prévia licitação, versava sobre fatos lícitos não lhes daria a *priori* a prerrogativa de descumprir uma decisão desta Corte.

3.40 Deve ser considerado, todavia, que ao se considerar adequado o procedimento da estatal, desaparece a ilegalidade decorrente do descumprimento do Estatuto das Licitações. Ademais, deve ser ressaltada a atenuante mencionada pelo Exmo. Ministro Carlos Átila, relator do acórdão recorrido, que reconhecia que os responsáveis *buscavam assegurar maior competitividade à estatal, na concorrência com as empresas privadas, em sua atividade fundamental de distribuidora de combustíveis.* Essa atenuante demonstra que os membros da Diretoria da BR não tiveram ganho financeiro pessoal algum, pois somente protegeram os interesses da empresa e, por conseqüência, o próprio Erário Público.

3.41 É evidente que a administração da BR poderia ter recorrido aos remédios adequados, solicitando por meio de recurso a reforma da Decisão desta Corte; porém, ao contrário, preferiu se omitir. Frisa-se, todavia, que não há evidências de locupletação ou de desvios decorrentes dos atos praticados, mas apenas o zelo que todos os administradores deveriam ter com o patrimônio da empresa.

3.42 Tecendo essas considerações e verificando que foi preservado o interesse público, conclui-se pela proposta de cancelamento da multa.

Do pedido de examinar o Manual Geral de Contratações

3.43 O pedido formulado pela Diretoria da BR (fls. 14 - Vol. I) de examinar seu Manual Geral de Contratações (fls. 15/40 - Vol. I) é atípico nesse estágio do processo, em grau de recurso. De fato, tal solicitação seria equivalente a uma consulta, conforme previsão do inciso XVII do art. 1º da Lei 8.443/92, pois procura obter um posicionamento do Tribunal sobre a adequação legal daquele manual.

3.44 Entendida sua natureza, tal pedido, para seu conhecimento, deveria estar amparado pelos requisitos exigidos pelo Regimento Interno desta Corte, particularmente os dispostos no art. 216, que estipula quais são as autoridades competentes para interpor consulta. Respeitando aqueles ditames, verifica-se que a administração da BR Distribuidora não tem legitimidade para impetrar consultas.

3.45 A ausência da competência para propor essa modalidade de processo invalida a pretensão contida no pedido da BR; portanto, propõe-se pelo seu não-atendimento."

.....

4. Com essas ponderações, a instrução propõe, em síntese:

a – que o Tribunal conheça do presente recurso, a despeito de sua intempestividade, respeitando os princípios da verdade material e da ampla defesa;

b - no mérito, que o pedido seja parcialmente atendido, tornando insubsistente o Acórdão n.º 240/97 - TCU – P, recorrido;

c – que seja dada nova redação à Decisão n.º 414/94-TCU-P, excluindo-se a obrigatoriedade de realizar processo licitatório para as contratações de transporte que sejam atividade-fim da empresa; e

d – que seja dado conhecimento à PETROBRÁS Distribuidora S/A e à Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS, da Decisão que vier a ser tomada por este Colegiado.

5. O Sr. Diretor da 1ª Divisão Técnica, Gerson Cardoso de Lima, e a Sr.ª Secretária de Controle Externo da 10ª SECEX, Rosângela Paniago Curado Fleury, manifestam-se de acordo. (fls. 59/60)

6. O Sr. Representante do Ministério Público junto a este Tribunal, Dr. Walton Alencar Rodrigues, tece considerações, inicialmente, a respeito das alterações promovidas pela recente Emenda Constitucional n.º 19/98, que vieram abrandar o entendimento até então vigente, sobre a matéria (procedimento licitatório da Lei n.º 8.666/93, no âmbito das sociedades de economia mista e empresas públicas). Ressalta, entre outros aspectos, que, com a promulgação da Reforma Administrativa, implementada pela referida Emenda Constitucional n.º 19/98, a filosofia controladora foi revista, em prol da eficiência. Afirma que "...à luz do novo ordenamento jurídico, instaurado pela Emenda Constitucional n.º 19/98, os normativos internos não merecem reparos, devendo ser reformada a decisão recorrida." Dessa forma, Sua Excelência acompanha, em parte, o parecer da 10ª SECEX. Conclui, entretanto, pela mantença da aplicação de multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, ora recorrentes, pelas razões que sustenta em seu parecer de fls. 61/69.

7. Registro ainda que, da peça recursal, consta pedido de sustentação oral, a ser realizada pelos interessados ou por representante legal constituído, por ocasião da inclusão da matéria em pauta e deliberação do Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Como consignado na instrução, os processos acima indicados se originaram da Denúncia apresentada pela Associação Brasileira de Caminhoneiros – ABCAM, contra a PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR, sob o argumento de que a empresa estaria descumprindo a Decisão Plenária n.º 414/94 –TCU (Ata 30/94), prolatada no TC-008.355/93-2. A mencionada deliberação, baseada em relatório de inspeção ordinária realizada pelo Tribunal naquela entidade, converteu o processo em diligência e determinou que a BR alterasse seu Manual Geral de Contratações,

adequando-o à Lei n.º 8.666/93, e passasse a realizar licitações para contratar o transporte de seus produtos.

2. Em Sessão Extraordinária de 22-10-97 (de caráter reservado), o Tribunal julgou procedente a mencionada Denúncia e aplicou multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, em razão do descumprimento do *decisum* anterior. Determinou, entre outras medidas, que os dirigentes da BR adotassem providências no sentido de alterar o manual de licitações da entidade para tornar obrigatória a realização de procedimentos licitatórios para a contratação de transporte de seus produtos; e autorizou o cancelamento da chancela de "sigiloso" que incidia sobre a espécie (Acórdão n.º 240/97 - P, Ata 40/97).

II

3. Inconformados com a referida Decisão desta Corte, os Dirigentes da empresa interpõem agora o presente pedido de reexame do Acórdão n.º 240/97-TCU-Plenário.

4. Da análise do pleito, a Unidade competente, ao verificar que a data de autuação do pedido ultrapassou o prazo regimental de 15 dias, aponta sua intempestividade. Sobre esse fato, o Ministério Público junto ao Tribunal, ressalta que, isoladamente, seria motivo bastante para o Tribunal não conhecer do recurso. Entretanto, a 10ª SECEX sugere o seu acolhimento, com base nos princípios da verdade material e da ampla defesa, e o Sr. Procurador-Geral, ao concluir no mesmo sentido, considera a circunstância prevista no art. 32, parágrafo único, da Lei n.º 8.443/92, consistente na superveniência de fatos novos, trazidos pelos recorrentes.

III

5. A respeito do pedido de sustentação oral, formulado pelos interessados, esclareço que foram adotadas as providências necessárias pelo Gabinete deste Relator.

IV

6. No que tange ao pedido de o Tribunal examinar também, nesta oportunidade, o Manual Geral de Contratações da BR, vale ressaltar que tal solicitação caracteriza Consulta, consoante o art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/92. Isso, porque a Entidade busca obter um posicionamento do Tribunal sobre a adequação legal daquele estatuto. Como esclarece a Unidade de instrução, "...para seu conhecimento, [o pedido] deveria estar amparado pelos requisitos exigidos pelo Regimento Interno desta Corte, particularmente os dispostos no art. 216, que estipula quais são as autoridades competentes para interpor consulta." Assim posto, a 10ª SECEX ressalta que a ausência de competência para propor essa modalidade de processo invalida a pretensão contida na solicitação da empresa. Opina, consoante entendimento deste Relator, pelo seu não-atendimento.

V

7. De fato, a questão básica tratada no pedido de reexame versa a respeito da necessidade de a PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR, no desempenho das atividades finais e em função das quais ela foi constituída, licitar o transporte de combustíveis líquidos, pois dela decorrerão todos os demais efeitos pretendidos pelos recorrentes.

8. Sobre a legislação pertinente, vale ressaltar inicialmente que o então Decreto-lei n.º 2.300, de 21-11-86, ao dispor sobre licitações, estabelecia que a exigibilidade das normas nele contidas era aplicada apenas à administração centralizada e autárquica, havendo nesse sentido disposição expressa de que as empresas estatais deveriam editar regulamentos próprios, adaptados as suas peculiaridades, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação. Predominava, à época, a orientação de que as empresas estatais dispunham de ampla margem de liberdade para licitar, podendo, em seus regulamentos próprios, estabelecer os casos de dispensa e as faixas de valores dentro das quais desenvolveriam determinados procedimentos, de maior ou menor amplitude.

9. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa situação sofreu alteração. A exigibilidade de observância das normas sobre licitações às empresas estatais, de maneira genérica, pode se inferir inicialmente da junção do disposto em seu Artigo 37 (redação original), e o conteúdo do Inciso XXI, desse mesmo dispositivo constitucional:

> " Art. 37 – A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e também, ao seguinte:
>
> .....
>
> XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

10 Cabe contudo observar outro preceito constitucional, dispondo sobre empresas estatais, que, por suas implicações, não pode ser desprezado no exame da presente questão. Trata-se do Artigo 173, § 1º, da CF/88 (redação original), *verbis*:

> "Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias".

11 Posteriormente, com a edição da Lei n.º 8.666/93, ficou estabelecido expressamente que as normas nela contida se aplicariam também às empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União. Em conseqüência, os regulamentos próprios dessas entidades, antes de qualquer consideração, tiveram de ser ajustados. As mencionadas empresas podiam editar seus próprios manuais, desde que compatíveis com as normas legais, acrescidos apenas de detalhamentos e particularidades (conforme Artigos 118, 119 e Parágrafo único).

12.Essa mudança de tratamento, no sentido de se estabelecer normas de operatividade mais rígidas para essas entidades (paraestatais), que atuam em regime de direito privado, conforme reconhece a própria Constituição Federal de 1988, pode e deve agora, ao ver deste Relator, receber nova atribuição de finalidade, para se adotar um posicionamento de maior flexibilidade gerencial para tais entidades.

13.Como evidencia a doutrina, nenhum dispositivo legal, muito menos de nível constitucional, pode ser interpretado isoladamente, desvinculado do contexto no qual está inserido. Embora o texto legal se apresente freqüentemente revestido de evidente clareza, mesmo assim implica num trabalho de conhecimento, de assimilação e de complementação daquilo que o legislador pretendeu exprimir, trabalho esse que poderá ser mais ou menos complexo, mas que não pode deixar de ser considerado, para que as normas sejam aplicadas sem qualquer dúvida.

14.Abordando esse tema, afirma o eminente CARLOS MAXIMILIANO (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, Editora Forense, 1984, págs. 128 e 129):

> "O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.
>
> Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.
>
> Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se que o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.

O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocabulário, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial.

Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere – "é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma".

15.Ainda sobre a questão, convém registrar parte do parecer da 10 ª SECEX, que evidencia "...ser apenas aparente a antinomia existente entre os artigos 37, XXI, e 173, § 1º, da CF, pois cada um desses dispositivos protege um bem jurídico próprio. Resguarda-se dessa forma a boa hermenêutica, como ensinou o mestre Carlos Maximiliano (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito. Editora Forense: 1998, pág. 356):

3.20.1 Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e o alcance de cada uma."

16.Dessa forma, podemos inferir que uma das finalidades ou propriedades da interpretação sistemática está, exatamente, na superação de aparentes conflitos de normas, como coloca JUAREZ FREITAS, um dos mais brilhantes publicistas da atualidade (*in* A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros Editores, 1995, pág. 54):

"Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teológica, tendo em vista solucionar os casos concretos".

17.Como acima enunciado, a Constituição Federal de 1988 (original), em seu Art. 37, inciso XXI, estabelece uma regra geral, aplicável inicialmente a todas as empresas estatais. Por outro lado, o art. 173 separa uma espécie de empresa estatal, a que explora atividade econômica. Desta vez, para dizer que apenas esta pode e deve reger-se pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas. Cria uma exceção à regra geral, de forma que as exceções devem ter interpretação restrita, no sentido de que somente podem ser havidas como excepcionais as situações que se enquadrem perfeitamente na norma excepcionadora, sem extensões ou ampliações.

18.Vale ainda lembrar que as empresas estatais, especialmente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, segundo dispõe a Lei das Sociedades Anônimas n.º 6.404/76:

> *"Art. 153 – O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.*
>
> *.....*
>
> "Art. 238 – A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação".

19.Nesse particular, a Unidade competente pondera inicialmente que a BR, no desempenho de suas atividades finais, assume um papel social, na medida em que ela está presente em localidades que não despertam o interesse de outras empresas distribuidoras, aceitando inclusive evidentes prejuízos financeiros. Por essas razões, alerta que a empresa deve ter mobilidade para rapidamente alterar seus preços e compensar tais perdas com os ganhos de outros pontos do país, com a necessidade de negociação caso a caso com as empresas transportadoras. Faz referência à natureza comercial e estratégica dos contratos de transporte celebrados pela entidade, ressaltando que os mesmos assumem características peculiares e próprias do ramo econômico a que pertence a distribuidora, o que inviabiliza a realização do prévio certame licitatório para sua contratação, uma vez que esses contratos estão ligados à essência da atividade econômica por ela exercida.

20.Ademais, conforme também já abordado pela 10ª SECEX, "a atividade de distribuir assume nesse caso uma acepção que a torna sinônimo da atividade de transportar, que é a sua materialização física, podendo se dar por intermédio de caminhões, barcos ou outros meios, com o faz a estatal. Assim, conclui-se que o transporte de combustíveis é de fato uma das atividades-fim da BR", o que independe de sua execução ser ou não terceirizada.

21.Prossegue ainda Unidade Técnica, cujos aspectos ora são acolhidos, a destacar que:

> "Ressalta-se que o frete é integrante do custo direto da BR, sendo dessa forma indissociável da atividade comercial da empresa, assim como o é a matéria-prima que transporta, devendo ambas serem objetos de contratos comerciais. A inclusão do seu impacto nas notas fiscais, como parte do preço é apenas uma flagrante decorrência dessa constatação."

22.Esta constatação tornou-se mais clara com o advento da Lei 9.478/97, que consolidou o acirramento da concorrência no setor em que a BR atua, constituindo fato novo a corroborar a necessidade da empresa atuar com agilidade e competitividade no mercado, como forma de preservar o patrimônio que a constitui.

23.Neste sentido cumpre destacar que por força do "caput" e parágrafos do artigo 61 da lei que instituiu a ANP – Agência Nacional do Petróleo, a Petrobras e suas subsidiárias, dentre elas a BR, quando desenvolverem atividade econômica relativa à pesquisa, à lavra, à refinação, ao processamento, ao comércio e ao transporte de petróleo e de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como de quaisquer outras atividades correlatas ou afins, devem atuar em caráter de livre competição com outras empresas, em função de condições de mercado.

24.É de ressaltar também que o Sr. Representante do Ministério Público junto a este Tribunal, Dr. Walton Alencar Rodrigues, reconhece que "...à luz do novo ordenamento jurídico, instaurado pela Emenda Constitucional n.º 19/98, os normativos internos não merecem reparos, devendo ser reformada a decisão recorrida.", de modo que acompanha parcialmente o parecer da 10ª SECEX.

25.Por isto, viável a contratação direta de bens, serviços e produtos atinentes à atividade-fim da BR, ou seja, aqueles decorrentes de procedimentos usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal, dentre eles, o transporte dos produtos por ela distribuídos.

26.De se notar ainda as novas justificativas apresentadas pelos Srs. Membros da Diretoria Executiva, sobre a atividade econômica da Entidade, acompanhadas do estudo realizado pelo eminente Prof. Adilson Abreu Dallari, do qual extraio excerto que a seguir transcrevo:

.....

> "As coisas estavam nesse estágio de desenvolvimento quando o Tribunal de Contas da União proferiu a Decisão nº 414/94, determinando à Petrobrás Distribuidora S/A – BR que: a) adaptasse seu Manual Geral de Contratações às normas da Lei nº 8.666/93; e, também, b) realizasse procedimento licitatório formal para a contratação de serviços de transporte de seus produtos.
>
> Esta última providência se revelou inviável, incompatível com as finalidades em função das quais essa subsidiária da PETROBRÁS havia sido criada. Com efeito, cabia e cabe a ela assegurar a regular distribuição de derivados de petróleo em todo o território nacional, especialmente nos lugares mais longínquos, de difícil acesso, onde essa atividade não desperta o interesse dos concorrentes, exatamente por ser anti-econômica. Para compensar os 'deficits' assim gerados, a empresa precisava e precisa ser eficiente, comercialmente agressiva, para ganhar mercado nas áreas urbanas mais densamente povoadas, onde a concorrência é exacerbada.
>
> Para ter preços competitivos (lembrando-se que os produtos derivados de petróleo não mais são tabelados) a empresa tinha e tem que diminuir custos, sendo que o transporte é um relevante item da composição de custos. Ou seja, para poder concorrer, em igualdade de condições com as outras empresas privadas distribuidoras de derivados de petróleo (atividade não

monopolizada), a Petrobrás Distribuidora S/A – BR precisa ter liberdade de contratação, para bem negociar os contratos de transporte. Sem isso, ela não tem como manter-se.

Isso tudo foi entendido pelo Tribunal de Contas da União ao reexaminar o assunto, mas no Acórdão nº 240/97, foi tomado apenas como atenuante da conduta dos dirigentes da empresa, mantendo-se o entendimento de que a contratação direta dos serviços de transporte de derivados de petróleo configura uma ilicitude. Este é o ponto nodal da questão em exame. Não se discute e não se contesta a necessidade fática; afirma-se, apenas, a ilegalidade dessa conduta.

Todavia, a indigitada conduta havida como ilícita tinha e tem amparo constitucional. Isso é o que deflui da interpretação sistemática da Constituição Federal.

O art. 37 efetivamente estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar, para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção. Lido isoladamente, fora de seu contexto, essa é a interpretação dele decorrente.

Mas nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida. O universo normativo não é um amontoado caótico de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes.

Interpretado sistematicamente, em conjunto com o disposto no art. 173 (em sua redação original) o art. 37 apenas estabelece uma regra geral, que, entretanto, não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação.

No caso em exame, a Petrobrás Distribuidora S/A – BR deve arcar com os ônus decorrentes de sua obrigação de distribuir seus produtos mesmo onde isso é anti-econômico, mas não pode ser compelida a competir com os 85 concorrentes particulares em desvantagem, onde essa atividade for lucrativa.

Portanto, a liberdade de contratação de serviços de transporte, como parte essencial da atividade de distribuição, que é a atividade-fim por excelência dessa empresa, nunca foi ilícita. Aliás, o direito nunca foi incompatível com o simples bom-senso.

Atualmente, a licitude dessa conduta ficou ainda mais acentuada.

Com efeito, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 (Reforma Administrativa), que introduziu na Administração Pública um modelo gerencial, no qual o controle dos processos administrativos passa a ser substituído pelo controle de resultados, a liberdade de contratação pelas empresas estatais exploradoras de atividade econômica foi ainda mais acentuada.

O § 1º, do art. 173, afirma, textualmente, que essas empresas devem reger-se, em seus direitos e obrigações comerciais, pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas e, no tocante aos procedimentos licitatórios, permite a edição de regulamentos próprios, sempre com observância dos princípios da administração pública.

Essa liberdade foi compensada por mecanismos mais adequados de controle, como é o caso da criação das agências reguladoras. No caso específico, a Agência Nacional do Petróleo – ANP.

Em síntese, atualmente, em face da redação atual do texto constitucional, a PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR pode ter seu próprio Manual Geral de Contratações, desde que as específicas disposições desse regulamento sejam compatíveis com os princípios da Administração Pública.

Pode, também, contratar diretamente, sem licitação, os serviços de transporte de seus produtos, desde que possa justificar cada escolha e que, ao fazê-lo, não contrarie ou ofenda aqueles mesmos princípios, seja por privilegiar ou prejudicar especialmente alguém, seja por pagar preços exorbitantes, seja por remunerar serviços desnecessários ou não prestados, etc."

.....

27.De tudo que foi exposto até o momento, a meu ver, pode o Tribunal Pleno, dentro de um contexto mais abrangente de interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, em especial dos Arts. 37, XXI e 173, § 1º, acolher as proposições da 10ª SECEX.

Assim posto, com a devida vênia do MP/TCU, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à consideração deste E. Plenário.

ACÓRDÃO N.º 121/98 - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo TC- 010.124/95-0 e Anexo TC 010.476/95-4

2. Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR, contra o Acórdão n.º 240/97-TCU-Plenário. Conhecimento. Provimento em parte.

1. Publicada no DOU de 04/09/98.

3. Responsáveis: Orlando Galvão Filho (Presidente); Mário de Paiva Ramos (Vice-Presidente); e Adalberto Marques de Oliveira, Volmer Ferreira de Toledo, Reynaldo Vilardo Aloy e João Augusto Rezende Henriques (Diretores).

4. Entidade: PETROBRÁS Distribuidora S/A - BR

Vinculação: Ministério de Minas e Energia.

5. Relator: Ministro Iram Saraiva

6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral, Dr. Walton Alencar Rodrigues.

7. Unidade Técnica: 10ª SECEX

8. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos que cuidam agora do Pedido de Reexame interposto por dirigentes da PETROBRÁS Distribuidora S/A – BR, contra o Acórdão n.º 240/97 -TCU- Plenário, prolatado no presente processo de Denúncia apresentada pela Associação Brasileira de Caminhoneiros –ABCAM, e de Relatório de Acompanhamento em que se apurou a responsabilidade da Diretoria Executiva da BR, pelo descumprimento a Decisão Plenária n.º 414/94 –TCU (Ata 30/94), prolatada no TC-008.355/93-2.

Considerando que, em Sessão Extraordinária de 22-10-97 (de caráter reservado), o Tribunal julgou procedente a mencionada Denúncia e aplicou multa aos membros da Diretoria Executiva da empresa, em virtude do descumprimento do decisum anterior, determinando ainda que os Dirigentes da BR promovessem a alteração de seu manual de licitações para tornar obrigatória a realização de procedimentos licitatórios para a contratação de transporte de seus produtos;

Considerando que o E. Plenário autorizou o cancelamento da chancela de "sigiloso" que incidia sobre a espécie;

Considerando que o pedido de exame do Manual Geral de Contratações da BR caracteriza Consulta (art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/92), e que a ausência de competência dos dirigentes para propor essa modalidade de processo invalida a pretensão contida na solicitação da empresa;

Considerando que a exigibilidade de observância das normas sobre licitações às empresas estatais, de maneira genérica, pode se inferir inicialmente da junção do disposto em seu Artigo 37 (redação original), e o conteúdo do Inciso XXI, desse mesmo dispositivo constitucional;

Considerando que o Artigo 173, § 1º, da CF/88 (redação original), ao dispor que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, ressalvados os casos previstos na Constituição, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, estabelece também que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias;

Considerando que as empresas estatais, notadamente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas n.º 6.404/76 (Art. 153 – O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios; e Art. 238 – A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação);

Considerando que o Artigo 37 da CF/88 estabelece uma obrigatoriedade geral de licitar para todas as entidades da administração indireta ou descentralizada, sem exceção, quando lido isoladamente;

Considerando que nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida, e que o universo normativo não é um conjunto desordenado de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contratações são apenas aparentes;

Considerando ainda que, em confronto com o disposto no Artigo 173 da CF/88 (em sua redação original) o Artigo 37 apenas estabelece uma regra geral, que não é absoluta, pois encontra exceção exatamente na disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras da atividade econômica, as quais devem atuar em regime de competição, ao lado dos particulares, em relação aos quais não pode ter nem privilégios nem desvantagens, salvo aqueles decorrentes dos fins sociais que determinam sua criação.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 32, Parágrafo único; 48 e Parágrafo único; ambos da Lei n.º 8.443/92, c/c os arts. 228 e 233 do RITCU, em:

8.1 – conhecer do presente Pedido de Reexame interposto pelos Responsáveis acima indicados (item 3, supra), para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

8.2 – tornar insubsistente o Acórdão recorrido n.º 240/97-TCU-Plenário;

8.3 – dar nova redação à Decisão n.º 414/94-TCU-Plenário, para excluir a obrigatoriedade de a PETROBRÁS Distribuidora – BR, realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio; e

8.4 – dar conhecimento à PETROBRÁS Distribuidora – BR, e à Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS, da deliberação ora proferida, mediante a remessa de cópia do Relatório/Voto que a fundamentaram.

9. Ata n.º 35/98 - Plenário

10. Data da Sessão: 26/08/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros Presentes: Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e Valmir Campelo.

11.2. Ministros com voto vencido: Humberto Guimarães Souto e Bento José Bugarin

Homero Santos
Presidente

Iram Saraiva
Ministro-Relator

Fui presente:

Walton Alencar Rodrigues
Rep. do Ministério Público

TCU – REVISÃO DE VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA (VPNI)
Administrativo

Ministro-Relator Valmir Campelo

Grupo I - Classe VII - Plenário

TC-001.073/98-2
Anexo: TC-019.643/95-0
Natureza: Administrativo
Órgão: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Interessado: Nagib Chaul Martínez

Ementa: Revisão de vantagem pessoal nominalmente identificada – VPNI. Reconhecer o direito com base na Lei nº 9.421/96.

RELATÓRIO

Adoto como relatório o judicioso Parecer da lavra da Consultora-Geral, Drª Teresinha de Jesus Carvalho (31/33):

"Nagib Chaul Martínez, Analista de Finanças e Controle Externo, solicita seja autorizada a revisão de sua vantagem pessoal, relativa aos décimos incorporados da Função FC-05 do STJ, a partir de 01.01.98, com fulcro no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.421/96.

2. O nobre Sr. Secretário Interino de Recursos Huoanos manifesta o entendimento de que 'o reajuste dos valores agora apurados, bem como os determinados para os próximos dois anos, constituem direito adquirido, pois que previamente determinado por norma pretérita não revogada (...)', e 'que a alteração de valores apenas foi diluída no tempo, porém seu implemento ficou previamente garantido desde a edição da Lei.' Assim sendo, propõe 'seja autorizada a majoração dos décimos do peticionário nos moldes das tabelas do Judiciário extensível aos demais servidores que se encontrem na mesma situação.'

3. A Secretaria-Geral de Administração observa que as vantagens pessoais nominalmente identificadas 'teriam critério de atualização que as distinguirka de possíveis acréscimos e reestruturações futuras nas ditas funções comissionadas.' Por outro lado, considerando o Acórdão/STM nº 2.413/95, proferido em Mandado de Segurança, entende que se haveria"de qualificar o § 1º, do art. 15 da Lei nº 9.527/97, como inconstitucional.

4. Diante pois, das implicações jurídicas resultantes de tal interpretação, e a fim de se dirimirem as dúvidas suscitadas, os autos foram encaminhados, de ordem, a esta Consultoria-Geral para pronunciamento sobre a matéria.

5. A possibilidade de conversão dos décimos incorporados, por parcelas equivalentes, estava prevista no art. 62, § 4º, da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.480-25/96, *verbis*:

> '§ 4º Será admitida a conversão dos décimos incorporados, por parcelas equivalentes, quando ocorrer transformação do cargo ou função que tenha originado a incorporação.'

6. A Lei nº 9.421/96, em seu art. 11, transformou algumas Gratificações de Representação de Gabinete, dentre as quais a gratificação que havia sido exercida pelo peticionário, em funções comissionadas, senão vejamos:

> 'Art. 11. Os cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS), as Gratificações de Representação dg Gabinete e as Funções Comissionadas, instituídos pela Lei nº 8.868, de 14 de abril de 1994, integrcntes dos Quadros de Pessoal referidos no art. 1º, ficam transformados em Funções Comissionadas (FC), observadas as correlações estabelecidas no Anexo IV, resguardadas as situações individuais constitwídas até a data da publicação desta Lei e assegurada aos ocupantes a contagem do tempo de serviço no cargo ou função, para efeito da incorporação de que trata o art. 15.' (Grifo nosso).

7. Com o objetivo de efetivar a transformação determinada, a mesma lei delimitou o valor-base vigente em agosto/95 (Anexo VI) e estabeleceu, em seu art. 4º, § 2º, que a diferença da remuneração dos cargos resultantes da transformação sobre a dos transformados, seria implementada, gradualmente, em parcelas sucessivas, não cumulativas, na razão seguinte:

> 'I – trinta por cento a partir de 1º de janeiro de 1997;
>
> II – sessenta por cento a partir de 1º de janeiro de 1998;
>
> III – oitenta por cento a partir de 1º de janeiro de 1999;
>
> IV – integralmente a partir de 1º de janeiro de 2000.'

8. Assim, à luz dos dispositivos legais supracitados, os detentores de décimos incorporados, em decorrência, especificamente, da transformação das antigas Gratificações de Representação de Gabinete em Funções Comissionadas, adquiriram o direito de perceberem referida parcela calculada inclusive sobre a diferença remuneratória, na forma acima indicada.

9. Posteriormente, com a Lei nº 9.527/97, art. 15, § 1º, a importância então percebida, a título de décimos, passou a constituir vantagem pessoal nominalmente identificada, conforme os termos abaixo transcritos:

'Art. 15. Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994.

§ 1º A importância paga em razão da incorporação a que se refere este artigo passa a constituir, a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.'

10.Conforme preleciona o renomado administrativista Palhares Moreira Reis, em sua obra 'Os Servidores Públicos, a Constituição e o Regime Jurídico Único', 1ª ed. – Brasília: CTA, 1992, pág. 327, com a vantagem pessoal nominalmente identificada, fica assegurado '...o direito adquirido à incorporação e aos valores estabelecidos nas normas anteriores...'. (Grifo nosso).

11.Com efeito, como não poderia deixar de ser, '...a nova regra deve respeitar o direito que se constituiu na vigência de norma anterior. Contudo, para isso, impõe-se que o ato ou fato se apresente perfeito e acabado, conforme a lei em vigor no seu tempo, de modo a ficar incorporado ao patrimônio do seu titular. Para a aquisição do direito, devem ser satisfeitas as exigência destinadas à sua formação.' (trecho de Voto do Ministro Djacy Falcão, transcrito por Wilson de Souza Campos Batalha, em sua obra 'Direito Intertemporal', 1ª ed. – Rio de Janeiro, FORENSE, 1980, pág. 466).

12.No presente caso, releve-se que foram devidamente satisfeitas as exigências destinadas à formação do direito de ser calculada a parcela de décimos sobre o valor total da função comissionada.

13.Ora, com o advento da Lei nº 9.421/96, publicada no DOU de 26.12.96, anteriormente, portanto, a 11.11.97, data a partir da qual os décimos passaram a constituir vantagem pessoal nominalmente identificada, o servidor, com respaldo no art. 62, § 4º da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.480-25/96, teve autorizada a conversão dos décimos incorporados por parcelas equivalentes às da atual FC-05.

14.De fato, não se trata agora de atualização de parcelas em decorrência de transformação posterior a 11.11.97, atualização essa vedada pelo art. 15, § 1º, da Lei nº 9.527/97. É que, nos termos da Lei nº 9.421/96, não ocorreram e nem ocorrerão sucessivas transformações de função comissionada, em 1º de janeiro de cada ano, a partir de 1997 até o ano 2000.

15.Como é de ser ressaltado, a transformação que possibilitou a atualização da parcela incorporada ocorreu apenas uma vez, anteriormente a 11.11.97, com o advento da Lei nº 9.421/96. Posteriormente, há apenas, nos termos do

art. 4º, § 2º c/c o art. 14, § 1º, ambos da Lei nº 9.421/96, um implemento gradual da diferença remuneratória da função comissionada atual sobre a Gratificação de Representação de Gabinete, antes existente, até que, em 1º de janeiro de 2000, se atingirá o valor integral da atual função comissionada. Em decorrência da transformação legalmente determinada, esse valor integral é devido aos titulares da referida função e aos detentores de vantagem pessoal nominalmente identificada, em que foram convertidos os décimos das gratificações originárias da transformação, por se constituir em direito assegurado na Lei.

Por todo o exposto, parece-nos cabível a alteração de valor, a partir de 01.01.98, da parcela da vantagem pessoal nominalmente identificada percebida pelo servidor, conforme solicitado, razão pela qual submetemos os autos ao descortino da I. Presidência, com proposta de deferimento do pleito e de ser a matéria elevada à deliberação do E. Tribunal Pleno, se considerado pertinente, ante a relevância da questão em estudo."

É o Relatório.

VOTO

2. A citada Lei n° 9.421, de 24 de dezembro de 1996, ao criar as carreiras dos servidores do Poder Judiciário e fixar os valores de suas remunerações, determina o implemento escalonado dos respectivos estipêndios, em quatro etapas a serem implementadas em 1° de janeiro de 1997, de 1998, de 1999 e de 2000, respectivamente.

3. Conforme autorizado no Processo Administrativo TC-019.643/95, o interessado conta com 8/10 (oito décimos) da função de Supervisor, GRG-01, exercida no Superior Tribunal de Justiça, 2/10 (dois décimos) da função comissionada de Assessor de Secretário-Geral, símbolo FC-08, deste Tribunal totalizando 10/10 (dez) décimos, incorporados à sua remuneração.

4. A superveniência da Lei n° 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que transformou as incorporações dessa natureza em vantagem pessoal nominalmente identificada sujeita apenas aos reajustes gerais atribuídos aos servidores públicos federais, não afasta o direito do interessado, vez que previamente garantido no citado diploma legal de 1996. Não se trata, portanto, de reajuste da VPNI, mas de alteração legal operada preteritamente, antes que o citado benefício funcional sofresse essa mudança de natureza.

5. Assim, o reajuste dos valores ora apontados, bem como os determinados para os próximos dois anos, constituem direito adquirido, vez que expressamente determinado na Lei.

Ante o exposto, acolhendo a proposta do Órgão Consultivo desta Casa, Voto por que seja adotada a Decisão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

DECISÃO N° /98 - TCU - PLENARIO

1. Processo n° TC-001.073/98-2
   Anexo: TC-019.643/95-0
2. Classe de Assunto: (VII) Administrativo
3. Interessado: Nagib Chaul Martínez
4. Entidade: Tribunal de Contas da União
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
6. Representante do Ministério Público: Não atuou
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos Humanos - SEGEDAM
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - conhecer do pedido para, dando-lhe provimento, autorizar o pagamento da vantagem pessoal do interessado calculada com base nos valores previstos na Lei nº 9.421/96;

8.2 - estender os efeitos da presente Decisão aos demais servidores que se encontrem na mesma situação.

9. Ata nº 25/98-Plenário.
10. Data da Sessão: 01/07/1998 – Extraordinária de caráter Reservado.
11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes:

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ministro Benjamin Zymler

Acompanho a manifestação do douto Subprocurador-Geral do MP/TCU, Dr. Walton Alencar Rodrigues, no sentido de que inexiste direito adquirido a regime jurídico administrativo. Esta vem sendo a jurisprudência pacífica e remansosa do STF.

Desta forma, como a Lei nº 9.527/97, em seu art. 15, § 1º, converteu a parcela impugnada em vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais, não há como sustentar a tese de que o servidor tenha aperfeiçoado direito adquirido aos reajustes graduais previstos na Lei 8.868/94.

Ante o exposto, voto por que seja adotada a Decisão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

DECISÃO N° /98 - TCU - PLENARIO

1. Processo n° TC-001.073/98-2
Anexo: TC-019.643/95-0
2. Classe de Assunto: (VII) Administrativo
3. Interessado: Nagib Chaul Martínez
4. Entidade: Tribunal de Contas da União
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
Redator: Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: Não atuou
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos Humanos - SEGEDAM
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Redator, DECIDE conhecer do pedido para, no mérito, negar-lhe provimento.
9. Ata nº 25/98-Plenário.
10. Data da Sessão: 01/07/1998 – Extraordinária de caráter Reservado.
11. Especificação do *quorum*:
11.1. Ministros presentes:

Benjamin Zymler
Ministro-Revisor

VOTO REVISOR

Ministro-Revisor Humberto Guimarães Souto

Entendo que a Lei nº 9.527/97, ao dispor de forma diferente acerca da incorporação dos quintos, transformando-os em vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita apenas aos reajustes gerais dos servidores públicos, produziu efeito imediato, desassociando-a do Plano de Carreira instituído pela Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, restando frustrada, então, expectativa de continuidade do critério para fixação da remuneração futura, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em diversas assentadas, das quais destaco trecho do Voto do eminente Ministro Octavio Gallotti ao relatar o Mandado de Segurança 21.216-DF, a seguir reproduzido:

> "Na espécie em julgamento, basta reconhecer efeito imediato à Medida Provisória nº 154, de 16 de março de 1990 (convertida na Lei nº 8.030/90), para que possa ela alcançar, validamente, o resultado que, só a partir de 1º de abril seguinte, teria vindo a
>
> produzir-se.
>
> .....

O que, portanto, se frustrou, não passava de expectativa de continuidade do critério ou regime da fixação de remuneração futura, e isso o Supremo Tribunal, repetida e uniformemente, tem-se recusado a admitir como direito adquirido, mesmo em favor de funcionários protegidos pela irredutibilidade (como antes os magistrados e agora os servidores em geral).

.....

(...) imprestabilidade, no tocante à relação jurídica de serviço público, da invocação de direito adquirido, a aperfeiçoar-se em tempo determinado, mas a depender do fato de vir a ser efetivamente iniciada a prestação de serviço.

.....

(...) o Supremo Tribunal sempre encarou o princípio da irredutibilidade como um conceito jurídico, não simplesmente econômico, ficando o direito à majoração do vencimento nominal a depender de indispensável autorização legislativa, no caso, revogada, antes de vir a gerar efeitos financeiros (cfr RE 94.041, RTJ 105/671); RE 96.458, DJ de 18-3-83 e RE 100.007, DJ de 11-7-83)." (In RTJ 134/1119)."

Destarte, entendendo cabível ao caso a linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal, acima exposta, VOTO no sentido de que este Colegiado Pleno adote a decisão que ora submeto à sua deliberação.

DECISÃO Nº 578/1998 - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo TC-001.073/98-2
   Anexo: TC-019.643/95-0
2. Classe de Assunto: (VII) Administrativo
3. Interessado: Nagib Chaul Martínez
4. Órgão: Tribunal de Contas da União
5. Relator: Ministro Valmir Campelo
   Revisor: Humberto Guimarães Souto
6. Representante do Ministério Público: Não atuou
7. Unidade Técnica: SEGEDAM
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Revisor, DECIDE indeferir o pedido do interessado, por falta de amparo legal.
9. Ata nº 34/98-Plenário.
10. Data da Sessão: 26/08/1998 - Extraordinária de caráter Reservado.
11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes na Sessão de 01.07.98: Carlos Átila Álvares da Silva (Presidente, em exercício), Humberto Guimarães Souto (Revisor), Valmir Campelo

1. Publicada no BTCU nº 62, de 08/09/98.

(Relator) e os Ministros-Substitutos José Antônio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

Ministros presentes nesta Seção: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto (Revisor), Bento José Bugarin e Valmir Campelo (Relator).

11.2. Ministro com voto vencido: Valmir Campelo (Relator)

11.3. Ministro que não votou: Adhemar Paladini Ghisi (Parágrafo único do art. 57 do Regimento Interno).

Homero Santos Presidente	Humberto Guimarães Souto Ministro-Revisor

FUA – RECEBIMENTO DE VANTAGENS INDIVIDUAIS RELATIVAS À DIFERENÇA ENTRE FUNÇÃO COMISSIONADA E CARGO DE DIREÇÃO
Consulta

Ministro-Relator Valmir Campelo

Grupo I - Classe III - Plenário

TC-001.580/98-1
Natureza: Consulta
Entidade: Fundação Universidade do Amazonas
Interessado: Reitor da Universidade do Amazonas

Ementa: Consulta sobre a aplicação da Decisão nº 46/96-TCU-Plenário. Não conhecer da consulta por deixar de preencher os requisitos do art. 216 do Regimento Interno. Encaminhar cópia da Decisão, Relatório e Voto ao interessado e determinar a juntada destes autos às contas da Entidade, referentes ao exercício de 1998, para exame em conjunto e em confronto.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Consulta formulada pelo Magnífico Reitor da Universidade do Amazonas acerca da aplicação das orientações traçadas na Decisão nº 46/96-TCU-Plenário às hipóteses de recebimento indevido de vantagens individuais relativamente à diferença entre FC e CD, cujos pagamentos foram efetuados entre dez/92 e jun/93.

02.A SECEX/AM, instruindo o feito, informa que:

"Ressaltamos, preliminarmente, que de acordo com a determinação contida nos incisos I a IV do art. 216 do Regimento interno/TCU, esta autoridade não está arrolada entre aquelas competentes para formular consulta a esta Corte. Ademais, o entendimento emanado por esta Corte quando do atendimento às consultas constituiu pré-julgamento da tese, mas não de fato ou caso concreto. Logo, não vislumbramos, s.m.j., amparo na legislação para atendimento deste pleito.

Entretanto, face a relevância da matéria, visto que tal fato ocorreu em diversas Entidades da Administração Pública Federal, teceremos alguns comentários acerca do tema.

O assunto versa sobre a aplicação das orientações traçadas na Decisão nº 46/96-TCU-Plenário, às hipóteses de recebimento indevido de vantagens individuais relativamente à diferença entre FC e CD, cujos pagamentos foram efetuados entre dez/92 e jun/93. Tal questionamento surgiu em vista de resistência encontrada pela FUA, inclusive com demandas judiciais, quando providenciou o ressarcimento das diferenças pagas irregularmente aos dirigentes como vantagem individual da diferença havida entre o valor da função comissionada que vinha sendo paga desde 1987 em razão da Portaria nº 474-MEC e o valor estabelecido para os cargos de Direção em que foram aquelas funções transformadas por força da Lei 8.168/91.

O Sr. Procurador da FUA entendeu que o servidor estaria desobrigado da devolução do que recebeu indevidamente a título de vantagem individual, referente à diferença remuneratória entre CD e FC.(fls. 22). Entretanto, como se trata de um fato que ocorreu em todas as Instituições Federais de Ensino, opinou no sentido de que fosse feita a presente consulta a esta Corte de Contas, ficando sustados todos os descontos até o pronunciamento final do TCU.

Registramos, inicialmente, que no período em questão prevalecia o entendimento emanado pelas Decisões n1 476 (Proc. 005.761/92-1, Sessão de 30-09-1992, Plenário, Ata n1 45), e n1 435 (Proc. 030.971/91-8, Sessão de 27-10-1992, Primeira Câmara, Ata n1 38), ratificadas na Súmula n1 106, a seguir transcrita:

> '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'.

Ressalvamos aqui que tal entendimento passou, desde então, a ser aplicado por analogia aos demais casos que envolvessem recebimento ilegal, desde que comprovada a boa fé (TCs n1s 701.957/91-3 e 005.761/92-1).

Neste caso, que trata de recebimento oriundo de uma resolução emanada do Conselho de Administração da Entidade (Resolução nº 01/92-FUA), podemos afirmar que para isso não concorreram, sob qualquer hipótese, os servidores; logo, estaria caracterizada a boa fé.

Em posterior análise do tema, esta Corte de Contas alterou em parte este entendimento, asseverando que os valores recebidos irregularmente por servidores, mesmo que reconhecida a boa fé, devem ser ressarcidos de forma atualizada. Este entendimento está inserto no item 2 da Decisão Administrativa nº 444/94, *in verbis*:

> ' 2. firmar nova orientação do Plenário do Tribunal de Contas da União, no sentido de afirmar que, para os pagamentos indevidos de vantagem

aos servidores públicos, mesmo reconhecendo-se a boa-fé, o dano há de ser ressarcido ao Erário, em valores atualizados, nos termos do art. 46 da Lei n1 8.112/90, deixando-se, doravante, de se aplicar a esses casos, por analogia, o Enunciado n1 106 da Súmula de jurisprudência predominante nesta Corte de Contas, que deverá ater-se apenas aos casos nela especificados, de julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não devendo, portanto, elastecer-se sua exegese'.

Quanto à aplicabilidade deste entendimento, registramos que neste mesmo processo, o Ministro-Relator, Dr. Adhemar Ghisi, registra que esta nova orientação somente pode ser aplicada em relação aos valores indevidamente percebidos após a publicação da Decisão nº 444/94 no Boletim do Tribunal de Contas da União n1 39/94, fato que ocorreu em 22.08.94.

Registramos ainda que especificamente quanto a este tema, em recente Sessão de 18.02.98, ao apreciar o TC-599.070/93-5 que trata da prestação de contas da Universidade Federal Fluminense, referente ao exercício de 1992, o Ministro-Relator Dr. Bento Bugarin fez constar em seu voto o seguinte comentário:

'*No que pertine ao ressarcimento dos valores recebidos, se efetivamente ocorreu na Universidade Fluminense, devo destacar trechos do Voto exarado pelo Exmo. Sr. Ministro Adhemar Paladini Ghisi:*

'... quanto ao ressarcimento dos valores recebidos ... entendo correta a aplicação da jurisprudência desta Corte, tendo em vista que a Decisão n1 444/94 - Plenário, que firmou novo entendimento quanto à obrigatoriedade de ressarcimento dos valores recebido indevidamente, ainda que de boa-fé, somente foi exarada em data posterior à constituição dos fatos relatados neste processo e que, se sua apreciação houvesse ocorrido àquela época, os valores recebidos seriam alcançados pela jurisprudência então predominante, ou seja: a extensão da Súmula n1 106 a casos dessa espécie, com dispensa do ressarcimento. Por conseguinte, a determinação constante da alínea 'e' [ressarcimento das importâncias indevidamente recebidas] deve ser tornada insubsistente, haja vista que o excesso apurado nas rubricas assinaladas decorre da diferença entre os valores da FC e CD pagos no período.'

Como se observa, os fatos tratados nestes autos dizem respeito ao exercício de 1992. Se ocorreram os pagamentos por conta dessa diferença, os beneficiários não estariam obrigados a proceder ao ressarcimento.

Tendo em vista as considerações emanadas em diversas assentadas, cujas matérias tratavam de assuntos correlatos aos aqui tratados, entendemos, s.m.j., que não é cabível a devolução dos valores recebidos indevidamente pelos servidores das Instituições Federais de Ensino a título de vantagem

individual no período anterior àquele em que esta Corte procedeu novo entendimento, cujo teor está consagrado pela Súmula nº 235".

03.A instrução, ante o exposto e com o endosso da Sra. Diretora da 10 Divisão Técnica e da Sra. Secretária da SECEX/AM, propõe:

"a) não conhecer da consulta formulada pelo interessado, em face do não atendimento dos requisitos de admissibilidade;

b) encaminhar ao consulente cópia da Decisão que vier a ser proferida, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem; e

c) juntar este processo às contas da Fundação Universidade do Amazonas, exercício de 1998, para análise em conjunto".

É o Relatório.

VOTO

04.Como se verifica do Relatório acima, o Magnífico Reitor da Universidade do Amazonas não está arrolado dentre as autoridades que, nos termos do art. 216 do Regimento Interno, podem formular consulta ao Tribunal de Contas da União.

05.Assim, nos termos do art. 217 do citado Regimento, o Tribunal não deve conhecer da consulta.

Quanto às demais propostas da SECEX/AM, manifesto-me de acordo, ante as razões aduzidas, e VOTO por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto ao Plenário.

DECISÃO Nº 597/98-TCU- PLENÁRIO[1]

1. Processo TC-001.580/98-1

2. Classe de Assunto: (III) Consulta formulada pelo Reitor da Universidade do Amazonas sobre a aplicação da Decisão nº 46/96-TCU-Plenário

3. Interessado: Reitor da Universidade do Amazonas

4.Entidade: Fundação Universidade do Amazonas

5. Relator: Ministro Valmir Campelo

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: SECEX/AM

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE, com fundamento no art. 11, XVII, da Lei nº 8.443/92, c/c os arts. 216 e 217 do Regimento Interno:

a) não conhecer da presente consulta, por deixar de preencher os requisitos de admissibilidade;

b) encaminhar cópia de presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao interessado indicado no item 3 supra;

1. Publicada no DOU de 24/09/98.

c) determinar a juntada deste processo às contas da Entidade, relativas ao exercício de 1998, para exame em conjunto e confronto.

9. Ata nº 37/98 - Plenário

10. Data da Sessão: 09/09/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum:*

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

Homero Santos Presidente	Valmir Campelo Ministro-Relator

SRF – PROCEDIMENTOS E CONTROLES DOS RECURSOS DA CPMF
Relatório de Auditoria

Ministro-Relator Humberto Guimarães Souto

Grupo II - Classe V - Plenário

TC nº 011.933/97-6
Natureza: Relatório de Auditoria
Entidade: Secretaria da Receita Federal - SRF, Secretaria do Tesouro – STN, Banco do Brasil S.A, Caixa Econômica Federal- CEF, Banco de Brasília – BRB e Banco Brasileiro de Desconto - BRADESCO

Ementa: Relatório de Auditoria. Avaliação dos procedimentos e controles existentes no que se refere à apuração e retenção dos recursos da CPMF, bem como do cumprimento dos prazos no recolhimento efetivado à SRF. Fragilidade dos controles existentes, tanto na área de normatização, quanto na de fiscalização. Constatação de falhas e irregularidades na identificação de contas isentas ou sujeitas à alíquota zero pelas instituições financeiras. Comunicação ao Banco Central do Brasil e à Secretaria da Receita Federal – SRF, para conhecimento e adoção de providências. Procedimentos relativos à apuração e retenção da CPMF sujeitos à falhas. Inexistência de um critério único para cálculo e retenção da contribuição. Ausência de fiscalização. Prováveis perdas do Tesouro Nacional decorrentes do dilatado prazo para o recolhimento da contribuição. Determinações ao Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A e Caixa Econômica Federa. Assunção de débito relativo à ausência de cobrança da CPMF. Diligência à Caixa Econômica Federal – CEF.

RELATÓRIO

Em exame Relatório de Auditoria realizada na Secretaria da Receita Federal – SRF, nos registros do Sistema Integrado de Administração Financeira - SIAFI e da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, no Banco do Brasil S.A, Caixa Econômica Federal- CEF, Banco de Brasília – BRB e no Banco Brasileiro de Desconto - BRADESCO, no período de 15.09.1997 a 17.02.1998 objetivando avaliar as atividades relativas à administração da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira – CPMF quanto à arrecadação e fiscalização dos recursos.

Este processo integra o acompanhamento efetivado por este Tribunal nas etapas de arrecadação, recolhimento e aplicação daqueles recursos no exercício de 1997, conforme Decisão n° 710/96 – Plenário. Em Sessão de 16.09.1998, submeti à apreciação deste Pleno o TC 010.929/96-7 (Apensos: TC 009.218/97-1 e TC 007.060/97-1), o qual tratava das demais auditorias promovidas pelas 4ª e 5ª SECEXs com aquele objetivo.

As instituições financeiras citadas foram incluídas na referida auditoria em virtude da Decisão n°579/97, proferida por este Plenário em Sessão de 10.09.97 ao acatar proposta por mim formulada, tendo em vista solicitação da 5ª.SECEX no TC 009.218/97-1.

Seguindo orientação daquele Colegiado, naquelas entidades foram analisados os procedimentos e controles existentes no que se refere à apuração e retenção dos recursos da CPMF, bem como o cumprimento dos prazos no recolhimento efetivado à SRF, à luz das disposições legais existentes sobre a matéria

A seguir, apresento a descrição sintética dos trabalhos empreendidos, de acordo com manifestação da própria 5ª SECEX:

> "1.3 Os trabalhos de auditoria restringiram-se à movimentação financeira em nível de totais, sem individualização dos correntistas, de forma a garantir o sigilo bancário que tutela tais informações. Também, com o objetivo de preservar o sigilo fiscal, não foram levantados os procedimentos de controle e apuração da CPMF da instituição financeira enquanto contribuinte do tributo, centrando-se nos procedimentos de retenção, apuração e recolhimento da contribuição adotados pelos bancos enquanto responsáveis tributários.
>
> 1.4 Observando a restrição imposta pelo sigilo bancário e ainda considerando a materialidade da arrecadação da CPMF advinda da retenção em conta-corrente de depósito e empréstimo (código de receita 5869), a análise concentrou-se precipuamente nessa modalidade, que representa aproximadamente 97% dos valores arrecadados de CPMF. As retenções efetuadas diretamente no guichê, ou seja, as operações liquidadas sem trânsito pela conta-corrente (código de receita 5871), de que são exemplo as ordens de pagamento, os cheques administrativos, os pagamentos de benefícios previdenciários, entre outras, foram analisadas apenas em seus aspectos gerais de operacionalização e controle e não em nível de valores. Quanto aos pagamentos de benefícios, as instituições financeiras, em geral, possuem controle automatizado das retenções. Nos casos de ordens de pagamento e cheques administrativos, pelo fato de a incidência ou não da contribuição depender da forma como são emitidos na agência de origem e como são liquidados na agência de destino, a cobrança da contribuição fica sob a responsabilidade exclusiva do caixa, sem controle automatizado, o que torna o processo altamente sujeito a falhas.

1.5 A metodologia utilizada consiste de análise dos demonstrativos fornecidos pelas instituições financeiras e, a partir dos totais de débitos ocorridos diariamente, em determinado período, excluindo-se os lançamentos sujeitos à não-incidência ou alíquota zero, e acrescentando-se o total da redução de saldo devedor de crédito rotativo, obtém-se a base de cálculo do tributo, a qual, pela simples aplicação do percentual de 0,20% (vinte centésimos por cento) deve resultar, invariavelmente, em uma aproximação bastante razoável dos valores retidos dos correntistas.

1.5.1 - Surgiram, todavia, dificuldades para a aplicação dessa metodologia, porque nas instituições financeiras auditadas os demonstrativos contábeis não separam os lançamentos sobre os quais incide a contribuição dos sujeitos a não-incidência ou alíquota zero. Foi necessária a elaboração de programas para segregar as informações, bem como apurar o valor utilizado para redução de saldo devedor de crédito rotativo.

1.6 - Em seguida, confrontando os valores apurados com os recolhidos - constantes nos respectivos Documentos de Arrecadação de Receitas Federais - Darf - e ainda com as informações fornecidas pela Secretaria da Receita Federal, percorreu-se o fluxo documental da arrecadação.

1.7 - Em relação ao repasse financeiro, as instituições realizam um único lançamento - a débito de suas reservas no Banco Central e a crédito da conta única do Tesouro Nacional - referente a toda a arrecadação de tributos federais. Não existem, portanto, no Banco Central informações específicas de cada tributo arrecadado. Para verificar a exatidão dos valores repassados torna-se necessário verificar, em cada instituição financeira, o montante arrecadado de todos os tributos, e confrontar esse total com as informações do Banco Central, o que foge ao escopo da presente auditoria.

1.8 - A descentralização dos recursos financeiros pela STN ao Ministério da Saúde também não foi contemplada nesta auditoria, tendo em vista tratar-se de assunto abordado no Relatório de Acompanhamento da CPMF - TC 09218/97-1, elaborado pela 5ª SECEX.

1.9 - Os trabalhos de auditoria em relação ao Bradesco não atingiram o grau de profundidade desejado por se tratar de uma instituição privada, não sujeita à jurisdição do Tribunal, e ainda pelas restrições impostas pelo sigilo bancário, mais acentuadas que em outros bancos.

.....

2.3 O acesso às instituições financeiras citadas deu-se por intermédio do Banco Central do Brasil, a quem foi dirigido o ofício n.º 274/97 - 5ª SECEX - Anexo II. Aquela instituição encaminhou as mensagens DEAUD/GABIN - 97/487, 488, 489 e 490, endereçadas, respectivamente, ao Banco do Brasil, Caixa

Econômica Federal, Banco de Brasília e Bradesco, cujas cópias foram remetidas à 5ª SECEX por meio de fax, em 19.09.97 (Anexo II)"

Após tecer considerações abrangentes acerca da legislação aplicável às questões aqui tratadas (fato gerador da contribuição, não-incidência do tributo, contribuintes, responsáveis pela retenção e recolhimento, base de cálculo, alíquotas e hipóteses de alíquota zero) e discorrer a respeito dos critérios de retenção, apuração e recolhimento da CPMF e dos controles existentes sobre os casos de não-incidência e de alíquota zero, a equipe de auditoria, sob a coordenação da AFCE Nilza Maria de Souza Oliveira, apresentou um relatório circunstanciado dos procedimentos adotados em cada uma das instituições financeiras fiscalizadas.

Abaixo transcrevo o resumo das falhas e irregularidades detectadas durante os trabalhos de auditoria na forma como foi apresentado nos autos, acrescentando em cada tópico tabelas e outros detalhes para proporcionar melhor compreensão das questões abordadas.

"7 - Resumo das principais irregularidades/fragilidades

7.1 - Os pagamentos realizados sem trânsito por conta-corrente, a que se refere o código Darf 5871, ocorrem, de modo geral, diretamente no guichê do caixa, cabendo a este as tarefas de cálculo e retenção da CPMF. No caso de benefícios previdenciários, é comum os bancos terem sistemas que fazem a retenção automática da contribuição. Em relação a ordens de pagamento e cheques administrativos, no entanto, como a incidência ou não da contribuição depende da forma como são emitidos na agência de origem e como são liquidados na agência de destino, a cobrança da contribuição fica sob a responsabilidade exclusiva do caixa, sem controle automatizado, o que torna o processo altamente sujeito a falhas.

Receitas Relacionadas à CPMF

Cód. DARF	Nome da Receita
5869	CPMF – Lançamento débito em conta
5871	CPMF – Operações liquidadas com pagamento sem crédito em conta
5884	CPMF – Instituição Financeira contribuinte
5980	CPMF – Conversão de Depósito Judicial
6038	Juros – CPMF
6271	Juros CPMF – Dívida Ativa
6053	Juros excedentes a 1% - CPMF
6134	Juros excedentes a 1% - CPMF - Dívida Ativa
6651	Juros CPMF – art. 43 da Lei nº 9.430/96
6025	Multa – CPMF
6119	Multa - CPMF - Dívida Ativa
6420	Multa Isolada - CPMF (art. 43 da Lei nº 9.430/96)

Fonte: SRF - Relatório L&33.327.88

7.2 - Para validação dos valores de CPMF retidos em conta-corrente - código Darf 5869, utilizou-se uma metodologia que consiste de análise dos demonstrativos fornecidos pelas instituições financeiras e, a partir dos totais de débitos ocorridos diariamente, em determinado período, excluindo-se os lançamentos sujeitos à não-incidência ou alíquota zero, e acrescentando-se o somatório das reduções de saldo devedor de crédito rotativo de correntistas tributáveis, obtém-se a base de cálculo do tributo, a qual, pela simples aplicação do percentual de 0,20% (vinte centésimos por cento) deve resultar, invariavelmente, em uma aproximação bastante razoável dos valores recolhidos.

7.2.1 - Surgiram, todavia, dificuldades para a aplicação dessa metodologia, porque nas instituições financeiras auditadas os demonstrativos contábeis não separam os lançamentos sobre os quais incide a contribuição dos sujeitos a não-incidência ou alíquota zero. Foi necessária a elaboração de programas para segregar as informações, bem como apurar o valor utilizado para redução de saldo devedor de crédito rotativo.

7.3 - A Lei n.º 9.311/96 instituiu a CPMF com prazo de cobrança de treze meses, contados a partir de 90 dias após a sua publicação, o que resultou no período de 23 de janeiro de 1997 a 22 de fevereiro de 1998. Em 12 de dezembro de 1997, a Lei n.º 9.539/97 alterou a cobrança para vinte e quatro meses, contados a partir de 23 de janeiro de 1997. Tratando-se de uma contribuição social provisória, o prazo em que é devida torna-se um de seus elementos essenciais. Conclui-se, portanto, que a Lei n.º 9.539/97 alterou a contribuição, devendo tal alteração sujeitar-se ao princípio da anterioridade, preconizado no § 6º do artigo 195 da Constituição Federal. Alguns contribuintes poderão vir a argüir a constitucionalidade da cobrança da CPMF no período de 23 de fevereiro a 11 de março de 1998. (item 3.1)

7.4 - A Circular BACEN n.º 2.733/97 determina aos bancos que instituam controles específicos das não-incidências tributárias e dos lançamentos sujeitos à alíquota zero, a que se referem os artigos 3º e 8º, respectivamente, da Lei n.º 9.311/97, sem especificar, contudo, em que consistem tais controles, ou que informações deverão ficar à disposição da fiscalização.

A seguir transcrevo os artigos 3° e 8° da Lei n° 9.311/97 (alterado pela Lei n° 9.539/97) e os artigos referentes da Circular BACEN n° 2.733/97:

"*Art. 3º A contribuição não incide:*

I - no lançamento nas contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e fundações.

II - no lançamento errado e seu respectivo estorno, desde que não caracterizem a anulação de operação efetivamente contratada, bem como no

lançamento de cheque e documento compensável e seu respectivo estorno, devolvidos em conformidade com as normas do Banco Central do Brasil.

III - no lançamento para pagamento da própria contribuição.

IV - nos saques efetuados diretamente nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e do Fundo de Participação PIS/PASEP e no saque do valor do benefício do seguro-desemprego, pago de acordo com os critérios previstos no art. 5º da Lei n.º 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

V - sobre a movimentação financeira ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira das entidades beneficentes de assistência social, nos termos do § 7º do art. 195 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Banco Central do Brasil, no exercício de sua competência, poderá expedir normas para assegurar o cumprimento do disposto neste artigo, objetivando inclusive por meio de documentação específica a identificação dos lançamentos objeto da não-incidência."

"Art. 8º A alíquota fica reduzida a zero

I - nos lançamentos a débito em contas de depósito de poupança, de depósito judicial e de depósito em consignação de pagamento de que tratam os parágrafos do art. 890 da Lei n.º 8.951, de 13 de dezembro de 1994, para crédito em conta corrente de depósito ou conta de poupança dos mesmos titulares.

II - nos lançamentos relativos a movimentação de valores de conta corrente de depósito, para conta de idêntica natureza, dos mesmos titulares, exceto nos casos de lançamentos crédito na hipótese de que trata o inciso II do art. 2º;

III - nos lançamentos em contas correntes de depósito das sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, das sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, das sociedades de investimento e fundos de investimento constituídos nos termos dos arts. 49 e 50 da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, das sociedades corretoras de mercadorias e dos serviços de liquidação, compensação e custódia vinculados às bolsas de valores, de mercadorias e de futuros, e das instituições financeiras não referidas no inciso IV do art. 2º, bem como das cooperativas de crédito, desde que os respectivos valores sejam movimentados em contas correntes de depósito especialmente abertas e exclusivamente utilizadas para as operações a que se refere o § 3º deste artigo;

Nota: A Lei n.º 9.539/97 incluiu entre as entidades relacionadas neste inciso os fundos de investimento instituídos pela Lei n.º 9.477, de 24 de julho de 1997.

IV - nos lançamentos efetuados pelos bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas, relativos às operações a que se refere o § 3º deste artigo;

V - nos pagamentos de cheques efetuados por instituição financeira, cujos valores não tenham sido creditados em nome do beneficiário nas contas referidas no inciso I do art. 2º;

VI - nos lançamentos relativos aos ajustes diários exigidos em mercados organizados de liquidação futura e específico das operações a que se refere o inciso V do art. 2º.

§ 1º O Banco Central do Brasil, no exercício de sua competência, expedirá normas para assegurar o cumprimento do disposto nos incisos I, II e VI deste artigo, objetivando, inclusive, por meio de documentação específica, a identificação dos lançamentos previstos nos referidos incisos.

§ 2º A aplicação da alíquota zero prevista nos incisos I, II e VI deste artigo fica condicionada ao cumprimento das normas que vierem a ser estabelecidas pelo Ministro de Estado da Fazenda.

§ 3º O disposto nos incisos III e IV deste artigo restringe-se a operações relacionadas em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre as que constituam o objeto social das referidas entidades.

§ 4º O disposto nos incisos I e II deste artigo não se aplica a contas conjuntas de pessoas físicas com mais de dois titulares, e a quaisquer contas conjuntas de pessoas jurídicas.

§ 5º O Ministro de Estado da Fazenda poderá estabelecer limite de valor do lançamento, para efeito de aplicação da alíquota zero, independentemente do fato gerador a que se refira.

§ 6º O disposto no inciso V deste artigo não se aplica a cheques que, emitidos por instituição financeira, tenham sido adquiridos em dinheiro."

Os artigos 7º e 8º da Circular n.º 2.733/97 assim dispõem:

"Art. 7º As transferências previstas nesta Circular realizadas, no âmbito de uma mesma instituição financeira, com a não incidência da CPMF ou com a sua incidência à alíquota zero, serão feitas mediante lançamento contábil, cabendo a essa instituição o controle analítico dessas ocorrências.

(...)"

Art. 8º. As instituições financeiras e demais entidades mencionadas nesta Circular deverão instituir controles específicos para a identificação dos lançamentos de que trata o art. 3º da Lei n.º 9.311/96, bem como dos regulados por este normativo."

7.4.1 - As instituições financeiras auditadas não possuem os referidos controles e, como os roteiros contábeis praticados não segregam as movimentações financeiras em função da incidência ou não da CPMF, qualquer apuração para se obter a base de cálculo depende da elaboração de programas de informática específicos, com custos e prazos associados.

7.5 - A Portaria n.º 6/97 - MF, ao regulamentar a retenção e o recolhimento da CPMF, permite à instituição financeira escolher o critério de cálculo e de retenção: se diário, ou a cada lançamento, ou ainda até o último dia útil da semana de encerramento do período de apuração. Isso vale dizer que existe amparo legal para que a instituição financeira adote o critério que mais lhe convier, resultando isso em diversidade de procedimentos entre as inúmeras instituições bancárias:

Critério de cálculo	• Totalizar os débitos do dia e aplicar a alíquota uma vez • Aplicar a alíquota a cada débito
Critério de retenção	• Débito diário • Débito semanal • Débito diário para alguns lançamentos e semanal para outros

7.5.1 - Com a diversidade nos procedimentos de cálculo (diário ou a cada lançamento), que levam a resultados diferentes, tanto para o Tesouro como para o contribuinte, e com as opções de retenção da CPMF (diária ou semanal), estabelece-se tratamento desigual a contribuintes que se encontram na mesma situação, ferindo o princípio da isonomia tributária, assegurado pela Constituição Federal, art. 150, II.

3.9.4 - A diversidade de procedimentos de cálculo conduz a resultados diferentes na apuração da contribuição devida, porque os atos normativos não disciplinam o arredondamento dos valores após a segunda casa decimal, e os bancos entendem que não se deve fazê-lo, desprezando as frações de centavo, o que leva a concluir que a segunda alternativa - aplicar a alíquota a cada débito - é menos vantajosa para o Tesouro, com a perda dessas frações de centavo a cada lançamento.

3.9.5 - Como será abordado no item 4 deste relatório, o Banco do Brasil e o Bradesco, instituições que arrecadam valores aproximados, adotam procedimentos diferentes, sendo que o primeiro calcula a CPMF do cliente apenas uma vez ao dia e o segundo, a cada lançamento. Com isso, a quantidade de débitos que ocorre semanalmente nessas instituições apresenta diferenças consideráveis. Supondo uma perda média de R$0,0025 (um quarto de centavo) em cada débito, que é a que efetivamente ocorre no Bradesco, conforme será demonstrado no item 4.4, obtém-se uma diferença média não desprezível de

quase R$15.000,00 por semana, ou R$780.000,00 por ano, comparando apenas duas instituições financeiras. A Tabela 1 seguinte apresenta esses números.

Tabela 1
CPMF - Demonstrativo de Perda Hipotética de Arrecadação com desprezo de centavos

Período	Quant. Débitos			Perda Hipotética - R$
	Bradesco (A)	Banco do Brasil (B)	C = A - B	D= C * 0,0025
07/08/97 a 13/08/97	17.252.807	10.170.678	7.082.129	17.705,32
14/08/97 a 20/08/97	15.648.647	9.132.371	6.516.276	16.290,69
21/08/97a 28/08/97	14.815.676	9.666.080	5.149.596	12.873,99
28/08/97 a 03/09/97	16.901.735	11.872.565	5.029.170	12.572,93
04/09/97 a 10/09/97	17.831.287	10.551.633	7.279.654	18.199,14
11/09/97 a 17/09/97	16.124.736	9.476.254	6.648.482	16.621,21
18/09/97 a 24/09/97	15.300.185	9.852.398	5.447.787	13.619,47
25/09/97 a 01/10/97	16.022.567	11.603.337	4.419.230	11.048,08
Total	**129.897.640**	**82.325.316**	**47.572.324**	**118.930,81**
Média por período	**16.237.205**	**10.290.665**	**5.946.541**	**14.866,35**

Fonte: Banco do Brasil - resposta à Requisição de Documentos e Informações nº 07 - Anexo IV
Bradesco - resposta ao Ofício nº 373/97 - 5ª SECEX - Anexo VII

3.9.6 - Na realidade, a diferença provocada pela adoção de um ou outro critério de cálculo pode chegar a ser maior do que a aqui hipoteticamente considerada, caso os débitos inferiores a R$5,00 não estejam computados nas quantidades de lançamentos do Bradesco, vez que, aplicando-lhes a alíquota de 0,20%, não chegam a R$ 0,01 (um centavo), que é a menor expressão do padrão monetário atualmente vigente, ao passo que, totalizando-se os débitos primeiro para depois aplicar a alíquota, todos os lançamentos tributáveis ficam sujeitos à contribuição.

3.9.7 - Com a diversidade nos procedimentos de cálculo (diário ou a cada lançamento), que levam a resultados diferentes, e com as opções de retenção da CPMF (diária ou semanal), estabelece-se tratamento desigual a contribuintes que se encontram na mesma situação. Na opção semanal, o contribuinte tem de dois a oito dias para pagar o tributo (conforme seja o fato gerador ocorrido na 4ª feira - encerramento do período de apuração ou na 5ª feira - início do período de apuração seguinte), enquanto que, com a opção diária, o pagamento é feito no mesmo dia do fato gerador. Como já ocorria no antigo IPMF e apontado pela equipe de auditoria operacional coordenada pela 5ª SECEX no Sistema de Arrecadação das Receitas a cargo da Secretaria da Receita Federal - SRF - TC 17.787/94-7, esse fato fere o princípio da isonomia tributária, assegurado pela Constituição Federal, art. 150, II

7.5.2 - Em relação ao pagamento, de acordo com a mesma Portaria MF n.º 6/97, deverá ocorrer até o 3º dia útil da semana subseqüente à do encerramento do período de apuração. Cria-se, com isso, uma situação altamente desfavorável ao Tesouro, pois o tributo retido permanece em

poder da instituição financeira de 3 (três) a 9 (nove) dias úteis, até o preenchimento dos respectivos Darf, e ainda mais um dia para o repasse financeiro, conforme prática adotada pelas instituições financeiras, que se consideram, a partir do pagamento do Darf, agentes arrecadadores do tributo, enquadrados nos dispositivos da Portaria MF n.º 311/95. Dessa forma, o produto da arrecadação somente chega aos cofres do Tesouro de 4 (quatro) a 10 (dez) dias úteis após sua retenção.

Abaixo trnascrevo o art. 1º da Portaria nº 06/97 – MF:

"Art. 1º A Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF será, pelas instituições e pessoas referidas no art. 5º da Lei"nº 9.311, de 1996:

I - retida diariamente ou a cada lançamento;

II - apurada, considerando os fatos geradores ocorridos no período entre a quinta-feira da semana anterior e a quarta-feira da semana corrente;

III - paga até o terceiro dia útil da semana subseqüente à de encerramento do período de apuração.

(...)

§ 4º No caso de a instituição assumir a responsabilidade pelo pagamento da CPMF, na hipótese de eventual insuficiência de recursos nas contas, a retenção da contribuição poderá ser feita até o último dia útil da semana de encerramento do período de apuração de que trata este artigo.

(...)

§ 6º O recolhimento do valor da contribuição retida, bem assim o pagamento do valor da contribuição devida como contribuinte pelas instituições e pessoas de que trata esse artigo serão efetuados de forma centralizada, pelo estabelecimento sede da instituição, em DARF separados, no prazo estabelecido no inciso III."

7.5.3 - Estabelece-se, assim, uma remuneração indireta às instituições financeiras, conhecida como "floating". Tomando por base os valores retidos pelo Banco do Brasil e Bradesco, que juntos arrecadam aproximadamente 28% da CPMF, e atualizando pela Taxa SELIC os valores retidos, chega-se à estimativa de que o Tesouro deixa de ganhar R$14.000.000,00 (quatorze milhões de reais) por ano. Evidentemente que as instituições financeiras ganham muito mais que esse valor, porque a taxa SELIC é inferior à praticada pelo setor bancário nas suas aplicações financeiras. (item 4.5)

3.9.8 - A citada Portaria MF n.º 6/97 estabelece, em seu artigo 1º, inciso III, que a CPMF será:

"(...)

III - paga até o terceiro dia útil da semana subseqüente à de encerramento do período de apuração;

(...)"(grifo nosso)

3.9.9 - A Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal - IN SRF n.º 3, de 13 de janeiro de 1997, em seu artigo 9º, estabelece:

"Art. 9º. A CPMF será recolhida ao Tesouro Nacional até o terceiro dia útil da semana subseqüente à de encerramento do período de apuração, observados os seguintes códigos de receita:

(...)

§ 1º O prazo para recolhimento a que se refere este artigo aplica-se em relação à CPMF devida na condição de contribuinte ou de responsável.

(...)" (grifo nosso)

3.9.10 - Observa-se que, enquanto a portaria ministerial se refere a "pagamento", o ato normativo da SRF faz menção ao termo "recolhimento", o que leva à dedução de que aquela Secretaria as considera expressões sinônimas.

3.9.11 - Ao estabelecer que o pagamento ou recolhimento deverá ocorrer até o 3º dia útil da semana subseqüente à do encerramento do período de apuração, cria-se uma situação altamente desfavorável ao Tesouro, pois o tributo retido permanece em poder da instituição financeira de 3 (três) a 9 (nove) dias úteis. No item 4.5 deste relatório encontra-se uma quantificação do que o Tesouro deixa de ganhar com esse *"floating" (a seguir).*

3.9.12 - As instituições financeiras que são ao mesmo tempo responsáveis tributários e agentes arrecadadores (credenciados pela SRF para prestar serviços de arrecadação - em número de 80, das 227 instituições) consideram como pagamento ou recolhimento a apropriação contábil da CPMF retida dos correntistas, ou da que é devida na qualidade de contribuintes, o que se materializa no preenchimento e autenticação dos respectivos Darf. A partir desse momento consideram como concluída a sua atribuição de responsáveis tributários, em relação ao período de apuração encerrado, tornando-se apenas agentes arrecadadores da CPMF.

3.9.12.1 - Já as instituições que são apenas responsáveis tributários, ou seja, não pertencem à rede arrecadadora credenciada pela SRF (em número de 147, das 227 instituições) pagam a CPMF retida dos clientes, ou a que é devida na qualidade de contribuinte, em algum banco credenciado.

3.9.13 - Para o repasse financeiro do produto da arrecadação, não apenas da CPMF, mas também de todos os tributos federais, as instituições financeiras

arrecadadoras seguem as normas da Portaria do Ministério da Fazenda - n.º 311, de 27 de dezembro de 1995, a qual dispõe *"sobre o credenciamento da Rede Arrecadadora e a prestação de serviços de arrecadação de receitas federais e dá outras providências"*, estabelecendo que o repasse do produto da arrecadação diária à conta única do Tesouro Nacional dar-se-á no primeiro dia útil após o seu recebimento (art. 2º).

3.9.13.2 - Estabelece ainda o art. 3º da referida portaria que a instituição financeira poderá permanecer com o produto da arrecadação diária pelo prazo de dois dias, contados da data do recebimento, devendo a instituição remunerar o Tesouro Nacional pela variação da Taxa Referencial de Títulos Federais - remuneração do útil anterior ao do repasse.

3.9.14 - A prática adotada pelas instituições financeiras consiste, pois, em considerar o pagamento ou recolhimento da CPMF como apenas o preenchimento e autenticação dos respectivos Darf. Estes, juntando-se aos correspondentes aos demais tributos federais arrecadados pelo Banco no dia, são repassados à conta única do Tesouro no primeiro ou no segundo dia útil subseqüente,. Assim, o produto da arrecadação da CPMF chega aos cofres do Tesouro Nacional de quatro a dez dias após a retenção ao contribuinte.

3.9.15 - Ocorre que a IN SRF n.º 3/97 estabelece, no já transcrito art. 9º, que a CPMF será <u>recolhida ao Tesouro Nacional</u> até o 3º dia útil da semana subseqüente à do encerramento do período de apuração. O que se deve entender por "recolhimento", como o termo é utilizado nesse dispositivo, é a entrega do produto da arrecadação ao sujeito ativo, que se materializa com o crédito na conta única do Tesouro

3.9.16 - Além do mais, a IN SRF n.º 3/97 não estabelece que o recolhimento ao Tesouro consiste apenas no preenchimento e autenticação dos Darf, nem que possa ocorrer até o quarto ou quinto dia da semana subseqüente à de encerramento do período de apuração. Dessa forma, o procedimento adotado pelas instituições financeiras, em relação à CPMF, está em desacordo com a Portaria MF n.º 6/97 e IN SRF n.º 3/97.

3.9.17 - A mesma Portaria MF n.º 311/95 estabelece, em seu art. 8º:

> "Art. 8º Fixar em R$1,28 (um real e vinte e oito centavos) por DARF acolhido e incluído em meio magnético, a remuneração pela prestação dos serviços de arrecadação de receitas federais.
>
> § 1º A remuneração de que trata este artigo observará contrato de prestação de serviços firmado entre a União, representada pela Secretaria da Receita Federal, e as instituições financeiras integrantes da RARF, (...)"

3.9.17.1 - De acordo com o disposto no contrato em vigor, essa remuneração atualmente é de R$ 1,39 (um real e trinta e nove centavos) por Darf.

3.9.17.2 - Como as instituições geralmente preenchem um único Darf para cada código de receita por semana, a remuneração pela arrecadação da CPMF fica em torno de R$ 4,17 (quatro reais e dezessete centavos), ou seja, 3 Darf a R$ 1,39 semanais, o que corresponde a R$ 16,68 (dezesseis reais e sessenta e oito centavos) por mês.

3.9.18 - Como não existe outra forma de remuneração direta prevista na legislação para a responsabilidade tributária imputada aos bancos em relação à CPMF, a qual difere de uma simples prestação de serviços de arrecadação, que é regida por contrato, criam-se nos atos que disciplinam a matéria - a referida Portaria MF n.º 6, por exemplo - mecanismos de remuneração indireta, ou "floating". Essa remuneração indireta não deveria existir porque o Estado, com seu poder de império, pode exigir das instituições financeiras (públicas ou privadas) o cumprimento da responsabilidade que a lei lhes impinge sem nenhuma espécie de remuneração.

.....

4.5.1.3 - A título de exemplo, mostra-se na Tabela 16 o montante que instituições financeiras do porte do Banco do Brasil e do Bradesco podem obter com esse "floating". A Tabela foi efetuada tomando por base os valores de CPMF retidos diariamente e semanalmente, atualizados pela Taxa SELIC diária (informada pelo BACEN):

4.5.1.4 - Se, considerando apenas duas instituições financeiras, as quais, conforme será abordado no item 5, arrecadam 28% do montante da CPMF, a quantificação do "floating" induz a um valor de mais de R$80.000,00 por semana, um simples cálculo aritmético leva à conclusão de que o Tesouro deixa de ganhar, por semana, a quantia aproximada de R$285.000,00 no universo de todas as instituições financeiras, o que perfaz a importância anual de mais de R$14.000.000,00 (quatorze milhões de reais)

4.5.1.5 - Registre-se que a CPMF é um tributo um pouco diferente dos demais, porque o cálculo, apuração e retenção competem às instituições financeiras, que, naturalmente têm um custo para o desempenho dessas funções. No entanto, deve-se considerar também que essa responsabilidade tributária foi-lhes imposta por lei, e fazem parte da sua missão institucional, da qual não podem se esquivar. Qualquer exercício de apuração do dispêndio com a arrecadação da CPMF não será fidedigno, pois estará sujeito às peculiaridades de cada instituição, à sua eficiência, seu nível de automação, enfim, às inúmeras variáveis que compõem seus custos diretos e indiretos. Por esta razão, a quantificação do *"floating"* aqui apresentada centra-se apenas no que a União deixa de ganhar com os critérios da Portaria MF n.º 6/97.

Tabela 17
CPMF - Banco do Brasil e Bradesco - Cálculo de "floating" - Valores emR$

Data de Retenção	Data de pagamento	Banco do Brasil		Bradesco	
		Valor Retido	Atualiz.tx. SELIC	Valor Retido	Atualiz.tx. SELIC
07/08/97	20/08/97	44.170,02	284,32	92.289,14	594,05
08/08/97		46.654,64	266,85	97.432,62	557,28
11/08/97		68.294,99	341,67	148.718,96	744,02
12/08/97		47.056,33	201,71	90.014,11	385,86
13/08/97		40.079,15	143,12	81.987,70	292,77
15/08/97		18.618.327,19	39.862,51	19.455.819,35	41.655,61
total do período 7 a 13/08/97		**18.864.582,32**	**41.100,18**	**19.966.261,88**	**44.229,60**
14/08/97	27/08/97	42.601,50	274,22	77.186,53	496,84
15/08/97		43.214,29	247,17	95.199,38	544,50
18/08/97		62.090,29	310,63	143.171,28	716,27
19/08/97		37.964,69	162,74	83.257,24	356,90
20/08/97		30.262,84	108,07	85.756,75	306,23
22/08/97		17.939.948,81	38.410,08	19.304.062,75	41.330,70
total do período 14 a 20/08/97		**18.156.082,42**	**39.512,91**	**19.788.633,93**	**43.751,44**
21/08/97	03/09/97	34.014,43	215,62	81.562,79	517,03
22/08/97		40.530,04	227,85	91.158,73	512,48
25/08/97		55.864,89	274,03	141.568,42	694,42
26/08/97		36.163,94	151,49	84.750,53	355,02
27/08/97		34.392,30	119,46	76.759,90	266,62
29/08/97		16.530.826,63	**40.501,36**	**16.352.029,03**	**33.417,18**
total do período 21 a 27/08/97		**16.731.792,23**	**41.489,81**	**16.827.829,40**	**35.762,74**
28/08/97	10/09/97	40.638,62	250,98	80.156,31	495,04
29/08/97		41.634,25	227,28	92.721,39	506,16
01/09/97		44.869,97	214,25	143.879,53	687,01
02/09/97		39.709,11	162,47	86.043,13	352,04
03/09/97		35.897,88	122,35	77.469,13	264,04
05/09/97		22.642.112,76	46.271,66	21.652.943,24	44.250,18
total do período 28/08 a 03/09/97		**22.844.862,59**	**47.248,99**	**22.133.212,73**	**46.554,48**
04/09/97	17/09/97	32.757,12	201,24	85.494,59	525,22
05/09/97		42.423,71	231,59	97.575,74	532,66
08/09/97		54.990,79	262,58	147.052,31	702,16
09/09/97		41.511,19	169,84	97.469,22	398,79
10/09/97		40.164,35	136,89	91.624,48	312,29
12/09/97		21.599.780,88	44.141,54	21.098.663,45	43.117,45
total do período 4 a 10/09/97		**21.811.628,04**	**45.143,68**	**21.617.879,79**	**45.588,57**
11/09/97	24/09/97	37.132,67	228,12	83.165,83	510,92
12/09/97		44.281,62	241,73	92.333,54	504,04
15/09/97		57.782,12	275,91	143.764,82	686,47
16/09/97		38.605,24	157,95	88.161,24	360,70
17/09/97		37.193,95	126,77	80.556,24	274,56
19/09/97		18.549.661,84	37.908,28	18.184.148,81	37.161,32
total do período 11 a 17/09/97		**18.764.657,44**	**38.938,76**	**18.672.130,47**	**39.498,01**
18/09/97	01/10/97	36.831,19	225,17	81.643,16	499,13
19/09/97		37.754,39	204,97	93.466,78	507,45
22/09/97		53.109,81	252,02	142.594,67	676,64
23/09/97		40.126,99	162,98	82.339,87	334,44
24/09/97		24.143,12	81,57	78.070,36	263,77
26/09/97		18.420.714,38	24.542,16	17.429.874,61	23.222,05
total do período 18 a 24/09/97/97		**18.612.679,88**	**25.468,88**	**17.907.989,45**	**25.503,48**
25/09/97	08/10/97	36.444,09	217,38	82.426,17	491,65
26/09/97		41.666,57	220,02	88.475,93	467,19
29/09/97		52.255,96	240,20	132.872,34	610,75
30/09/97		36.288,35	142,00	89.315,17	349,50
01/10/97		43.266,99	141,05	87.355,08	284,77
03/10/97		21.557.388,70	42.137,41	21.268.479,61	41.572,69
total do período 25/09 a 01/10/97		**21.767.310,66**	**43.098,05**	**21.748.924,29**	**43.776,56**
média por período			**40.250,16**		**40.583,11**

Fonte: Banco do Brasil - Resp. à Req. Doc. e Inf. n.º 07 - Anexo Iv
Bradesco - Resp. aos of. - 307 e 373 - Anexo VII
BACEN

7.6 - O Banco do Brasil não dispõe de informações seguras que permitam validar o cálculo da CPMF a partir do algoritmo especificado, ou seja, com base nos totais dos lançamentos. Os chamados controles específicos das não incidências e dos lançamentos sujeitos à alíquota zero, estipulados pela Circular BACEN n.º 2.733, não foram implementados. Com isso, o próprio Banco não dispõe de uma forma prática e segura de confrontar os seus recolhimentos com os registros dos sistemas operacionais, além de não disponibilizar informações imediatas à fiscalização da SRF ou do BACEN.

7.7 - No Banco do Brasil, o total de estornos em relação ao total de débitos chega a aproximar-se de 60%, conforme demonstra a Tabela 4. Um índice assim tão elevado pode acarretar sérios problemas, distorcendo as informações gerenciais sobre a movimentação financeira do Banco e comprometendo a integridade dos dados que servem de parâmetros para verificação dos critérios referentes à retenção, apuração e recolhimento da CPMF.

Tabela 4
Banco do Brasil - Relação entre Débitos e Estornos

Período		A Total de Débitos - R$	B Total de Estornos - R$	% B/A
07T/08/97 a 13/08/97	C/C	83.593.050.577,77	53.999.327.872,85	64,60
	Poupança	242.681.447,94	317.154,41	0,13
	Total	83.835.732.025,71	53.999.645.027,26	64,41
14/08/97 a 20/08/97	C/C	104.139.273.610,84	67.754.987.702,77	65,06
	Poupança	235.035.478,25	132.062,20	0,06
	Total	104.374.309.089,09	67.755.119.764,97	64,92
21/08/97 a 27/08/97	C/C	37.933.383.569,94	7.821.315.519,19	20,62
	Poupança	227.938.170,85	160.411,45	0,07
	Total	38.161.321.740,79	7.821.475.930,64	20,50
28/08/97 a 03/09/97	C/C	79.381.598.545,18	38.086.626.886,70	47,98
	Poupança	241.824.949,93	680.893,03	0,28
	Total	79.623.423.495,11	38.087.307.779,73	47,83
04/09/97 a 10/09/97	C/C	231.222.595.601,54	194.029.171.943,07	83,91
	Poupança	248.715.244,96	124.560,82	0,05
	Total	231.471.310.846,50	194.029.296.503,89	83,82
11/09/97 a 17/09/97	C/C	128.753.497.829,67	88.240.394.423,21	68,53
	Poupança	227.969.471,56	128.779,59	0,06
	Total	128.981.467.301,23	88.240.523.202,80	68,41
18/09/97 a 24/09/97	C/C	179.710.851.615,62	76.284.124.234,30	42,45
	Poupança	230.444.028,14	288.516,34	0,13
	Total	179.941.295.643,76	76.284.412.750,64	42,39
25/09/97 a 01/10/97	C/C	140.278.987.147,56	57.453.555.774,65	40,96
	Poupança	250.850.148,71	140.590,85	0,06
	Total	140.529.837.296,27	57.453.696.365,50	40,88
Total	**C/C**	**985.013.238.498,12**	**583.669.504.356,74**	**59,25**
	Poupança	**1.905.458.940,34**	**1.972.968,69**	**0,10**
	Total	**986.918.697.438,46**	**583.671.477.325,43**	**59,14**

Fonte: Banco do Brasil - Resposta à Req. Doc. e Inform. nº 07 - Anexo IV - vide Tabelas A3, A5, A7, A9, A11, A13, A15, A17 e A18 - Anexo I

7.8 - Em 31 de outubro de 1997 havia no Banco do Brasil 1.128 contas de pessoa física excluídas da cobrança da CPMF sob o título "Outros Motivos". Se tais contas realmente se referem a pessoas físicas, isto é, se não houver erro cadastral, existe aí forte indício de irregularidade, porque a Lei n.º 9.311/96 não contempla nenhum caso em que se possam enquadrar pessoas físicas. Por determinação do Poder Judiciário estas poderiam ficar imunes ou isentas da CPMF, mas esses casos têm identificação própria, como mostra a Tabela 6. Existe também a hipótese de pessoas físicas serem gestoras de recursos recebidos a título de adiantamento para pagamento de despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação, conforme prevê o artigo 68 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964 (suprimento de fundos), e, nessa qualidade, titulam contas consideradas como de governo. A incidência ou não da CPMF nessas contas não foi regulamentada pela SRF. No entanto, como no Banco do Brasil as contas de governo têm identificação própria, as destinadas a suprimento de fundos com certeza não estão entre as referidas 1.128 contas.

Tabela 6
Banco do Brasil - contas das quais não se cobra CPMF - posição de 31/10/97

Contas sob liminar	**312**
• com depósito no próprio banco	114
• com depósito em outros bancos	172
• sem depósito	26
Contas sob o título "Outros Motivos"	**24.437**
• Pessoa Física	1.128
• Pessoa Jurídica	23.123
• Isentos de CPF/CGC	186
Subtotal	**24.749**
Contas de Governo	160.128
total (A)	**184.877**
total de contas do Banco (24.11.97) (B)	**8.108.956**
% A/B	**2,28**

Fonte: Banco do Brasil - Resposta à Req. Doc. Inf. nº 07 e nº 11- Anexo IV

4.1.2.7.4 - Com a dúvida surgida sobre a origem dessas contas totalizadas na Tabela 6, dirigiu-se ao Banco a Requisição de Documentos e Informações n.º 11, solicitando, na alínea "a":

"a) justificativa para a existência de 1.128 (um mil cento e vinte e oito contas-correntes de pessoa física e 186 (cento e oitenta e seis) contas-

correntes isentas de CPF/CGC, marcadas com não incidência da cobrança da referida contribuição, na modalidade "Outros Motivos", conforme relatório encaminhado por meio do expediente COGER-97/0306, em resposta à Requisição de Documentos e Informações n.º 7, de 21 de outubro de 1997;"

4.1.2.7.5 - A resposta do Banco se deu por meio do Ofício UF FINANÇAS/ COGER - 97/0334, de 26 de novembro de 1997 (Anexo IV), cujo excerto abaixo se transcreve:

"Relativamente ao item "a" informamos que as contas correntes de pessoas físicas cadastradas como não sujeitas à incidência da CPMF referem-se aos casos de liminares concedidas pela justiça;

ainda com relação às contas correntes isentas de CPF, informamos tratar-se de pessoas físicas com domicílio fiscal no exterior; e pessoas jurídicas desobrigadas de inscrição no CGC, as Sociedades em Conta de Participação, as Embaixadas, Consulados e as Representações de Organismos Internacionais;

(...)

4.1.2.7.6 - Como se pode observar, a resposta do Banco do Brasil não esclarece a situação das citadas contas, pelo seguinte:

- as contas objeto do questionamento foram as da modalidade "Outros Motivos", marcação diferente, portanto, das contas sob liminar, que não foram questionadas;

- as contas isentas de CPF/CGC elencadas pela instituição não possuem amparo legal para sua exclusão da cobrança da CPMF, conforme informado pela Secretaria da Receita Federal em resposta à Requisição de Documentos e Informações n.º 10 (Anexo III), assunto comentado no item 3.10. A resposta do Banco foi tangencial, porque o cerne da questão era por que as contas constavam como não sujeitas à CPMF e não por que eram isentas de CPF/CGC.

7.8.1 - Também existiam na mesma data 23.123 contas de pessoa jurídica marcadas sob o título "Outros Motivos", o qual agrupa, indistintamente, contas de entidades beneficentes (imunidade tributária) e contas abertas para abrigar a movimentação de operações sujeitas à alíquota zero (instituições financeiras)

7.8.2 - Não possuindo uma identificação específica para as entidades assistenciais, o Banco certamente encontrou dificuldades para prestar as informações à Secretaria da Receita Federal exigidas pela IN SRF n.º 6/97, artigo 1º, § 2º, ou seja, nome ou razão social e o número de inscrição no CGC dessas entidades, e continuará a encontrar, caso elas sejam novamente

solicitadas. Além disso, as informações fornecidas, se não tiverem sido alvo de um laborioso processo de depuração, poderão conter inconsistências.

7.8.3 - A Agência 515 Norte do Banco do Brasil, sob alegação de quebra do sigilo bancário, recusou-se a fornecer cópia das declarações das entidades beneficentes, exigidas pela instituição financeira em função do artigo 1º da IN SRF n.º 6/97. O instituto do sigilo bancário, todavia, não se aplica ao caso, porque as referidas declarações fazem referência ao certificado expedido pelo CNAS que é de domínio público. Além do mais, foram solicitadas ao Banco apenas cópias das declarações e não a movimentação financeira das entidades.

7.9 - A interpretação da legislação tributária para identificar os casos de imunidade, isenção ou sujeição à alíquota zero da CPMF tem sido efetuada pela própria instituição financeira. Trata-se de uma atividade de tributação, função típica do Estado, que não deveria ser delegada pela SRF, pois a Lei 9.311/96 atribuiu às instituições financeiras a responsabilidade tributária pela retenção e recolhimento do tributo, mas também definiu, em seu artigo 11 que compete à SRF a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

7.10 - Em relação às entidades beneficentes de assistência social, a SRF regulamentou, por meio da IN SRF n.º 6/97 que a instituição financeira deverá exigir da entidade que apresente uma declaração de que preenche os requisitos que a habilitam à imunidade tributária, sem nenhuma outra exigência adicional. Com a prestação de informações realizada pelas instituições financeiras em atendimento ao disposto na mesma IN SRF n.º 6/97, a SRF tem em mãos um eficaz instrumento de fiscalização, na medida em que faça o confronto com os dados cadastrais do CNAS para identificar se todas as entidades informadas pelos bancos possuem registro naquele órgão. Torna-se necessário, no entanto, que tais informações sejam atualizadas periodicamente, de forma que o processo de confronto com as do CNAS seja contínuo.

7.11 - No Banco do Brasil, a identificação dos contribuintes não sujeitos à CPMF, bem como das contas cujos lançamentos se sujeitam à alíquota zero, é de responsabilidade da agência, que efetua marcação das respectivas contas para que o sistema de contas-correntes e de poupança não efetuem a retenção do tributo. Com isso, detectou-se um total de 24.437 contas sob a marcação genérica de "Outros Motivos", entre as quais se encontram as entidades beneficentes de assistência social, as instituições financeiras, ou mesmo contas irregularmente marcadas por erro da agência. Encontram-se, ainda, nesse total, 1.128 contas de pessoa física, cuja não incidência do tributo não encontra amparo legal.

7.12 - Não existe no aplicativo de automação bancária do Banco do Brasil dispositivo de segurança que impeça a realização de transferência com alíquota zero entre contas de titularidades diferentes. Também não existem rotinas de cálculo da CPMF incidente sobre pagamentos realizados sem trânsito pela conta-corrente, como no caso de ordens de pagamento, ficando à responsabilidade do caixa o cálculo e a retenção do tributo.

7.13 - Na CEF os estornos da CPMF ocorrem quase sempre de forma automática, com o estorno do lançamento incorreto. No entanto, conforme consta em seus atos normativos, a empresa permite à agência comandar estorno da contribuição manualmente, com o objetivo de efetuar acertos porventura não realizados automaticamente pelo sistema de depósito.

7.14 - Na CEF, sobre as movimentações a débito nos Depósitos Auto-Reaplicáveis (DAR - operação 21) deixou-se, indevidamente, de cobrar a contribuição no período de 23 de janeiro a 30 de junho de 1997. Foi efetuada uma apuração especial que gerou débito aos correntistas e crédito simultâneo pelo mesmo valor, de forma que o recolhimento de toda a CPMF desse período foi contabilizado na rubrica de "Despesas", assumidas pela instituição.

7.14.1 - A assunção dessa despesa pela Empresa, estimada em R$ 995.876,00, foi autorizada pela Diretoria Colegiada, em reunião de 16 de junho de 1997, ata n.º 1.338.

7.14.2 - Tratando-se de empresa pública, a utilização de recursos para cobrir falhas operacionais caracteriza ato de gestão antieconômica, razão pela qual, de acordo com o artigo 43, II, da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, faz-se necessário propor ao Tribunal audiência prévia do responsável, no sentido de que apresente as razões de justificativa.

7.15 - Na CEF, como no Banco do Brasil, a identificação dos contribuintes sujeitos à não-incidência da CPMF, bem como a marcação das respectivas contas, ficam a cargo da agência. Foi informada a existência de 8.158 contas marcadas, entre as quais encontram-se 1.508 contas de pessoa física cuja exclusão da cobrança do tributo não possui amparo legal.

4.2.2.2 - Assim como no Banco do Brasil, cabe à agência a responsabilidade pela marcação das contas. Como comentado no item 4.1.2, esse procedimento se revela inseguro, porque deixa o controle das imunidade, isenções e sujeição à alíquota zero diluído entre os mais de 1.600 pontos de atendimento que a empresa possui. Além do mais, o sistema de contas-correntes é bastante complexo, com uma grande combinação de códigos (tipo de documento, código de lançamento e tipo de lançamento), o que torna os comandos vulneráveis a erros.

4.2.2.2.1 - Para exemplificar, examinando os relatórios da Agência José Seabra do dia 18/07/97 - Inventário de Contas Isentas de Tributos (Anexo V), encontrou-se uma conta-corrente de pessoa física marcada com "isenção de CPMF" (não por liminar), a qual registrou débitos somente nos dias 7 e 14 de julho/97, nos valores de R$18.385,29 e R$178.063,83, respectivamente, sendo este último uma aplicação financeira (CDB). O gerente da agência informou, na época, que se tratava de um equívoco (a agência queria comandar isenção de tarifas e comandou isenção de CPMF), e que seria imediatamente regularizado.

4.2.2.3 - Se na amostra de uma agência encontrou-se uma irregularidade como essa, a dedução lógica é que, num universo de mais de 1.600 agências, haveria muitos outros casos semelhantes. Por esta razão solicitou-se à CEF, por meio da Requisição de Documentos e Informações n.º 8 (Anexo V) a relação das contas marcadas para não cobrança da CPMF. A instituição informou, no Relatório de Contas Isentas de CPMF, cuja folha de totais encontra-se no Anexo V, os seguintes quantitativos, registrados na Tabela 10 seguinte:

Tabela 10
CEF - Relação de Contas Marcadas para Não Cobrança de CPMF - posição de 21/11/97

	Pessoa Física	Pessoa Jurídica	Isenta CPF/CGC	Total
Contas sob Liminar	**682**	**222**	**157**	**1.061**
com depósito judicial	375	143	124	642
sem depósito judicial	307	79	33	419
Contas "Isentas" (*)	**1.508**	**6.495**	**155**	**8.158**
Normais	1.152	6.372	155	7.679
Simplificadas	356	123	0	479
Total (A)	**2.190**	**6.717**	**312**	**9.219**
Total de contas da CEF (B)				**12.063.412**
% A/B				**0,08**

Obs.: A CEF classifica sob o título genérico de "isentas" as contas marcadas com imunidade, isenção ou sujeição à alíquota zero.

Fonte: CEF - Relatório de Contas Isentas de CPMF - resposta à Req. Doc. e Inf. n.º 8 - Anexo V

4.2.2.3.5 - Ainda em relação aos dados da Tabela 10, foi solicitado à CEF, por meio da Requisição de Documentos e Informações n.º 12 (Anexo V), que fornecesse explicações sobre em que consistem as contas marcadas relacionadas no citado relatório de contas isentas de CPMF. A empresa por meio da CI GEAOB/GESIB 030/98, com despacho da área de auditoria, após pesquisa em uma amostra de 1.188 contas, dentre as relacionadas, informou que elas se referem a: instituições financeiras, Ordem dos Advogados do Brasil, cooperativas, previdência pública, Governo Federal, prefeituras, escolas e associações de pais e mestres, fundações, contas amparadas pelo art. 8º, III, da IN SRF n.º 3/97, contas amparadas pelo art. 3º, V, da Lei n.º 9.311/96, contas de poupança simplificada, entidades beneficentes, autarquias, sindicatos, conselhos regionais, contas abertas exclusivamente para transferência para a

Poupança Azul Imobiliária, igrejas/templos, previdência privada, SESC, SENAI, SESI, SEBRAE, contas amparadas pela Lei n.º 2.613, pessoa jurídica isenta de CGC e contas amparadas pelo art. 14 do Código Tributário Nacional - CTN.

4.2.2.3.6 - Alguns aspectos das informações da CEF merecem destaque:

a) Ordem dos Advogados do Brasil e conselhos regionais (órgãos fiscalizadores de profissões regulamentadas) - conforme comentado no item 3.10.2 deste relatório, essas entidades perderam a condição de autarquias, passando a ser contribuintes da CPMF a partir de 5 de fevereiro de 1998. Porém, na data de emissão do relatório elas ainda se encontravam sujeitas à não-incidência do tributo;

b) cooperativas - a CEF não esclarece se são cooperativas de crédito, que se enquadram entre as entidades sujeitas à alíquota zero, de acordo com o art. 8º, inciso III, da Lei nº 9.311/97.

c) escolas e associações de pais e mestres - somente fazem jus ao benefício da imunidade se estiverem enquadradas como entidades beneficentes de assistência social;

d) igrejas/templos - como tal, isto é, a não ser que se enquadrem como entidades assistenciais, não estão contemplados pela imunidade prevista no Art. 150, VI, "b", da Constituição Federal, pois se trata de contribuição e não de imposto. É importante observar que, embora os elementos da CPMF sejam basicamente os mesmos do antigo IPMF, existe uma grande diferença entre eles, que é exatamente a natureza jurídica do tributo. Os casos de imunidade tributária previstos para a contribuição são muito menos numerosos do que os antigamente previstos para o referido imposto;

e) entidades de previdência privada - segundo a Nota MF/SRF/COSIT/COTIR/DIMEF/N.º 490, de 9 de dezembro de 1997, emitida em resposta à Requisição de Documentos e Informações n.º 10 (Anexo III), essas entidades, bem como as companhias seguradoras e de capitalização sujeitam-se à incidência da CPMF, por não se enquadrarem entre as pessoas referidas no art. 8º, incisos III e IV, da Lei n.º 9.311/96;

f) órgãos autônomos como SESC, SESI, SENAI, SEBRAE e outros assemelhados, conforme a citada nota técnica são entidades civis de direito privado sujeitas ao pagamento da CPMF. Registre-se, no entanto, o SESI apresentou à Agência SIA do Banco do Brasil cópia do certificado de registro no CNAS, que o enquadra como entidade beneficente de assistência social;

g) contas amparadas pela Lei n.º 2.613 - Esta lei, datada de 23 de setembro de 1955, trata da criação de uma fundação denominada Serviço Social

Rural, vinculada ao Ministério da Agricultura. Por meio da Lei Delegada n.º 11, de 11 de outubro de 1962, o Serviço Social Rural foi incorporado pela Superintendência de Política Agrária - SUPRA, também subordinada ao Ministério da Agricultura. A SUPRA, por sua vez, foi extinta pela Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964. Desta forma, a CEF está utilizando como fundamento para não-cobrança da CPMF uma legislação revogada;

h) contas de sindicato - não existe amparo legal para exclusão da CPMF dessas contas, porque não se enquadram nos dispositivos do artigo 3º da Lei n.º 9.311/96;

i) contas de pessoa jurídica isentas de CGC - embora a CEF não tenha registrado em sua resposta, provavelmente porque a amostra escolhida não contemplou esses casos, existem 312 contas cadastradas como isentas de CPF/CGC. A forma como é feito o cadastramento da conta não permite saber se são pessoas físicas ou jurídicas, pois o respectivo campo do cadastro pode ser preenchido com apenas uma opção (física, jurídica, isento de CPF/CGC). De qualquer forma, a isenção de inscrição no Cadastro Geral do Ministério da Fazenda não desobriga o indivíduo ou a entidade do pagamento do tributo, vez que são coisas distintas.

j) contas amparadas pelo art. 14 do CTN - este artigo se refere a imposto, portanto não se aplica à CPMF.

4.2.2.3.7 - Como se pode observar, existem irregularidades no controle da não-incidência da CPMF, o que leva à conclusão de que as marcações indevidas ocorrem não somente por erro da agência ao efetuar o comando, mas também por falta de correta aplicação dos dispositivos legais que regem a matéria.

4.2.2.3.8 - Em relação às contas de pessoas físicas marcadas com "isenção", que totalizavam na CEF, em 21.11.97, conforme demonstrado na Tabela 10, um mil, quinhentos e oito, em nível Brasil, a explicação dada não apresenta justificativas para a sua existência. Salvo prováveis erros cadastrais, existem contas de pessoas físicas consideradas "entidades beneficentes", "autarquias", conselhos regionais e outros, como demonstram os documentos encaminhados em resposta à Requisição de Documentos e Informações n.º 12 (Anexo V). Ressalte-se que a imunidade tributária se aplica às pessoas jurídicas em questão, não sendo extensiva a seus dirigentes ou a outras pessoas físicas a elas relacionadas.

7.15.1 - Foi detectada, na Agência 0007 - José Seabra, uma conta de pessoa física marcada como "isenta" de CPMF, que possuía uma movimentação financeira considerável no período observado.

7.15.2-Questionada sobre a origem das contas marcadas, a empresa forneceu informações que revelam interpretação incorreta da legislação,

e utilização de legislação revogada, o que reforça a necessidade da centralização do controle da não-incidência da CPMF

7.16 - Existe na CEF uma modalidade de poupança denominada Poupança Azul Imobiliária - PAI, semelhante à poupança comum, mas que dá direito a financiamento para aquisição de casa própria. Os depósitos na PAI são feitos na conta-corrente e transferidos pelo sistema para a respectiva conta de poupança, sem incidência de CPMF. Esse procedimento revela-se inseguro quanto à cobrança da CPMF, porque, utilizando a conta-corrente como uma extensão da poupança, e marcando-a como não sujeita à CPMF, corre-se o risco de que o correntista utilize tal conta para outros fins que não meramente os depósitos na PAI.

7.17 - Tanto no Banco do Brasil como na CEF, não há procedimento informatizado de confronto dos CPF ou CGC envolvidos nas transferências, com alíquota zero, de valores envolvendo contas de mesma natureza e titularidade. Com isso, o controle dessas transações fica sob a responsabilidade do caixa ou da gerência, sujeito, portanto a falhas.

7.18 - Na CEF o recolhimento da CPMF é feito centralizadamente, porém sem observância no disposto no § 1º do art. 67 da Lei n.º 9.430/96, o qual proíbe a utilização de Darf de valor abaixo de R$ 10,00. No período de 03/09/97 a 26/11/97, ocorreram 48 recolhimentos com Darf abaixo desse limite, conforme demonstra a Tabela 11. (item 4.2.2.4). A CEF, até a conclusão dos trabalhos externos desta auditoria, aguardava orientações da SRF sobre o critério de agrupamento dos Darf, tendo em vista que se referem, em geral, a vencimentos diferentes.

7.19 - Tal como ocorre na CEF e no Banco do Brasil, no BRB a identificação dos contribuintes sujeitos à não-incidência da CPMF, bem como a marcação das respectivas contas, são de responsabilidade da agência. Embora nos atos normativos constem marcações específicas para cada tipo de não-incidência, observou-se que as agências não somente cometem erros ao efetuar os respectivos comandos, como também interpretam erroneamente a legislação pertinente.

7.19.1 - Foram detectadas várias situações de irregularidade, reconhecidas pelos gerentes das respectivas agências, os quais afirmam ter providenciado a devida regularização

7.19.2 - Em relação a conta vinculada, o BRB mantém a conta da Terracap para receber cauções que são depositadas pelos interessados em participar de licitações para aquisição de imóveis. Os levantamentos de caução, bem como a transferência do saldo remanescente para outra conta, de outra natureza, da empresa são praticados à alíquota zero.

7.20 - No Bradesco, por ser uma instituição não abrangida pela jurisdição do Tribunal, e ainda pelas restrições impostas pelo sigilo bancário, os trabalhos de auditoria se limitaram ao tratamento de informações fornecidas pelo Banco. Devido ao seu modelo administrativo centralizado na matriz em Osasco - SP, os controles referentes à CPMF são atribuídos ao Departamento da CPMF. As agências compete apenas a tarefa de recolher a documentação referente às não-incidências da contribuição e remetê-la à matriz. As marcações para não cobrança do tributo são efetuadas pelo departamento da CPMF.

4.4.2.1 - O Bradesco adota um modelo de gestão altamente centralizado na matriz, em Osasco, onde existe um departamento específico para CPMF.

4.4.2.2 - O controle da não-incidência da contribuição é todo efetuado pelo Departamento da CPMF, seja em nível geral (normalização), seja em nível específico (correntista). A agência, diferentemente do que ocorre no Banco do Brasil, na CEF e no BRB, não possui autonomia para interpretar a legislação tributária e marcar contas para não cobrança do tributo. Até mesmo a documentação relativa a entidades beneficentes é encaminhada para o departamento da matriz, que efetua a marcação das respectivas contas.

4.4.2.3 - Esse procedimento oferece a vantagem de centralizar o controle, aproveitando a especialização. Conforme consta nos atos normativos do Bradesco (Anexo VII), a agência apenas recolhe a documentação do correntista e a encaminha à matriz.

4.4.2.4- A centralização pode não evitar a ocorrência de equívocos, ou mesmo de má fé, mas certamente a reduz, vez que a autoridade central que decide sobre a não cobrança da contribuição está distante do correntista, sem as pressões que geralmente são impostas às agências para incremento da captação.

4.4.2.5 - Na Tabela 16 seguinte, encontra-se o quantitativo de contas marcadas para não cobrança da CPMF no Bradesco e no Banco do Brasil:

Tabela 16
Bradesco e Banco do Brasil - Contas marcadas para não cobrança da CPMF

	BRADESCO			BANCO DO BRASIL			
	Pessoa Física	Pessoa Jurídica	Total	Pessoa Física	Pessoa Jurídica	Isenta CPF/CGC	Total
Sob Liminar	14	304	318	19	290		309
Entidades Beneficentes		4.679	4.679	(*)	(*)		(*)
Governo e suas autarquias e fundações			1.281				160.128
Relativas ao art. 8º, III, da Lei nº 9.311/96 (**)			387	(*)	(*)		(*)
Outros motivos			0	1.128	23.123	186	24.251
total de contas objeto de não incidência/alíq.zero			6.665	1.147	23.413	186	184.688
total de contas do Banco			20.734.029	8.108.956	819.108	0	8.928.064
% contas objeto de não incidência/ alíq. Zero			0,03				2,07

Obs.: (*) - não possui a informação
(**) - referem-se a instituições financeiras
Fonte: Bradesco - Resp. ao Of. n.º 373 - 5ª SECEX - (Anexo VII)
Banco do Brasil - Resp. à Req. Doc. Inf. n.º 07 - (Anexo IV)

4.4.2.6 - Observando a Tabela 16, verifica-se que no Bradesco as contas de pessoa física marcadas para não cobrança do tributo se referem apenas a liminar judicial, e que existe identificação específica para entidades beneficentes e instituições financeiras.

4.4.2.7 - Conforme comentado no item 4.1, o Banco do Brasil possui grande número de contas de governo, pela sua característica de banco oficial; por esta razão, o percentual de contas não sujeitas à contribuição é da ordem de mais de 2,07%, contra o percentual de 0,03% do Bradesco.

4.4.2.8 - Em relação às transferências entre contas de mesma natureza e titularidade, pelas razões expostas nos itens 4.1.2, 4.2.2 e 4.3.2 (sigilo bancário) não foi possível verificar os procedimentos adotados pelo Banco.

7.20.1 - Em relação ao recolhimento, a SRF informou que ocorreram, no dia 30 de setembro de 1997, Darf de código 5869 com valores abaixo de R$10,00, embora o Banco não tenha fornecido essa informação.

A respeito da fiscalização atribuída à Secretaria da Receita Federal pela Lei n° 9.311/96, foram apresentadas as seguintes considerações:

"6.1 - A SRF possui, na sua Coordenação-Geral do Sistema de Fiscalização - COFIS, uma divisão encarregada da fiscalização de todo o sistema financeiro nacional. Em entrevista com a chefe dessa divisão foi abordada a grande escassez de recursos humanos - Auditores-Fiscais - para serem alocados aos programas de fiscalização das instituições financeiras.

6.2 - Com tão poucos fiscais para acompanhar a atuação de tão vasta gama de instituições, a SRF não consegue implementar um efetivo controle do cumprimento das atribuições que a Lei atribui a essas pessoas jurídicas, especialmente enquanto responsáveis tributárias.

6.3 - Com vistas a obter informações mais seguras sobre a fiscalização das instituições financeiras, foi encaminhada à COFIS a Requisição de Documentos e Informações n.º 5 (Anexo III), contendo um questionário, abordando os seguintes tópicos:

a) realização de trabalho de fiscalização, metodologia utilizada e resultados alcançados;

b) critérios para estabelecimento de prioridades na fiscalização dos contribuintes e dos tributos e prioridade atribuída à fiscalização da CPMF;

c) quantitativo de AFTNs e de TTNs alocados à fiscalização das instituições financeiras;

d) existência de plano de fiscalização a ser implementado no exercício de 1998, com os principais tópicos a serem abordados;

e) ato constitutivo, entrada em funcionamento, alocação de recursos humanos e estudos a respeito da eficácia da fiscalização e o impacto sobre a arrecadação, advindos com a criação das delegacias especializadas em instituições financeiras.

6.3.1 - Em resposta a essa Requisição de Documentos e Informações o Sr. Coordenador-Geral da COFIS informou:

"(...) somente será possível qualquer procedimento de fiscalização de CPMF após disponibilização dos dados de que trata o art. 11 da Lei n.º 9.311, de 23/10/96, dado o volume de operações envolvidas.

Além disso, torna-se importante destacar que, até a presente data, não se verificou quebra na expectativa de arrecadação.

Quanto às delegacias especializadas na área de mercado financeiro e de capital, a primeira a ser instalada, no Estado de São Paulo, poderá entrar em funcionamento no próximo ano, de acordo com informação prestada pelo grupo de que trata a Portaria n.º 976, de 06/08/97."

6.3.2 - Como a própria SRF admite, não existe qualquer procedimento de fiscalização da CPMF, e a sua implementação depende de informações a serem fornecidas pelas instituições responsáveis.

6.3.3 - Ocorre que tais informações já foram solicitadas, conforme Portaria n.º 106 - MF, de 15 de maio de 1997, que assim estabelece:

"Art. 1º. As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF prestarão à Secretaria da Receita Federal as seguintes informações sobre cada contribuinte:

I - n.º de inscrição no Cadastro de Pessoa Física - CPF ou no Cadastro de Pessoa Jurídica - CGC;

II - valor global, em cada mês, das operações sujeitas à retenção da contribuição, observado o disposto no § 2º;

III - valor da contribuição retida no período citado no inciso anterior.

§ 1º. As informações de que trata este artigo serão:

a) totalizadas sob um único código, quando o contribuinte não estiver obrigado a inscrever-se no Cadastro de Pessoas Físicas, ou no caso de liquidação ou pagamento de créditos, direitos ou valores de que trata o inciso III do art. 2º da Lei n.º 9.311, de 1996, de montante igual ou inferior a R$ 10.000,00;

b) prestadas em meio magnético, de acordo com as especificações a serem baixadas pela Secretaria da Receita Federal, abrangendo os dados referentes a cada trimestre do ano-calendário de 1997 e ao bimestre janeiro e fevereiro de 1998;

c) entregues até o último dia útil do mês subseqüente ao dos prazos previstos na alínea "b"."

6.3.4 - O Ato Declaratório n.º 10, de 10 de junho de 1997, da Coordenação-Geral de Tecnologia e de Sistemas de Informação estabelece as especificações técnicas a serem observadas na geração dos arquivos em meio magnético referentes à Portaria n.º 106/97 - MF.

6.3.5 - Assim, as informações certamente já se encontram à disposição da SRF, podendo receber o tratamento que for considerado necessário para subsidiar a fiscalização. No entanto, a resposta da COFIS refere-se a elas como se ainda não existissem. Em que pesem as dificuldades técnicas do SERPRO em atender às demandas de informação por parte da SRF, é importante dar ao assunto a prioridade que merece, como forma de impingir maior credibilidade à exigência formulada à rede bancária.

6.3.6 - A COFIS afirma que a arrecadação da CPMF se encontra dentro dos limites previstos. Com isso conclui-se que é utilizada, como parâmetro para estabelecer prioridades na fiscalização, a relação entre a previsão e a realização da receita. Ocorre que, conforme demonstram os trabalhos de auditoria aqui relatados, embora a arrecadação da CPMF venha acompanhando a previsão, e até mesmo a tenha superado, no exercício de 1997, existem irregularidades que precisam ser detectadas e corrigidas, por meio de medidas coercitivas de competência da autoridade fiscal. Além do mais, arrecadação realizada em valores próximos dos previstos não significa necessariamente ausência de evasão fiscal, ou de sonegação, porque a metodologia de cálculo da previsão pode apresentar falhas e levar a resultados abaixo das reais potencialidades da receita.

6.3.7 - Em relação às delegacias especializadas na área de mercado financeiro e de capitais, embora sua existência seja relacionada mais à fiscalização do que a outros segmentos da SRF, a resposta da COFIS revela que essa coordenação não se encontra suficientemente envolvida com o projeto, vez que não respondeu satisfatoriamente aos quesitos formulados, especialmente sobre a existência de estudos técnicos sobre o aumento da eficácia da fiscalização e o impacto na arrecadação de tributos.

6.3.8 - Quanto aos demais itens abordados na citada Requisição de Documentos e Informações n.º 5, a ausência leva a presumir resposta negativa.

6.4 - A ineficácia na fiscalização das instituições financeiras já havia sido anteriormente constatada pelo Tribunal. No TC 17.787/94-7, que trata de

Auditoria Operacional realizada na SRF, coordenada pela 5ª SECEX, consta, na folha 49:

> "188. As instituições financeiras têm sido requisitadas pelo Estado para exercerem o importante papel de responsáveis tributárias com relação a alguns tributos. Isto se deve, em grande parte, ao nível de aparelhamento e ao estágio tecnológico em que os bancos se encontram e às peculiaridades de determinados tributos. Tal fórmula tem a vantagem de permitir ao fisco uma significativa redução do universo a fiscalizar. No entanto, é fundamental que a Receita exerça controle sobre o responsável tributário, conhecendo e validando as rotinas utilizadas, sob pena de que a tributação, função exclusiva do Estado, seja entregue ao particular, submetendo-se aos interesses deste.
>
> 189. Outrossim, é imperioso que as normas aplicadas a tais tributos sejam claras, concisas e mais, que tenham a característica de oferecer tratamento isonômico ao contribuinte, independentemente da instituição financeira com a qual opere."

6.4.1 - A Decisão n.º 669/95 - TCU - Plenário, referente ao citado TC 017.787/94-7, assim determinou à SRF:

> "8.1.3. aprimore seu programa de fiscalização nas instituições financeiras que, na qualidade de responsáveis tributários, procedem à apuração, retenção e recolhimento de tributos, notadamente do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF, sob administração da SRF a partir da edição do Decreto-lei n.º 2.471/88."

6.4.2 - A resposta da SRF à Requisição de Documentos e Informações n.º 5 revela que aquela Secretaria não fiscaliza as instituições financeiras enquanto responsáveis tributárias, descumprindo a Decisão do Tribunal, pois, embora a segunda parte do texto aqui transcrito seja referente ao IOF, a primeira se refere aos tributos em geral nos quais existe a figura do responsável tributário, onde se enquadra, evidentemente, a referida contribuição.

6.5 - Em relação às entidades beneficentes de assistência social, conforme abordado no item 3.10 deste relatório, a SRF solicitou às instituições financeiras, por meio da IN SRF n.º 6/97, informações que podem ser confrontadas com as do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, no sentido de verificar se todas elas possuem registro naquele órgão.

6.5.1 - É importante, no entanto, que o fornecimento de tais informações e o confronto delas com as do CNAS seja um processo contínuo, de modo a garantir sua atualização, e possam ser adotadas as medidas fiscalizatórias pertinentes.

6.5.2 - Ressalte-se que a IN SRF n.º 6/97 atribui à instituição financeira a obrigação de apenas exigir que a própria entidade declare que preenche os

requisitos que a habilitam à imunidade tributária, sem necessidade de apresentar nenhuma outra documentação comprobatória da situação que lhe permite o benefício fiscal.

6.5.3 - A interpretação da legislação tributária sobre o correto enquadramento dos casos de isenção, imunidade ou sujeição à alíquota zero está totalmente entregue às instituições financeiras, e, o que é mais grave, em muitas delas à própria agência onde o interessado mantém sua conta-corrente. Trata-se de tarefa absolutamente complexa, que não deveria ser delegada pela autoridade fiscal - no caso a própria SRF.

6.5.4 - Ressalvados os casos de mandado judicial, que são específicos para o correntista e atingem somente a ele, todos os demais interessados deveriam obter junto à SRF um certificado de que se enquadram nos requisitos da Lei n.º 9.311/96 e legislação complementar, e, somente com a apresentação desse é que as instituições financeiras poderiam excluí-los da incidência da CPMF. Isso teria a vantagem de centralizar o controle na própria SRF, facilitaria a fiscalização e evitaria a ocorrência de erros na interpretação da legislação por parte da instituição financeira. Além do mais, evitar-se-ia que a Tributação, função típica do Estado, fosse delegada a particulares, em desobediência à própria Lei n.º 9.311/96 que estabelece, em seu artigo 11, que a administração da CPMF compete à SRF, compreendendo as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

6.5.4.1 - Em relação aos benefícios fiscais, por exemplo regimes aduaneiros especiais, a SRF somente os concede mediante a apresentação de determinados documentos que provam a sua regularidade fiscal. Em relação à CPMF, no entanto, os benefícios fiscais de imunidade, isenção ou alíquota zero são concedidos pela instituição financeira, segundo sua interpretação, ou com base apenas em informações concedidas pelo próprio interessado.

6.5.4.2 - Embora o Ministério da Fazenda, por meio da Portaria MF n.º 106/97, tenha regulamentado o fornecimento de informações sobre as operações tributadas, nenhuma outra exigência tem sido feita em relação às operações não sujeitas ao tributo, tanto da parte da SRF como do BACEN."

Em conclusão, foram apresentadas as seguintes propostas de encaminhamento pela equipe de Auditoria.

"8.1 Diante do exposto, propõe-se que o Egrégio Tribunal:

8.1.1 - Firme entendimento de que as declarações apresentadas às instituições financeiras por força do artigo 1º da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal - IN SRF n.º 6, de 17 de janeiro de 1997 pelas entidades beneficentes de assistência social, para fins de comprovação de que têm direito à não-incidência da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF, conforme

inciso V do artigo 3º da Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996, não são documentos protegidos pelo instituto do sigilo bancário, preconizado no artigo 38 da Lei n.º 4.595/64, vez que fazem referência ao Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, que é de domínio público, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social.

8.1.2 - Comunique ao Banco Central do Brasil - BACEN, com vistas à divulgação às instituições responsáveis pela retenção, apuração e recolhimento da CPMF, o entendimento que vier a ser firmado em decorrência do item 8.1.1.

8.1.3 - Determine ao Sr. Ministro de Estado da Fazenda que:

a) adote providências cabíveis para adequação da Portaria n.º 6, de 10 de janeiro de 1997, objetivando a adoção de um único critério de cálculo e retenção da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF a ser praticado por todas as instituições financeiras, no sentido de:

- garantir o princípio da isonomia tributária, preconizado no art. 150, II, da Constituição Federal;

- reduzir as perdas financeiras do Tesouro causadas pela supressão dos valores referentes a frações de centavo, e, conseqüentemente, pela ausência de tributação dos lançamentos a débito abaixo de R$5,00 (cinco reais);

b) adote providências com vistas à realização de estudos para implementação de procedimentos que possibilitem a redução, ao mínimo operacionalmente viável, do prazo atualmente concedido pela Portaria n.º 6/97 para pagamento da CPMF, visando reduzir as perdas financeiras do Tesouro Nacional correspondentes aos ganhos com passivo sem remuneração (floating) auferidos pelas instituições financeiras.

8.1.4 - Determine audiência prévia do Sr. Secretário da Receita Federal, para que apresente, nos termos do inciso II do artigo 43 da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, razões e justificativas acerca do descumprimento do item 8.1.3 da Decisão n.º 660/95 - TCU - Plenário, de 12 de dezembro de 1995, caracterizado pela constatação de inexistência de programas de fiscalização nas instituições financeiras acerca dos procedimentos de retenção, apuração e recolhimento da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF.

8.1.5 - Determine à Secretaria da Receita Federal - SRF que:

a) manifeste-se, no prazo de 30 (trinta) dias, encaminhando a correspondente documentação à 5ª Secretaria de Controle Externo desta Corte, sobre os seguintes aspectos:

a.2) legalidade do procedimento adotado pelas instituições financeiras de efetuar o recolhimento ao Tesouro Nacional, no quarto ou quinto dia útil da semana subseqüente à de encerramento do período de apuração, da CPMF devida na qualidade de responsáveis tributários ou contribuintes, contrariando o disposto na Portaria do Ministério da Fazenda n.º 6, de 10 de janeiro de 1997, e na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 3, de 13 de janeiro de 1997.

a.3) incidência ou não da CPMF nos lançamentos em contas de caução destinadas a licitações de imóveis ou outros bens, quando do levantamento dos depósitos efetuados pelos interessados na participação do certame;

b) realize fiscalização nas instituições financeiras, no sentido de verificar o controle dos lançamentos sujeitos à alíquota zero e à não-incidência da CPMF, apurar o tributo que deixou de ser recolhido e aplicar as sanções cabíveis, tendo em vista a constatação de irregularidades nos controles praticados pelas instituições, com a exclusão indevida da cobrança desse tributo de contas relativas a operações ou correntistas não amparados pela Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996;

c) confronte as informações fornecidas pelas instituições financeiras, em atendimento ao disposto no § 2º do artigo 1º da IN SRF n.º 6/97, com os dados cadastrais do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, no sentido de verificar se todas as entidades beneficentes de assistência social informadas possuem registro naquele órgão, e adote as medidas fiscalizatórias e demais providências administrativas e legais pertinentes nos casos de irregularidades detectadas;

d) passe a requisitar, em períodos que considerar adequados, as informações que foram exigidas pelo art. 1º da IN SRF n.º 6/97, de forma a tornar contínuo o confronto delas com as do CNAS, referido na alínea anterior;

e) estabeleça procedimentos operacionais a serem observados pelas instituições financeiras com relação à cobrança ou controle da não-incidência da CPMF nas contas de pessoas físicas responsáveis pela gestão de recursos, em órgãos da União, estados, Distrito Federal e municípios, suas autarquias e fundações, concedidos a título de adiantamento, para pagamento de despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação, conforme prevê o artigo 68 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964;

f) acompanhe os recolhimentos de CPMF no sentido de verificar a observância, por parte das instituições financeiras, do disposto no art. 67 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-lhes as sanções cabíveis;

g) discipline, por meio de ato normativo próprio, os critérios para agrupamento de Darf de valores abaixo de R$10,00, em relação a data de vencimento, encargos moratórios e outros aspectos considerados relevantes;

8.1.6 - Recomende à Secretaria da Receita Federal que realize estudos técnicos sobre a viabilidade de centralizar, em suas Delegacias, a análise da situação jurídica dos correntistas enquadrados no artigo 3º da Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996, e dos titulares de contas específicas a que se refere o artigo 8º da mesma lei, com vistas ao fornecimento de documentação comprobatória do benefício fiscal relativo à não cobrança da CPMF, a ser apresentada pelo interessado à instituição financeira onde mantenha conta de depósitos, promovendo a adequação das normas que disciplinam o assunto.

8.1.7 - Determine audiência prévia do Sr. Presidente do Banco do Brasil para que apresente, nos termos do inciso II do artigo 43 da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, razões e justificativas para a ocorrência de contas correntes de pessoa física, em número de 1.128 em 31 de outubro de 1997, marcadas para exclusão da cobrança da CPMF sob o título "Outros Motivos", tendo em vista a inexistência de dispositivo legal que ampare essa exclusão.

8.1.8 - Determine ao Banco do Brasil que:

a) realize estudos com vistas à adequação do sistema de contas-correntes ou ao desenvolvimento de novos aplicativos, de forma a permitir a validação dos valores recolhidos a título da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF, a partir dos totais dos lançamentos referentes a todos os elementos que devem ser considerados no cômputo da base de cálculo da referida contribuição;

b) implemente nos sistemas informatizados de retenção e apuração da CPMF procedimentos de identificação específica para entidades beneficentes e todas as demais entidades atualmente marcadas genericamente com o título "Outros Motivos", para fins de controle da não-incidência e da sujeição à alíquota zero;

8.1.9 - Recomende ao Banco do Brasil que:

a) promova a implementação de procedimentos de segurança que reduzam a ocorrência de estornos, com vistas a garantir a integridade das informações gerenciais sobre a movimentação financeira dos correntistas e permitir a obtenção da base de cálculo da CPMF a partir dos totais dos lançamentos que a compõem e o respectivo confronto com os valores recolhidos desse tributo;

b) implemente, nos sistemas informatizados, procedimentos de segurança para controle de CPF/CGC nas transferências financeiras entre contas de mesma natureza e titularidade, de forma a evitar o uso indevido do benefício da alíquota zero da CPMF em operações validadas fora dos sistemas;

c) centralize em unidades especializadas o controle da não incidência da CPMF, retirando da agência a autonomia para efetuar a correspondente marcação de contas, de forma a aumentar o nível de segurança dos procedimentos de cobrança da contribuição;

8.1.10 - Determine audiência prévia do Sr. Presidente da Caixa Econômica Federal - CEF, para que apresente, nos termos do inciso II do artigo 43 da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, razões e justificativas para os seguintes atos:

a) assunção pela Empresa de despesa no valor estimado de R$ 995.876,00 (novecentos e noventa e cinco mil, oitocentos e setenta e seis reais), autorizada pela Diretoria Colegiada, em reunião de 16 de junho de 1997, ata n.º 1.338, correspondente à não cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira - CPMF sobre as movimentações a débito em Depósitos Auto-Reaplicáveis - DAR, operação 021, no período de 23 de janeiro de 1997 a 30 de junho do mesmo ano;

b) exclusão da cobrança da CPMF, em uma amostra de 1.188 (um mil, cento e oitenta e oito) ocorrências, analisadas pela empresa e informadas por meio da CI GEAOB/GESIB 030/98, de 4 de fevereiro de 1998, das seguintes contas para as quais não existe amparo legal:

b.1) uma conta de pessoa física e sete contas de pessoa jurídica, com base na Lei n.º 2.613, de 23 de setembro de 1955, que criou uma Fundação denominada Serviço Social Rural vinculada ao Ministério da Agricultura, incorporada posteriormente à Superintendência de Política Agrária - SUPRA, por meio da Lei Delegada n.º 11, de 11 de outubro de 1962, e esta, por sua vez, extinta pela Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964;

b.2) cento e vinte e oito contas de pessoa física e trinta e três contas de pessoa jurídica, do tipo "simplificadas";

b.3) uma conta de pessoa física e trinta e quatro contas de pessoa jurídica, referentes a sindicato;

b.4) trinta e quatro contas de pessoa física e sete contas de pessoa jurídica, referentes a igrejas ou templos;

b.5) quatro contas de previdência privada;

b.6) oito contas de SESC, SENAI, SESI, SEBRAE e outros;

b.7) uma conta de pessoa jurídica isenta de CGC;

b.8) uma conta de pessoa jurídica, com base no artigo 14 do Código Tributário Nacional, artigo este que se refere a imposto e não a contribuição;

c) existência de uma conta de pessoa física marcada para exclusão da cobrança da CPMF na Agência José Seabra, a qual recebeu movimentações financeiras, nos dias 7 e 14 de julho de 1997, nos valores de R$18.385,29 e R$178.063,83, respectivamente.

8.1.11 - Determine à Caixa Econômica Federal - CEF que:

a) adote sistemática de depósito diretamente na respectiva conta de poupança das aplicações relativas à Poupança Azul Imobiliária - PAI, de modo a evitar a tramitação pela conta-corrente, fato que, pela legislação que rege a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF, torna obrigatória a incidência desse tributo;

b) realize estudos com vistas à adequação do sistema de contas-correntes ou ao desenvolvimento de novos aplicativos, de forma a permitir a validação dos valores recolhidos a título da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF, a partir dos totais dos lançamentos referentes a todos os elementos que devem ser considerados no cômputo da base de cálculo da referida contribuição;

c) implemente procedimentos de segurança nos comandos de estorno de CPMF, efetuados pelas agências para fins de acerto, de forma a preservar a integridade dos valores retidos ou provisionados para débito;

d) promova a depuração do cadastro de contas-correntes, de forma a corrigir a exclusão indevida da cobrança da CPMF ou as identificações incorretas, como pessoa física, de entidades beneficentes, autarquias e outras, tendo em vista que os benefícios fiscais da não incidência da contribuição abrangem apenas as pessoas jurídicas e não seus dirigentes ou outras pessoas físicas a elas vinculadas;

e) efetue análise referente ao amparo legal para exclusão da cobrança da CPMF em relação às restantes 6.970 (seis mil, novecentos e setenta) contas, das 8.158 (oito mil cento e cinqüenta e oito) informadas no Relatório de Contas Isentas de CPMF, de 21 de novembro de 1997, enviado em resposta à Requisição de Documentos e Informações n.º 8, da equipe de auditoria desta Corte, tendo em vista que as justificativas apresentadas por meio da CI GEAOB/GESIB 030/98 contemplaram apenas 1.188 (um mil, cento e oitenta e oito) contas, encaminhando o resultado dessa apuração, no prazo de trinta dias, à 5ª Secretaria de Controle Externo deste Tribunal;

f) observe o disposto no art. 67, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, agrupando os recolhimentos de modo a não emitir Darf com valor inferior a R$ 10,00 (dez reais);

8.1.12 - Recomende à Caixa Econômica Federal - CEF que:

a) centralize, em unidades especializadas, o controle das contas de clientes sujeitos à não-incidência de CPMF, ou abertas exclusivamente para abrigar movimentações financeiras sujeitas à alíquota zero, retirando da agência a autonomia para efetuar a correspondente marcação de contas, de forma a assegurar que somente os correntistas legalmente amparados possam ser beneficiados com a não cobrança do tributo;

b) promova a implementação de procedimentos de segurança que reduzam a ocorrência de estornos, com vistas a garantir a integridade das informações gerenciais sobre a movimentação financeira dos correntistas e permitir a obtenção da base de cálculo da CPMF a partir dos totais dos lançamentos que a compõem e o respectivo confronto com os valores recolhidos desse tributo;

c) implemente, nos sistemas informatizados, procedimentos de segurança para controle de CPF/CGC nas transferências financeiras entre contas de mesma natureza e titularidade, de forma a evitar o uso indevido do benefício da alíquota zero da CPMF em operações validadas fora dos sistemas;

d) promova adequações nos sistemas informatizados que tratam a retenção da CPMF, no sentido de aumentar os níveis de segurança, particularmente na entrada de dados e na observância do período de apuração;

8.1.13 - Recomende ao Banco Central do Brasil - BACEN que:

a) aperfeiçoe os dispositivos contidos na Circular BACEN n.º 2.733, de 2 de janeiro de 1997, de forma a assegurar que as instituições financeiras realizem registros contábeis específicos dos lançamentos sujeitos à não-incidência de Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira - CPMF, definidos no art. 3º da Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996, e dos sujeitos à alíquota zero, definidos no art. 8º da mesma lei, bem como dos lançamentos a crédito utilizados para redução de saldo devedor de crédito rotativo, a que alude o artigo 2.º, II, da citada lei, de forma a manter à disposição da fiscalização, devidamente identificados, os componentes da base de cálculo da contribuição;

b) estabeleça normas com vistas a aumentar a segurança da retenção da CPMF, por parte dos responsáveis tributários, na liquidação ou pagamento de créditos, direitos ou valores a que alude o artigo 2º, inciso III, da Lei

n.º 9.311/96, com vistas a reduzir a fragilidade da sistemática por eles adotada;

8.1.14 - Recomende à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN que realize estudos técnicos tendentes à verificação da juridicidade da cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira - CPMF, no período de 23 de fevereiro a 11 de março de 1998, tendo em vista que a Lei n.º 9.539, de 12 de dezembro de 1997, alterou o período de incidência dessa contribuição social, desobedecendo ao princípio da anterioridade, preconizado no § 6º do artigo 195 da Constituição Federal, informando o resultado desses estudos a esta Corte de Contas.

8.1.15 - Encaminhe cópia do inteiro teor da Decisão que vier a ser tomada, bem como do relatório e voto que a fundamentarem:

- ao Sr. Ministro da Fazenda;

- ao Sr. Secretário da Receita Federal;

- ao Sr. Presidente do Banco Central do Brasil;

- ao Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

O Secretário de Controle Externo e o Diretor da 2ª Divisão Técnica, após esclarecer que os trabalhos de execução da auditoria estiveram a cargo da Analista Nilza Maria de Souza Oliveira, sob a sua coordenação e supervisão, argüiram que o relatório ora analisado representa o consenso entre as partes.

Foi alertado por aqueles responsáveis que os dados numéricos relativos à retenção, apuração e recolhimento da CPMF, sob a responsabilidade das instituições financeiras auditadas, devem receber tratamento reservado.

É o relatório.

VOTO

De início, devo registrar que, com a apresentação deste processo, encerro a análise das auditorias realizadas pelas 4ª e 5ª SECEXs em cumprimento à Decisão n° 710/96 - Plenário, na qual foi deliberado, dentre outras coisas, a elaboração, por aquelas unidades técnicas, de planos de ação específicos para fiscalizar a efetividade e a regularidade dos procedimentos adotados pelas instituições e responsáveis no que se refere ao efetivo recolhimento e à regular aplicação da CPMF, inclusive quanto à observância dos prazos de repasse dos montantes auferidos, tanto pelas instituições responsáveis pela retenção e recolhimento à Receita Federal quanto desta ao Ministério da Saúde/SUS, tendo em conta o disposto no art. 5° e a regulamentação prevista no art. 10 da Lei 9.311/96.

Lembro aos meus pares que em Sessão de 16.09.1998 submeti ao descortino deste Pleno o TC 010.929/96-7, e respectivos apensos, o qual tratava das demais

auditorias promovidas pelas 5ª e 4ª SECEXs objetivando dar cumprimento àquela Decisão. Naquela assentada foi avaliada a observância, por todos os órgãos envolvidos, das normas regulamentadoras relativas à descentralização dos recursos da CPMF a partir da STN, a sua destinação, bem como foi analisada a adequabilidade dos procedimentos adotados.

Restou consignado naqueles autos que, de forma geral, aqueles recursos foram transferidos ao Fundo Nacional de Saúde - FNS, conforme determina o art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e o art. 18, da Lei n° 9.311/97, e foram direcionados ao financiamento das ações e serviços de saúde. As não-conformidades relatadas naqueles processos não caracterizaram, ao final, inobservância das prescrições constitucionais e legais citadas.

Neste processo, como já ressaltado no relatório que antecede este Voto, foram analisados os procedimentos e controles existentes nas instituições bancárias definidas por este Plenário (Banco do Brasil S.A, Caixa Econômica Federal - CEF, Banco de Brasília - BRB, e Banco Brasileiro de Desconto - BRADESCO) nas atividades de apuração e retenção da CPMF, e o cumprimento dos prazos no recolhimento efetivado à Secretaria da Receita Federal - SRF. Foi efetivada também uma análise a respeito da fiscalização desenvolvida pelos órgãos estatais responsáveis.

Vale registrar que aquelas instituições, de um total de 227, são responsáveis por, aproximadamente, cerca de 31% de toda a arrecadação da CPMF, de acordo com cálculo efetuado pela Unidade Técnica tendo como parâmetro o montante arrecadado no período de setembro a novembro de 1997.

Foram abordadas pela Equipe de Auditoria várias impropriedades e possíveis irregularidades que estariam ocorrendo nas instituições financeiras auditadas em decorrência dos procedimentos adotados e na Secretaria da Receita Federal - SRF, nesta última na área de fiscalização.

Foi efetivada também uma análise criteriosa dos normativos concernentes à matéria aqui tratada, editados pelo Ministério da Fazenda, pelo Banco Central do Brasil e pela própria Secretaria da Receita Federal.

Devo consignar que concordo, de maneira geral, com o posicionamento manifestado pela Unidade Técnica. No entanto, divirjo da forma de encaminhamento proposta para alguns dos questionamentos efetivados.

Com relação à proposta de que este Tribunal firme entendimento de que as declarações apresentadas às instituições financeiras em decorrência do art. 1°,da IN SRF n° 06/1997 pelas entidades beneficentes de assistência social não são documentos protegidos pelo instituto do sigilo bancário, preconizado no art. 38 da Lei n° 4.595/64, uma vez que fazem referência ao Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, que é de domínio público, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, entendo não ser necessária, posto que a negativa em atender a solicitação da equipe partiu de apenas uma das agências visitadas, sendo um caso isolado.

O fato de que a relação das entidades agraciadas com o "Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos" é publicada no Diário Oficial da União, sendo, portanto, de domínio público, torna despicienda aquela proposta. Deve-se fazer determina-

ção ao Presidente do Banco do Brasil no sentido de que oriente as suas agências para evitar a repetição do episódio.

Quanto à questão levantada pela Unidade Técnica acerca da possibilidade de vir a ser questionada a constitucionalidade da cobrança da CPMF no período de 23.02 a 11.03.98 em decorrência do entendimento de que seria necessário o decurso do prazo de 90(noventa) dias após a publicação da Lei n° 9.539/97 para a sua exigência, considero inaplicável a recomendação proposta, posto que a matéria refoge à competência desta Corte. O resultado dos estudos técnicos que seriam desenvolvidos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, caso aceita a recomendação formulada, não implicaria em qualquer tomada de decisão por este Tribunal ante a ausência de prescrição legal que possibilite a sua intervenção no caso concreto.

Com respeito aos pagamentos realizados sem trânsito pela conta-corrente, em especial os referentes às ordens de pagamentos e aos cheques administrativos, foi registrado nos autos que as tarefas de cálculo e retenção da CPMF são, de modo geral, da responsabilidade exclusiva do caixa responsável pelo processamento, sem qualquer controle automatizado. Este procedimento deixa margem à ocorrência de fraudes como a que foi recentemente denunciada à Receita Federal envolvendo pagamento de fornecedores de empresas correntistas com cheques administrativos (os Bancos envolvidos não foram revelados). Assim, considero extremamente oportuno determinar-se ao Banco Central do Brasil o estabelecimentos de normas criando mecanismos de controle a serem adotados pelas instituições bancárias objetivando evitar tal prática.

As considerações constantes dos autos acerca do prazo praticado no que se refere ao recolhimento da CPMF à Secretaria da Receita Federa - SRF são oportunas. Em que pese a possibilidade de o tributo retido permanecer em poder da instituição financeira pelo prazo de 3(três) a 9(nove) dias úteis estar prevista em normativos do Ministério da Fazenda e da própria Receita Federal, considero não ser favorável ao Tesouro esta situação ante a impossibilidade factual deste utilizar-se daqueles valores nas inúmeras operações diariamente realizadas, ocasionando, sem dúvida, perdas financeiras.

No que se refere à ausência de qualquer procedimento fiscalizatório por parte da SRF, realmente não procedem as justificativas apresentadas por aquela unidade no sentido de que a estimativa de arrecadação foi atingida, tendo sido até extrapolada no exercício de 1997, o que demonstraria que os controles existentes são suficientes, não sendo tão necessária uma fiscalização mais contundente. Tal conclusão pode servir para um primeiro momento de cobrança de um novo tributo; todavia, quando a imprevisibilidade de fiscalização for detectada pelas instituições responsáveis pela retenção da contribuição poderá haver, de fato, queda na arrecadação. De qualquer modo, as ponderações trazidas aos autos pela 5ª SECEX são também pertinentes. Assim, entendo que deve ser determinado ao Secretário da Receita Federal que, considerando a alegada escassez de recursos humanos da área de fiscalização, adote providências objetivando conciliar a disponibilidade de pessoal com o dever de cumprir a lei.

Em relação à questão referente à isenção da cobrança da CPMF de pessoas físicas sem motivo aparente, bem como de pessoas jurídicas indevidamente amparadas na legislação, tanto pelo Banco do Brasil, quanto pela Caixa Econômica Federal, entendo não ser adequado promover-se a oitiva dos responsáveis por aquelas instituições, tendo em vista que nas duas entidades foi atribuída às agências a responsabilidade pela análise e marcação das contas não sujeitas à contribuição ou sujeitas à alíquota zero, não sendo este procedimento considerado irregular por não existir previsão legal restritiva a respeito.

As indicações indevidas de contas-correntes isentas ocorrem, de acordo com os responsáveis pela auditoria, por erro ou provável má-fé da agência ao executar o comando e também devido à interpretações equivocadas dos dispositivos legais correspondentes. Entendo que tais procedimentos decorrem dos controles insipientes mantidos naquelas instituições em consequência, principalmente, da ausência de orientações mais abrangentes oriundas dos órgãos federais responsáveis.

Assim, considerando o elevado número de contas isentas(24.437, no Banco do Brasil S.A e 8.158, na CEF, excluídas as contas de Governo, e 6.665, no Bradesco) constatadas no universo auditado; e tendo em vista a possibilidade de estar havendo evasão fiscal dos recursos da CPMF nestas e nas demais instituições financeiras, entendo que este Tribunal, no limite de suas atribuições, deve comunicar o fato, mediante o encaminhamento de cópia dos autos, ao Banco Central do Brasil e à Secretaria da Receita Federal - SRF, responsáveis, respectivamente, pela normatização e fiscalização da cobrança da CPMF, de acordo com a Lei n° 9.311/96, para conhecimento e adoção das medidas necessárias.

Como sugestão, para prevenir a repetição destas mesmas falhas, caso seja aprovada a permanência da CPMF pelo Congresso Nacional, entendo que poderiam ser editados normativos específicos, com o maior nível de detalhamento possível, dispondo acerca das prescrições inseridas nos artigos 3° e 8° da Lei n° 9.311/96, objetivando fornecer maiores subsídios às instituições responsáveis pela retenção da contribuição na identificação de tais contas.

Uma outra providência que, s.m.j., poderia ser adotada, com respeito às declarações apresentadas às instituições financeiras por força do art. 1°, da IN SRF n° 6, de 17.01.1997 pela entidades beneficentes de assistência social, uma vez que podem conter informações inverídicas e não são checadas nem pela instituição e nem pela própria Secretaria da Receita Federal - SRF, seria prever a apresentação e/ou a anexação por cópia àquela declaração do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, que, aliás, é publicado no Diário Oficial da União.

Foi registrado no processo a assunção, pela Caixa Econômica Federal - CEF, mediante Voto de sua Diretoria Colegiada VO CEF/GEAOB 325/97 de 12.06.1997, do valor de R$ 995.876,00 correspondente à CPMF não cobrada nos Depósitos a Prazo de Reaplicação Automática, na CEF chamado de Depósito Azul Reaplicável - DAR, no período de 23.01 a 31.07. 1997 (e não 30.06., como se reporta a instrução, conforme documento às fls.483).

Consta dos autos que ocorreu uma interpretação equivocada do art. 16, da Lei n° 9.311/97 pela FEBRABAN, tendo sido contestada posteriormente pela Secretaria da Receita Federal.

Não obstante estar justificada a falta de cobrança da contribuição no período em que havia controvérsia quanto ao conteúdo do citado dispositivo, é imperioso que se determine à direção superior da CEF que apresente justificativas para a assunção daquele débito, em detrimento do recebimento do tributo dos clientes que tiveram suas contas isentadas naquele período, opção que, à primeira vista, seria perfeitamente viável.

Quanto às demais propostas elencadas, entendo que devem ser efetivadas, com pequenas adaptações tendo em vista as ponderações acima apresentadas.

Finalizando, gostaria de ressaltar o excelente trabalho produzido pela AFCE Nilza Maria de Souza Oliveira, juntamente com seus superiores hierárquicos, pela sua abrangência e objetividade.

Desta forma, Voto no sentido de que este Tribunal adote a Decisão que submeto à deliberação deste Plenário.

DECISÃO N° 677/98 - TCU - PLENÁRIO[1]

1.Processo TC-011.933/97-6

2.Classe de Assunto: V - Relatório de Auditoria

3.Interessado: Tribunal de Contas da União

4.Órgão/Entidade: Secretaria da Receita Federal - SRF, Secretaria do Tesouro – STN, Banco do Brasil S.A, Caixa Econômica Federal- CEF, Banco de Brasília – BRB e Banco Brasileiro de Desconto - BRADESCO

5.Relator: Ministro Humberto Souto

6.Representante do Ministério Público: não atuou

7.Unidade Técnica: 5ª SECEX

8.Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo relator, DECIDE:

8.1. determinar ao Ministro de Estado da Fazenda que:

8.1.1 adote as providências cabíveis para adequação da Portaria n.º 6, de 10 de janeiro de 1997, objetivando a adoção de um único critério de cálculo e retenção da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF a ser praticado por todas as instituições financeiras, no sentido de:

- garantir o princípio da isonomia tributária, preconizado no art. 150, II, da Constituição Federal;

- reduzir as perdas financeiras do Tesouro causadas pela supressão dos valores referentes a frações de centavo, e, conseqüentemente, pela ausência de tributação dos lançamentos a débito abaixo de R$5,00 (cinco reais);

8.1.2 adote providências com vistas à realização de estudos para implementação de procedimentos que possibilitem a redução, ao mínimo operacionalmente viável, do

1. Publicada no DOU de 13/10/98.

prazo atualmente concedido pela Portaria n.º 6/97 para pagamento da CPMF, visando evitar que o Tesouro Nacional sofra perdas.

8.2 determinar à Secretaria da Receita Federal que:

8.2.1 adote providências objetivando o cumprimento do disposto no art. 11, da Lei n° 9.311/96, ante a constatação de inexistência de programas de fiscalização nas instituições financeiras acerca dos procedimentos de retenção, apuração e recolhimento da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF, em que pese a alegada escassez de recursos humanos na área de fiscalização.

8.2.2 adote providências com vistas à observância pelas instituições financeiras, no que se refere ao prazo de recolhimento ao Tesouro Nacional dos recursos relativos à CPMF, o disposto na Portaria do Ministério da Fazenda n.º 6, de 10 de janeiro de 1997, e na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 3, de 13 de janeiro de 1997.

8.2.3 normatize acerca da incidência (ou não) da CPMF nos lançamentos em contas de caução destinadas a licitações de imóveis ou outros bens, quando do levantamento dos depósitos efetuados pelos interessados na participação do certame;

8.2.4 realize fiscalização nas instituições financeiras, no sentido de verificar o controle dos lançamentos sujeitos à alíquota zero e à não-incidência da CPMF, apurar o tributo que deixou de ser recolhido e aplicar as sanções cabíveis, tendo em vista a constatação de irregularidades nos controles praticados pelas instituições, com a exclusão indevida da cobrança desse tributo de contas relativas a operações ou correntistas não amparados pela Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996;

8.2.5 confronte as informações fornecidas pelas instituições financeiras, em atendimento ao disposto no § 2º do artigo 1º da IN SRF n.º 6/97, com os dados cadastrais do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, no sentido de verificar se todas as entidades beneficentes de assistência social informadas possuem registro naquele órgão, e adote as medidas fiscalizatórias e demais providências administrativas e legais pertinentes nos casos de irregularidades detectadas;

8.2.6 passe a requisitar, em períodos que considerar adequados, as informações que foram exigidas pelo art. 1º da IN SRF n.º 6/97, de forma a tornar contínuo o seu confronto com as do CNAS, referido na alínea anterior;

8.2.7 estabeleça procedimentos operacionais a serem observados pelas instituições financeiras com relação à cobrança ou controle da não-incidência da CPMF nas contas de pessoas físicas responsáveis pela gestão de recursos, em órgãos da União, estados, Distrito Federal e municípios, suas autarquias e fundações, concedidos a título de adiantamento, para pagamento de despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação, conforme prevê o artigo 68 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964;

8.2.8 acompanhe os recolhimentos de CPMF no sentido de verificar a observância, por parte das instituições financeiras, do disposto no art. 68 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-lhes as sanções cabíveis;

8.2.9 discipline, por meio de ato normativo próprio, os critérios para agrupamento de Darf de valores abaixo de R$10,00, em relação a data de vencimento, encargos moratórios e outros aspectos considerados relevantes;

8.2.10 informe a este Tribunal, no prazo de 30(trinta) dias, as medidas adotadas objetivando o atendimento destas determinações;

8.3. recomendar à Secretaria da Receita Federal que, caso seja aprovada a permanência da CPMF, realize estudos técnicos sobre a viabilidade de centralizar, em suas Delegacias, a análise da situação jurídica dos correntistas enquadrados no artigo 3º da Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996, e dos titulares de contas específicas a que se refere o artigo 8º da mesma lei, com vistas ao fornecimento de documentação comprobatória do benefício fiscal relativo à não cobrança da CPMF, a ser apresentada pelo interessado à instituição financeira onde mantenha conta de depósitos, promovendo a adequação das normas que disciplinam o assunto.

8.4. recomendar à Secretaria da Receita Federal, em acréscimo, que, caso não considerada viável a proposta descrita no item 8.3, seja analisada a possibilidade de implementar-se as seguintes ações:

a) edição de normativos específicos, com o maior nível de detalhamento possível, dispondo acerca das prescrições inseridas nos artigos 3° e 8° da Lei n° 9.311/96; e

b) exigência de apresentação, em conjunto com a declaração prevista no art. 1° da IN SRF n° 6, de 17.01.1997 do "Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos" fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social.

8.5 determinar ao Presidente do Banco do Brasil que:

8.5.1 adote providências no sentido de excluir da isenção da cobrança da CPMF as contas correntes de pessoa física, em número de 1.128 em 31 de outubro de 1997, marcadas sob o título "Outros Motivos", tendo em vista a inexistência de dispositivo legal que ampare essa exclusão;

8.5.2 realize estudos com vistas à adequação do sistema de contas-correntes ou ao desenvolvimento de novos aplicativos, de forma a permitir a validação dos valores recolhidos a título da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF, a partir dos totais dos lançamentos referentes a todos os elementos que devem ser considerados no cômputo da base de cálculo da referida contribuição; e

8.5.3 implemente nos sistemas informatizados de retenção e apuração da CPMF procedimentos de identificação específica para entidades beneficentes e todas as demais entidades atualmente marcadas genericamente com o título "Outros Motivos", para fins de controle da não-incidência e da sujeição à alíquota zero.

8.6 recomendar ao Presidente do Banco do Brasil que:

8.6.1 promova a implementação de procedimentos de segurança que reduzam a ocorrência de estornos, com vistas a garantir a integridade das informações gerenciais sobre a movimentação financeira dos correntistas e permitir a obtenção da base de cálculo da CPMF a partir dos totais dos lançamentos que a compõem e o respectivo confronto com os valores recolhidos desse tributo; e

8.6.2 implemente, nos sistemas informatizados, procedimentos de segurança para controle de CPF/CGC nas transferências financeiras entre contas de mesma natureza e titularidade, de forma a evitar o uso indevido do benefício da alíquota zero da CPMF em operações validadas fora dos sistemas.

8.7 determinar ao Presidente da Caixa Econômica Federal - CEF que :

8.7.1 apresente, no prazo de 30(trinta) dias, justificativas para a assunção pela Empresa de despesa no valor estimado de R$ 995.876,00 (novecentos e noventa e cinco mil, oitocentos e setenta e seis reais), autorizada pela Diretoria Colegiada, em reunião de 16 de junho de 1997, ata n.º 1.338, correspondente à não cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira - CPMF sobre as movimentações a débito em Depósitos Auto-Reaplicáveis - DAR, operação 021, no período de 23 de janeiro de 1997 a 31 de julho do mesmo ano;

8.7.2 exclua da isenção da cobrança da CPMF as seguintes contas para as quais não existe amparo legal, constatadas em uma amostra de 1.188 (um mil, cento e oitenta e oito) ocorrências, analisadas pela empresa e informadas por meio da CI GEAOB/GESIB 030/98, de 4 de fevereiro de 1998, bem como aquelas que se encontrem em situação idêntica a essas:

a) uma conta de pessoa física e sete contas de pessoa jurídica, com base na Lei n.º 2.613, de 23 de setembro de 1955, que criou uma Fundação denominada Serviço Social Rural vinculada ao Ministério da Agricultura, incorporada posteriormente à Superintendência de Política Agrária - SUPRA, por meio da Lei Delegada n.º 11, de 11 de outubro de 1962, e esta, por sua vez, extinta pela Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964;

b) cento e vinte e oito contas de pessoa física e trinta e três contas de pessoa jurídica, do tipo "simplificadas";

c) uma conta de pessoa física e trinta e quatro contas de pessoa jurídica, referentes a sindicato;

d) trinta e quatro contas de pessoa física e sete contas de pessoa jurídica, referentes a igrejas ou templos, desde que não enquadradas como entidades assistenciais;

e) quatro contas de previdência privada;

f) oito contas de SESC, SENAI, SESI, SEBRAE e outros;

g) uma conta de pessoa jurídica isenta de CGC;

h) uma conta de pessoa jurídica, com base no artigo 14 do Código Tributário Nacional, artigo este que se refere a imposto e não a contribuição;

8.7.3 adote sistemática de depósito diretamente na respectiva conta de poupança das aplicações relativas à Poupança Azul Imobiliária - PAI, de modo a evitar a tramitação pela conta-corrente, fato que, pela legislação que rege a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF, torna obrigatória a incidência desse tributo;

8.7.4 realize estudos com vistas à adequação do sistema de contas-correntes ou ao desenvolvimento de novos aplicativos, de forma a permitir a validação dos valores recolhidos a título da Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Direitos de Natureza Financeira - CPMF, a partir dos totais dos lançamen-

tos referentes a todos os elementos que devem ser considerados no cômputo da base de cálculo da referida contribuição;

8.7.5 implemente procedimentos de segurança nos comandos de estorno de CPMF, efetuados pelas agências para fins de acerto, de forma a preservar a integridade dos valores retidos ou provisionados para débito;

8.7.6 promova a depuração do cadastro de contas-correntes, de forma a corrigir a exclusão indevida da cobrança da CPMF ou as identificações incorretas, como pessoa física, de entidades beneficentes, autarquias e outras, tendo em vista que os benefícios fiscais da não incidência da contribuição abrangem apenas as pessoas jurídicas e não seus dirigentes ou outras pessoas físicas a elas vinculadas; e

8.7.7 observe o disposto no art. 67, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, agrupando os recolhimentos de modo a não emitir Darf com valor inferior a R$ 10,00 (dez reais).

8.8. recomendar à Caixa Econômica Federal - CEF que:

8.8.1 promova a implementação de procedimentos de segurança que reduzam a ocorrência de estornos, com vistas a garantir a integridade das informações gerenciais sobre a movimentação financeira dos correntistas e permitir a obtenção da base de cálculo da CPMF a partir dos totais dos lançamentos que a compõem e o respectivo confronto com os valores recolhidos desse tributo;

8.8.2 implemente, nos sistemas informatizados, procedimentos de segurança para controle de CPF/CGC nas transferências financeiras entre contas de mesma natureza e titularidade, de forma a evitar o uso indevido do benefício da alíquota zero da CPMF em operações validadas fora dos sistemas; e

8.8.3 promova adequações nos sistemas informatizados que tratam a retenção da CPMF, no sentido de aumentar os níveis de segurança, particularmente na entrada de dados e na observância do período de apuração.

8.9 recomendar ao Banco Central do Brasil - BACEN que:

8.9.1 aperfeiçoe os dispositivos contidos na Circular BACEN n.º 2.733, de 2 de janeiro de 1997, de forma a assegurar que as instituições financeiras realizem registros contábeis específicos dos lançamentos sujeitos à não-incidência de Contribuição Provisória sobre Movimentação e ou Transmissão de Valores e de Créditos de Natureza Financeira - CPMF, definidos no art. 3º da Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996, e dos sujeitos à alíquota zero, definidos no art. 8º da mesma lei, bem como dos lançamentos a crédito utilizados para redução de saldo devedor de crédito rotativo, a que alude o artigo 2.º, II, da citada lei, de forma a manter à disposição da fiscalização, devidamente identificados, os componentes da base de cálculo da contribuição; e

8.9.2 estabeleça normas com vistas a aumentar a segurança da retenção da CPMF por parte dos responsáveis tributários, na liquidação ou pagamento de créditos, direitos ou valores a que alude o artigo 2º, inciso III, da Lei n.º 9.311/96, em especial aqueles efetivados mediante cheque administrativo ou ordem de pagamento, com vistas a reduzir a fragilidade da sistemática por eles adotada, uma vez que foram denunciadas fraudes na utilização daqueles instrumentos.

8.10 encaminhar cópia desta Decisão, do relatório e Voto que a fundamentaram, bem como do inteiro teor do relatório produzido pela 5ª SEC EX, ao Secretário da Receita Federal e ao Sr. Presidente do Banco Central do Brasil;

8.11 encaminhar cópia desta Decisão e do relatório e Voto que a fundamentaram ao Ministro de Estado da Fazenda, aos Presidentes da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil S.A para conhecimento; e

8.12 determinar que seja mantida a reserva dos documentos oriundos das instituições financeiras auditadas.

9. Ata nº 40/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 30/09/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum:*

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto (Relator), Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

Homero Santos Presidente	Humberto Guimarães Souto Ministro Relator

BB/DTVM – APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Pedido de Reexame (Decisão originada de processo de Solicitação de Inspeção Extraordinária)

Ministro-Relator Carlos Átila Álvares da Silva

Grupo II - Classe I - Plenário

TC-012.432/94-6 (com os Volumes I e II)

Natureza: Pedido de Reexame (Decisão originada de processo de Solicitação de Inspeção Extraordinária)

Entidade: Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. – BB-DTVM

Interessado: Paulo César Ximenes Alves Ferreira, Diretor-Presidente

Ementa: Pedido de Reexame contra a Decisão nº 069/97–TCU–Plenário. Aplicabilidade do instituto da tomada de contas especial no âmbito das sociedades de economia mista. Conhecimento do Pedido de Reexame. Negativa de provimento ante os entendimentos vigentes no TCU e os dispositivos da Lei nº 8.443/92. Ciência ao interessado.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Presidente do Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. – BB-DTVM (fls. 03/24 do Volume I), representado pelo advogado devidamente qualificado por instrumento de procuração (fls. 02-verso), em razão da Decisão nº 069/97–TCU–Plenário (Sessão de 26/02/1997, Ata nº 06/97 – fl. 72 do volume principal), que determinou ao interessado, sob pena de responsabilidade, a instauração de processo de tomada de contas especial do Sr. Ronaldo Teixeira Guimarães pelo prejuízo causado em decorrência de operações realizadas no Mercado de Futuro de Índices da Bolsa de Valores de São Paulo–BOVESPA, no período de agosto a dezembro de 1992, sem atentar para as normas internas da Instituição que regulam o assunto, comunicando a este Tribunal acerca das providências adotadas.

As alegações do interessado, abaixo mencionadas no essencial, foram analisadas pela 10ª Secex na instrução às fls. 28/40 do Volume I conforme se segue:

a) não está a BB-DTVM, assim como a acionista do recorrente — o Banco do Brasil S.A.—, sujeita à instauração do procedimento de Tomada de Contas Especial

– TCE, mas sim à imposição, pelos tribunais, da legislação trabalhista privada, e, sendo pessoa jurídica de direito privado, seus empregados não têm o dever de prestar contas a este Tribunal;

a .1) Instrução da 10ª Secex: considera indevida a assertiva quanto a esse item por considerar que a eventual obrigação em instaurar TCE não se vincula, nesse caso, à obrigação de prestar contas, mas sim à ocorrência de prejuízo ao Erário;

b) danos provocados à BB-DTVM não significam danos provocados ao Erário, pela distinção de personalidades jurídicas;

b.1) instrução da 10ª Secex: dá razão à recorrente quanto a essa assertiva, pois — apesar de já ter sido analisada nas Decisões TCU-Plenário nºs 106/95 (de 15/03/1995 - TC-027.582/91-4) e Sigilosa nº 457/94 (de 14/07/1994 - TC-009.416/93-5-Sigiloso), sem, contudo, haver posição definitiva do Tribunal a respeito — pode-se observar que os danos provocados a empresas estatais não são suficientes para configurar, em todos os casos, prejuízo ao Erário, requisito necessário à instauração de TCE, uma vez que o vínculo advindo do prejuízo patrimonial não guarda relação com o controle societário, mas sim com a participação no capital da sociedade, sendo que a participação da União representa apenas uma parcela do capital das sociedades de economia mista;

c) a sistemática de tomada de contas especial é incompatível com o regime Consolidação das Leis do Trabalho–CLT e com o Direito Trabalhista;

c.1) instrução da 10ª Secex: concorda com o recorrente também nessa questão, uma vez que as presunções, no procedimento de instauração de TCE, correm a favor do Estado, e, portanto, do empregador, enquanto nos procedimentos adotados conforme a CLT as presunções correm a favor do empregado, dada a sua posição de inferioridade econômica perante o empregador; portanto, a sistemática de instauração da TCE, conforme hoje é normatizada, não se coaduna com o regime CLT, sendo que o seu uso acarretaria tão profundas mudanças na relação trabalhista que desvirtuariam o uso da TCE, desaconselhando sua implementação; e

d) não se pode aplicar às empresas estatais, submetidas ao regime da administração privada por força da Constituição, critérios adotados para os órgãos públicos, cuja ação deve estar previamente prevista em lei, sendo que a subordinação da BB-DTVM ao Tribunal dá-se exclusivamente quanto à sua fiscalização, e não quanto à sua administração;

d.1) instrução da 10ª Secex: dando razão à recorrente, acrescenta que isso não impede o controle pelo Tribunal, que pode ser feito quando do exame das contas anuais, oportunidade na qual os administradores devem demonstrar as medidas tempestivamente adotadas para a proteção e recuperação do patrimônio das empresas, imputando a omissão em responsabilidade solidária.

Na parte final do recurso, o recorrente informou que — aliado ao fato do Sr. Ronaldo Teixeira Guimarães ser funcionário já aposentado e da suposta irregularidade por ele praticada envolver riscos inerentes ao mercado de ações — a Consultoria Jurídica do Banco do Brasil, analisando o caso, teria desaconselhado a adoção de medidas judiciais contra ele, uma vez que *"as avaliações técnicas procedidas pelas*

áreas competentes não reuniam condições materiais capazes de sustentarem de forma segura eventual demanda judicial", tendo o processo sido arquivado no âmbito da BB-DTVM.

Por conseguinte, propôs a instrução fosse conhecido o Pedido de Reexame para, no mérito:

a) dar-lhe provimento, tornando insubsistente os termos da decisão recorrida;

b) seja determinado o encaminhamento ao Tribunal de cópia do parecer da Consultoria Jurídica do Banco do Brasil que teria recomendado o mencionado arquivamento, bem como dos demais documentos que lhe serviram de subsídios; e

c) dar conhecimento da Decisão ao recorrente.

A proposição de mérito foi corroborada pelo Secretário da 10ª Secex, que optou por propor o encaminhamento dos relatórios concernentes à matéria juntamente com a prestação de contas anual da entidade (fls. 38/40 do Volume I).

A Procuradoria, por entender que as informações trazidas aos autos pelo recorrente são relevantes, propôs preliminarmente a realização de diligência solicitando o encaminhamento de cópias do mencionado parecer da Consultoria Jurídica do Banco do Brasil e das avaliações técnicas que o fundamentaram (fl. 41).

Como resultado da diligência promovida pela 8ª Secex (fl. 93 do volume principal), por mim determinada ao acolher a preliminar da Procuradoria (fl. 42), limitou-se a BB-DTVM a encaminhar expediente (Volume II) alegando a impossibilidade de atendimento devido ao sigilo profissional protegido pelo disposto no § 3º do art. 2º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).

Por vislumbrar outro encaminhamento para a questão, e levando em consideração a Decisão nº 199/98–TCU–Plenário na Sessão Extraordinária de caráter reservado de 22/04/1998 (TC-013.389/95-5-Sigiloso, posteriormente ratificada pela Decisão nº 324/98–TCU–Plenário, de 27/05/1998), na qual foi negado provimento ao Pedido de Reexame do Banco do Brasil S.A. quanto ao mesmo assunto, solicitei novo pronunciamento do Ministério Público (fl. 43 do Volume I).

Em resposta, a Procuradoria manifesta o entendimento de que a diligência inicialmente proposta poderia ser dispensada sem maiores conseqüências para o processo, e, por fim, invocando o precedente da Decisão nº 324/98, propõe seja conhecido o Pedido de Reexame para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a determinação de instauração da tomada de contas especial, nos termos do subitem 8.1 da Decisão nº 069/97–TCU–Plenário (fls. 45/46).

É o Relatório.

VOTO

O Pedido de Reexame se ajusta ao disposto nos artigos 230 e 233 do Regimento Interno.

Observo mais uma vez que a matéria – aplicabilidade do instituto da tomada de contas especial no âmbito das sociedades de economia mista – é também objeto

do processo TC-024.010/91-0 (Prestação de Contas do Banco do Brasil relativa ao exercício de 1990), o qual se encontra sobrestado em razão do processo TC-029.041/91-0 (Relatório de Inspeção na área de pessoal da mesma entidade).

Por ocasião da apreciação do mencionado TC-013.389/95-5 (Decisão nº 324/98–TCU–Plenário), destaquei no Voto os seguintes pontos à guisa de retrospecto sobre o assunto:

a) TC-009.416/93-5-Sigiloso – Decisão Sigilosa nº 457/94-TCU-Plenário, Ata nº 33/94:

a.1) parecer do Ministério Público junto ao Tribunal: invocando o alcance limitado do art. 84 do Decreto-lei nº 200/67 e passando pela Lei nº 4.320/64, sustenta a tese de que cabe ao Tribunal, e não à entidade, promover a tomada de contas especial, concordando que o assunto deve ser repensado ante a consulta formulada pelo Banco do Brasil – Ofício Presi 02/1355, apensado ao TC-024.010/91-0 – questionando a instauração de tal procedimento por aquele Banco;

a.2) voto do Ministro Relator: apesar de o Tribunal geralmente determinar que os órgãos responsáveis instaurem a TCE, por intermédio da Secretaria de Controle Interno competente, dispensa tal determinação no caso apreciado, à vista das providências adotadas pela *holding* e pela diretoria da entidade;

b) TC-027.582/91-4 - Decisão nº 106/95-TCU-Plenário, Ata nº 10/95:

b.1) parecer do Ministério Público junto ao Tribunal:

- teve acolhida a proposta de retirada da determinação de instauração de TCE, ante as medidas adotadas pelo Ministro de Estado dos Transportes, suficientes para punir disciplinarmente os empregados faltosos e obter o ressarcimento aos cofres da entidade, e à vista da não apreciação da consulta formulada pelo Banco do Brasil;

- recorda que, anteriormente à Lei nº 8.443/92, era limitado o alcance da norma contida no art. 84 do Decreto-lei nº 200/67 (instauração de tomada de contas especial) por cingir-se a regular os procedimentos administrativos de apuração de desfalques, omissão de prestação de contas e desvio de bens no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, ou seja, dos órgãos e entidades submetidos ao império do direito administrativo e às normas de direito financeiro preconizadas na Lei nº 4.320/64, de todo incongruentes com o regime de direito privado adotado pelas sociedades de economia mista;

- com a edição da Lei nº 8.443/92, argumenta que tal limitação deve ser repensada à vista do art. 8º – que impõe à autoridade competente, diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, da ocorrência de desfalques e desvios de dinheiros, bens e valores públicos, o dever de adotar as providências necessárias à instauração de tomada de contas especial – combinado com o art. 6º da mesma Seção da Lei, deixando claro que todas as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º estão sujeitas a tomada de contas;

- finaliza afirmando que, "*destarte, à vista do disposto no inciso I do art. 5º da Lei nº 8.443/92, parece não restar qualquer brecha para se eximirem os dirigentes de empresas estatais do dever de instaurar, nos casos previstos em lei, a devida tomada de contas especial*";

b.2) voto do Ministro Relator (vencido em parte, relativamente à aplicação de multa):

- no que concerne à controvérsia entre a Ciset/MF e o Banco do Brasil sobre a legalidade da utilização da TCE como instrumento de apuração de responsabilidades pelas empresas estatais, tal questão foi esclarecida no Parecer PGFN nº 423/92, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de 30/04/1992, ao concluir que *"razão assiste à Ciset quanto à necessidade de o Banco do Brasil proceder à instauração da Tomada de Contas Especial, eis que houve irregularidades de que resultou prejuízo ao interesse público"* (fls. 588/598 do TC-024.010/91-0);

- *"além do mais, este Tribunal, ao regulamentar a instauração e organização de processos de tomada de contas especial, por meio da Instrução Normativa nº 1, de 09/12/1993, não deixa dúvidas que este é o instrumento legal para identificar os responsáveis e quantificar os prejuízos sofridos pelo Erário, independentemente da natureza jurídica da organização responsável".*

Pelo acima exposto, e conforme havia mencionado, verifica-se nos casos apreciados que a instauração das TCEs foi dispensada devido às providências então tomadas pelas próprias entidades ou pelas autoridades supervisoras das mesmas, tidas como suficientes pelos Ministros Relatores.

Naquela oportunidade procurei ressaltar a argumentação da Procuradoria de que, anteriormente à Lei nº 8.443/92 — sendo limitado o alcance do art. 84 do Decreto-lei nº 200/67 e à vista das normas contidas na Lei nº 4.320/64 —, poder-se-ia ter como controversa a instauração de TCE por sociedades de economia mista. Contudo, como restou comprovado, tal controvérsia se desfez após a edição da Lei Orgânica deste Tribunal, ante o disposto em seu art. 8º, combinado com os artigos 5º, inciso I, e 6º.

Tal argumentação se coaduna com o posicionamento da Procuradoria no presente processo, com o qual, *data venia* da 10ª Secex, inclino-me mais uma vez a concordar, considerando ainda o respaldo da citada Decisão nº 324/98–TCU–Plenário.

Assim, com essas considerações e com base nos mencionados precedentes, acolho o parecer da Procuradoria e VOTO por que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à apreciação deste Plenário.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha

Trata-se de solicitação encaminhada pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília, visando à realização de inspeção extraordinária na Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A (BB - DTVM).

O Plenário desta Corte, ao pronunciar-se no feito, deu origem às Decisões n.ºs 447/94 (fls. 15 do volume principal), 355/95 (fls. 44 do volume principal) e 069/97 (fls. 72 do volume principal).

Por meio da mencionada Decisão n.º 069/97 – TCU – Plenário, prolatada na Sessão de 26.02.97, o Tribunal decidiu, "com fulcro no § 1º do art. 8º da Lei n.º 8.443/92, fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que o presidente da Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., sob pena de responsabilidade solidária, instaure o processo de tomada de contas especial do Sr. Ronaldo Teixeira Guimarães, pelo prejuízo causado em decorrência de operações realizadas no Mercado de Futuro de Índices BOVESPA, no período de agosto a dezembro de 1992, sem atentar às normas internas da Instituição que regulam o assunto, comunicando acerca das providências adotadas a este Tribunal"

Cientificada desse *decisum*, a BB – DTVM interpôs, em 31.03.97, o Pedido de Reexame de fls. 01/24 do volume I.

Ao pronunciar-se acerca desse recurso, o douto Subprocurador-Geral PAULO SOARES BUGARIN propôs, em preliminar, a realização de diligência junto à BB – DTVM, com vistas à obtenção de cópias do Parecer da Consultoria Jurídica do Banco do Brasil e das avaliações técnicas que o fundamentaram, os quais recomendaram o arquivamento do processo interno instaurado para a apuração de irregularidades em operações financeiras efetuadas pelo ex-empregado, Sr. Ronaldo Teixeira Guimarães (fls. 41 do volume I).

Determinada a promoção da diligência (fls. 42 do volume I), a BB – DVTM deixou de atendê-la, limitando-se a encaminhar ao eminente Ministro-Relator o expediente constante das fls. 01/02 do volume II, no qual alega a impossibilidade de atendimento devido ao sigilo profissional protegido pelo disposto no § 3º do artigo 2º da Lei n.º 8.906/94.

Analisado o feito pela 8ª SECEX, o Sr. Secretário avalia, com inteira propriedade, que "o texto legal citado pela entidade não tem aplicação alguma na situação presente, pois refere-se à inviolabilidade do advogado no seu exercício profissional, visando à sua segurança e proteção, bem como de seu cliente..." (fls.102 do volume principal, item 17).

Com efeito, a disposição referida não visa, "...em absoluto, conferir chancela de sigilo aos seus trabalhos frente ao Tribunal de Contas da União. O dispositivo mencionado é claro, valendo sua transcrição: <u>§ 3º - No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei</u>" (idem, ibidem).

E prossegue o Titular da 8ª SECEX (idem, item 19):

"A fragilidade dos argumentos apresentados pelo Banco revela, em última análise, a recalcitrância da instituição em se submeter ao controle externo. O Banco do Brasil tem, freqüentemente, apresentado obstáculos à consecução de trabalhos de analistas desta corte, recusando o fornecimento de documentos e informações, ora invocando o sigilo bancário (TC n.º 015.699/96-0; TC n.º 625.524/96-9), ora alegando que os documentos contêm meras opiniões internas (TC n.º 002.967/97-9; TC n.º 006.081/96-7). Merece registro a diversidade de natureza dos documentos negados – demonstrativos de aplicações financeiras, relatórios de auditoria interna, peças de inquéritos administrativos internos e pareceres de unidades do Banco – que constituem, em algumas situações, peças indispensáveis para o regular exercício da ação fiscalizadora da Corte de Contas".

Reafirmamos nosso posicionamento no sentido de que os dispositivos legais invocados pela entidade não servem de fundamento para restringir o acesso do TCU às informações necessárias para o adequado desempenho de suas atribuições constitucionais. Dispõe o artigo 42 da Lei n.º 8.443/92 que "nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto".

Entretanto, a atitude do Banco do Brasil S.A., por vezes, tem encontrado ressonância em decisões judiciais, ainda que proferidas em caráter liminar. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida liminar, em sede de Mandados de Segurança impetrados pelo Banco do Brasil S.A., suspendendo, até o julgamento final, a execução das Decisões Plenárias n.ºs 230/98 e 207/98, referentes aos TCs n.ºs 019.186/96-7 e 625.524/96-9, ambas abordando a questão do fornecimento de documentos a este Tribunal pelo BB (*vide* Comunicação feita pelo Exmo. Sr. Ministro-Presidente HOMERO SANTOS, na Sessão Plenária de 17.06.98).

Observa-se, pois, que o momento está a desaconselhar a insistência do Tribunal na solicitação de tais informações junto àquele Banco, a menos que absolutamente imprescindíveis ao deslinde das questões sob exame.

No presente caso, não obstante o zelo e inegável cautela demonstrados pelo digno Representante deste Ministério Público, em seu Parecer de fls. 41 do volume I, pensamos que a diligência sugerida possa ser dispensada, sem que isso propicie maiores avarias à instrução do processo.

Assim, superada essa preliminar, com a perda de objeto do expediente de fls. 01/02 do volume II, passaremos à apreciação do Pedido de Reexame interposto pela BB – DTVM (fls. 03 a 24 do volume I) contra a Decisão n.º 069/97 – TCU – Plenário.

A 10ª SECEX propõe que seja conhecido o Pedido de Reexame, para, no mérito, dar-lhe provimento, tornando insubsistente a determinação contida no subitem 8.1 da Decisão recorrida, por entender descabida a instauração de to-

mada de contas especial por parte do BB-DTVM, visto que, ainda que cabível o processo, não se configuram nos autos motivos suficientes para a sua instauração (fls. 28 a 40 do volume I).

Cabe registrar, todavia, que o Plenário desta Corte, em Sessão Extraordinária, de caráter reservado, de 22.04.98, ao apreciar recurso interposto pelo Banco do Brasil S.A. contra a Decisão n.º 199/98 – TCU – Plenário (TC-013.389/95-5 – Sigiloso), negou provimento ao Pedido de Reexame que visava atacar decisão semelhante à proferida nestes autos.

Desse modo, em atenção à solicitação de audiência do eminente Ministro-Relator CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA (fls. 43 do volume I), manifestamo-nos, *data venia* da 10ª SECEX, pelo conhecimento do Pedido de Reexame de fls. 01/24 do volume I, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a determinação de instauração da Tomada de Contas Especial do Sr. Ronaldo Teixeira Guimarães, nos exatos termos do subitem 8.1 da Decisão n.º 069/97 – TCU – Plenário.

DECISÃO Nº 664/98 - TCU - PLENÁRIO[1]

1. Processo nº TC-012.432/94-6 (com os Volumes I e II).

2. Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (Decisão nº 069/97–TCU–Plenário, originada de processo de Solicitação de Inspeção Extraordinária).

3. Interessado: Paulo César Ximenes Alves Ferreira, Diretor-Presidente.

4. Entidade: Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. – BB-DTVM

5. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva.

6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha, Subprocurador-Geral.

7. Unidade Técnica: 10ª Secex.

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 48 da Lei nº 8.443/92 e nos arts. 230, 232 e 233 do Regimento Interno, DECIDE:

8.1. conhecer dos elementos apresentados pelo Sr. Paulo César Ximenes Alves Ferreira como Pedido de Reexame para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo em todos os seus termos a Decisão nº 069/97–TCU–Plenário, de 26/02/1997; e

8.2. dar conhecimento desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao interessado.

9. Ata nº 40/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 30/09/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva (Relator), Marcos Vinicios Rodrigues

1. Publicada no DOU de 13/10/98.

Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zymler.

11.2. Ministro que alegou impedimento: Benjamin Zymler.

Homero Santos Presidente	Carlos Átila Álvares da Silva Ministro Relator

ATOS NORMATIVOS

INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 23, DE 2 DE SETEMBRO DE 1998[1]

Dispõe sobre nova redação do *caput* e acréscimo de Parágrafo único ao artigo 22 da Instrução Normativa TCU nº 12/96.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições constitucionais e legais resolve:

Art. 1º O artigo 22 da Instrução Normativa TCU nº 12/96 passa a vigorar com nova redação, no termos seguintes:

"Art. 22. Ocorrendo a celebração de contrato de gestão entre órgãos ou entidades da Administração Pública Federal e instituições não alcançadas pelas disposições dos arts. 14 a 18 desta Instrução Normativa, a prestação de contas da contratada deverá conter as seguintes peça além daquelas previstas nos incisos I e II do artigo anterior. (NR)

I - .....

II - .....

III - .....

IV - .....

V - .....

VI - .....

VII - .....

VIII - .....

IX - .....

Parágrafo único. Não se aplicam as exigências contidas nos incisos IV e VII e relação às entidades qualificadas como organização social, nos termos da Lei nº 9.637/98, em cuja prestações de contas deverão estar contidos, ainda, os seguintes elementos:

I - parecer do dirigente máximo do órgão ou entidade supervisora do contrato de gestão sobre os resultados da apreciação e supervisão que lhe competem;

II - os relatórios conclusivos da comissão de avaliação encarregada de analisa periodicamente, conforme disposto nos §§ 20 e 30 do art. 80 da Lei nº 9.637198, os resultado atingidos com a execução do contrato de gestão."

1. Publicada no DOU de 04/09/98.

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de setembro de 1998.

HOMERO SANTOS
Presidente

ÍNDICE

A

Ações
compra — 157
Administração Pública — 15
Administrativo
TCU — 197, 255
Advogado
prestação de serviços — 44
Aposentadoria — 197
Arrecadação — 127
Auditoria Operacional
Ibama/AM — 127
Secirm — 106

B

Bacen — 63, 185
Banco Central do Brasil, *Consulte* Bacen
Banco do Brasil — 313
Brasil
costa marítima — 106
Bugarin, Bento José — 197, 217

C

Campelo, Valmir — 255, 263
CNI — 80
Comiss. Interministerial para os Recursos do Mar, *Consulte* Secirm
Comunicação
Justiça Federal/MS — 147
Confederação Nacional da Indústria, *Consulte* CNI
Consulta
FUA — 263
Contas
irregulares — 147
Contrato — 27, 171, 217, 325
Contratos — 80, 232
Contribuição previdenciária — 63
Contribuição Provisória sobre moviment. financeira, *Consulte* CPMF
Controle — 15
CPMF — 268

D

Denúncia
  Petrobras — 232
Desestatização — 157
Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, *Consulte* DTMV
DTMV — 313

E

Eleições — 15
Eleilções — 147
Elevadores
  prestação de serviços — 217
Erário
  dano — 54

F

Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby — 15
Figueirêdo, Pedro Ângelo — 44
Fiscalização — 127
FUA — 263
Função comissionada — 263
Fundação Universidade do Amazonas, *Consulte* FUA
Fundo
  de previdência — 63

G

Ghisi, Adhemar Paladini — 147, 185
Grajaú/MA
  prefeitura municipal — 122

I

Ibama
  Supes/AM — 127
Instrução Normativa
  nº 23/98 — 325

J

Justiça Eleitoral — 147
Justiça Federal
  Seção Judiciária/MS — 147

L

Licitação — 80, 122
  inexigibilidade — 44, 217
Limpeza e conservação
  prestação de serviços — 171

M

Macedo, José Antonio Barreto de — 122, 127
Meio-ambiente — 127
Ministério das Comunicações — 217
Minuta de Regulamento
  CNI — 80

P

Pedido de Reexame
  Bacen — 63
  BB/DTMV — 313
  Petrobras — 232
  SRF — 157
Petrobras — 171, 232
Plataforma continental — 106
PND — 157
Prestação de Contas
  Bacen — 185
Prestação de serviços — 27, 44, 171, 217
Previdência — 63
Programa Nacional de Desestatização, *Consulte* PND
Proventos
  acumulação — 197

R

Regime Jurídico Único — 185
Relatório de Auditoria
  SRF — 268
Representação
  Grajaú/MA
    Prefeitura Municipal — 122
  Ministério das Comunicações — 217
  Petrobras — 171
Rocha, Lincoln Magalhães da — 80, 106
Rodrigues, Walton Alencar — 54

S

Saraiva, Iram — 232
Secirm — 106
Secretaria da Receita Federal, *Consulte* SRF
Servidor — 185, 197
Silva, Carlos Átila Álvares da — 63, 313
Sistema "S" — 80
Sociedades de economia mista — 313
Souto, Humberto Guimarães — 157, 268
SRF — 157, 268
Szklarowsky, Leon Frejda — 27

T

TCU — 197, 255
Tomada de Contas Especial — 54, 313
Transporte aéreo — 27
Tribunal de Contas da União, *Consulte* TCU
Tutela antecipada — 147

U

Universidade Federal de Santa Catarina, *Consulte* UFSC

V

Vantagem pessoal — 255, 263
Vencimentos
  acumulação — 197
Vilaça, Marcos Vinicios Rodrigues — 171
VPNI — 255

Z

Zona econômica exclusiva — 106