



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
SECRETARIA-GERAL DAS SESSÕES

ATA Nº 34, DE 22 DE AGOSTO DE 2001
- SESSÃO ORDINÁRIA -

PLENÁRIO

APROVADA EM 05 DE SETEMBRO DE 2001
PUBLICADA EM 11 DE SETEMBRO DE 2001

ACÓRDÃOS DE NºS 203 a 213
DECISÕES DE NºS 586 a 632

ATA Nº 34, DE 22 DE AGOSTO DE 2001
(Sessão Ordinária do Plenário)

Presidência do Ministro Humberto Guimarães Souto
Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado
Secretário-Geral das Sessões: Dr. Eugênio Lisboa Vilar de Melo
Secretária do Plenário: Dra. Elenir Teodoro Gonçalves dos Santos

Com a presença dos Ministros Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira e Ubiratan Aguiar, dos Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo (convocado para substituir o Ministro Valmir Campelo) e Lincoln Magalhães da Rocha (convocado em virtude da vacância do cargo ocupado pelo Ministro Bento José Bugarin), bem como do Representante do Ministério Público, Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral, o Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto, declarou aberta a Sessão Ordinária do Plenário, às quatorze horas e trinta minutos, havendo registrado as ausências do Ministro Valmir Campelo e do Auditor Benjamin Zymler que se encontram em missão oficial deste Tribunal, no exterior (Regimento Interno, artigos 28 a 31, 35, 66, incisos I a V, e 94, incisos I e V, e 112, inciso I, **a e b**).

DISCUSSÃO E APROVAÇÃO DE ATA

O Tribunal Pleno aprovou a Ata nº 32, da Sessão Ordinária realizada em 08 de agosto corrente, cujas cópias autenticadas haviam sido previamente distribuídas aos Ministros e ao Representante do Ministério Público (Regimento Interno, artigos 31, inciso I, 37, 38 e 66).

COMUNICAÇÕES DA PRESIDÊNCIA

O Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto, fez em Plenário as seguintes comunicações:

1ª) CORREGODORIA-GERAL DA UNIÃO

“Senhores Ministros,
Senhor Procurador-Geral,

Objetivando colaborar com a Corregedoria-Geral da União solicito a aprovação de Vossas Excelências no sentido de incluir nas Decisões e Acórdãos a serem proferidos por este Tribunal item específico no sentido de ser encaminhado àquele órgão cópia da respectiva deliberação, para as providências atinentes à sua área de competência, quando envolver responsabilidade administrativa dos agentes públicos federais.

O Plenário aprovou, por unanimidade, o requerimento apresentado, nesta data, pelo Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto.

2ª) GESTÃO PROJETO

“Senhores Ministros,
Senhor Procurador-Geral,

Comunico a Vossas Excelências que no dia 16 do mês em curso assinei a Portaria nº 267 que dispõe sobre a constituição de projeto no âmbito da Secretaria do Tribunal, com o objetivo de regulamentar o inciso V do art. 1º da Resolução nº 140, de 13 de dezembro de 2000. Tal dispositivo trata o trabalho em equipe por meio de projetos como um dos fundamentos da organização da Secretaria do Tribunal.

Por definição os projetos desenvolvem-se dentro de um período preestabelecido e observam a um planejamento específico para a sua execução, visando a gerar um produto ou conhecimento singular.

A adoção desse modelo tem como proposta imprimir maior autonomia para solucionar problemas específicos dispensando o retrabalho de passar por diversas instâncias revisoras. A medida vem favorecer o aumento da tempestividade e da responsabilidade das equipes pela qualidade do trabalho e cumprimento de metas.

Para que obtenha êxito, o trabalho em equipe por meio de projetos deve ter um bom planejamento e ser bem gerenciado. É essencial, também, que os integrantes da equipe tenham conhecimento, em termos de solução do problema ou de atendimento a uma demanda específica, podem ser alcançados.

Hoje temos 2 projetos vinculados à Presidência, 11 à Segecex, 3 à Setec, 2 à Seplan e 11 ao ISC, totalizando 29 projetos. No entanto, poucos estão utilizando a metodologia de gestão de projetos e essa conduta pode dificultar a percepção estratégica do resultado de seus trabalhos.

Por essa razão foi constituído um projeto específico, ligado à Presidência do TCU, com o objetivo de disseminar os conhecimentos e os métodos inerentes à gestão de projeto, bem como conduzir essa mudança, que deve impactar a cultura organizacional do Tribunal, de forma planejada e com a possibilidade de ter seus resultados avaliados. Assim, também no dia 16 último, aprovei a proposta de trabalho do projeto ‘Implantação da Gestão de Projeto no TCU’, mediante Portaria nº 268.”

3ª) NOVAS DEMANDAS AO TRIBUNAL DISCIPLINADAS NA LDO 2002

“Senhores Ministros,

Senhor Procurador-Geral,

É do conhecimento de Vossas Excelências eu foi publicada recentemente a Lei nº 10.266/2001, que ‘dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2002 e dá outras providências’.

Como de regra nos últimos anos, o aludido diploma legal estabelece novas responsabilidades par esta Corte, o que exige uma atuação tempestiva com vistas a adotar as medidas para que o Tribunal de Contas da União cumpra todas as exigências demandadas na lei.

Para melhor ilustração dessas responsabilidades, distribuo a Vossas Excelências quadro-resumo que relaciona os objetos solicitados, os respectivos prazos e a periodicidade do cumprimento.

Especial atenção deve ser dada ao comando insculpido no art. 83, § 8º da mencionada Lei, visto que estabelece prazo de quinze dias para que o Tribunal remeta ao Congresso Nacional informações referentes aos indícios de irregularidades graves identificados em procedimentos fiscalizatórios em contratos, convênios, parcelas ou subtrechos referentes a obras constantes do Orçamento de 2002. Para o atendimento dessa diretriz, determinei à Segecex que empreenda estudos que permitam o cumprimento desse comando legal.

Determinei, ainda, que a Segecex encaminhasse para os órgãos setoriais de planejamento e orçamento a relação das obras e seus contratos fiscalizados pelo Tribunal com fulcro na Lei Orçamentária de 2001, nos termos do parágrafo único do art. 85 da LDO 2002.”

COMUNICAÇÃO RECEBIDA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL

- Comunicação do Ministro Marcos Vinícios Vilaça

“Senhor Presidente,

Senhores Ministros,

Senhor Procurador-Geral,

Desejo fazer um registro alvissareiro para os trabalhos do Tribunal, no âmbito do controle externo.

Recebi comunicação do Presidente do Tribunal de Contas de Portugal em que me pede faça chegar a todos os colegas a gratidão dele pelo júbilo desta Casa em relação a sua recondução, por mais quatro anos, para Presidente da Corte de Contas de Portugal. E diz, textualmente, que:

‘Assumo, por inteiro, a minha crescente estima pelo Brasil, pelo TCU e por todos os seus Membros. A aliança com o TCU, na cooperação bilateral e no âmbito da CPLP, se completará no plano da INTOSAI, pois lembro que o Tribunal de Contas de Portugal teve garantido, também, o seu segundo mandato, como Membro do Conselho Diretivo, a se confirmar no próximo Congresso de Seul.

Agradeceria muito que transmitisse, de viva voz, ao Presidente e aos Senhores Ministros esse meu testemunho de consideração e estima’.

Muito obrigado, Senhor Presidente.”

SORTEIO ELETRÔNICO DE RELATOR DE PROCESSOS

De acordo com o artigo 2º da Resolução nº 064/96, o Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto, realizou, nesta data, sorteio eletrônico dos seguintes processos:

SORTEIO DE PROCESSOS AOS MINISTROS INTEGRANTES DO PLENÁRIO

Processo: TC-006.368/2000-0

Interessado: Identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei nº 8.443/92 c/c art. 35, § 4º, inciso II,

Motivo do Sorteio: Pedido de Reexame (Decisão)

Classificação: Outros assuntos

Relator Sorteado: Ministro Adylson Motta

Processo: TC-600.361/1991-8

Interessado: José Nilton de Souza

Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96

Classificação: Outros assuntos

Relator Sorteado: Ministro Adylson Motta

Processo: TC-022.326/1992-8

Interessado: Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA

Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96

Classificação: TC, PC, TCE

Relator Sorteado: Ministro Adylson Motta

Processo: TC-019.903/1983-9

Interessado: Carmem Coqueijo Torreão da Costa Pedroza

Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96

Classificação: Outros assuntos

Relator Sorteado: Auditor Benjamin Zymler

Processo: TC-032.450/1982-6

Interessado: Alzira Honório Pereira Galvão, Eros Pereira Galvão

Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96

Classificação: Outros assuntos

Relator Sorteado: Auditor Benjamin Zymler

Processo: TC-450.540/1985-5

Interessado: Cristina Ivone Nakano Tavares

Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96

Classificação: Outros assuntos

Relator Sorteado: Auditor Benjamin Zymler

Processo: TC-250.070/1995-2

Interessado: Prefeitura Municipal de Candeias - BA

Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Acórdão)
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Ministro Guilherme Palmeira

Processo: TC-250.544/1991-1
Interessado: Helena Guelber Neves
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Guilherme Palmeira

Processo: TC-250.075/1987-3
Interessado: Aydil Leite Coqueijo Costa
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Guilherme Palmeira

Processo: TC-399.054/1990-1
Interessado: Prefeitura Municipal de Rio Preto - MG
Motivo do Sorteio: Recurso de Revisão ao Plenário contra Deliberação em Relação
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Ministro Iram Saraiva

Processo: TC-015.904/1993-8
Interessado: Iratan Carvalho Cavalcante de Melo, Jaciara Carvalho Cavalcante de Melo, Maria Iria de Carvalho
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Iram Saraiva

Processo: TC-024.315/1992-3
Interessado: Emidio Vitorino de Almeida
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Iram Saraiva

Processo: TC-024.351/1992-0
Interessado: Airton Porto Nunes
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Auditor José Antônio Barreto de Macedo

Processo: TC-008.093/1989-0
Interessado: Gaetano Amico
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Auditor José Antonio Barreto de Macedo

Processo: TC-926.746/1998-7
Interessado:
Motivo do Sorteio: Recurso de Revisão ao Plenário contra Acórdão
Classificação: TC, PC, TCE
Relator Sorteado: Auditor José Antonio Barreto de Macedo

Processo: TC-700.415/1987-4

Interessado: Yolanda Wanderley dos Santos e outro
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha

Processo: TC-032.439/1982-2
Interessado: Lucimar Nunes Gonçalves
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha

Processo: TC-005.885/1971-0
Interessado: Couto Eurico Agostinho e outros
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

Processo: TC-024.290/1992-0
Interessado: Paulo Alves Moreira Rega
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

Processo: TC-009.903/1984-4
Interessado: Maria Leonida Martins
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

Processo: TC-039.860/1981-7
Interessado: Vera Lygia da Câmara Botelho
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Ubiratan Aguiar

Processo: TC-010.363/2000-0
Interessado: Procuradoria Regional do Trabalho 13ª . Região - João Pessoa - PB
Motivo do Sorteio: Pedido de Reexame (Decisão)
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Ubiratan Aguiar

Processo: TC-024.373/1992-3
Interessado: Eider Ramos da Silva
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Ubiratan Aguiar

Processo: TC-500.505/1991-8
Interessado: Adeni Benjamin da Cruz, Maria Benjamin da Cruz, Antonia Benjamin da Cruz
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Valmir Campelo

Processo: TC-006.652/1986-7

Interessado: Pedro Teixeira Pinto
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Valmir Campelo

Processo: TC-600.363/1991-0
Interessado: João Batista de Souza Varela
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Valmir Campelo

Processo: TC-017.575/1984-2
Interessado: Flaviana Farias de Araújo, Hamilton Araújo Miguel
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Walton Alencar Rodrigues

Processo: TC-027.391/1991-4
Interessado: Aida Rego Cabral
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Walton Alencar Rodrigues

Processo: TC-032.555/1981-4
Interessado: Hennalva Oliveira Brasileiro
Motivo do Sorteio: Processo Remanescente - Art. 1º, par. único da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Walton Alencar Rodrigues

SORTEIO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO AOS MINISTROS INTEGRANTES DO PLENÁRIO

Processo: TC-016.850/2000-7
Interessado: Ivanete dos Santos Ferreira
Motivo do Sorteio: Impedimento ou suspeição - art. 49 do R.I.
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Ministro Guilherme Palmeira

SORTEIO POR CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Processo: TC-017.642/2000-9
Interessado: Departamento Geral de Pessoal, Departamento Geral de Serviços, Prefeitura Militar de Brasília - PMB
Motivo do Sorteio: Conflito de Competência - Art. 25 da Res. 64/96
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha

SORTEIO DE PROCESSOS AOS MINISTROS INTEGRANTES DA 1ª CÂMARA

Processo: TC-000.757/2000-1
Interessado: FNDE - AUD - MED
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Acórdão)
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Ministro Guilherme Palmeira

Processo: TC-007.482/2000-0
Interessado: Escola Agrotécnica Federal de São João Evangelista - MG
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Deliberação em relação)
Classificação: TC, PC, TCE
Relator Sorteado: Ministro Guilherme Palmeira

Processo: TC-015.641/1999-6
Interessado: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
Motivo do Sorteio: Pedido de Reexame (Acórdão)
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Ministro Iram Saraiva

Processo: TC-013.626/1999-0
Interessado: MEC - FNDE
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Acórdão)
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Auditor José Antonio Barreto de Macedo

Processo: TC-006.734/2000-4
Interessado: 3ª Superintendência da Polícia Rodoviária Federal
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Deliberação em relação)
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Ministro Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça

Processo: TC-022.837/1979-5
Interessado: Carmen Gallotti
Motivo do Sorteio: Pedido de Reexame (Decisão)
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Walton Alencar Rodrigues

Processo: TC-625.250/1995-8
Interessado: Ministério da Educação
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Acórdão)
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Ministro Walton Alencar Rodrigues

SORTEIO DE PROCESSOS AOS MINISTROS INTEGRANTES DA 2ª CÂMARA

Processo: TC-004.318/1999-4
Interessado:
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Acórdão)
Classificação: TC, PC, TCE
Relator Sorteado: Ministro Adylson Motta

Processo: TC-001.303/2001-1
Interessado: Odelcia Leão Carneiro
Motivo do Sorteio: Pedido de Reexame (Decisão)
Classificação: Outros assuntos
Relator Sorteado: Ministro Adylson Motta

Processo: TC-000.773/1999-9
Interessado: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Acórdão)

Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Auditor Benjamin Zymler

Processo: TC-014.447/1999-1
Interessado: Prefeitura Municipal de Igarassu - PE
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Acórdão)
Classificação: TC, PC, TCE
Relator Sorteado: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha

Processo: TC-225.179/1998-9
Interessado: Centrais de Abastecimento do Amazonas S.A. - CEASA/AM
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Decisão)
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha

Processo: TC-225.273/1996-9
Interessado: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Prefeitura Municipal de Nova Olinda do Norte - AM
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Acórdão)
Classificação: Recurso e pedido de reexame
Relator Sorteado: Ministro Ubiratan Aguiar

Processo: TC-011.268/2000-6
Interessado: Conselho Regional do Serviço Social - MS/21^a Região
Motivo do Sorteio: Recurso de Reconsideração (Deliberação em relação)
Classificação: TC, PC, TCE
Relator Sorteado: Ministro Ubiratan Aguiar

VOTO DE DESEMPATE DO PRESIDENTE

O Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto – conforme ficara assente na Sessão Ordinária realizada em 15 de agosto corrente, quando, ao serem examinados os processos n^{os} 016.248/2000-6, 016.249/2000-3, 016.250/2000-4, 016.243/2000-0, 016.244/2000-7, 016.245/2000-4 e 016.246/2000-1, relatados pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, verificou a ocorrência de empate entre a proposta de Decisão submetida à apreciação do Plenário pelo Relator, de acordo com a qual votaram o Ministro Adylson Motta e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha, e a submetida pelo Revisor, Ministro Ubiratan Aguiar, a que aderiram os Ministros Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva e Guilherme Palmeira – proferiu, nesta data, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 58 do Regimento Interno, o seu voto de desempate, de acordo com o voto apresentado naquela oportunidade pelo Revisor, Ministro Ubiratan Aguiar, havendo o Tribunal Pleno adotado, por maioria, as Decisões n^{os} 586/2001 e 587/2001 (v. textos em Anexo I a esta Ata).

PROSSEGUIMENTO DE VOTAÇÃO SUSPensa EM FACE DE PEDIDO DE VISTA

Ao dar prosseguimento à votação suspensa, nos termos do § 3^o do artigo 56 do Regimento Interno, do processo n^o 675.137/1998-5 (v. Ata n^o 47/2001), referente ao Relatório de Levantamento de Auditoria originário da Decisão n^o 512/1998 – Plenário, de 05.08.1998, que determinou a realização de trabalhos em diversas obras, em atendimento ao art. 79, inciso II, da Lei n^o 9.692/1998 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 1999), o Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto concedeu a palavra ao Revisor, Ministro Walton Alencar Rodrigues, para proferir o seu voto, havendo o Plenário aprovado, por unanimidade, a Decisão n^o 588/2001, uma vez que o Revisor aderiu ao Voto apresentado pelo Relator, Ministro Adylson Motta, na

Sessão Ordinária de 29 de novembro de 2000 (v. em Anexo II a esta Ata o inteiro teor do Relatório e Voto emitido pelo Relator, Ministro Adylson Motta e da Decisão proferida nesta data).

PROCESSOS INCLUÍDOS EM PAUTA

Passou-se, em seguida, à apreciação dos processos incluídos na Pauta de nº 31, organizadas em 15 de agosto corrente, havendo o Tribunal Pleno proferido as Decisões de nºs 586 a 629 e aprovado os Acórdãos de nºs 203 a 213, que se inserem no Anexo III a esta Ata, acompanhados dos correspondentes Relatórios e Votos, bem como de Pareceres em que se fundamentaram (Regimento Interno, artigos 19, 20, 31, inciso VI, 42 a 46, 66, incisos VI a VIII, 77, §§ 1º a 7º e 9º, 80, incisos V e VI, 84 a 87 e 89):

a) Procs. nºs 399.018/1994-8, 927.986/1998-1, 012.916/1999-4, 017.185/2000-9, 003.221/2001-3, 003.319/2001-0, 003.593/2001-9, 003.601/2001-2, 003.603/2001-7, 003.606/2001-9, 003.722/2001-8, 003.802/2001-0, 003.827/2001-0, 003.866/2001-8, 004.036/2001-0, 005.065/2001-6, 005.316/2001-8, 005.393/2001-7, 005.497/2001-1, 005.690/2001-1, 005.700/2001-0, 007.970/2001-4 e 008.564/2001-0, relatados pelo Ministro Marcos Vinícios Vilaça;

b) Procs. nºs 007.556/2000-5, 003.862/2001-9, 009.337/2001-6 e 010.185/2001-5, relatados pelo Ministro Iram Saraiva;

c) Procs. nºs 450.191/1995-8 (com o Apenso nº 450.161/1994-3), 700.043/1998-5, 928.358/1998-4 (com os Apensos nºs 001.791/1997-4, 004.556/1998-4 e 007.912/1999-4), 929.817/1998-2 e 012.513/1999-7, relatados pelo Ministro Adylson Motta;

d) Procs. nºs 025.649/1991-4 (com o Apenso nº 004.000/1997-8), 008.044/1999-6 (com os Apensos nºs 007.525/1999-0 e 010.424/2000-8) e 009.285/2000-0, relatados pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues;

e) Procs. nºs 575.505/1994-0, 005.453/1997-6, 005.063/1998-1, 009.757/1999-6 e 010.641/2000-0, relatados pelo Ministro Guilherme Palmeira;

f) Procs. nºs 005.708/1994-0 (com os Apensos nºs 450.010/1994-5 e 013.995/1999-5), 002.458/1996-9 (com o Apenso nº 008.170/2001-5), 300.038/1996-8, relatados pelo Ministro Ubiratan Aguiar;

g) Procs. nºs 013.377/1986-6 (com os Apensos nºs 013.384/1986-4, 000.245/1997-9, 015.314/1986-3 e 015.424/1986-3), 928.789/1998-5 e 002.402/2001-4, relatados pelo Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo; e

h) Procs. nºs 036.343/1971-4, 424.003/1994-5, 005.552/1999-0 e 006.321/2000-4, relatados pelo Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

EMPATE EM PROCESSO

Quando do exame do processo nº 925.932/1998-1, versando sobre Relatório de Auditoria realizada no Banco do Nordeste do Brasil S/A – BNB, que teve como objetivo avaliar a legalidade e os aspectos econômico-financeiros das operações de lançamento de “eurobônus” e captação de recursos externos pelo BNB, no período de 1995 a 1997, consoante determinado pela Decisão nº 210/98 – Plenário, o Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto – tendo verificado a ocorrência de empate entre a proposta de Decisão submetida à apreciação do Plenário pelo Relator, Ministro Adylson Motta, de acordo com a qual votaram os Ministros Walton Alencar Rodrigues, Ubiratan Aguiar e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo; e a submetida pelo Ministro Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça a que aderiram os Ministros Iram Saraiva, Guilherme Palmeira e o Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha – deixou para proferir o seu voto de desempate em próxima sessão, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 58 do Regimento Interno.

Na oportunidade manifestaram-se oral nos autos, o Dr. Everaldo Nunes Maia, que apresentou sustentação oral em nome do Banco do Nordeste do Brasil S.A. e o representante do Ministério Público, Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Durante a apreciação do processo nº 929.817/1998-2, referente ao Relatório de Auditoria realizada em cumprimento à Decisão nº 210/98 – TCU - Plenário, de relatoria do Ministro Adylson Motta, produziu sustentação oral, o Dr. Everaldo Nunes Maia em nome do Banco do Nordeste do Brasil S.A.

O representante do Ministério Público, Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral, manifestou-se, oralmente, no referido processo ratificando os pareceres emitidos nos autos.

PROCESSOS EXCLUÍDOS DE PAUTA

A requerimento dos respectivos Relatores, foram excluídos da Pauta nº 31/2001 citada, nos termos do artigo 78 do Regimento Interno, os seguintes processos:

- a) nº 005.810/2001-1 (Ministro Marcos Vinícios Vilaça);
- b) nº 005.075/2001-2 (Ministro Ubiratan Aguiar); e
- c) nº 002.118/1999-8 (Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha).

PROCESSOS ORIUNDOS DE SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DE CARÁTER RESERVADO

Faz parte desta Ata, em seu Anexo IV, ante o disposto no parágrafo único do artigo 66 do Regimento Interno, as Decisões nºs 630 a 632, acompanhadas dos correspondentes Relatórios e Votos em que se fundamentaram, adotadas nos processos nºs 011.729/2000-5, 001.297/2000-4 e 011.924/2000-0, respectivamente, relatados na Sessão Extraordinária de Caráter Reservado realizada nesta data.

ENCERRAMENTO

O Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto – ao convocar Sessão Extraordinária de Caráter Reservado para ser realizada a seguir – deu por encerrada às dezoito horas e quinze minutos, a Sessão Ordinária, e, para constar eu, Elenir Teodoro Gonçalves dos Santos, Secretária do Plenário, lavrei e subscrevi a presente Ata que, depois de aprovada, será assinada pelo Presidente do Tribunal.

ELENIR TEODORO GONÇALVES DOS SANTOS
Secretária do Plenário

Aprovada em 05 de setembro de 2001.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

ANEXO I DA ATA Nº 34, DE 22 DE AGOSTO DE 2001
(Sessão Ordinária do Plenário)

VOTO DE DESEMPATE DO PRESIDENTE

Inteiros teores dos Relatórios, Votos e Decisões não acolhidas emitidas pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, dos Votos Revisores apresentados pelo Revisor, Ministro Ubiratan Aguiar, na Sessão Ordinária realizada em 15 de agosto corrente, bem como do Voto de Desempate proferido nesta data pelo Presidente, Ministro Humberto Guimarães Souto (Parágrafo único do artigo 58 do Regimento Interno), acompanhados das Decisões nºs 586/2001 e 587/2001 adotadas,

por maioria, nesta data (TCs nºs 016.248/2000-6, 016.249/2000-3, 016.250/2000-4, 016.243/2000-0, 016.244/2000-7, 016.245/2000-4 e 016.246/2000-1).

GRUPO II - CLASSE V – PLENÁRIO

TC-016.248/2000-6, TC-016.249/2000-3 e TC-016.250/2000-4 (**todos com 4 anexos**).

Apenso ao TC-016.249/2000-3: TC-004.386/2001-8

NATUREZA: Acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários

ÓRGÃO: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem –DNER

RESPONSÁVEL: Rogério Gonzalez Alves, Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

Ementa: Acompanhamento do processo de concessão de trechos das rodovias federais BR-381/MG/SP (Belo Horizonte - São Paulo), BR-116/SP/PR (São Paulo - Curitiba) e BR-116/PR, BR-376/PR e BR-101/SC (Curitiba - Florianópolis). Primeiro e segundo estágios. Impropriedades no edital e na minuta do contrato. Impossibilidade de aprovação. Determinações de correção. Determinação ao Controle Interno. Determinação ao DNER de reenvio do edital e da minuta do contrato ao TCU para novo exame, nos exatos termos da Instrução Normativa TCU nº 27/98. Ciência ao responsável.

Adoto, como relatório, as manifestações atinentes aos Acompanhamentos dos processos de concessão de trechos de rodovias federais, elaboradas pelos AFCEs Cláudio Riyudi Tanno, Denise Torres de Mesquita da Silveira e Silva e Orfeu Maranhão Moreira Barros, com cujas propostas de encaminhamento manifestaram-se de acordo o gerente de Projeto e o titular da Secretaria de Fiscalização de Desestatização, em razão da objetividade circunstanciada com que tratam os fatos relacionados aos processos de outorga da concessão dos trechos de rodovia indicados. São estes os termos do relatório, apresentado de forma consolidada (fls. 252/95 do TC-016.248/2000-6; fls. 208/51 do TC-016.249/2000-3; e fls. 209/52 do TC-016.250/2000-4):

“Trata-se da concessão dos trechos acima referenciados, incluídos no Programa Nacional de Desestatização por meio do Decreto nº 2.444 (1 – **NOTA DE RODAPÉ - fl. 2 do TC nº 016.248/2000-6**), de 30/12/1997.

*2. Os documentos relativos ao primeiro e segundo estágios do acompanhamento foram encaminhados à análise desta Unidade Técnica fora do prazo previsto na Instrução Normativa TCU nº 27/98. Aliado a isso, a ausência de documentos e estudos suficientes ao exame do processo embasaram a Decisão nº 1048/2000 – TCU – Plenário (2 – **NOTA DE RODAPÉ - fls. 98/106 do TC nº 016.248/2000-6**), que promoveu diligência junto ao DNER e suspendeu, cautelarmente, o processo licitatório para concessão dos trechos em pauta.*

*3. Analisados os documentos encaminhados por força da citada Decisão, concluiu-se pela continuidade da suspensão do processo e pela necessidade de justificativas quanto a alguns aspectos do procedimento licitatório, além de ajustes no edital e no contrato. A proposição técnica, na essência, foi acatada pelo Plenário e resultou na Decisão nº 046/2001 – TCU (3 – **NOTA DE RODAPÉ - fls. 193/222 do TC nº 016.248/2000-6**).*

*4. As justificativas encaminhadas pelo DNER (4 – **NOTA DE RODAPÉ - volume 6 do TC nº 016.248/2000-6**), em cumprimento a esta última Decisão, foram remetidas em 14/3/2001, por intermédio do Ofício n. CEL/MT/364/005/2001, e passam a ser analisadas a seguir.*

a) projeção da receita financeira da concessionária com base em taxa de juros anual de apenas 5% a.a. e por apenas 5 dias a cada mês.

*5. Inicialmente, o DNER esclareceu que o modelo de avaliação financeira, utilizado nos estudos de viabilidade, foi elaborado pelo Credit Lyonnais (5 – **NOTA DE RODAPÉ - Instituição financeira francesa instalada em mais de 60 países. Atua como banco de varejo na França e de atacado/investimentos no exterior**). A partir da fórmula utilizada de juros simples, o rendimento seria de 0,833% (6 – **NOTA DE RODAPÉ - 5% multiplicado por 5/30**) da receita anual da concessionária (5 dias por mês, à taxa de 5% a.a.).*

6. Para detalhar o cálculo da receita financeira, foi feito levantamento das entradas e saídas de caixa da concessionária. O montante esperado advém do descasamento entre as despesas e receitas mensais, levando-se em conta a participação de cada tipo de despesa no total e o prazo médio de pagamento. O quadro apresentado foi o seguinte:

Quadro 1: Prazo médio de pagamento das despesas.

<i>Categorias de despesa</i>	<i>Participação nas despesas</i>	<i>Prazo médio de pagamento</i>
1. Impostos	15%	60 dias
2. Tributos	12%	45 dias
3. Investimento	30%	60 dias
4. Operação	43%	
4.1 Terceiros	5%	35 dias
4.2 Consumo/diversos	9%	15 dias
4.3 Conservação	11%	60 dias
4.4 Mão-de-obra	18%	
4.4.1 primeira parcela	4,5%	20 dias
4.4.2 segunda parcela	13,5%	35 dias

Fonte: Credit Lyonnais

7. Ao ponderar a participação de cada despesa no total, com o respectivo prazo médio de pagamento, encontrou-se que o prazo médio da saída de caixa é de aproximadamente 47,7 dias. Em contrapartida, as entradas ocorrem entre o primeiro e o último dia do mês, o que leva ao prazo médio de 15 dias. Concluiu-se, portanto, que o descasamento entre as despesas e receitas resultará na disponibilidade de 32,7 dias de aplicação financeira para cada mês de operação.

8. Segundo o DNER, a taxa de 5% a.a. 'na verdade traduz a realidade do mercado financeiro internacional, podendo-se adotar taxas superiores, mais adequadas ao mercado nacional'. Por essa razão, a taxa líquida de 9,6% a.a. (12% a.a. com desconto de 20%, relativos a impostos incidentes na fonte (7 – **NOTA DE RODAPÉ - 0,12 multiplicado por 0,8**) foi considerada nos novos cálculos apresentados, chegando-se ao rendimento de 0,836% da receita anual total.

9. Comprovou-se, portanto, que o detalhamento apresentado chegou a percentual equivalente ao obtido na fórmula anterior. Nesse sentido, pode-se considerar suficiente a justificativa dada, sendo aceitável o percentual de 0,836% da receita anual como receita financeira.

b) não realização de estudos específicos de tráfego para cada rodovia a fim de possibilitar projeções da receita coerentes com a situação de cada trecho a ser licitado.

10. Em resposta a esse item, o DNER afirma que 'foram realizados estudos específicos de tráfego para cada rodovia, para determinar a localização das praças, minimizar o efeito das rotas alternativas de fugas e impedâncias, influências particulares de cada praça, situação geométrica e topográfica favorável, estudos de capacidade e nível de serviço, entre outros'.

11. Afirma também a autarquia que 'a projeção das receitas do pedágio é consequência exclusiva da projeção do crescimento de tráfego, que nos estudos de viabilidade foi adotada uma média nacional histórica'.

12. De fato, como consta da documentação, as projeções de volume de tráfego partem das contagens que o DNER faz periodicamente nas rodovias e dos levantamentos feitos pelos consultores nos locais previstos para as praças de pedágio. Os volumes de tráfego de cada ano de concessão são estimados aplicando-se uma taxa de crescimento ao volume de tráfego do ano anterior ao período de concessão. Os consultores consideram o crescimento do tráfego como sendo proporcional, e até mesmo superior, ao crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, como demonstram estudos técnicos do Setor Rodoviário (8 – **NOTA DE RODAPÉ - in "Avaliação Econômica dos Projetos de Transportes", de Hans A. Adler, e "Revisão dos Estudos de Tráfego da Via Dutra", de Wilbur Smith Associates, 1996.**

13. As projeções do PIB foram feitas por meio da taxa média geométrica decenal de crescimento, apurada no período 1990-1999. Essa média foi o parâmetro usado para projetar o valor do aumento do tráfego durante todo o período da concessão. As justificativas apresentadas para o uso desse critério já foram discutidas entre os técnicos do TCU e do DNER, em reuniões realizadas nas dependências do TCU, tendo-se chegado à conclusão que, dentro da precisão

requerida para o estudo de viabilidade em análise, essa hipótese é aceitável, conforme já consta na instrução precedente (9 – NOTA DE RODAPÉ - parágrafos 53/55 da instrução de fl. 142 do TC nº 016.248/2000-6).

14. As taxas de crescimento do PIB nas últimas décadas vêm sofrendo uma contínua diminuição. Caso se utilizasse a curva de tendência como base para as projeções, os valores futuros da taxa de crescimento seriam nulos ou negativos a partir do ano de 2004. Por outro lado, se fosse utilizada a taxa média geométrica dos últimos 25 anos, o crescimento projetado seria muito grande, devido à influência dos altos valores observados entre 1975 e 1985. A escolha da média geométrica decenal 90/99 é uma escolha subjetiva visando a evitar projeções muito otimistas ou muito pessimistas.

Quadro 2: Crescimento do PIB nas últimas décadas.

Década de 70	Crescimento (%)	Década de 80	Crescimento (%)	Década de 90	Crescimento (%)
1971	11,4	1981	-4,3	1991	1,03
1972	11,9	1982	0,8	1992	-0,54
1973	13,9	1983	-2,9	1993	4,92
1974	8,3	1984	5,4	1994	5,85
1975	5,1	1985	7,8	1995	4,22
1976	10,2	1986	7,5	1996	2,66
1977	4,9	1987	3,5	1997	3,6
1978	4,9	1988	-0,1	1998	-0,12
1979	6,8	1989	3,2	1999	0,82
1980	9,3	1990	-5,05	2000	4,0

Fonte: IBGE

15. De qualquer forma, aceita-se o uso da média geométrica decenal porque é razoável supor que as taxas de crescimento da economia nos próximos dez anos provavelmente serão semelhantes às observadas nos dez anos anteriores. Caso não ocorra nenhuma mudança radical, os mesmos fatores que determinaram o crescimento econômico da última década estarão atuando na próxima. Além disso, mudanças radicais no desenvolvimento econômico não são previsíveis nem mesmo na véspera de sua ocorrência.

16. Dessa forma, o cálculo feito pelos consultores assume de forma simplificada, mas aceitável, que o volume de tráfego ao longo de todo o período cresce na mesma proporção do PIB, o qual, por sua vez, é projetado para crescer anualmente a uma taxa igual à média geométrica do crescimento observado nos dez anos anteriores. Resulta que o crescimento de tráfego projetado para os primeiros anos da concessão situa-se em 2,2% ao ano, reduzindo-se para 1,6% nos anos seguintes.

17. Quanto à hipótese adotada, cabe inicialmente mencionar que as projeções de crescimento da economia para os próximos anos, atualmente feitas pelo Governo e por organismos internacionais, são superiores a 4% ao ano.

18. Outro aspecto refere-se à média geométrica decenal utilizada, apurada no período de 1990 a 1999. Entende-se que a média dos exercícios de 1991 a 2000 reflete uma situação mais condizente com a realidade atual, pois além de incluir o PIB verificado no último ano, expurga o desempenho de -5,05% do ano de 1990, situação historicamente excepcional, observada quando da estagnação econômica decorrente do chamado 'Plano Collor'. Com essa pequena alteração, que não muda a hipótese dos consultores, o valor da média fica em torno de 4%, cerca de dois pontos percentuais acima do valor proposto anteriormente.

19. Verifica-se, dessa forma, que as projeções de tráfego apresentadas pelos consultores são excessivamente conservadoras. O ajuste do período que será utilizado para cálculo da média geométrica preservará as hipóteses adotadas e corrigirá a falha detectada.

20. Ante o exposto, propõe-se que seja mantida a metodologia utilizada para projeção do tráfego equivalente, a ser utilizada no fluxo de caixa do empreendimento, utilizando-se para o cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB os exercícios de 1991 a 2000.

c) ausência de justificativas para a quantificação e localização das praças de pedágio.

21. As justificativas apresentadas são de que a quantidade de praças é definida pelo volume de tráfego e pela receita total. A receita total é aquela necessária para cobrir os dispêndios com

investimentos, custos de operação e manutenção e, ainda, garantir uma rentabilidade suficientemente alta para permitir o financiamento do programa de investimento por meio de um project finance.

22. Conforme as justificativas do DNER, é impossível cobrar de cada usuário um valor proporcional à distância percorrida, porque há grande número de acessos às rodovias. Essa circunstância impõe um sistema de cobrança aberto. Não é conveniente restringir o tráfego para as populações que moram às margens da rodovia, de modo que as praças de pedágio não podem ser localizadas em áreas de concentração urbana. Outros fatores que limitam a quantidade de praças de pedágio são a inconveniência das paradas muito freqüentes para o usuário e os custos de implantação e operação dos equipamentos de cobrança.

23. Dessa forma, os consultores optaram por dispor as praças de pedágio ao longo da rodovia com a distância entre elas variando entre 60 e 70 km. Com essa distribuição e o preço da tarifa básica de R\$3,00, o valor total da receita seria suficiente para garantir viabilidade ao empreendimento e atrair o investidor privado. Segundo os consultores, esse critério de distribuição garante um nível de conforto satisfatório para o usuário. O valor de tarifa, como justifica o DNER, é considerado baixo o bastante para assegurar ao usuário um benefício acima dos custos a que ele estaria sujeito se as rodovias permanecessem nas condições em que se encontram no momento anterior à concessão.

24. Diante das condições previstas para a concessão, em especial do esquema de financiamento, consideramos satisfatoriamente esclarecida a questão.

d) cálculo das estimativas para os índices de fuga e impedância de forma simplificada e genérica, sem levar em conta as condições de cada rodovia, desconsiderando fatores tais como a existência de rotas e meios de transporte alternativos para cada classe de usuário.

25. Este questionamento diz respeito aos índices de fuga e impedância. De acordo com o DNER, a aplicação dos mesmos índices a todas as rodovias é justificada pelo 'caráter de viabilidade' dos estudos, o que significa que, no entendimento da autarquia, não há necessidade de avaliações precisas.

26. As projeções de tráfego, feitas de acordo com o critério já descrito anteriormente (parágrafo 12 desta instrução), fornecem em tese o volume de tráfego que ocorreria caso não houvesse pedágio. Entretanto, essas projeções devem ser ajustadas para refletir o impacto da cobrança. Para isso, é necessário excluir os usuários que deixam de usar a rodovia em consequência da cobrança e os que a utilizam mas não pagam.

27. Há dois tipos de usuário que não paga pedágio: os que trafegam na rodovia, mas não passam nas praças de pedágio, e os que estão desobrigados de pagar o pedágio por força de Lei ou do regulamento da concessão.

28. Por coerência metodológica, entendemos que não devem ser computados, no médio e longo prazo, os usuários que deixam de usar a rodovia em consequência da cobrança de pedágio. A regra adotada pelos consultores para a fixação do preço máximo da tarifa impõe que os benefícios potenciais para o usuário sejam maiores que o valor da tarifa. Assim, o usuário em vez de fugir da rodovia vai se sentir estimulado a usá-la com mais freqüência depois do pedágio, haja vista os consequentes benefícios advindos das melhorias. Enquanto não estiver convencido dos benefícios, o usuário pode ficar indeciso quanto ao uso. Isso pode provocar alguma redução no tráfego, mas apenas no início da exploração.

29. A quantidade de veículos isentos do pedágio é irrelevante. Estão desobrigados de pagar o pedágio apenas viaturas policiais, do corpo de bombeiros, das forças armadas e carros oficiais, usados em atividades que a Lei estabelece como isentas.

30. Resta, portanto, quantificar os usuários que não passam nas praças de pedágio. Eles podem ser divididos em dois segmentos: aqueles que, devido ao seu trajeto usual, utilizam apenas parte da rodovia, por exemplo, no intervalo entre duas praças de pedágio, e os que deixam a rodovia em um ponto anterior à praça para evitar o pagamento. Considerando que as contagens de tráfego foram feitas nos locais onde seriam implantadas as praças de pedágios, é obvio que aqueles primeiros (que utilizam apenas parte da rodovia onde não se situam praças de pedágio) não podem ser enquadrados como usuários que causam 'fuga', pois já é de conhecimento que os

mesmos transitam na rodovia somente em determinado trecho. Os demais usuários (aqueles deixam a rodovia em um ponto anterior a praça de pedágio) são os responsáveis pelas fugas.

31. Para que haja fuga, no entanto, devem existir pontos que permitam a saída da rodovia, de preferência próximos às praças de pedágios, seja para a utilização de outra via que leve ao destino pretendido, seja para que, em outro ponto de acesso, retorne à rodovia. Deve-se ressaltar, também, que somente os usuários habituais conhecem a região e se predispõem a arriscar-se em vias alternativas para evitar o pagamento. Acresce-se a isso que os usuários que devem optar por essa alternativa (fuga) são aqueles que ainda não se convenceram dos benefícios da rodovia advindos da concessão.

32. A metodologia usada pelos consultores para a estimativa dos usuários que irão pagar pedágio, conforme documentos apresentados, não nos parece razoável. A diferença entre o volume de tráfego total e a quantidade de usuários que efetivamente paga pedágio é calculada por meio de porcentagens chamadas índices de fuga e impedância. Os índices apresentados são os mesmos para todas as rodovias. Faz-se distinção apenas entre veículos leves e pesados.

33. O critério adotado resulta no valor de 1% de fuga e impedância para cada R\$ 0,10 de tarifa, para veículos comerciais de mais de três eixos, e 0,5% de fuga e impedância para cada R\$ 0,10 de tarifa, para veículos leves, ônibus e veículos comerciais com três eixos ou menos. Isso dá um total de 30% de fuga e impedância para veículos pesados e 15% para veículos leves, na hipótese de que a tarifa básica fique em R\$3,00.

34. No nosso entender, a aplicação igualitária da fuga e impedância a todos os lotes da licitação representa uma simplificação muito radical. Cada uma das rodovias do programa de concessão tem particularidades que as distinguem entre si. Muitos fatores podem fazer com que esses índices apresentem variações, tais como: o grau de desenvolvimento econômico da região de influência, o tipo de produto que é transportado, a existência de rotas alternativas, o nível de urbanização, a disponibilidade de outros modais, dentre outros.

35. Não se pode, ainda, deixar de observar que a quantidade de veículos que trafega na rodovia mas não passa nas praças de pedágio tende a diminuir à medida que os pontos de fuga são bloqueados. A cláusula IX da minuta de contrato estatui: 'a área de concessão é a compreendida pelas rodovias, seus acessos e respectivas faixas de domínio, assim como pelas áreas de descanso e áreas ocupadas com instalações operacionais e administrativas'. Os acessos, por sua vez, 'são todos os trechos rodoviários de interligação com outras rodovias, e que estejam situados dentro da faixa de domínio'. Com o respaldo dessas cláusulas, os concessionários costumam tomar providências no sentido de bloquear as saídas não configuradas como acessos, tão logo se inicia a cobrança do pedágio.

36. A quantidade de veículos que deixa de passar na rodovia devido a cobrança do pedágio – caso isso aconteça – varia com o valor da tarifa, comportando-se como uma função de demanda elástica ou inelástica, conforme haja alternativas de transporte para o usuário ou não. Mas, se é verdade que a tarifa de pedágio representa um custo menor que o benefício trazido pela melhoria das condições da rodovia, como propugna o DNER em seu modelo de cálculo da tarifa, essa quantidade também deve diminuir com o tempo até desaparecer totalmente, depois que todos os usuários estiverem conscientes das vantagens oferecidas.

37. Diante dos fatos citados, era de se esperar uma projeção de tráfego cada vez menos afetada pelos índices de fuga e impedância ao longo do período de exploração.

38. Se, por virtuosismo metodológico, quisermos admitir que há realmente uma impedância (por exemplo, em consequência do desembolso que o usuário é obrigado a fazer no momento da viagem, o qual produziria um efeito psicológico de perplexidade que o impediria de ver as vantagens econômicas de usar uma rodovia em melhor estado de conservação), as estimativas seriam extremamente difíceis e só poderiam ser feitas por meio de complexos métodos econométricos e estatísticos.

39. Da mesma forma, estimar a quantidade de usuários que vai fugir da rodovia em um ponto de saída próximo às praças de pedágio, apenas para evitar o pagamento do pedágio, é extremamente complicado. Muitos fatores poderiam influenciar essa prática, tais como: o nível de renda dos usuários, o nível cultural, a disponibilidade de desvios etc. Observe-se, porém, que essa prática é minimizada pelo bloqueio dos pontos de saída.

40. Apesar da complexidade do assunto e das dificuldades de se fazer estimativas, os índices de fuga e impedância foram aplicados indiscriminadamente à todas as rodovias e representam enorme redução no valor projetado da receita operacional, o que acarreta sobrevalorização do valor máximo de tarifa fixado no edital.

41. A título de exemplificação, admitamos que os índices de fuga e impedância sejam apenas a metade do projetado e a taxa de crescimento anual do tráfego seja 4%. Essa hipótese não é em nada absurda. As considerações feitas anteriormente nesse mesmo texto apresentam razões mais que suficientes para levar a crer que, na realidade, os valores dos índices de fuga e impedância estão sobrevalorizados. Fazendo-se os ajustes nas planilhas de fluxo de caixa (Anexo I) encontramos que a tarifa máxima seria de R\$2,36.

42. Esses cálculos foram feitos a partir das planilhas fornecidas pelo DNER. Nada mais foi mudado além dos índices de fuga e impedância. Outras variáveis também poderiam ser estudadas para verificar seu impacto no valor da tarifa máxima, tais como: volume do tráfego, valor dos investimentos, valor dos custos e despesas, condições de financiamento etc.

43. Ademais, a justificativa de que esse estudo tem apenas a intenção de 'determinar a possibilidade de aceitação do negócio pelo mercado e a retribuição justa do usuário pelas melhorias e serviços prestados a eles' não procede e não pode servir de desculpas para as imprecisões encontradas. O principal objetivo do estudo de viabilidade é garantir a transparência do processo de concessão, fornecendo informações a todos os interessados em quantidade e qualidade suficientes para que qualquer um deles possa verificar a adequação dos preços e das condições do contrato.

44. Portanto, concluímos que o cálculo das estimativas para os índices de fuga e impedância foram realizados de forma simplificada e baseado em premissas irreais. A aplicação genérica desses índices teve como consequência a sobrevalorização do preço máximo da tarifa de pedágio, o que afeta sensivelmente os valores da receita.

45. Assim, entendemos que devam ser reduzidos os índices de fuga e de impedância utilizados, de modo a justificar a premissa de que os benefícios potenciais para o usuário são superiores ao valor da tarifa. Essa condição implica, de início, em índices menores aos considerados e no decréscimo desses percentuais ao longo da concessão. É cabível, ainda, a determinação de que, para as próximas concessões, os índices de fuga e impedância sejam decorrentes de estudos técnicos fundamentados, em que se considere a realidade de cada rodovia.

e) consideração de todos os custos e despesas como custos fixos.

46. Quando questionado sobre a utilização de valores fixos para representar os custos e as despesas constantes do fluxo de caixa do empreendimento, o DNER informou que trata-se do critério adotado no caso de alguns itens, quais sejam:

- administração;
- arrecadação do pedágio;
- conservação;
- serviço de atendimento ao usuário;
- outros.

47. As despesas administrativas são compostas pelo custo de administração, pela verba de fiscalização, pelo montante destinado à Polícia Rodoviária Federal e a seguros e garantias. Desses custos, somente o destinado à administração é fixo e engloba mão-de-obra, consumo e diversos, conforme discriminado nos quadros 6.4 e 6.5 do estudo de viabilidade econômico-financeira (volume I).

48. No que se refere à mão-de-obra, são elencadas todas as funções a serem desempenhadas na concessionária, com as respectivas quantidades e remunerações. Sobre o salário é calculado o adicional de 85% para efeito de encargos. Da mesma forma, as fontes de consumo e os gastos diversos foram discriminados, tendo-se chegado ao custo anual. O valor relativo ao primeiro ano é aproximadamente 15% superior ao dos anos seguintes em razão de alguns itens de consumos e diversos serem específicos ao primeiro ano.

49. O custo de arrecadação é 'fruto de um dimensionamento médio, no período de concessão, do número de cabines necessárias à operação do sistema de arrecadação de pedágio, apresentada nos quadros 6.1 dos estudos de viabilidade. Como consequência, a adoção do custo médio já leva

em consideração a variação do mesmo ao longo da concessão'. O referido quadro (volume 1) apresenta o dimensionamento dos equipamentos de pedágio, a partir do Volume Diário Médio – VDM de veículos, e de operação da rodovia.

50. Desde o primeiro ano todas as praças de pedágio contarão com cabines manuais e pista livre. Em alguns trechos haverá a implantação de cabines semi-automáticas e automáticas, o que ocorrerá a partir do quinto ano. Os custos de operação das praças de pedágio encontram-se nos quadros 6.2 (mão-de-obra) e 6.3 (equipamentos), do volume 1. Considerando que a cobrança do pedágio somente terá início após a conclusão dos trabalhos iniciais e a implantação de todo o complexo das praças (item 29 do edital), verifica-se que o custo do primeiro ano no fluxo de caixa corresponde à implantação das praças, sem os gastos com mão-de-obra.

51. As despesas de conservação abrangem a realização de obras de ampliação na rodovia e o aumento de tráfego. O crescimento do tráfego, e o conseqüente desgaste, será compensado pela manutenção da rodovia. Segundo informado, esse custo somente foi considerado constante nos casos em que não atingiu valores expressivos. Não ficou claro nesse ponto qual o limite para se considerar expressivo ou não o dispêndio. Nos lotes apreciados pôde-se observar que esse item variou de R\$ 2.205.000,00 (Divisa MG/RJ – Volta Redonda) a R\$ 17.968.000,00 (Belo Horizonte – São Paulo).

52. O edital da licitação apresenta no item 6.2.6 uma relação, não restritiva, das atividades que compõem os serviços de atendimento aos usuários, quais sejam:

- inspeção de tráfego;
- atendimento pré-hospitalar (primeiros socorros/remoção);
- atendimento mecânico (guincho);
- atendimento de incidentes;
- serviço de comunicação;
- serviços de informações, reclamações e sugestões.

53. Em relação a esses itens, os quadros 6.2 e 6.3 do estudo de viabilidade apresentam os custos anuais de operação (volume 1) para atendimento médico, guinchamento, atendimento a incidentes, inspeção de tráfego, telefonia de emergência e painéis de mensagem variável.

54. De acordo com o DNER, tais serviços compõem-se de instalações e equipamentos, mão-de-obra e consumo diversos. As instalações, os equipamentos e a mão-de-obra são dimensionados para toda a concessão de forma a satisfazer o invariável padrão de atendimento. Somente o item consumos diversos pode variar, muito embora não represente valor significativo.

55. A rubrica outros engloba os custos dos postos de pesagem móvel e fixa, além do Centro de Controle Operacional – CCO. Segundo as justificativas apresentadas, 'Também aqui os únicos custos que estão sujeitos a variação com o crescimento do tráfego referem-se àqueles de consumos diversos. Portanto, a adoção de um valor fixo para este item representa muito bem o que ocorrerá na realidade'.

56. Tendo em vista que os custos operacionais foram suficientemente detalhados nas justificativas apresentadas e que as obras ou serviços ficaram caracterizadas para os licitantes, pode-se considerar aceitáveis os argumentos aqui trazidos.

f) apresentação de valores na planilha incoerentes com o critério adotado de R\$ 500,00 por mês, por quilômetro, para a verba de aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal.

57. Segundo informado, os montantes apresentados na rubrica PRF (Polícia Rodoviária Federal) englobam dois tipos de despesas. A primeira é a verba de aparelhamento e a segunda é a de conservação predial e dos equipamentos.

58. A verba de aparelhamento é calculada pelo critério mencionado anteriormente (R\$ 500,00 por mês e por quilômetro). Os recursos destinados à conservação predial e de equipamentos estão previstos no item 6.3.2 do PER (anexo XIII do edital) e são proporcionais ao número de postos dos lotes da licitação.

Ante o exposto, considera-se justificado o questionamento feito.

g) ausência de previsão de despesas com o meio ambiente e de investimentos em obras e de recuperação do passivo ambiental.

As questões relativas ao meio ambiente podem ser agrupadas da seguinte forma:

- programas de meio ambiente;

– identificação e recuperação do passivo ambiental.

61. Os custos dos programas de meio ambiente referem-se a todo o período da concessão e englobam as intervenções físicas para manutenção do corpo estradal e sua faixa de domínio, além da elaboração e do acompanhamento de programas. Segundo o DNER, essas despesas foram consideradas nas rubricas Conserva de Rotina e Administração Geral. Em análise aos estudos de viabilidade econômico-financeiros apresentados, verificou-se que dentre os critérios para dimensionamento dos custos operacionais da rodovia consta o item Conserva Rotineira, que considera uma contingência de 15% para emergências. O item Administração, por sua vez, foi localizado no fluxo de caixa e refere-se tão-somente aos custos de mão-de-obra, consumos e diversos. Não há qualquer menção a gastos com meio ambiente nessas rubricas.

62. Quanto à recuperação do passivo ambiental, os custos foram lançados nos itens 1.11 e 2.10 do quadro 5.2 do Estudo de Viabilidade (planilha de obras, serviços e cronogramas). Os investimentos são divididos nas seguintes fases:

- trabalhos iniciais (primeiro ano);
- obras de restauração (do segundo ao quinto ano);
- obras de melhorias e ampliações (do segundo ao décimo ano);
- projetos, fiscalizações e desapropriações (do primeiro ao vigésimo quinto ano);
- obras de manutenção especial (do sexto ao vigésimo quinto ano);
- edificações/equipamentos operacionais (do primeiro ao vigésimo quinto ano).

63. Depreende-se da análise dessa planilha que o único investimento previsto com meio ambiente é o cadastro geral do passivo ambiental, a ser realizado durante os trabalhos iniciais. Não há previsão de qualquer obra de recuperação ambiental durante o prazo da concessão. Cita-se, neste ponto, a explicação dada pelo DNER, *in verbis*:

‘Ocorre que, nos casos particulares dos lotes 11, 12 e 13, o Edital prevê que as rodovias serão transferidas à concessionária com todas as obras, que hoje estão em conclusão e/ou contratação, concluídas.

Tais obras estão sendo executadas com financiamento proveniente do BID cujo contrato contém a exigência da execução de toda a recuperação do passivo ambiental hoje existente, bem como de todo aquele que for provocado pela execução de tais obras.

Daí, ao contrário do que ocorreu nos demais lotes, onde existem previsões de despesas com o passivo ambiental a cargo da concessionária, não ter sido considerado, para estes lotes, qualquer recurso para execução da recuperação do passivo ambiental.’

64. Menciona, portanto, que as rodovias em questão encontram-se em situação atípica quanto ao aspecto ambiental, haja vista as exigências contidas nos contratos de financiamento com o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento, quais sejam:

- Empréstimo nº 767/OC-BR, de 13/10/1993, para modernização e ampliação da Rodovia Fernão Dias (primeira etapa), no valor de US\$ 267.000.000,00;
- Empréstimo nº 904/OC-BR, de 26/6/1996, para modernização da Rodovia São Paulo – Curitiba – Florianópolis, no valor de US\$ 450.000.000,00;
- Empréstimo nº 975/OC-BR, de 24/11/1997, para modernização e ampliação da Rodovia Fernão Dias (segunda etapa), no valor de US\$ 275.000.000,00.

65. Ocorreu ainda o co-financiamento desses empreendimentos pelo The Export-Import Bank of Japan – EXIMBANK:

- Empréstimo para a Rodovia São Paulo – Florianópolis, em 30/5/1997, no valor de US\$ 450.000.000,00;
- Empréstimo para a Rodovia Fernão Dias – segunda etapa, em 26/11/1998, no valor de US\$ 180.000.000,00.

66. Os projetos de modernização tiveram por objetivos elevar o nível de serviço das rodovias financiadas, diminuir o índice de acidentes, contribuir para a redução dos custos do transporte, eliminar o engarrafamento do tráfego, promover o desenvolvimento econômico e social dos estados atendidos e a integração nacional, dentre outros. As preocupações com o aspecto ambiental são percebidas nos contratos relacionados anteriormente e referem-se a:

- necessidade de Licença Ambiental de Instalação e de Programa de Gestão Ambiental – PGA para a execução de obras;

- plano de reassentamento das famílias afetadas pelas obras;
- implantação de áreas de proteção ambiental (Rodovia Fernão Dias);
- implantação de sistema de manejo no transporte de cargas perigosas.

67. O Relatório de Atualização dos Serviços de Recuperação e Proteção Ambientais encaminhado pelo DNER e relativo à duplicação da BR-381 (Rodovia Fernão Dias) apresenta a situação dos programas ambientais do EIA/RIMA e das exigências contidas nos contratos. Segundo os gráficos apresentados, a maioria dos programas ainda está em andamento, sendo que alguns já foram concluídos.

68. Não se observou nos contratos citados qualquer dispositivo que expressamente atribua ao ‘Mutuário’, no caso a República Federativa do Brasil, ‘a execução de toda a recuperação do passivo ambiental hoje existente’, como justificado pelo DNER. Apesar disso, o Contrato nº 975/OC-BR previu, na alínea ‘a’ da cláusula 4.06, que o ‘Mutuário’ deveria apresentar ao BID, **in verbis**: ‘dentro de quatro (4) meses, os editais da licitação para a concessão da operação e manutenção da Rodovia, **que deverão incluir condições que garantam a implementação de todas as medidas de controle ambiental previstas no licenciamento da obra, especialmente a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas, o monitoramento das medidas de mitigação ambiental propostas e como será evitada a criação de um passivo ambiental durante o período da concessão**’ (grifo nosso).

69. O Contrato nº 904/OC-BR, firmado anteriormente ao citado no parágrafo anterior, também dispôs, em cláusula de mesmo número, sobre a ‘Concessão para a Operação e Manutenção da Rodovia’ e firmou prazo para a emissão do edital de licitação. O dispositivo não foi, entretanto, tão minucioso quanto às condições que deveriam constar do certame. Pode-se inferir que, por meio do Contrato nº 975/OC-BR, o BID procurou garantir que o aspecto ambiental fosse cuidadosamente observado na licitação que viria a ser realizada.

70. Essas condições não constam dos editais. Na realidade, esses documentos são omissos quanto à questão do meio ambiente e dispõem, apenas, que o escopo da concessão inclui a proteção ambiental do lote (item 13). O Programa de Exploração da Rodovia – PER, no entanto, trata do tema no Volume 1/2 (item 4 - Planos, Projetos e Tratamento Ambiental) e no Volume 2/2 (Aspectos e Diretrizes Gerais do Meio Ambiente).

71. Como estabelecido na Introdução ao Volume 2 do PER, as responsabilidades da concessionária, relativas aos aspectos ambientais, podem ser agrupadas em quatro grandes atividades:

- recuperação do passivo ambiental;
- implantação de programas de monitoração e proteção ambiental;
- implantação de programas sociais;
- realização de obras de restauração das rodovias, de melhorias físicas e operacionais e de ampliação da capacidade.

72. Determina, ainda, que todo o passivo ambiental seja levantado e cadastrado na fase dos trabalhos iniciais, incluindo o dimensionamento, a localização e a descrição dos problemas verificados. Da mesma forma, a concessionária deverá executar o tratamento e a recuperação do passivo ambiental na fase dos trabalhos ao longo da concessão, mais especificamente no período compreendido entre o segundo e o quinto ano de exploração. Verifica-se, assim, a incoerência dos argumentos apresentados pelo DNER, para a não previsão de despesas com meio ambiente nos lotes em análise, ante as diretrizes do PER.

73. Apesar dos contratos firmados com o BID preverem a recuperação e proteção do meio ambiente afetado pelas rodovias, não se pode concluir que todo o passivo ambiental estará recuperado até o início da concessão. Por essa razão e a fim de que no futuro não se venha alegar a existência de passivos anteriores como fundamento para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o edital deve ser preciso ao estabelecer a responsabilidade do concessionário pela recuperação do passivo ambiental existente. Além disso, incumbe ao responsável pelos trechos a realização do cadastro geral do passivo ambiental e a adoção de medidas que evitem a criação de novos passivos durante o período da concessão.

74. A preocupação com meio ambiente é reforçada com a aprovação pelo Conselho de Administração do DNER, em 5/9/2000, da Política Ambiental do Órgão. Dentre os objetivos dessa

Política destaca-se a exigência de cumprimento nas licitações, nos contratos de concessão e nos convênios de delegação, e a implantação da NBR ISO 14001 pelos contratados, concessionários e permissionários.

75. A citada Norma específica ‘os requisitos relativos a um sistema de gestão ambiental, permitindo a uma organização formular um política e objetivos que levem em conta os requisitos legais e as informações referentes aos impactos ambientais significativos. **Ela se aplica aos aspectos ambientais que possam ser controlados pela organização e sobre os quais presume-se que ela tenha influência.** Em si, ela não prescreve critérios específicos de desempenho ambiental’ (grifo nosso).

76. A Decisão nº 046/2001 – TCU – Plenário fez algumas determinações ao DNER, dentre as quais encontra-se a inclusão no PER e na minuta do contrato de previsão que atribua à concessionária a recuperação de todo o passivo ambiental existente, assim como do que venha a surgir ao longo da rodovia, durante todo o período da concessão, decorrente da própria existência da estrada ou de sua exploração. Das adaptações apresentadas (**10 – NOTA DE RODAPÉ - fls. 19/22 do volume 6 do TC nº016.248/2000-6**) discorda-se quanto ao seguinte texto, proposto para figurar no PER: ‘Caberá à concessionária assumir **apenas** aqueles passivos ambientais que vierem a ser constituídos após a transferência do controle da rodovia ...’ (grifo nosso). Pelas razões expostas no parágrafo 70, e até mesmo para não contradizer a cláusula de proteção ambiental proposta pelo DNER, acredita-se que não pode haver qualquer restrição à recuperação do passivo ambiental pela concessionária.

77. Ante o exposto, pode-se concluir que, apesar das modificações propostas pelo DNER, as justificativas apresentadas não sanaram as lacunas existentes nos editais e contratos em referência. Sugere-se, portanto, que sejam inseridas cláusulas que abordem os seguintes aspectos:

- cumprimento da Política Ambiental do DNER e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;
- responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e evitar a criação de novos passivos ambientais;
- implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra, em específico a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas.

h) exigência de que o licitante apresente atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, expedido por instituição financeira, conforme está no item 170, Capítulo IV, Seção IV, do edital, com possível restrição do caráter competitivo do certame licitatório.

78. O item 170, Capítulo IV, Seção IV, que trata do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, estabelece que esse documento deve ser expedido por instituição financeira com experiência comprovada em montagem de engenharia financeira para empreendimentos do tipo BOT - Build-Operate-Transfer, vinculada a um project finance. A experiência da instituição financeira deve ser comprovada por declaração expedida por clientes seus que tenham empreendimento desse tipo.

79. Na instrução anterior havíamos nos manifestado contra a exigência desse documento por achar que ele restringe o caráter competitivo da licitação sem uma justificativa convincente. Em primeiro lugar, porque a instituição financeira pode se recusar a fornecer o atestado caso o projeto não seja elaborado de acordo com as exigências de um ‘project finance’. Esse tipo de operação de financiamento exige uma atenuação de riscos que só é alcançada com altas taxas internas de retorno. Caso o empresário apresente um fluxo de caixa com rentabilidade mais baixa que o considerado adequado para o ‘project finance’, o seu projeto não será considerado viável pela instituição financeira.

80. Em segundo lugar, o financiamento pode não ser de interesse da empresa concessionária. Ora, a instituição financeira não está qualificada para avaliar empreendimentos sem financiamentos. Por que então exigir esse atestado em projetos que não prevêm o financiamento?

81. Ao nosso ver, a viabilidade do empreendimento deveria ser comprovada pela Comissão de Licitação, como aliás já está previsto no item 46, alínea ‘b’, do edital, que estabelece a verificação da consistência das projeções financeiras, sendo facultado à comissão optar por uma assessoria técnica.

82. Após a realização da diligência, continuamos estudando esse assunto e vislumbramos uma questão que pode até mesmo impossibilitar a exigência desse atestado. Trata-se do possível comprometimento do sigilo das propostas. O projeto de investimento de cada licitante deverá ser examinado tanto pela instituição financeira quanto pelas empresas consultoras por elas indicadas. Esse exame é necessário para a análise de, por exemplo, aspectos de engenharia civil, engenharia de tráfego, comunicações, avaliações financeiras, seguros e demais elementos que podem influenciar as receitas e despesas do projeto. Todos esses profissionais terão acesso aos dados e saberão em que bases foram feitas as projeções das entradas e saídas do fluxo de caixa. Muitos desses profissionais poderão trabalhar avaliando duas ou mais propostas.

83. Em uma perspectiva pessimista, nada impede que vários interessados na licitação procurem a mesma instituição financeira para atestar a viabilidade de seu projeto. Diante disso, não é possível garantir o sigilo da proposta, o que torna temerária a lisura do processo licitatório em questão. Propõe-se, assim, que sejam excluídos do edital os itens 170 a 182, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento.

i) não-inclusão no edital dos critérios que servirão de base para atribuição de notas técnicas à ‘Metodologia de Execução’.

84. O DNER informou que o item 166 do edital, relativo à avaliação das propostas de metodologia de execução, terá a redação reformulada. Serão incluídos os seguintes critérios para a pontuação dos licitantes, de acordo com os grupos e subgrupos temáticos apresentados no edital:

Condição da apresentação do item do	Nota
não apresentado	Zero
Insatisfatório	35% da nota máxima
Regular	75% da nota máxima
Adequado ao requerido	100% da nota máxima

85. Segundo a metodologia apresentada, serão classificados nessa etapa os licitantes que obtiverem avaliação superior ou igual a 75% da nota máxima atribuída a cada grupo de assuntos, elencados a seguir:

- a) conhecimento do problema;
- b) plano de trabalho para construção das instalações;
- c) plano de trabalho para execução dos trabalhos iniciais;
- d) plano de trabalho para execução das obras de restauração;
- e) plano de trabalho para execução das obras de melhorias físicas e operacionais e de ampliação de capacidade;
- f) plano de trabalho para execução dos serviços de manutenção periódica das rodovias;
- g) plano de trabalho dos serviços de operação da rodovia;
- h) plano de trabalho para execução dos serviços de conservação das rodovias;
- i) plano de trabalho para minimização dos impactos urbanos, ambientais e dos impactos de fluidez e segurança do tráfego;
- j) estrutura organizacional da concessionária.

86. Pode-se considerar que a alteração promovida no edital supriu em parte a necessidade de critérios para avaliação das metodologias de execução propostas pelos licitantes. Resta discriminar, no entanto, quais os parâmetros/requisitos para que os itens dessa proposta sejam considerados insatisfatórios, regulares ou adequados ao requerido, uma vez que não existe na legislação pertinente amparo para utilização de critérios de julgamento de propostas técnicas baseados em tópicos que dão ensejo a avaliações subjetivas por parte da comissão de licitação, nos termos do **caput** do art. 45 da Lei nº 8.666/93. Estabelece o dispositivo que os critérios deverão ser ‘previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle’.

j) critério de cálculo do patrimônio líquido dos consórcios e possível restrição da competitividade dele advinda.

87. O item 71, letra ‘d’, do edital estabelece que ‘para efeito de qualificação econômico-financeira de Consórcio, o Patrimônio Líquido do mesmo será calculado pelo somatório da multiplicação do Patrimônio Líquido de cada consorciado pelo percentual de sua respectiva participação na constituição do consórcio’. Segundo o DNER, essa regra está de acordo com o art. 33, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

88. O citado artigo, ao dispor sobre as normas para a participação de consórcios nos processos licitatórios, prevê ainda:

– a Administração pode estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% dos valores exigidos como patrimônio líquido do licitante individual (inciso III do art. 33, *in fine*, estabelecido no item 71, letra ‘e’, do edital);

– a responsabilidade pelos atos praticados em consórcio é solidária, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato (inciso V do art. 33, estabelecido no item 72, letra ‘b’, do edital);

– o licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio (§ 2º do art. 33, prejudicado, pois exige-se a formação de empresa regida pela Lei nº 6.404/76, nos termos dos itens 231 e 232 do edital).

89. A prestação de serviços públicos por meio de concessões e permissões foi instituída no Art. 175 da Constituição Federal. O parágrafo único desse dispositivo ditou que lei específica disporia sobre:

I. regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II. os direitos dos usuários;

III. política tarifária;

IV. a obrigação de manter serviço adequado.

90. Desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, até a edição da Lei nº 8.987/95, que veio regulamentar o citado artigo constitucional, aplicava-se às licitações para concessões e permissões de serviços públicos os ditames do Decreto-lei nº 2300/86, sucedido pela Lei nº 8.666/93. Esta última norma veio regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública. Muito embora não tratasse especificamente de concessões, na ausência da lei específica prevista no art. 175 da CF, seus entendimentos eram estendidos à matéria.

91. Esse cenário mudou, no entanto, com o advento da Lei nº 8.987/95. Ao explorar o tema concessões, o legislador destinou os arts. 19 e 20 para determinar em que condições os consórcios poderiam participar da licitação e, ainda, como deve ser a celebração do contrato. Surge daí o antagonismo entre as normas citadas.

92. Os §§ 1º e 2º do art. 19 da Lei nº 8.987/95 estabeleceram que o licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, sendo a empresa líder a responsável perante o poder concedente pelo o cumprimento do contrato de concessão, ‘sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas’.

93. Não obstante, essa regra foi excepcionada pelo art. 20 da mesma Lei que facultou ‘ao poder concedente, **desde que previsto no edital**, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, **se constitua em empresa antes da celebração do contrato**’ (grifo nosso). Nota-se aqui, diferentemente do previsto no art. 33, § 2º, da Lei nº 8.666/93, a possibilidade de transformação do consórcio em empresa, como condição para celebração do contrato.

94. De fato, os editais ora analisados prevêm que a adjudicatária venha a constituir uma sociedade de propósito específico, cujos estatuto e composição acionária deverão ser submetidos à aprovação do DNER antes da assinatura do contrato (item 231): ‘A adjudicatária deve constituir, para a Celebração do Contrato de Concessão, uma sociedade com sede em um dos Estados atendidos pelo Lote, cujo objeto social deve restringir-se, exclusivamente, à exploração do Lote, com duração suficiente para o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do Contrato de Concessão, e cujos estatutos e composição acionária deverão ser submetidos à aprovação do DNER antes da assinatura do Contrato’.

95. Determinam, ainda, que a concessionária submeta-se ao regime da Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas – e demais disposições pertinentes à matéria (item 232). Portanto, no âmbito geral, a legislação permite que o consórcio venha a ter a forma de empresa e, no caso particular das concessões rodoviárias, essa empresa deve adequar-se à Lei nº 6.404/76.

96. A prática do DNER vem corroborar essas constatações, haja vista a configuração dada às empresas atualmente em atividade no setor das concessões rodoviárias: Concessionária PONTE Rio–Niterói S.A., NOVADUTRA – Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A., CRT – Concessionária da Rodovia Rio–Teresópolis S.A., CONCEPA – Concessionária da Rodovia Osório–Porto Alegre S.A., CONCER – Concessionária da Rodovia Juiz de Fora – Rio S.A..

97. A formação de empresa é benéfica para a exploração da concessão. Enquanto no consórcio as empresas participantes utilizam disponibilidades não utilizadas de seu patrimônio e estrutura, na empresa de propósito específico desempenha-se atividade economicamente organizada para exercício de atividade específica, possuindo conjunto de bens e recursos organizados para tal finalidade. De acordo com Marçal Justen Filho, in *Concessões de Serviços Públicos, Dialética*, 1997, mencionando a faculdade do poder concedente em determinar a constituição em empresa, no caso de licitante vencedor ser consórcio (art. 20 da Lei nº. 8.987/95): ‘A regra merece aplausos porque o desempenho do serviço público objeto da concessão, de regra, é incompatível com o conceito de consórcio. Na maior parte dos casos, trata-se de atividades a serem desenvolvidas por longo prazo, necessitando estruturação exclusiva de recursos materiais e pessoal para seu desempenho. Essas atividades são complexas e pressupõe um sujeito com autonomia e personalidade jurídica próprias para seu desempenho’.

98. Uma vez formada a empresa para a exploração da concessão não há mais aplicabilidade da responsabilidade solidária pelos atos praticados em consórcio na execução do contrato (inciso V do art. 33 da Lei nº 8.666/93), visto que este deixa de existir. O consórcio apresenta-se como um todo à Administração e os consorciados devem manter essa unidade também nos atos que possam gerar sua responsabilidade. Dessa forma, a solidariedade fica restrita à fase de licitação, haja vista que a execução do contrato será realizada pela empresa constituída, à qual serão aplicados os preceitos da Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas.

99. Estabelece o art. 1º da citada lei que ‘a companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a **responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas**’ (grifo nosso). Essa característica contrapõe-se ao disposto no inciso V do art. 33 da Lei nº 8.666/93, que prevê a solidariedade entre os participantes do consórcio. Deve-se ressaltar que neste momento não há que se falar mais em consórcio e sim em empresa legalmente constituída para firmar o contrato de concessão, além do que, não havendo solidariedade, cada sócio deve ser responsável pela sua parte no negócio e não há necessidade de que o patrimônio líquido de cada uma seja maior ou igual ao mínimo individual exigido pelo edital.

100. Nesse sentido, quando se fala em requisitos para a participação de consórcios na licitação, torna-se inadequado o critério para cálculo do patrimônio líquido previsto no item 71, alínea ‘d’. O que se espera é que cada consorciado, isoladamente, venha garantir patrimônio líquido igual ou superior ao patrimônio líquido individual exigido, na proporção de sua participação no consórcio. Exemplificando, se o patrimônio individual exigido é de 1.000 unidades monetárias, um consorciado com 10% de participação deverá possuir um patrimônio mínimo de 100 unidades monetárias.

101. No caso de licitantes individuais, a exigência de patrimônio líquido mínimo - entendido como o somatório de seu capital social, das reservas e dos prejuízos ou lucros acumulados – serve como evidência de que ele dispõe de potencial para investir recursos para o atendimento do objeto da licitação. Nas licitações de concessões rodoviárias com a participação de consórcios, garante-se com o cálculo proposto que cada consorciado disponha, à época da licitação, de recursos que sinalizem a execução do contrato na proporção de sua participação. Os consorciados deverão também manter a titularidade do controle efetivo da sociedade concessionária a ser constituída (item 239 do edital).

102. A Lei nº 8.987/95 não se manifestou quanto ao acréscimo de 30%, para os consórcios, sobre o valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes individuais. A partir dos argumentos apresentados e do necessário cumprimento ao princípio da isonomia, pode-se concluir que tal lacuna sugere a não aplicação dessa exigência às licitações para concessão de serviços públicos.

103. Outro aspecto observado diz respeito à exigência fixada no item 239 do edital para celebração do contrato com a empresa concessionária. O referido item faculta a participação de

terceiros interessados no capital inicial da sociedade concessionária sem dispor, todavia, sobre a condicionante de que tais interessados não possam ter participado da licitação. Essa condição decorre do disposto no inciso IV do art. 19 da Lei nº 8.987/95, segundo o qual:

‘Art. 19 Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...omissis...)

IV – impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.’

104. Buscou-se, assim, regular a forma de participação das empresas no certame – isoladamente ou por meio de apenas um consórcio, garantindo-se a independência das propostas. Ao se consentir que da concessionária venha a fazer parte uma ou mais empresas que, tendo participado da licitação, não lograram êxito, certamente os fatores transparência e competitividade do certame serão questionados.

105. Essa previsão já existia nos editais lançados pelo DNER na primeira etapa das concessões rodoviárias. A esse respeito dispôs a Decisão nº 32/2000 – TCU – Plenário (TC nº 009.540/1999-7) que, ao tratar da transferência da participação societária da CONCEPA, analisou a possibilidade de ingresso de capital de terceiros na sociedade desde que eles não tenham participado da licitação, como previsto no Edital nº 292/93-00.

106. Conclui-se, dessa forma, que o mesmo impedimento deve estender-se à composição das sociedades concessionárias em pauta. As empresas que tiverem participado da licitação sem obter o êxito final não poderão vir a compor, posteriormente, o capital social da concessionária.

107. Ante o exposto, propõe-se que sejam promovidas as seguintes adequações no edital:

– alterar a alínea ‘d’ do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior ao exigido no edital, na proporção de sua respectiva participação na constituição do consórcio, e que a soma da participação dos consorciados será o patrimônio líquido do consórcio;

– excluir a letra ‘e’ do item 71, que trata do acréscimo de 30% do valor exigido para o licitante individual, nos casos de consórcio, renumerando-se os itens seguintes e excluindo essa previsão do item 136, alínea ‘c.1’;

– incluir na redação do item 239 a exigência de que os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, a fim de buscar-se a transparência e a competitividade do certame licitatório.

OUTROS PONTOS OBSERVADOS

a) Premissas da licitação

108. As experiências advindas das primeiras concessões de rodovias federais embasaram as modificações propostas para o atual modelo de contrato. Foram introduzidos os seguintes preceitos (11 – NOTA DE RODAPÉ - fls. 117/123 do volume 3 e fls. 6/8 do volume 4 do TC nº 016.248/2000-6):

manutenção do nível de tarifa durante todo o período da concessão;

exigência de nível de qualidade do serviço, como garantia mínima de segurança e conforto para o usuário da rodovia;

detalhamento das obras necessárias para as melhorias da via e da estimativa de tráfego a cargo da concessionária.

109. A nova modelagem da concessão foi analisada em instrução anterior inserida nestes autos (12 – NOTA DE RODAPÉ - fls. 133/135 do TC nº 016.248/2000-6), da qual se extrai o trecho a seguir transcrito:

‘8. Nas concessões já em operação, o objeto do contrato é minuciosamente definido. Nele constam especificações técnicas de operação da rodovia e projetos de obras de infra-estrutura que o concessionário é obrigado a executar dentro de um período preestabelecido. Essas obras devem garantir um nível mínimo de qualidade do serviço. Caso se verifique no decorrer da concessão que as obras definidas pelo PER não são suficientes para garantir a qualidade requerida, o contrato é renegociado para incluir novas obras. Os aumentos de tarifa resultantes do acréscimo das

obrigações do concessionário são calculados por meio do fluxo de caixa – o mesmo da proposta do concessionário, apresentada durante a licitação – ao qual são acrescentados os novos investimentos, de modo que a taxa interna de retorno permaneça igual à original.

9. Nessa segunda etapa do programa de concessão, o objeto do contrato é a operação da rodovia dentro de um determinado nível de qualidade. Permanece para o concessionário a obrigação de executar obras de infra-estrutura viária, mas as especificações técnicas para a operação se referem apenas às condições de qualidade do serviço prestado. As obras adicionais que porventura sejam necessárias para atender ao aumento do tráfego e garantir o nível de qualidade pactuado serão executadas por conta do concessionário.

10. Essas mudanças, segundo o DNER, visam a prevenir alguns problemas observados nas concessões em operação. Embora esses problemas não estejam descritos nos documentos apresentados, alguns deles foram comentados durante as reuniões mantidas entre esta equipe e técnicos do DNER e da consultora. Em resumo, os problemas surgem do seguinte aspecto: a possibilidade de que o concedente altere o objeto do contrato durante sua execução torna o controle extremamente complicado. Dessa forma, qualquer acréscimo nas obrigações do concessionário, desde que autorizado pelo concedente, será prontamente coberto por aumentos de tarifa. Com isso o concessionário tende a solicitar autorizações, para novas obras e novos serviços, mesmo quando não são urgentes ou necessários.

11. Outra complicação é que a fiscalização tem de ser detalhada, aprofundando-se ao nível de fazer medições das quantidades de materiais empregados. Esses cuidados se tornam necessários para garantir a correta aplicação dos recursos.

12. A experiência tem demonstrado, porém, que, mesmo com uma fiscalização rígida, o preço da tarifa de pedágio pode atingir níveis elevados. O órgão fiscalizador teria dificuldades de negar autorização para execução de novas obras, principalmente quando se trata, por exemplo, de evidente melhoria nas condições de segurança da via. Quando, por um erro de avaliação, esses acréscimos provocam um aumento de tarifa acima daquilo que os usuários podem tolerar, as conseqüências são a diminuição do tráfego (aumento da fuga e da impedância) e movimento de protesto dos usuários.

13. Esses problemas podem até mesmo comprometer a viabilidade da exploração da rodovia. Os aumentos freqüentes de pedágio podem gerar reações extremas por parte dos usuários mais afetados, causando enormes transtornos. É muito difícil para qualquer das partes avaliar o preço máximo de tarifa que o usuário estaria disposto a pagar sem correr riscos de provocar essas reações.

14. Diante dessas circunstâncias, o DNER e o CND acharam por bem adotar esse novo formato em que as tarifas devem se manter no mesmo nível durante todo o período de concessão, alterando-se apenas com os reajustes devidos à inflação e com as revisões em casos especiais.

15. Com esse contrato, em vez de medições técnicas das quantidades de obras de melhoria e conservação da estrada, será necessário avaliar o nível de qualidade do serviço, por meio dos indicadores previamente escolhidos. O concessionário não pode alegar aumento de investimentos e custos operacionais para exigir o reequilíbrio econômico do contrato. Caso as condições de tráfego se deterioreem a ponto de exigir a execução de obras não previstas no plano de exploração original, o concessionário deve arcar com todos os custos sem acréscimos de tarifa.

16. Nessas condições, o trabalho de acompanhamento feito pelo TCU também deve ser diferente. O caráter competitivo da licitação passa a ter fundamental importância. A impossibilidade de que preço da tarifa seja alterado aumenta significativamente a percepção de risco dos prováveis interessados na licitação. A tendência é que eles ofereçam valores de tarifa maiores para um nível mínimo de qualidade do serviço, visando a se proteger de eventuais desembolsos no futuro. O aumento do risco tem impacto direto na taxa de desconto utilizada nos estudos de viabilidade. Os consultores que fazem a avaliação econômica do empreendimento levam essas variáveis em consideração e, pelo critério do conservadorismo, tenderão também a subestimar a taxa interna de retorno, superestimando os investimentos e os custos e subestimando as receitas. Nessas circunstâncias a competição entre os potenciais licitantes deve ser a mais irrestrita possível, para que uma grande quantidade de empresas ou consórcios possam participar, de modo a garantir um preço de tarifa o menor possível e reduzir as possibilidades de conluio.

17. Outra consequência das mudanças é que o controle ficará muito dependente dos meios de verificação dos níveis de qualidade dos serviços. Os concessionários só estarão obrigados a cumprir o elenco fixo de obras de melhoria do programa mínimo definido no contrato. Assim, eles podem adiar os investimentos em obras adicionais (obras que se revelarem necessárias no decorrer da operação) até que os níveis de qualidade do serviço caiam ao limite contratado. Diante disso, os níveis de qualidade devem ser estabelecidos com muita precisão, por meio de indicadores objetivos e fáceis de serem quantificados, a fim de evitar problemas de interpretação no futuro.'

110. Observadas tais inovações, foram identificadas algumas cláusulas contratuais que vão de encontro com as premissas adotadas, em especial a manutenção do nível de tarifa por todo o período da concessão. Se por um lado o objetivo do novo modelo é eliminar as freqüentes solicitações de revisão de tarifa, a existência de certos itens tem o efeito contrário. Relaciona-se na seqüência os dispositivos contratuais que se contesta:

Serviço Adequado

111. Esta cláusula vem caracterizar o serviço adequado. O item 5 estabelece que as rodovias que compõem o lote poderão operar, no máximo, 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme definido no Highway Capacity Manual. As condições específicas para a manutenção desse nível de serviço são apresentadas nas alíneas subseqüentes. A alínea 'b' estabelece: 'As obras de expansão de capacidade decorrentes desse item, pelo acréscimo de tráfego, serão financiadas, **se possível**, dentro das variáveis econômico-financeiras então existentes, pelo acréscimo de tráfego, desde que mantido o inicial equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO' (grifo nosso).

112. O dispositivo citado contrapõe-se ao texto da alínea 'e' do mesmo item, segundo a qual essas obras de expansão, decorrentes de acréscimo de tráfego, poderão alterar o cronograma de obras previsto na proposta, sem que isso implique na revisão do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

113. Constata-se que a alínea 'b' admite a possibilidade de que as adequações estruturais necessárias sejam financiadas por um aumento de receita da concessionária e, em consequência, aumento de tarifa. A alínea 'e', por sua vez, veda a revisão enquanto faculta ao concessionário alterar o cronograma de obras proposto para não onerar o contrato. Propõe-se, assim, a exclusão da alínea 'b' do item 5 da Cláusula XVI da minuta do contrato.

Revisão Contratual e Tarifa Básica

114. Nos termos da Cláusula XX do contrato, a revisão contratual será utilizada para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da concessionária e a receita do empreendimento, com a finalidade de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro. Os casos em que se dará a revisão estão relacionados no item 3, transcrito a seguir:

'3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

a) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

b) sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração ou de interferências imprevistas, resultem, comprovadamente, em acréscimos dos custos da CONCESSIONÁRIA;

c) sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a desapropriação de bens imóveis, a instituição de servidão administrativa ou a imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista na Cláusula LXXVII deste CONTRATO não seja atingido ou seja ultrapassado;

d) sempre que houver alteração unilateral deste CONTRATO, que comprovadamente altere os encargos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

e) sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados na formação da PROPOSTA COMERCIAL, desde que

imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos neste CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.’

115. *O disposto na alínea ‘b’ está de acordo com o antigo modelo de concessões rodoviárias, pelo qual as revisões tarifárias eram freqüentes e justificadas sempre que houvesse acréscimo ou supressão de encargos no Programa de Exploração da Rodovia – PER. Todavia, o que se pretende com as novas concessões é diferente. O licitante terá mais liberdade para formular sua proposta ante o caráter indicativo do PER, garantindo-se, com isso, o comprometimento do concessionário com as obras a serem executadas e os serviços a serem prestados. Conclui-se, assim, que essa opção deixa de existir no atual cenário, o que conduz à retirada dessa alínea da minuta de contrato.*

116. *Não obstante, a ocorrência de fatos imprevisíveis e inevitáveis, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da administração, e os conseqüentes reflexos nos custos das concessionárias serão corrigidos para que o empreendedor não seja vitimado por circunstâncias extraordinárias, como estabelece a alínea ‘c’.*

117. *Cabe ao concessionário, como previsto no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95, assumir o risco do empreendimento. Isso significa dizer que, como em qualquer negócio, deve responsabilizar-se pelas estimativas de investimentos e custos que vier a emitir no âmbito da licitação. Assim sendo, considera-se descabido o que dispõe a alínea ‘f’, segundo a qual ‘sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados na formação da PROPOSTA COMERCIAL, desde que imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos neste CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.’*

118. *Depreende-se que esse dispositivo exime o concessionário do risco natural do negócio. Ora, supondo que o governo venha a adotar medida econômica que afete toda a sociedade (fato do príncipe), e em específico a estrutura de custos da concessão, essa ocorrência estará amparada pela alínea ‘c’ mencionada anteriormente. Por outro lado, as modificações decorrentes da conjuntura econômica internacional, se excepcionais e imprevisíveis, receberão tratamento diferenciado.*

119. *Dessa forma, entende-se necessária a supressão das alíneas ‘b’ e ‘f’ do item 3 da cláusula XX da minuta do contrato de concessão.*

Risco Geral de Tráfego

120. *O item 1 dessa cláusula estabelece que: ‘A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de tráfego inerente à exploração do Lote, neste se incluindo o risco de redução do volume de tráfego, inclusive em decorrência da transferência de tráfego para outras rodovias e/ou vias urbanas já existentes quando da assinatura deste CONTRATO, ressalvados os casos em que a redução de tráfego resulte de ato unilateral pelo PODER CONCEDENTE com impacto no equilíbrio econômico e financeiro deste CONTRATO’ (grifo nosso). O texto reproduzido faz parte dos primeiros contratos de concessões rodoviárias firmados, sendo que o trecho em negrito foi agora acrescentado.*

121. *Entende-se que esse dispositivo é desnecessário ante o previsto no item que o sucede nesta mesma cláusula. Segundo o item 2, ‘A assunção do risco de alteração do trânsito no lote constitui condição inerente ao regime jurídico da concessão a ser outorgada, não se admitindo, caso venha a ocorrer alteração quanto ao volume de trânsito esperado pela CONCESSIONÁRIA quando da apresentação da sua PROPOSTA, qualquer alteração de seus encargos, ou, ainda, revisão do inicial equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO’.*

122. *Não há sentido em se manter o item 1 porque a ressalva feita em seu final vem caracterizar a ocorrência do Fato do Príncipe, já previsto na cláusula de revisão contratual. Assim, se a redução de tráfego, com conseqüências sobre o equilíbrio do contrato, resultar de determinação estatal geral, imprevista e imprevisível, a concessionária irá fundamentar seu pedido de revisão na alínea ‘c’ do item 3 da Cláusula XX. Conclui-se, portanto, pela retirada do item 1 da Cláusula XIII da minuta de contrato.*

Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato

123. O item 5 dessa cláusula prevê: 'Não se admitirá um período maior do que 5 (cinco) anos entre as análises, devendo para tanto, se atingido esse intervalo, sem que qualquer das partes tenha solicitado tal análise, ela se faça por demanda do PODER CONCEDENTE'. Ora, se o que se espera com a nova modelagem da concessão é reduzir, ou até mesmo eliminar, as revisões de tarifas, qual o sentido em se estabelecer que o poder concedente provocará a análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem que a concessionária a tenha solicitado? Esse dispositivo abre precedente para que, descabidamente, o equilíbrio do contrato seja questionado e a tarifa modificada.

124. Deve-se mencionar, ainda, os itens 4 e 6 dessa mesma cláusula, segundo os quais a análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ocorrerá quando qualquer das partes encaminhar justificativa consubstanciada, sendo que sempre que forem mantidas as condições do contrato estará mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Depreende-se, portanto, que especificamente nessas concessões, em que não são previstos os repasses de ganho de produtividade aos usuários, é desnecessário impor prazos para reavaliar o equilíbrio do contrato visto que as partes incumbir-se-ão de permanentemente monitorar esse aspecto e, se necessário for, reivindicar seus direitos. Propõe-se a retirada do item 5 da Cláusula XIV da minuta de contrato.

125. Ante tais considerações, e para consolidar as propostas feitas anteriormente, propõe-se as seguintes adaptações na minuta de contrato:

- suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego);
- suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato);
- suprimir a alínea 'b' do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado);
- suprimir as alíneas 'b' e 'f' do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica).

Valor do contrato

Dentre as exigências para a qualificação econômico-financeira, a alínea 'c.1' do item 136 do edital impõe que a empresa interessada em participar da licitação comprove possuir um patrimônio líquido acima de um determinado valor. Os critérios para a escolha desse valor, porém, não estão explícitos no edital. Todavia, em resposta encaminhada pelo DNER (13 – **NOTA DE RODAPÉ - item 21 da fl. 14 do volume 3 do TC nº 016.248/2000-6**), informa a autarquia que foi estipulado como limite máximo para exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido o valor de 10% do valor estimado da contratação, nos termos do § 3º do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93. O valor do contrato está definido no item 4 do edital como sendo o 'valor total da receita de pedágio, em valores correntes, constante da proposta da licitante vencedora'.

126. Ocorre que nas licitações de concessões de serviço público não existe um valor de contrato bem definido como acontece nos contratos de compras, obras e serviços. Dessa forma, o valor mínimo de patrimônio líquido deve ser estabelecido com base em uma grandeza que, de forma análoga aos outros tipos de contratos, represente a capacidade econômico-financeira mínima necessária. A seguir são apresentadas algumas considerações sobre os critérios para a escolha do valor contratado nos casos de concessão.

127. O art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93 estabelece que 'a Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, (...), como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado'.

128. O § 3º do mesmo artigo impõe: 'o capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais'.

O valor do contrato, adotado em edital para efeito de cálculo do patrimônio líquido mínimo exigido, é o total das receitas de pedágio estimadas pelo Poder Concedente para o período da concessão, em valores correntes. Esse critério adotado pelo DNER é similar ao adotado em contratos de prestação de serviços, em que o valor do contrato é a soma de todos os pagamentos que o contratante deve realizar durante o prazo de vigência. Assim, para a licitação do Trecho da Rodovia BR 381 (Belo Horizonte – São Paulo) estimou-se um total de receitas de pedágios até o

final da concessão em R\$ 4.278.431.000,00, estipulando-se patrimônio líquido mínimo individual de R\$ 330.000.000,00 (7,71%).

Contudo, a soma das receitas da concessionária durante todo o prazo de concessão resulta em valor muito maior que o valor hipotético do empreendimento, caso se fizesse uma avaliação similar à que é feita para estimar o valor de mercado dos ativos de empresas, tais como ocorre em qualquer privatização no Brasil. Além disso, se aplicado a todos os casos de concessão rodoviárias, esse cálculo faz com que o empreendimento com menor necessidade de investimentos exija patrimônio líquido igual ao de uma rodovia que necessita de grandes investimentos, caso a receita bruta fosse a mesma. Ora, a execução do programa de investimentos é tão ou mais importante que a operação e a manutenção da via. A utilização do critério estipulado no edital pode frustrar o caráter competitivo do certame licitatório, uma vez que estabelece valor elevado de patrimônio líquido exigido.

129. A questão sobre qual critério é o mais adequado para estabelecer o valor máximo do patrimônio líquido exigido dos licitantes deve ser debatida à luz dos princípios gerais do estatuto das licitações e contratos, a Lei nº 8.666/93. De acordo com o art. 3º dessa Lei, a licitação destina-se a 'garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos'.

130. É comum incluir nos editais de licitação, dentre as exigências para a qualificação econômico-financeira das empresas, o valor mínimo do patrimônio líquido, com a justificativa de que empresas de menor porte não seriam capazes de executar o contrato de maneira satisfatória. O problema é que o valor mínimo fixado pode servir de instrumento para que se faça a seleção prévia dos licitantes, burlando assim o princípio da isonomia. Por esse motivo, o legislador impôs o limite de 10% do valor contratado para o valor máximo de patrimônio líquido que pode ser exigido.

131. O legislador, no âmbito da Lei nº 8.666/93, preocupou-se apenas com contratos para compras, locações, obras de engenharia e prestação de serviços. Neles o valor contratado representa, embora de forma aproximada, o valor do bem que está sendo adquirido ou alugado, ou ainda o valor do serviço. Esses contratos são de curta duração, não podendo exceder a seis anos, no caso extremo de prestação de serviços. Um contrato de concessão no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, que usualmente tem duração de 20 anos ou mais, não era sequer previsível à época da promulgação da Lei nº 8.666/93.

132. O TCU possui legitimidade para questionar a interpretação dada pelo DNER para o valor do contrato, disposta nos editais de concessão de rodovias federais. Assim procedendo, esta Corte indicaria o caminho que leva ao interesse público. Caso contrário, o DNER consolidaria a regra criada para as concessões em análise.

133. O nosso entendimento é que o aparente vácuo legislativo nesse assunto pode ser sanado com uma interpretação por analogia. O valor dos ativos que se incorporam ao patrimônio da União é o valor dos investimentos realizados pela concessionária menos a depreciação não amortizada. O item 242 do edital estabelece: 'O capital social subscrito e integralizado da concessionária deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão, a pelo menos 10% (dez por cento) **do total de investimentos realizados pela concessionária**' (grifo nosso). Reconhece-se, nesse ponto, que o total do patrimônio líquido da sociedade de propósitos especiais deverá ser, na data da celebração do contrato de concessão, 10% do valor dos investimentos, por entender que esse montante é suficiente para garantir a execução do contrato. Não há porque adotar outro critério na verificação da qualificação econômico-financeira senão a soma dos investimentos.

Por esse motivo sugerimos que o TCU determine que seja considerado como valor do contrato a soma total dos investimentos realizados durante todo o período da concessão. Utilizando-se tal critério, a licitação do Trecho da Rodovia BR 381 (Belo Horizonte – São Paulo), cujos investimentos totais foram estimados em R\$ 1.013.990.000,00 (fl. 67 do estudo de viabilidade econômico-financeira), passaria a exigir patrimônio líquido mínimo no valor máximo de R\$ 101.399.000,00, o que representa 30,7% do atualmente exigido.

c) Nível de serviço

c.1) Definição de níveis de serviço

134. A Cláusula XVI da Minuta do Contrato de Concessão estabelece as condições que devem ser atendidas a fim de considerar-se como adequado o serviço prestado: regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. O item 5 da mencionada cláusula introduz um novo conceito de adequação de serviço das concessões rodoviárias: 'Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que as rodovias que compõem o Lote poderão operar no máximo 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme definido no Highway Capacity Manual'.

135. De acordo com o DNER, essa nova metodologia de avaliação pretende eliminar todos os investimentos adicionais que não estão correlacionados com a qualidade do serviço a ser prestado (não essenciais para operação da rodovia), mantendo-se somente aqueles necessários ao atendimento dos padrões operacionais estipulados para avaliação do serviço prestado. Nesse novo modelo de contrato, a evolução de tráfego poderá implicar em demandas de intervenções operacionais ou físicas a cargo da concessionária, para que se preserve o nível de serviço estipulado. Cada licitante deverá prever, a seu risco, os investimentos necessários para todo o período de concessão.

136. O conceito de 'níveis de serviço' (NS), que estabelecem um padrão de operação de rodovias, está definido no Highway Capacity Manual (HCM), Manual de Capacidade Rodoviária (14 – NOTA DE RODAPÉ - volume 5 do TC nº 016.248/2000-3), publicado pelo Transportation Research Board dos Estados Unidos. Nos termos do HCM, págs. 7-13 e 7-14, o nível de serviço 'D' representa 'o intervalo no qual a habilidade de manobra fica severamente restrita por qualquer congestionamento no trânsito. A velocidade da viagem começa a reduzir com o aumento do volume de trânsito. O espaçamento médio dos veículos é de 155 pés (46m) a uma densidade máxima de 34pc/mi/ln (34 veículos/milha/faixa ou 21 veículos/km/faixa). Somente pequenas perturbações de trânsito podem ser absorvidas sem formação de extensas filas com a deterioração do serviço passando a operar nos níveis E e F'.

137. A aferição do nível de serviço em que uma determinada rodovia opera, todavia, não se restringe aos parâmetros estabelecidos na citada definição, depende dos conceitos de mobilidade e acesso. A principal medida do NS é o percentual de retenção, sendo a velocidade e a utilização da capacidade empregadas como medidas secundárias. Os critérios dos NS são definidos para aplicação durante o fluxo de pico de 15 minutos em trechos com razoável extensão. Nos termos da pág. 8-10 do HCM são características do nível de serviço 'D':

- ainda se consegue manter uma velocidade média em torno de 50mph (80km/h) nas condições ideais;
- a demanda de ultrapassagem é muito elevada, enquanto que a possibilidade de efetuá-las é próxima a 0 (zero). Desta forma, a influência da sinalização – zonas de ultrapassagem proibida – sobre as correntes de trânsito é reduzida;
- os motoristas são retidos em quase 75% do tempo;
- nas condições ideais, consegue-se manter uma taxa de fluxo de serviço máxima na ordem de 1.800 automóveis/hora em ambos os sentidos;
- são comuns comboios com tamanho variando entre cinco e dez veículos;
- a corrente de trânsito aproxima-se de um regime instável, com dois fluxos opostos operando com volumes elevados. Veículos fazendo conversões à esquerda ou ocorrências às margens da rodovia acarretam 'ondas de choque' no fluxo.

138. A análise operacional de rodovias, e por conseguinte dos níveis de serviço, depende ainda do tipo de via, no que concerne à sua inclinação, uma vez que a dinâmica da interação do trânsito possui características próprias nesses casos. São utilizados dois procedimentos distintos: para trechos genéricos (plano, ondulado ou montanhoso) e para rampas específicas (extensão e greide conhecidos).

139. Para especialistas na área de transportes, os critérios de distinção entre os diferentes níveis de serviço são consagrados. Entretanto, tratando-se de concessões públicas, os parâmetros que possibilitarão o controle quanto ao nível de serviço prestado, seja da sociedade, seja dos

órgãos responsáveis, devem mostrar-se transparentes e definidos objetivamente. Entendemos que tais requisitos não são atendidos quando se consulta o Manual de Análise de Capacidade (HCM), única referência constante da minuta de contrato que especifica a forma de se avaliar 'níveis de serviço'.

140. O referido manual não se restringe a definir níveis de serviço, mas contempla diversas outras questões atinentes à engenharia de tráfego: definições; características, dimensionamento e projeto de rodovias; análises operacional, de projeto e de planejamento etc. São apresentados planilhas, gráficos e tabelas que possibilitam análises em segmentos genéricos e de greides específicos, que permitem avaliar, dentre outros aspectos (págs. 8-32 a 8-61):

- capacidade do trecho, máxima taxa de fluxo aceita para um determinado nível de serviço;
- em que nível de serviço a rodovia operará nos períodos de pico;
- qual o volume que pode ser acomodado em um dado greide a uma determinada velocidade;
- em que nível de serviço funcionará o greide;
- qual a velocidade de subida durante o fluxo de pico de 15 min;
- qual a capacidade do greide;
- qual a retenção do veículo numa determinada velocidade de aproximação do greide;
- qual o provável nível de serviço durante o fluxo de pico de 15 minutos;
- em quantos anos a duplicação de uma rodovia deverá ser executada.

141. Trata-se, portanto, de procedimentos que objetivam projeções acerca de determinadas condições simuladas, com vistas ao dimensionamento de rodovias e de suas condições operacionais. A questão acerca da aferição do nível de serviço correspondente a uma dada medição operacional efetiva não se encontra precisamente definida, carecendo de padronização. Assim, entendemos que deva constar do edital de licitação e de seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que 'nível de serviço' opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior fiscalização acerca da observância ao limite de operação máximo de 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme previsto no edital de licitação.

c.2) Informações prestadas pela concessionária

142. A concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários. Essa adequação envolve diversos aspectos, tais como a qualidade da via e das instalações, atendimento ao usuário, apoio à fiscalização, preservação ambiental e 'níveis de serviço'. Como visto anteriormente, este último aspecto envolve a condição operacional da rodovia, que não foi tratada no edital de licitação com a devida ênfase. Todas as demais condições estão definidas em nível de detalhamento que especifica, inclusive no Programa de Exploração Rodoviária (PER), a forma pretendida do serviço a ser prestado.

143. Ante esse conceito complementar de adequação de serviço das concessões rodoviárias, por 'níveis de serviço', torna-se crucial a medição das condições operacionais de tráfego (densidade, velocidade média, percentual de retenção, fluxos etc.) a fim de que seja aferido o nível de serviço prestado. Nesse sentido, não há previsão expressa no edital de licitação da forma de apresentação dos dados operacionais coletados pela concessionária e da comprovação do nível de serviço prestado.

144. Muito embora seja prerrogativa do Poder Concedente fiscalizar diretamente a concessão, assegurando-se 'livre acesso, em qualquer época, aos dados relativos à administração, à contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros da Concessionária, assim como às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes ou vinculadas à Concessão', com o objetivo de assegurar aos usuários a prestação do serviço adequado, nas condições definidas no edital, entendemos que a concessionária deve informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego que possibilitem aferir o 'nível de serviço' prestado ao longo do período de operação da rodovia, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente. Assim sendo, possibilitar-se-á controle efetivo sobre o limite de operação máximo de 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme previsto no edital de licitação.

Outrossim, independente das informações prestadas pela concessionária, entendemos que o DNER deva ter acesso direto e imediato às medições de tráfego, o que possibilita controle efetivo sobre o nível de serviço em que opera a rodovia. Nesse aspecto, o Programa de Exploração de Rodovia, Anexo XIII ao edital, prevê que caberá a uma unidade de controle operacional (CCO) as atividades componentes dos serviços de operação das rodovias, tendo como subsídio os dados provenientes dos sistemas integrados de supervisão, controle e comunicação e sendo ‘composto por equipamentos eletroeletrônicos de comunicação, que utilizem recursos de informática (hardware e software) capazes de processar e armazenar os dados operacionais recebidos do ambiente rodoviário’.

Cabe, assim, acrescentarmos ao edital de licitação e em seus anexos cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independentemente da intervenção da concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia.

c.3) Acompanhamento do nível de serviço prestado

145. No que concerne à extrapolação do limite anual especificado, estabelece o item 5.d da Cláusula XVI da Minuta do Contrato de Concessão que ‘na hipótese de ser atingido o limite estabelecido neste item 5, caberá à CONCESSIONÁRIA, atendidas as condições do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO RODOVIÁRIA, a execução de obras de expansão de capacidade em até 24 (vinte e quatro) meses após a identificação da necessidade, desde que medidas operacionais não possam ser aplicadas para atendimento da demanda’. O início da contagem do prazo de 24 meses vincula-se à ‘identificação da necessidade’, que pode ser interpretada de três formas: a) a partir de projeções de tráfego efetivo que indicam que o limite será atingido; b) somente quando o limite é atingido; c) posteriormente ao atingimento do limite.

Entendemos que o texto carece de redação mais precisa, de modo que o prazo de 24 meses seja vinculado à necessidade detectada quando as projeções realizadas a partir das medições efetivas de tráfego indicarem que o limite será atingido – possibilidade citada na letra ‘a’ do item anterior.

146. Esse item do Edital de Concessão deve ser combinado com outro que preveja sanção caso seja atingido o limite especificado de 200 horas por ano com nível de serviço inferior ao ‘D’. Caso contrário, a prestação de serviços de concessão no nível de serviço especificado tornar-se-ia ficção, uma vez que a cada extrapolação do limite seria permitido à concessionária explorar a rodovia em até 24 meses em níveis inferiores aos prescritos. No entanto, a Cláusula LVII da Minuta do Contrato de Concessão, que prevê as sanções administrativas, dá ênfase na aplicação de multas moratórias por descumprimento do Programa de Exploração Rodoviária. Somente haveria a possibilidade de aplicação de sanção pelo atingimento do limite de horas de operação em níveis inferiores ao especificado com a utilização de item genérico (URM – Unidade de Referência de Multa, equivalente a R\$ 100,00 em julho/2000).

‘7. Pela inexecução parcial ou total deste CONTRATO, o PODER CONCEDENTE poderá, garantida prévia defesa, aplicar à CONCESSIONÁRIA as seguintes sanções:

I. advertência;

II. multa, de 100 a 1000 (cem até mil) URMs;

III. rescisão contratual, na forma prevista neste CONTRATO.’

147. Assim sendo, deverá ser incluído no Edital de Concessão, item constante da Cláusula de Sanções Administrativas (Minuta do Contrato) que contemple a aplicação de multa, em valor estipulado, para cada hora de operação excedente às 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao ‘D’. A medida busca minimizar a quantidade de horas que ultrapassem o limite prescrito, sem prejuízo da aplicação de multa moratória diária pelo descumprimento do prazo de execução de obras de expansão de capacidade (24 meses) que busquem retomar o nível de serviço especificado.

d) Revisão contratual e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

148. O item 13 da Cláusula XX do contrato estabelece quais os elementos a serem observados quando da revisão contratual: ‘Na revisão do equilíbrio econômico e financeiro do CONTRATO, deverão ser levados em consideração na recomposição da condição original do

Plano Econômico-Financeiro da PROPOSTA, o conjunto de dados observados referentes à situação econômica e financeira da CONCESSIONÁRIA no período em análise e seus reflexos, entre outros elementos, na Taxa Interna de Retorno, no PayBack (período de equilíbrio entre receitas e despesas acumuladas), na Exposição Máxima do Caixa Anual, no Valor Presente Líquido do Resultado e na Variação no Valor Total do Contrato’.

149. A utilização de diversos parâmetros e indicadores que refletem a situação econômico-financeira do empreendimento pode gerar discussões subjetivas, uma vez que não haveria formas de recomposição do equilíbrio contratual que se adequassem a todos os indicadores, de modo a preservá-los integralmente. Ademais, como veremos nas argumentações a seguir, esses indicadores apresentam objetivos próprios e aplicabilidades distintas, que nem sempre se prestam unicamente a refletir o plano econômico-financeiro contemplado numa proposta de exploração rodoviária.

150. O Valor Presente Líquido (VPL) é o valor atual do fluxo de caixa, descontado a uma certa taxa. No caso da avaliações das empresas privatizadas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, os consultores responsáveis têm dimensionado a taxa de desconto em função do risco que o investidor percebe quando decide pela aplicação de seus recursos financeiros no empreendimento. O Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira da concessão adota em suas projeções, como premissa específica, a taxa de desconto de 12% ao ano.

151. O VPL é o melhor indicador para avaliação de ativos. No caso de concessões rodoviárias, representa o porte do empreendimento, ou o valor da concessão, caso se pudesse negociá-la no mercado ou estipular-lhe um valor de outorga. Entretanto, o valor encontrado reflete o valor de mercado do ativo no momento da avaliação, sendo sensível a fatores externos ao empreendimento que podem variar bastante ao longo do tempo.

152. O tempo de retorno de investimento (payback) é o tempo necessário para que o valor atual acumulado das entradas (receitas) superem o valor atual acumulado das saídas (despesas, custos e investimentos). Durante esse período, o resultado acumulado do projeto é negativo, o que significa uma dependência de recursos financeiros (próprios ou de terceiros) que somente serão recuperados após o prazo de payback. Deve-se adotar a mesma taxa de desconto utilizada para fins de cálculo do valor presente líquido, o que faz esse índice também dependente de fatores externos sensíveis ao longo do tempo.

153. Nos processos de concessões rodoviárias, o tempo de retorno do investimento é útil para estimar o prazo de concessão, considerado, por vezes, como sendo três vezes o tempo de payback. O prazo de concessão deve possibilitar à concessionária realizar lucro compatível com o volume de recursos investidos no empreendimento.

154. A exposição máxima do caixa acumulado é o valor máximo das necessidades de recursos do empreendimento ao longo do período de exploração, entendido como a diferença entre a geração própria de recursos e o total de recursos necessários para o programa de investimentos e custeio. O indicador, no caso das concessões rodoviárias, reflete em que momento ocorrerá a maior necessidade de financiamento. Entre dois empreendimentos com TIR não alavancada iguais é preferível aquele que apresenta menor exposição máxima do caixa acumulado, porque menor será a dependência de empréstimo ou integralização de capital.

155. No entanto, a exposição máxima do caixa reflete a ótica do empreendedor sob o ponto de vista do financiamento da exploração (a necessidade de obtenção de capital de terceiros). Trata-se, portanto, de parâmetro exógeno à concessão, que depende das condições negociadas por cada proponente com terceiros, o que o desabilita a ser utilizado como indicador que mantém o equilíbrio econômico-financeiro em uma revisão contratual.

156. A variação no valor total do contrato apresenta distorções quando utilizado em ajustes dessa natureza. Concessões de exploração rodoviária não possuem valor contratado padrão, uma vez que não há contraprestação pecuniária por parte do Poder Concedente pelos serviços e obras executados pela concessionária. Além disso, existe a questão acerca do prazo de concessão (25 anos), muito superior a qualquer contrato firmado pela administração pública, o que torna a variável tempo importante para se adequar valores financeiros tratados na concessão. Considerações acerca do valor total contratado foram tratadas especificamente nos itens 126/137 desta instrução.

157. A taxa interna de retorno - TIR representa a rentabilidade média anual dos investimentos realizados, correspondendo à taxa de desconto que torna o valor presente do fluxo de caixa futuro igual a zero. Nas concessões rodoviárias, o indicador é usado para verificar se o empreendimento tem condições de garantir financiamentos para o programa de investimentos, além de demonstrar ao empreendedor suas possibilidades de lucro. A TIR tem a vantagem de ser calculada apenas com os valores do fluxo de caixa líquido, sem depender de variáveis externas, o que a torna principal parâmetro a ser observado quando das alterações contratuais a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro das condições inicialmente pactuadas, garantindo a rentabilidade inicialmente prevista.

158. Em consulta à sua página na internet (www.dner.gov.br/dcor/faq), verificamos que o DNER, respondendo às principais questões acerca das concessões rodoviárias, manifesta-se de forma conclusiva quanto à manutenção da taxa interna de retorno a fim de observar-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

‘O que é TIR?’

Taxa Interna de Retorno - determina, em pontos percentuais, o lucro de um empreendimento. Conforme estabelecido nos contratos de concessão, a TIR é o termômetro, por onde deve ser avaliada a situação de equilíbrio econômico-financeiro do contrato (...)

O que é Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato?

Determina o ponto onde a TIR está sendo mantida como igual à contratada, quando da apresentação da Proposta de Tarifa pela licitante vencedora. Este equilíbrio, quando ameaçado, pode ser reestabelecido através da Revisão de Tarifa.’

159. Como visto, cada índice possui objetivos próprios e aplicabilidades distintas. Assim, é nosso entendimento que a taxa interna de retorno deve ser considerada como parâmetro que restabelece o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por preservar a rentabilidade média dos investimentos realizados e não depender de variáveis externas, calculada apenas com os valores do fluxo de caixa líquido do empreendimento. Nesse sentido, entendemos que se deve incluir cláusula no edital e no contrato de concessão indicando a TIR da proposta vencedora do certame como índice adequado para aferir, em revisões contratuais, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

CONCLUSÃO

160. O enfoque desta segunda etapa do processo de concessões rodoviárias mudou substancialmente. O objeto dos contratos a serem firmados será a operação da rodovia, sempre associada a um determinado nível de qualidade. O Programa de Exploração da Rodovia – PER deixa de ser taxativo quanto às obras a serem executadas para apresentar o conjunto de serviços e as condições em que a concessão será explorada. A partir dessas indicações e dos estudos de viabilidade econômico-financeira desenvolvidos, as obras de reparação e manutenção da via serão propostas pelos interessados, durante o processo licitatório. Surge, então, o comprometimento com as reformas a serem desenvolvidas, tendo em vista que a metodologia de execução é proposta pelos licitantes.

161. A tarifa de pedágio é limitada pelo poder concedente, a partir de estudos que consideram, dentre outras variáveis, a Taxa Interna de Retorno – TIR, os índices de crescimento do tráfego, de fuga e de impedância. Além disso, parte-se do pressuposto que o nível de tarifa deve ser mantido estável durante todo o período da concessão, sendo sujeito apenas a reajustes que garantirão a recomposição do valor monetário.

162. Vislumbra-se, assim, o papel fundamental que esta Corte de Contas deverá exercer. O acompanhamento concomitante do certame e a garantia de transparência e competitividade serão decisivos para se chegar ao sucesso do programa de concessões e, o que é principal, à satisfação dos usuários das rodovias.

163. A presente instrução agrupou a análise dos processos TC nº 016.248/2000-6, 016.249/2000-3 e 016.250/2000-4, que correspondem respectivamente aos Lotes 11 (Rodovia BR-381/MG/SP – Belo Horizonte/São Paulo), 12 (BR-116/SP/PR – São Paulo/Curitiba) e 13 (BR-116/PR, BR-376/PR e BR-101/SC – Curitiba/Florianópolis), por tratar-se de matérias semelhantes, inclusive quanto aos estudos de viabilidade desenvolvidos. Neste documento foram analisadas as justificativas encaminhadas pelo DNER por força da Decisão nº 046/2001 – TCU – Plenário, além

de terem sido abordados outros aspectos relevantes para o ajustado andamento dos procedimentos licitatórios.

164. Os questionamentos feitos referem-se, genericamente, aos seguintes pontos:

- a) projeção da receita financeira da concessionária;*
- b) projeção de tráfego;*
- c) quantificação e localização das praças de pedágio;*
- d) cálculo dos índices de fuga e impedância;*
- e) consideração de custos e despesas como fixos;*
- f) cálculo da verba de aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal - PRF;*
- g) despesas com meio ambiente;*
- h) atestado de exequibilidade econômico-financeira;*
- i) avaliação da metodologia de execução;*
- j) cálculo do patrimônio líquido dos consórcios.*

165. Dentre os pontos abordados, foram acatadas as justificativas relacionadas aos temas receita financeira, quantificação e localização das praças de pedágio, consideração dos custos e despesas da concessionária como fixos e cálculo da verba para aparelhamento da PRF.

166. A título de receita financeira, caberá à concessionária o rendimento de 0,836% da receita anual. Esse percentual foi obtido a partir do detalhamento da participação de cada categoria de despesa do total e do prazo médio de pagamento de cada uma delas (parágrafos 5 a 9).

167. O quantitativo de praças de pedágio, função do volume de tráfego e da receita total do empreendimento, foi definido para garantir a viabilidade do empreendimento e atrair o investidor privado. Esses pontos serão distribuídos ao longo da rodovia em distâncias que variam de 60 a 70 km, poupando-se as áreas de concentração urbana (parágrafos 21 a 24).

168. Quanto à utilização de valores fixos para exprimir os custos e as despesas da concessionária, ficou claro que consiste em critério adotado pelo DNER, estando os custos operacionais da futura concessionária suficientemente detalhados nos estudos de viabilidade (parágrafos 46 a 56). Os recursos destinados à PRF, por sua vez, figuram nas despesas administrativas e, como explicado, são relativos não só ao aparelhamento da força policial (R\$ 500,00 por mês e por quilômetro) como também à conservação predial e de equipamentos, montante esse proporcional ao número de postos de cada lote (parágrafos 57 a 59).

169. Os demais questionamentos, por gerarem maiores reflexos sobre a tarifa a ser cobrada e sobre a qualidade do serviço, foram alvo de maiores ponderações.

170. Baseado em estudos técnicos desenvolvidos para o setor, o DNER considera que o crescimento do tráfego é proporcional ao crescimento do PIB nacional. Nas rodovias em pauta a projeção do tráfego foi calculada a partir da média geométrica decenal de crescimento do PIB no período de 1990 a 1999. Argumentou-se que em que pese as taxas de crescimento do PIB virem sofrendo uma contínua diminuição nas últimas décadas, as projeções de crescimento da economia para os próximos anos são mais otimistas. Nesse sentido, estar-se-ia correndo o risco de subestimar o tráfego, o que encareceria a tarifa.

171. A proposta apresentada é adaptar a metodologia em uso, excluindo da série o desempenho negativo do ano de 1990 (Plano Collor) e incluindo o ano de 2000. Dessa forma, além de expurgar ano atípico, pode-se considerar dados mais atuais. Com esse ajuste a média geométrica decenal mencionada anteriormente será de aproximadamente 4%, patamar próximo ao das projeções de crescimento da economia do Governo Federal e de organismos internacionais (parágrafos 10 a 20).

172. Outro aspecto que impacta o valor da tarifa são os índices de fuga e impedância. Esses indicadores devem apresentar o quantitativo de veículos que deixam de utilizar a rodovia em razão da cobrança de pedágio. O critério adotado pelo DNER consiste em arbitrar o percentual de 1% de fuga e impedância para cada R\$ 0,10 de tarifa para veículos pesados e 0,5% para cada R\$ 0,10 de tarifa para veículos leves, o que corresponde ao total de 15% para veículos leves e 30% para veículos pesados, durante todo o período da concessão e na hipótese de que a tarifa básica de pedágio será R\$ 3,00.

173. Dois aspectos são contestados. O primeiro refere-se à manutenção desses índices constantes durante toda a concessão e o segundo, à aplicação indiscriminada dos mesmos critérios a todas as rodovias analisadas. Ora, se como argumentado pelo DNER o valor estabelecido para a tarifa deve ser superado pelos benefícios advindos da rodovia concedida ao usuário, não há porque aceitar índices de fuga e impedância tão elevados e, contraditoriamente, constantes durante todo o prazo da concessão. Além disso, ficou latente a necessidade de serem desenvolvidos levantamentos específicos para cada rodovia, aí consideradas as peculiaridades de cada trecho (parágrafos 25 a 45).

174. Quanto ao meio ambiente, justificou-se que os lotes em questão foram modernizados com recursos do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, cujos contratos conteriam a exigência de recuperação de todo o passivo ambiental existente, bem como de todo o que fosse provocado pela execução das obras. Por essa razão, não há previsão de despesas com programas de meio ambiente e recuperação do passivo ambiental. Após análise dos contratos firmados com o BID, concluiu-se que esses documentos, em que pese determinarem a adoção de medidas de proteção ambiental, não eram taxativos quanto a esse ponto.

175. Verificou-se, ainda, a existência da Política Ambiental do DNER, cujos objetivos impõem o seu cumprimento no âmbito das licitações e dos contratos de concessão, assim como a implantação da NBR ISO 14001 nos empreendimentos rodoviários. Soma-se a essas previsões a preocupação de que a existência de passivos ambientais nas rodovias, sem a expressa atribuição de recuperação à concessionária, venha a demandar, durante a execução contratual, o reequilíbrio do contrato e conseqüente aumento de tarifa (parágrafos 60 a 77).

176. A proposta de metodologia de execução será apresentada na segunda etapa da licitação, precedida pela pré-qualificação dos licitantes e sucedida pela apresentação da proposta comercial (valor da tarifa). Juntamente com a proposta de metodologia de execução o edital exige a apresentação do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a ser expedido por instituição financeira.

177. No que se refere à avaliação das metodologias de execução apresentadas, questionou-se o DNER quanto à ausência de critérios para atribuição de notas aos quesitos previstos no edital. A solução oferecida pela autarquia consiste em atribuir a cada item da proposta a condição de apresentação (não apresentado, insatisfatório, regular e adequado ao requerido) e as respectivas notas (zero, 35% da nota máxima, 75% da nota máxima e 100% da nota máxima). Depreende-se no entanto que os parâmetros e requisitos para que os itens sejam considerados insatisfatório, regular ou adequado ao requerido não foram clara e textualmente definidos no edital. Essa imposição, além de possibilitar a transparente avaliação da proposta, está prevista no art. 45, **caput**, da Lei nº 8.666/93 (parágrafos 84 a 86).

178. Já o atestado de exequibilidade econômico-financeira, concluiu-se na análise feita que a possibilidade de uma mesma instituição financeira fornecer o atestado a mais de um licitante pode abalar o sigilo das propostas e ferir a lisura do procedimento licitatório. Além disso, a viabilidade do empreendimento poderá ser comprovada pela comissão de licitação, como prevê o item 46, alínea 'b', do edital, à qual é facultada a solicitação de assessoria técnica (parágrafos 78 a 83).

179. O último questionamento feito é o atinente ao cálculo do patrimônio líquido dos consórcios. A regra apresentada pelo DNER coaduna-se ao disposto na Lei nº 8.666/93. Verificou-se, entretanto, que no caso específico das concessões rodoviárias a Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) é a norma adequada a ser adotada, haja vista as peculiaridades observadas em seus arts. 19 e 20 e, ainda, no edital de licitação.

180. O mencionado art. 20 da Lei nº 8.987/95 facultou ao poder concedente, desde que previsto no edital, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, constitua-se em empresa antes da celebração do contrato. A realidade das rodovias que se analisa adapta-se perfeitamente aos termos da lei, visto que o edital prevê, além da criação da empresa, que a mesma seja regida pelas normas contidas na Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas. Assim, no presente caso, não há que se falar na existência de responsabilidade solidária dos consorciados porque após a contratação a situação é outra e os sócios da empresa constituída responderão pelas participações correspondentes (parágrafos 87 a 99).

181. Dirimida essa dúvida, restaram duas pendências: o acréscimo de 30% sobre o valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes individuais e a possibilidade de que terceiros interessados, mesmo que tivessem participado da licitação, viessem a participar do capital social da concessionária.

182. Quanto ao primeiro ponto, constatou-se que esse fator constitui agravante ao princípio da isonomia, além de dificultar a participação de empresas menores, cujo acesso à licitação somente seria possível mediante a formação de consórcio. Além disso, constatou-se que a ausência desse critério na Lei nº 8.987/95 sugere a não aplicação dessa exigência às licitações para concessão de serviços públicos (parágrafo 102).

183. O edital faculta a participação de terceiros interessados no capital inicial da sociedade concessionária, sem dispor sobre a possibilidade de que esses interessados tenham participado da licitação. A participação de empresa na licitação por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente é vedada pelo art. 19, inciso IV, da Lei nº 8.987/95. Por coerência, defende-se que essa condicionante deve ser estendida à formação do capital social da concessionária, a fim de que não haja questionamento quanto à transparência e competitividade do certame (parágrafos 103 a 106).

184. Consolidados esses pontos, passa a não fazer sentido os critérios de adotados cálculo do patrimônio líquido do consórcio, além de não haver motivo para que a participação de cada consorciado seja atrelada ao patrimônio líquido exigido dos licitantes individuais. O único controle necessário é quanto à detenção, por parte de cada consorciado, de patrimônio líquido igual ou superior ao patrimônio líquido individual exigido, na proporção de sua participação no consórcio (parágrafo 100).

185. Afora os questionamentos iniciais, foram levantados outros pontos que afetam as premissas adotadas na licitação: o valor do contrato definido, o acompanhamento do nível de serviço prestado pela concessionária e a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

186. Como dito no preâmbulo dessa conclusão, foram adotadas novas premissas para esta etapa de licitações. Por essa razão, deve-se esperar que o número de revisões contratuais seja severamente reduzido, podendo nem mesmo existir. Dessa forma, julgou-se necessário propor a exclusão de alguns dispositivos contratuais que, por adequados à metodologia anteriormente adotada nas concessões rodoviárias, tornam-se descabidos no atual momento (parágrafos 108 a 125).

O edital de licitação trabalhou com a hipótese de que o valor total contratado equivale à soma das receitas previstas. Essa consideração repercute diretamente no patrimônio líquido mínimo exigido de cada licitante, limitado legalmente a 10% do valor estimado da contratação. Ocorre que as concessões de serviço público não possuem valor definido de contrato e o critério utilizado eleva em muito o patrimônio líquido exigido, o que pode inibir o caráter competitivo do certame. Ante o aparente vácuo legislativo acerca da questão e considerando que o programa de investimentos é tão mais importante que as receitas advindas do empreendimento, a interpretação por analogia de dispositivos legais e de itens do edital leva-nos a assumir que a soma total dos investimentos realizados durante todo o período da concessão deve ser considerada como valor estimado da contratação (parágrafos 126 a 137).

Outra importante questão refere-se ao nível de serviço prestado pela concessionária. Estabelece o edital que 'as rodovias que compõem o Lote poderão operar no máximo 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme definido no Highway Capacity Manual'. Entretanto, constatou-se que carecem de aprimoramento as cláusulas que tratam da aferição, do controle, da correção e das sanções relativas ao assunto (parágrafos 138 a 154):

a) não há definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que 'nível de serviço' opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego;

b) não há obrigação à concessionária de informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego a fim de se aferir o 'nível de serviço' prestado ao longo da concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

c) não há cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

d) estabelece-se prazo de 24 meses para a execução das obras de expansão contadas a partir da identificação da necessidade, o que, a princípio, autorizaria a concessionária a operar em níveis inferiores ao especificado enquanto se executam as obras de expansão;

e) não há sanção administrativa, com aplicação de multa, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado em edital de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao 'D'.

No que concerne aos parâmetros a serem utilizados para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, prevê o edital de licitação que deverão ser observados nas revisões contratuais, entre outros elementos, a taxa interna de retorno, o payback, a exposição máxima do caixa anual, o valor presente líquido do resultado e a variação no valor total do contrato. Demonstrou-se que a utilização de um único parâmetro, a taxa interna de retorno (TIR), preserva, de forma objetiva, a rentabilidade média anual dos investimentos realizados, além de não depender de variáveis externas, pois é calculada apenas com os valores do fluxo de caixa líquido do empreendimento (parágrafos 155 a 166).

Finalmente, pode-se concluir que as proposições feitas possibilitarão o ajuste do procedimento licitatório e dos instrumentos utilizados aos novos preceitos das concessões rodoviárias e à legislação pertinente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, propõe-se:

I. Determinar ao DNER :

a) adotar as taxas de crescimento do produto interno bruto dos exercícios de 1991 a 2000 para cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB, a ser utilizada nas projeções do volume de tráfego equivalente, mantendo-se a metodologia de projeção empregada no fluxo de caixa do empreendimento;

b) quanto ao dimensionamento dos índices de fuga e de impedância utilizados nos estudos de viabilidade econômico-financeira:

b.1) promover a redução dos índices de fuga e de impedância, de modo a justificar a premissa adotada de que os benefícios potenciais para o usuário são superiores ao valor da tarifa, o que obrigatoriamente implica, desde o início da exploração, em menores índices e no decréscimo desses percentuais ao longo da concessão;

b.2) desenvolver, para as próximas concessões e considerada a realidade de cada rodovia, estudos técnicos para estimativa dos índices de fuga e de impedância, fundamentando-os com hipóteses e dados que possibilitem a transparência do processo de avaliação e compatibilizando-os às premissas metodológicas adotadas, tais como a superioridade do benefício advindo da concessão sobre o custo atribuído ao usuário;

c) incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, disposições relativas ao tratamento ambiental, em especial quanto aos seguintes aspectos:

c.1) cumprimento da Política Ambiental do DNER, aprovada pelo Conselho de Administração da Autarquia em 5/9/2000, e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;

c.2) responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e evitar a criação de novos passivos ambientais;

c.3) implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra, em específico a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas;

d) excluir os itens 170 a 182 do edital de licitação, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a fim de garantir o sigilo das propostas e o caráter competitivo do certame e, dessa forma, preservar a lisura do processo licitatório;

e) discriminar na Subseção II (Da Avaliação das Propostas) da Seção III (do Exame e da Avaliação das Propostas) do Capítulo IV (da Proposta de Metodologia de Execução) os

*parâmetros e os requisitos para que as propostas de metodologia de execução sejam consideradas insatisfatórias, regulares ou adequadas ao requerido, a fim de possibilitar o julgamento objetivo das propostas, nos termos do art. 45, **caput**, da Lei nº 8.666/93;*

f) promover as seguintes adequações no edital de licitação, relativas à qualificação econômico-financeira de consórcios:

f.1) alterar a alínea 'd' do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior ao exigido no edital, na proporção de sua respectiva participação na constituição do consórcio, e que a soma da participação dos consorciados será o patrimônio líquido do consórcio;

f.2) excluir a alínea 'e' do item 71, que trata do acréscimo de 30% do valor exigido para o licitante individual, nos casos de consórcio, renumerando-se os itens seguintes e excluindo essa previsão do item 136, alínea 'c.1';

f.3) incluir na redação do item 239 a exigência de que os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, a fim de buscar-se a transparência e a competitividade do certame licitatório;

g) promover as seguintes adequações na minuta de contrato, relativas à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

g.1) suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego), por estar compreendido na alínea 'c' do item 3 da Cláusula XX;

g.2) suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato), por se entender que a imposição de prazos para avaliação do equilíbrio do contrato é incompatível com as premissas da licitação;

g.3) suprimir a alínea 'b' do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado), por permitir que as adequações estruturais da rodovia provoquem o aumento de tarifa;

g.4) suprimir a alínea 'b' do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), por não estar de acordo com a premissa adotada de que o PER é formulado pelos licitantes, a partir das indicações do poder concedente;

g.5) suprimir a alínea 'f' do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), porque busca eliminar o risco inerente ao negócio e contraria o disposto no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95;

h) redefinir no edital o valor do contrato como sendo a soma dos investimentos realizados durante todo o período da concessão, estipulando o patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes, nos termos do art. § 3º do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93;

i) promover as seguintes adequações no edital de licitação, relativas ao nível de serviço a ser prestado pela concessionária:

i.1) incluir no edital de licitação e em seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que 'nível de serviço' opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior transparência acerca do nível de serviço prestado;

i.2) incluir no edital de licitação cláusulas que obriguem a concessionária a informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego, como instrumento para se aferir o 'nível de serviço' prestado ao longo da concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

i.3) incluir no edital de licitação cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

i.4) alterar o item 5.d da Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão de forma que o prazo de 24 meses para a execução das obras de expansão sejam contadas a partir do momento em que as projeções de tráfego efetivo indicarem que o limite estabelecido no item 5 será atingido e não a partir da identificação da necessidade;

i.5) incluir no edital de licitação e na minuta de contrato, na parte relativa às sanções administrativas, a aplicação de multa, em valor estipulado, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado em edital de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao 'D';

j) revisar o edital de licitação e seus anexos, a fim de que todos os dispositivos estejam em conformidade com as alterações aqui propostas;

k) remeter a este Tribunal, para acompanhamento, cópia dos Editais nº 0495/00-00, 0496/00-00 e 0497/00-00, após as devidas alterações, conforme prevê a IN TCU nº 27/98.

II. Determinar à Secretaria Federal de Controle que, nos termos da OS nº 4 - SEGECEX, de 20/4/2001, e da determinação da Presidência do Tribunal, comunicada na Sessão Plenária de 11/4/2001, acompanhe o cumprimento da decisão proferida nestes autos e informe a este Tribunal as providências adotadas.”

Estando os autos em meu Gabinete, os representantes do DNER obtiveram vistas e cópias dos autos e encaminharam memorial contestando diversos itens da proposta de encaminhamento da Sefid.

Em reunião realizada em meu Gabinete e com o objetivo de permitir nos autos o mais amplo contraditório, solicitei àquela unidade técnica que examinasse as razões apresentadas pelo DNER. A Sefid elaborou, então, o seguinte arrazoado, comentando ponto a ponto os argumentos apresentados pelo DNER para cada item da proposta da Sefid:

“a) adotar as taxas de crescimento do produto interno bruto dos exercícios de 1991 a 2000 para cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB, a ser utilizada nas projeções do volume de tráfego equivalente, mantendo-se a metodologia de projeção empregada no fluxo de caixa do empreendimento;”

Comentário da Sefid: “O DNER apresenta os dados de produto interno bruto utilizados para cálculo da projeção de tráfego constante dos estudos de viabilidade, afirmando que o período adotado referia-se ao decênio 1989/1998.

A equipe técnica, apesar de entender que existem métodos mais consistentes para se projetar a evolução de tráfego, não questiona a metodologia utilizada, que utiliza a premissa de crescimento de tráfego relacionado à média geométrica decenal das taxas de crescimento do PIB, mas propõe que seja utilizada base de dados mais atualizada, não disponíveis à época dos estudos. Também não questiona a fonte de dados utilizada (IBGE ou FGV).

Dessa forma, considerando-se os dados fornecidos pelo DNER e o decênio 1991/2000, a taxa de crescimento eleva-se de 1,93% para 2,67%. Entendemos que a diferença de percentual dita pelo DNER como insignificante não o é, ou seja, cerca de 33,5% de diferença de crescimento de tráfego não pode ser desconsiderada, cujos os efeitos implicarão receitas majoradas pelo prazo de 25 anos.”

“b) quanto ao dimensionamento dos índices de fuga e de impedância utilizados nos estudos de viabilidade econômico-financeira:

b.1) promover a redução dos índices de fuga e de impedância, de modo a justificar a premissa adotada de que os benefícios potenciais para o usuário são superiores ao valor da tarifa, o que obrigatoriamente implica, desde o início da exploração, em menores índices e no decréscimo desses percentuais ao longo da concessão;

b.2) desenvolver, para as próximas concessões e considerada a realidade de cada rodovia, estudos técnicos para estimativa dos índices de fuga e de impedância, fundamentando-os com hipóteses e dados que possibilitem a transparência do processo de avaliação e compatibilizando-os às premissas metodológicas adotadas, tais como a superioridade do benefício advindo da concessão sobre o custo atribuído ao usuário;”

Comentário da Sefid: “A equipe técnica, por entender as dificuldades inerentes à determinação mais precisa para cada um dos lotes, individualmente, dos índices de fuga e impedância, resolveu determinar somente para as próximas concessões estudos técnicos que considerem a realidade de cada rodovia, fundamentando-os e compatibilizando-os com as premissas metodológicas adotadas.

No entanto, para a presente licitação, entendemos que carece de maior precisão a premissa adotada de 1% de fuga e impedância para cada R\$ 0,10 de tarifa, para veículos comerciais de mais de três eixos, e 0,5% de fuga e impedância para cada R\$ 0,10 de tarifa, para veículos leves, ônibus

e veículos comerciais com três eixos ou menos (30% de fuga e impedância para veículos pesados e 15% para veículos leves, na hipótese de que a tarifa básica fique em R\$3,00). Não foi apresentada fundamentação técnica que justificasse os índices apresentados.

Além disso, contatos com representantes de concessionárias, no curso de reuniões de trabalho desta Sefid concernentes a outros processos dessa mesma natureza (concessões de rodovias federais), indicaram-nos que os índices de fuga e impedância efetivos situam-se em valores muito inferiores. **Estima-se, a título de exemplo, que para a Rodovia Dutra tais índices situem-se entre 5 e 6 %.**

Busca-se maior coerência metodológica quando se propõe reduzir os índices a serem utilizados nos primeiros anos de concessão, bem como o seu decréscimo ao longo da execução contratual, decorrente da premissa adotada de que os benefícios potenciais para o usuário são superiores ao valor da tarifa.

Tais medidas implicam redução das tarifas máximas a serem admitidas como oferta nos leilões. Apesar de, em tese, poder se admitir que haverá competição e que os valores das tarifas ajustar-se-ão à realidade do empreendimento, entendemos que se deve buscar tarifas máximas mais próximas da realidade a fim de se evitar distorções que prejudiquem o usuário, além de preservar situações em que haja pouca competição na oferta de licitantes.

A justificativa de que os estudos efetuados pelo DNER possuem caráter de viabilidade e por isso não necessitam de maior aprofundamento ou exatidão não nos convence, haja vista os altos valores de tarifas hoje cobrados nas praças de pedágios de nossas rodovias devido, provavelmente, a estudos incipientes e sem a devida fundamentação técnica. O objetivo principal de um estudo de viabilidade é garantir a transparência do processo de concessão, fornecendo informações a todos os interessados em quantidade e qualidade suficientes para que qualquer um deles possa verificar a adequação dos preços e das condições do contrato.” (grifou-se)

“c) incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, disposições relativas ao tratamento ambiental.

c.1) cumprimento da Política Ambiental do DNER, aprovada pelo Conselho de Administração da Autarquia em 5/9/2000, e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;

c.2) responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e evitar a criação de novos passivos ambientais;

c.3) implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra, em específico a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas;”

Comentário da Sefid: “Quanto aos aspectos ambientais abordados na instrução, O DNER questiona a afirmativa feita que não há qualquer menção a gastos com meio ambiente nas rubricas Conserva de Rotina e Administração Geral. No entendimento da Autarquia, as despesas com meio ambiente e de investimentos em obras de recuperação do passivo ambiental estão genericamente incluídas nessas rubricas, não havendo necessidade de discriminação desses montantes.

Apesar da explicação adicional fornecida pelo DNER, verifica-se que não foi contestada a proposta formulada pela Unidade Técnica, qual seja, incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, as seguintes previsões:

a) cumprimento da Política Ambiental do DNER, aprovada pelo Conselho de Administração da Autarquia em 5/9/2000, e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;

b) responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e evitar a criação de novos passivos ambientais;

c) implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra, em específico a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas.

A primeira medida proposta consiste em simplesmente dar cumprimento à Política Ambiental já aprovada pelo DNER e à exigência que figura dentre os objetivos desse documento. A Decisão nº 046/2001 – TCU – Plenário já havia atribuído à concessionária a responsabilidade de recuperar todo o passivo ambiental existente, o que não foi modificado pela letra ‘b’ acima transcrita. Por derradeiro, entende-se que é incontestável a exigência de que sejam implementadas, pela concessionária, as medidas previstas nos licenciamentos da obra.

No que se refere à aprovação tácita dos editais por parte do BID, o fato não constitui impeditivo para que este Tribunal proponha adequações nos editais e em seus anexos de forma a garantir que as responsabilidades da concessionária e o controle do aspecto ambiental estejam melhor delineados.

Por fim, entende-se que se é verdade que todos os pontos levantados pela Unidade Técnica já estão contemplados de forma direta ou indireta dentro do edital e de seus anexos, como tenta argumentar o DNER, então nada impede que sejam efetivadas as medidas propostas.”

“d) excluir os itens 170 a 182 do edital de licitação, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a fim de garantir o sigilo das propostas e o caráter competitivo do certame e, dessa forma, preservar a lisura do processo licitatório.”

Comentário da Sefid: “Inicialmente, deve-se ressaltar que o financiamento das concessões, tendo-se por garantia as receitas futuras previstas (project finance), não se constitui no único modelo passível de ser adotado pelos futuros concessionários. De fato, o empreendimento pode ser realizado com recursos próprios e, nessas circunstâncias, não haveria porque exigir qualquer avaliação por parte de uma instituição financeira.

Para os licitantes que não almejam fontes de financiamento externo, a exigência do atestado de exequibilidade econômico-financeira criará uma situação difícil. Aqueles que quiserem permanecer no certame terão que buscar, por força das normas editalícias, um aval fictício, irreal, que maculará toda a proposta comercial.

Ademais, a intervenção de uma instituição financeira não garante a elaboração de propostas consistentes, como alega o DNER. O oposto, no entanto, pode ocorrer. Caso o empresário apresente um fluxo de caixa com rentabilidade mais baixa que o considerado adequado para o project finance (tarifas mais baixas), o empreendimento poderá ser considerado inviável pela instituição financeira. Ressalte-se, ainda, que projetos alicerçados em project finance exigem uma atenuação de riscos que somente é alcançada com altas taxas internas de retorno do investimentos, o que faz com que as tarifas de pedágios fiquem acima do necessário para cobrir os custos e investimentos e outros encargos da concessão, onerando demasiadamente e sem necessidade os usuários.

No que se refere ao sigilo das propostas comerciais, os argumentos do DNER são os seguintes:

a) somente os licitantes classificados na fase de metodologia de execução (quando se analisaria o atestado) terão as propostas de tarifas conhecidas, estando o sigilo garantido entre as datas de entrega e abertura dos envelopes;

b) a obrigatoriedade do sigilo das propostas é exigência legal dirigida aos membros da comissão de licitação, não havendo como garantir que os licitantes não se comuniquem e divulguem suas propostas antes da entrega dos respectivos envelopes.

O que se pode concluir acerca das ponderações feitas é que, em que pese a possibilidade de as propostas serem discutidas e devassadas durante o certame, por iniciativa dos participantes, os atos de gestão da administração pública não podem dar margem a essas ocorrências. O que se espera da concorrência é obter a melhor proposta para a administração, sendo que para esse fim o sigilo é fundamental. Nesse sentido, não há como exigir dos interessados na licitação que dêem ciência a terceiros dos termos que fundamentarão suas propostas.

Por fim, pode-se concluir que a exequibilidade da proposta comercial poderá ser atestada pela comissão de licitação, sem a interferência de instituições financeiras, como aliás já está previsto no item 46, alínea b, do edital, sendo facultado à comissão optar por uma assessoria técnica.”

“e) discriminar na Subseção II (Da Avaliação das Propostas) da Seção III (do Exame e da Avaliação das Propostas) do Capítulo IV (da Proposta de Metodologia de Execução) os parâmetros e os requisitos para que as propostas de metodologia de execução sejam consideradas insatisfatórias, regulares ou adequadas ao requerido, a fim de possibilitar o julgamento objetivo das propostas, nos termos do art. 45, caput, da Lei nº 8.666/93.”

Comentário da Sefid: O DNER não contestou este item.

“f) promover as adequações no edital de licitação, relativas à qualificação econômico-financeira de consórcios.

f.1) alterar a alínea ‘d’ do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior ao exigido no edital, na proporção de sua respectiva participação na constituição do consórcio, e que a soma da participação dos consorciados será o patrimônio líquido do consórcio;

f.2) excluir a alínea ‘e’ do item 71, que trata do acréscimo de 30% do valor exigido para o licitante individual, nos casos de consórcio, renumerando-se os itens seguintes e excluindo essa previsão do item 136, alínea ‘c.1’;

f.3) incluir na redação do item 239 a exigência de que os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, a fim de buscar-se a transparência e a competitividade do certame licitatório;”

Comentário da Sefid: *“Pelas ponderações apresentadas pelo DNER, os critérios a serem observados na composição do patrimônio líquido dos consórcios são os previstos no art. 33, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Entende, ainda, que a Lei nº 8.987/95, por omissa quanto a esse ponto, não deve ser mencionada.*

A instrução da Unidade Técnica desenvolve, todavia, raciocínio contrário a esse. Os critérios para composição do patrimônio líquido dos consórcios não podem opor-se às regras contidas na Lei de Concessões e no próprio edital. Com o respaldo do art. 20 da Lei nº 8.987/95, o edital prevê que a sociedade concessionária formada submeter-se-á ao regime da Lei nº 6.404/76, o que faz com que, durante a exploração da rodovia, a concessionária tenha seu capital dividido em ações e a responsabilidade dos sócios (antigos consorciados) seja limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

O art. 18 da Lei nº 8.987/95, ao estabelecer que na elaboração do edital serão observados, no que couber, os critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, já configura a Lei nº 8.666/93 como subsidiária nos processos de concessões. Nesse sentido, seria incoerência formular exigências que dificultem a participação dos consórcios no certame, mais rigorosas que as requeridas da empresa que virá a efetivamente explorar o empreendimento pelo prazo de 25 anos.

Quanto à previsão no edital que terceiros interessados que venham a integrar o capital social da concessionária não tenham participado da licitação (item f.3 da proposta de encaminhamento), entende-se que esse item deve ser suprimido, ante a informação inédita fornecida pelo DNER, in verbis: ‘No entanto, quando das discussões e análises no âmbito do Conselho Nacional de Desestatização (CND), foi determinada a inclusão de item que obriga as futuras concessionárias a abrirem os seus capitais sociais. Com a inclusão deste item, por decisão do CND, perde-se a possibilidade de se impedir a participação de qualquer pessoa, física ou jurídica, no capital social das referidas empresas, à exceção da parcela que deverá ficar sob o controle das licitantes vencedoras.’

Ante o exposto, e em que pese as decisões e pareceres apresentados, mantém-se as propostas alvitradas nos itens f.1 e f.2 da instrução anterior.”

“g) promover as seguintes adequações na minuta de contrato, relativas à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

g.1) suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego), por estar compreendido na alínea ‘c’ do item 3 da Cláusula XX;”

Comentário da Sefid: *“Segundo o DNER, o mencionado item contém disposições específicas que impõem à concessionária situações onde ela deva assumir riscos de tráfego (transferência de tráfego para outras rodovias):*

1. A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de tráfego inerente à exploração do Lote, neste se incluindo o risco de redução do volume de tráfego, inclusive em decorrência da transferência de tráfego para outras rodovias e/ou vias urbanas já existentes quando da assinatura deste CONTRATO, ressalvados os casos em que a redução de tráfego resulte de ato unilateral pelo PODER CONCEDENTE com impacto no equilíbrio econômico e financeiro deste CONTRATO’ (CLÁUSULA XIII)

Entendemos que o item está contemplado de forma mais precisa e coerente no item 2 da Cláusula XIII (risco do tráfego – regra geral) e no item 3-c da Cláusula XX (revisão por fatos supervenientes – exceção à regra). A redução decorrente da transferência de tráfego para outras rodovias ou vias urbanas é um dos casos possíveis, sendo aplicáveis os seguintes itens:

‘2. A assunção do risco de alteração do trânsito no lote constitui condição inerente ao regime jurídico da concessão a ser outorgada, não se admitindo, caso venha a ocorrer alteração quanto ao volume de trânsito esperado pela CONCESSIONÁRIA quando da apresentação da sua PROPOSTA, qualquer alteração de seus encargos, ou, ainda, revisão do inicial equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO’. (CLÁUSULA XIII)

‘3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

(...)

c - sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração ou de interferências imprevistas, resultem, comprovadamente, em acréscimos dos custos da CONCESSIONÁRIA’. (CLÁUSULA XX)

Nesse sentido, tendo em vista que manter o item 1 da Cláusula XIII não trará nenhuma nova informação à minuta do contrato, seria desnecessário a sua manutenção.”

“g.2) suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato), por se entender que a imposição de prazos para avaliação do equilíbrio do contrato é incompatível com as premissas da licitação;”

“5. Não se admitirá um período maior do que 5 (cinco) anos entre as análises, devendo para tanto, se atingido esse intervalo, sem que qualquer das partes tenha solicitado tal análise, ela se faça por demanda do PODER CONCEDENTE”. (CLÁUSULA XIV)”

Comentário da Sefid: *“Para o DNER, esse item decorre da prerrogativa fiscalizatória do Poder Concedente, constituindo-se seu dever manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial, inclusive para o seu benefício. Evita-se assim falha da administração, que não atua tempestivamente na detecção de ocorrências que lhe prejudiquem e que possam justificar revisões contratuais.*

Outrossim, afirma o DNER que foi introduzido o conceito de avaliação de ganhos de produtividade, consubstanciados no Fator “X” que integra a fórmula de reajuste e revisão das tarifas de pedágio. Com a cláusula existente, pretende-se que, a cada cinco anos, o Poder Concedente analise o equilíbrio do contrato, para garantir que ganhos elevados no resultado do empreendimento sejam incorporados em benefício da redução da tarifa.

Entendemos que tais argumentos não justificam a inclusão da cláusula em comento. O Poder Concedente possui o poder-dever de fiscalizar a correta execução do contrato de concessão, zelando pela manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, independentemente de prazos definidos de verificação. Da mesma forma, ao estabelecer ganhos de produtividade que possam beneficiar a modicidade das tarifas, o Poder Concedente deverá continuamente buscar o interesse público e avaliar a situação do projeto para garantir que esses ganhos sejam revertidos em benefício do usuário. Ademais, a aplicação do denominado Fator “X” ocorre quando dos reajustes anuais, período em que obrigatoriamente a administração deverá avaliá-lo e quantificá-lo.”

“g.3) suprimir a alínea ‘b’ do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado), por permitir que as adequações estruturais da rodovia provoquem o aumento de tarifa;”

“5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que as rodovias que compõem o Lote poderão operar no máximo 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao ‘D’, conforme definido no Highway Capacity Manual

(...)

b. As obras de expansão de capacidade decorrentes desse item, pelo acréscimo de tráfego, serão financiadas, se possível, dentro das variáveis econômico-financeiras então existentes, pelo acréscimo de tráfego, desde que mantido o inicial equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO” (ITEM 5 da CLÁUSULA XVI)

Comentário da Sefid: *“A alínea ‘b’, segundo o DNER, procura definir a condição em que, ao incorporar um novo investimento, este possa estar vinculado ao aumento de tráfego gerador da demanda de ampliação. Dessa forma, se a licitante admitir uma maior demanda de tráfego na rodovia, esta previsão deverá estar condizente com o volume de investimentos em ampliação de*

capacidade. Caso ocorra o atingimento do limite de nível de serviço anterior à fase de ampliação prevista, caberá à concessionária antecipar tal investimento.

Permanece o entendimento de que tal item é desnecessário, uma vez que as condições descritas pelo DNER já se encontram contempladas em outros itens do edital, sendo inerentes à modelagem de concessão adotada.”

“g.4) suprimir a alínea ‘b’ do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), por não estar de acordo com a premissa adotada de que o PER é formulado pelos licitantes, a partir das indicações do poder concedente;”

“3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

(...)

b) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA, para mais ou para menos, conforme o caso.”

Comentário da Sefid: *“O disposto na alínea ‘b’ está de acordo com o antigo modelo de concessões rodoviárias, pelo qual as revisões tarifárias eram freqüentes e justificadas sempre que houvesse acréscimo ou supressão de encargos no Programa de Exploração da Rodovia – PER. As argumentações apresentadas pelo DNER reforçam a desnecessidade em se manter tal disposição, que abre a possibilidade da revisão, por iniciativa da concessionária:*

– as variações nos quantitativos de obras a cargo da concessionária são de sua inteira responsabilidade;

– as obras de ampliação da capacidade, contidas no PER, são obrigatórias e deverão ser implementadas independentemente do atingimento dos níveis de serviço;

– já existe disposição no edital (alínea ‘I’ do item 1 da Cláusula LIII) prevendo que o contrato poderá ser alterado unilateralmente pelo Poder Concedente para modificação do PER.

Além disso, os casos excepcionais (força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da administração) têm o respaldo da alínea “c” do item 3 da cláusula XX da minuta do contrato. “

“g.5) suprimir a alínea ‘f’ do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), porque busca eliminar o risco inerente ao negócio e contraria o disposto no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95;”

“3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

(...)

f) sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados na formação da PROPOSTA COMERCIAL, desde que imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos neste CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.”

Comentário da Sefid: *“Mantemos o entendimento de que esse dispositivo poderá eximir o concessionário do risco natural do negócio. Ora, supondo que o governo venha a adotar medida econômica que afete toda a sociedade (fato do príncipe), e em específico a estrutura de custos da concessão, essa ocorrência estará amparada pela alínea ‘c’ mencionada anteriormente (ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração ou de interferências imprevistas). As modificações decorrentes da conjuntura econômica internacional, se excepcionais e imprevisíveis, também receberão tratamento diferenciado.*

Para o DNER, a composição de custos de um contrato de concessões é bastante ampla, podendo ocorrer distorções no tempo em itens de custos específicos, face problemas estruturais na economia, imprevisíveis para o Poder Concedente e o Concessionário. Entendemos tais situações contempladas na alínea ‘c’ retromencionada.

Ademais, a não supressão dessa cláusula poderá consistir em brecha para que a concessionária venha a pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato sempre que houver modificações nos custos de insumos, haja vista ser subjetivo o conceito de ‘modificações substanciais nos preços dos insumos...’.”

“h) redefinir no edital o valor do contrato como sendo a soma dos investimentos realizados durante todo o período da concessão, estipulando o patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes, nos termos do art. § 3º do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93;”

Comentário da Sefid: “O DNER, na tentativa de desmerecer a proposta da Unidade Técnica concernente a esta questão, cita, a título de exemplo, uma hipótese que até na opinião da autarquia seria absurda, ou seja, a situação de isenção de tarifas de todos os usuários da rodovia. Nessa comparação, o DNER não se atentou para a enorme diferença que existe entre uma contratação de serviços ou de obra pública (duração máxima de 6 anos para serviços), por parte da administração, e uma concessão de serviços públicos, que tem duração de até 25 anos. Ademais, deve frisar que o legislador, no âmbito da Lei n.º 8.666/93, preocupou-se apenas com contratos para compras, locações, obras de engenharia e prestação de serviços. A concessão de serviços públicos para o setor rodoviário possui seus fundamentos na Lei n.º 8.987/95, com aplicação daquela norma em caráter subsidiário, como já discorrido.

Considerando o caso hipotético em que existiriam duas concessões com mesmo valor de receita operacional e diferentes programas de investimentos, o valor do contrato seria o mesmo para as duas situações. Entretanto, as diferenças entre os montantes de investimentos ensejariam valores de patrimônio líquido diferenciados para os dois empreendimentos, o que não ocorre no modelo adotado pelo DNER. No nosso entendimento, o programa de investimentos é tão ou mais importante que a operação e manutenção da via, ademais esse critério atualmente adotado pode frustrar o caráter competitivo do certame, uma vez que no presente caso, verifica-se que ao utilizarmos o critério do DNER o valor máximo do patrimônio líquido **fica sobrevalorizado em cerca de 225%**.

Finalmente, destaca-se que o próprio edital de licitação, no item 242 reconhece que o valor dos investimentos realizados pela concessionária é uma das formas que o poder concedente possui para garantir a execução do contrato, ao dispor: “O capital social subscrito e integralizado da concessionária deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão, a pelo menos 10% (dez por cento) do total de **investimentos realizados pela concessionária**”. Observe-se que a Unidade Técnica não criou um novo critério, utilizou sim de analogias e bom senso, trazendo para o presente caso, na ocorrência de aparente vácuo legislativo, um critério que atenda ao interesse público e evite a frustração do caráter competitivo do certame.”

Além dessa análise sobre o memorial apresentado pelo DNER, a Sefid houve por bem expedir a seguinte instrução complementar:

“O novo modelo de concessões

1. Inicialmente, cabe ressaltar as distinções metodológicas entre o modelo adotado nas concessões rodoviárias em operação (NOVADUTRA, CONCERT, CRT, CONCEPA e PONTE) e as que se pretende implantar. Na modelagem anterior, o poder concedente estabelecia o programa de exploração da rodovia – PER, aí incluído o rol de investimentos a serem efetuados. Essa medida fazia com que muitas vezes, na prática, a concessionária alegasse a necessidade de acréscimos ou supressões de encargos do PER, o que tem provocado muitas revisões de tarifas e dificultado o controle por parte do poder concedente.

2. Pelos novos moldes, o PER passa a contemplar algumas obras de execução obrigatória, sendo indicativo para as demais. A partir daí, o licitante discriminará os investimentos a serem feitos, de forma a observar o nível de serviço exigido no edital. O que se espera é que o particular, interessado no empreendimento, utilizará a sua experiência para planejar, realisticamente, os investimentos a serem feitos e, em conseqüência, comprometer-se-á com a proposta feita. **Nesse sentido, as revisões tarifárias passam a ser excepcionais, nos casos em que se comprove a ocorrência de fatos imprevisíveis ou inevitáveis, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da administração.** (grifou-se)

3. Critérios de qualificação econômico-financeira dos consórcios

4. Na instrução anterior havia sido proposta a inclusão no item 239 do edital da exigência de que os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, a fim de conferir transparência e competitividade ao certame (item ‘f.3’ da proposta de encaminhamento).

5. No entanto, ante a informação inédita fornecida pelo DNER, **in verbis**: ‘No entanto, quando das discussões e análises no âmbito do Conselho Nacional de Desestatização (CND), foi determinada a inclusão de item que **obriga** as futuras concessionárias a abrirem os seus capitais

sociais. Com a inclusão deste item, por decisão do CND, perde-se a possibilidade de se impedir a participação de qualquer pessoa, física ou jurídica, no capital social das referidas empresas, à exceção da parcela que deverá ficar sob o controle das licitantes vencedoras. Entende-se que esse item deve ser suprimido.

6. A taxa interna de retorno como parâmetro de manutenção do equilíbrio contratual

7. Como defendido nos parágrafos 155/166, apesar dos diversos parâmetros e indicadores previstos no contrato, entende-se que a taxa interna de retorno – TIR apresentada na proposta comercial vencedora é o índice adequado para se garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, nas situações excepcionais em que se fizer necessária a inclusão de novos investimentos no fluxo de caixa, utilizar-se-á a TIR da proposta para ajuste das receitas e novo cálculo das tarifas. Qualquer outra situação será considerada como risco da concessionária, a qual deverá comprometer-se com a proposta de investimentos formulada.

8. Em resumo, caso a concessionária tenha de realizar investimentos não previstos em sua proposta inicial ou venha a aumentar os montantes já previstos, **a fim de cumprir o nível de serviço exigido no edital**, não poderá introduzir esses novos encargos no fluxo de caixa para, dessa forma, argüir o desequilíbrio contratual e a revisão de tarifas.

9. O item 13 da Cláusula XX do contrato estabelece quais os elementos a serem observados quando da revisão contratual: 'Na revisão do equilíbrio econômico e financeiro do CONTRATO, deverão ser levados em consideração na recomposição da condição original do Plano Econômico-Financeiro da PROPOSTA, o conjunto de dados observados referentes à situação econômica e financeira da CONCESSIONÁRIA no período em análise e seus reflexos, entre outros elementos, na Taxa Interna de Retorno, no PayBack (período de equilíbrio entre receitas e despesas acumuladas), na Exposição Máxima do Caixa Anual, no Valor Presente Líquido do Resultado e na Variação no Valor Total do Contrato'.

10. Como visto nos mencionados parágrafos da instrução, cada índice possui objetivos próprios e aplicabilidades distintas. Assim, é nosso entendimento que a taxa interna de retorno deve ser considerada como parâmetro que restabelece o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por preservar a rentabilidade média dos investimentos realizados e não depender de variáveis externas, calculada apenas com os valores do fluxo de caixa líquido do empreendimento. Nesse sentido, entendemos que deve ser incluída cláusula no edital e no contrato de concessão indicando a TIR da proposta vencedora do certame como índice adequado para aferir, em revisões contratuais, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

11. Nível de serviço prestado pela concessionária

12. Consta da proposta de encaminhamento desta unidade técnica o seguinte item 'i' de alteração na minuta de contrato constante do edital de licitação:

13. promover as seguintes adequações no edital de licitação, relativas ao nível de serviço a ser prestado pela concessionária:

14. i.1) incluir no edital de licitação e em seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que 'nível de serviço' opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior transparência acerca do nível de serviço prestado;

15. i.2) incluir no edital de licitação cláusulas que obriguem a concessionária a informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego, como instrumento para se aferir o 'nível de serviço' prestado ao longo da concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

16. i.3) incluir no edital de licitação cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

17. i.4) alterar o item 5.d da Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão de forma que o prazo de 24 meses para a execução das obras de expansão sejam contadas a partir do momento em que as projeções de tráfego efetivo indicarem que o limite estabelecido no item 5 será atingido e não a partir da identificação da necessidade;

18. i.5) incluir no edital de licitação e na minuta de contrato, na parte relativa às sanções administrativas, a aplicação de multa, em valor estipulado, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado em edital de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao 'D';

19. O DNER admite as alterações propostas nos itens 'i.1', 'i.2', 'i.3' e 'i.5'. Para o item 'i.4' entende que a redação adequada para o atendimento das preocupações contidas na instrução da unidade técnica deve-se exigir que a 'execução das obras de expansão sejam providenciadas para iniciar 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço, quando da realização das projeções de tráfego efetivo'.

20. Estabelece o item 5 da mencionada cláusula acerca do atingimento do limite do nível de serviço: 'Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que as rodovias que compõem o Lote poderão operar no máximo 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme definido no Highway Capacity Manual'. No que concerne à extrapolação do limite anual especificado, estabelece o item 5.d da Cláusula XVI da Minuta do Contrato de Concessão que 'na hipótese de ser atingido o limite estabelecido neste item 5, caberá à CONCESSIONÁRIA, atendidas as condições do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO RODOVIÁRIA, a execução de obras de expansão de capacidade em até 24 (vinte e quatro) meses após a identificação da necessidade, desde que medidas operacionais não possam ser aplicadas para atendimento da demanda'.

21. O início da contagem do prazo de 24 meses vincula-se à 'identificação da necessidade', que pode ser interpretada de três formas: a) a partir de projeções de tráfego efetivo que indicam que o limite será atingido; b) somente quando o limite é atingido; c) posteriormente ao atingimento do limite. O texto carece de redação mais precisa, de modo que o prazo de 24 meses seja vinculado à necessidade detectada quando as projeções realizadas a partir das medições efetivas de tráfego indicarem que o limite será atingido – possibilidade citada na letra 'a' do item anterior.

22. Esse item do Edital de Concessão deve ser combinado com outro que preveja sanção caso seja atingido o limite especificado de 200 horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D'. Caso contrário, a prestação de serviços de concessão no nível de serviço especificado tornar-se-ia ficção, uma vez que a cada extrapolação do limite seria permitido à concessionária explorar a rodovia em até 24 meses em níveis inferiores aos prescritos *(item i.5 proposto).

23. A redação apresentada pelo DNER, em conformidade com a análise apresentada por esta Unidade Técnica, propõe o início da contagem de prazo, de acordo com as projeções de tráfego efetivo, em 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço. Nesses termos, ao término do prazo estabelecido, a nova capacidade da rodovia supriria as novas necessidades sem que o limite previsto viesse a ser atingido. Caso houvesse, mesmo durante a fase de execução das obras, extrapolação dos limites estipulado de 200h permanece aplicável a multa prevista no item i.5. Assim sendo, acolhemos a proposta apresentada pelo DNER.

24. Ante o exposto, propõe-se sejam feitas as seguintes adequações na proposta de encaminhamento feita anteriormente por esta Unidade Técnica:

25. supressão do item 'f.3';

26. acréscimo do item 'g.6', nos seguintes termos: 'g.6) alterar o teor do item 13 da Cláusula XX do contrato, definindo-se que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será utilizada, tão-somente, a taxa interna de retorno – TIR apresentada na proposta comercial da licitante vencedora';

27. modificação do item 'i.4', nos seguintes termos: 'i.4) alterar o item 5.d da Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão a fim de que a execução das obras de expansão tenham início 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço, por ocasião da realização das projeções de tráfego efetivo, e não a partir da identificação da necessidade';"

Estando o processo já pautado para julgamento, na sessão do dia 4 do corrente, requereu o Ministério Público, representado por seu Procurador-Geral, na sessão, vista dos autos. No dia 12 passado, recebi o processo em meu Gabinete com a seguinte manifestação do *parquet*:

"Solicitamos, nos termos do art. 50, *caput*, do Regimento Interno, vista dos presentes autos, que cuidam de Acompanhamento do primeiro e segundo estágios da outorga de concessão de trechos das rodovias federais Belo Horizonte – São Paulo (BR-381/MG/SP), São Paulo – Curitiba (BR-116/SP/PR) e Curitiba – Florianópolis (BR-101/SC), por entendermos que solução diversa da

proposta pela Unidade Técnica possa ser adotada por este E. Tribunal, sobretudo evitando-se maiores atrasos no procedimento licitatório já iniciado, sem, contudo, olvidar-se do necessário atendimento dos interesses dos futuros usuários e da Administração Pública.

Divergimos, mais especificamente, das propostas da SEFID concernentes à projeção de tráfego, à estimativa dos índices de fuga e impedância, ao cômputo do patrimônio líquido dos licitantes e ao valor do contrato.

II

Sobre a projeção de tráfego, a Unidade Técnica anui à metodologia adotada pelo DNER, que supõe o crescimento do tráfego proporcional ao do PIB e a utilização da média geométrica decenal de variação do PIB para projetar o crescimento do tráfego nos trechos rodoviários em exame. Discorda tão somente da utilização do decênio 1990-1999 para tal fim, entendendo que a média dos exercícios de 1991-2000 ‘reflete uma situação mais condizente com a realidade atual, pois além de incluir o PIB verificado no último ano, expurga o desempenho de -5,05% do ano de 1990, situação historicamente excepcional, observada quando da estagnação econômica decorrente do chamado ‘Plano Collor’.

Tal projeção de tráfego compõe o estudo de viabilidade realizado pelo DNER, com vistas a estimar a tarifa máxima a ser admitida no certame, o qual foi concluído antes do encerramento do exercício de 2000, de modo que não poderia contemplar, no cômputo da média decenal, esse exercício, como pretende agora a Unidade Técnica.

Não se trata, portanto, de utilização pelo DNER de dados desatualizados ou defasados, uma vez que, no momento da elaboração do referido estudo de viabilidade, foram usados os índices mais atualizados à época.

Além disso, a atipicidade do exercício de 1990 não é garantia de que a situação econômica nele vivida não se repetirá durante o prazo de vigência da concessão que é de vinte e cinco anos – ainda mais se considerarmos o cenário econômico instável por que tem passado o país – o que, por si só, já justificaria a manutenção desse exercício na média geométrica decenal que ampara o estudo de viabilidade.

Ademais, trata-se tão-só de um estudo de viabilidade, estudo esse indicativo de mera expectativa de crescimento do País para os próximos anos. Não se pode, como pretende a Unidade Técnica, tornar nula a licitação sob o fundamento de que o período de 1991-2000 seria mais próximo da realidade dos anos vindouros do que a média de crescimento obtida no período 1990-1999.

Tratando-se de estudo meramente indicativo, os possíveis licitantes não estão obrigados a utilizar a média de 1990-1999 na elaboração de suas propostas, podendo eles escolher, discricionariamente, o decênio que represente com mais rigor a realidade que interfere nas projeções de tráfego que procuram estimar, responsabilizando-se, contudo, pela escolha feita.

Por fim, considerando a variação decenal de crescimento do PIB, apresentada no quadro I do memorial oferecido pela Procuradoria-Geral do DNER (fl. 26 do memorial), é pouquíssimo provável que, na conjuntura econômica atual, algum licitante venha a considerar, em sua estimativa de tráfego, um índice de 4% a.a. de crescimento do PIB, como pretendeu a Unidade Técnica, uma vez que, desde 1985, esse valor de taxa média decenal não é atingido.

III

Acerca dos índices de fuga e impedância, a Unidade Técnica argumenta que as estimativas de 30%, para veículos pesados, e 15%, para veículos leves, para os três trechos rodoviários sendo licitados ‘representa uma simplificação muito radical’, em razão das peculiaridades de cada rodovia, além do que a experiência demonstra o declínio desses índices ao longo do período da concessão.

É certo o que a Unidade Técnica argumenta, exceto quanto à irrazoabilidade da ‘simplificação’ adotada.

Ocorre que o DNER utilizou tais estimativas num estudo de viabilidade econômico-financeira que visa a determinar a tarifa máxima admissível no certame licitatório, que pudesse viabilizar o empreendimento, bem como a verificar se essa tarifa seria suportável pelo usuário. Pensamos que o estudo realizado pelo DNER cumpriu seu objetivo, chegando-se a tarifa máxima de R\$ 3,00.

Isso não implica, entretanto, que os possíveis licitantes utilizarão esses mesmos parâmetros na elaboração de suas propostas, desconsiderando a experiência vivida na exploração de outras rodovias. Até por que não são obrigados a fazê-lo.

Nada impede e, na verdade, é de todo recomendável que cada licitante, a fim de subsidiar sua proposta, elabore estudos técnicos detalhados, levando em consideração as peculiaridades de cada trecho rodoviário e a experiência brasileira na evolução de tais índices de fuga e impedância, sob pena de não ser competitivo e não lograr sucesso na licitação.

Entendemos a preocupação da Unidade Técnica com o aperfeiçoamento do edital e dos demais documentos que regulam esse certame licitatório da mais alta importância para o País. Não obstante, pensamos que a sugestão proposta possivelmente pouco interferiria na postura dos participantes do certame, uma vez que se presume a atuação racional e prudente dos licitantes. No entanto, seria motivo de retardamento, a nosso ver injustificado e indesejado, do processo de outorga das concessões.

Há que se partir do pressuposto de que nenhum empresário responsável se aventura num empreendimento deste porte no escuro, sem conhecer ou sem buscar conhecer as informações técnicas precisas, necessárias e suficientes para elaboração de sua proposta dentro de uma margem de segurança aceitável. Assim, se as estimativas utilizadas pelo DNER, no estudo de viabilidade econômico-financeira, eventualmente não forem precisas e não se conformarem com a realidade das rodovias brasileiras, certamente essa incompatibilidade será percebida e corrigida pelos possíveis licitantes, mesmo porque é sabido por todos que os dados apresentados pelo DNER são apenas um balizamento para determinação da tarifa máxima viável e suportável pelos usuários, não sendo, em momento algum, vinculantes em relação aos valores das tarifas a serem apresentadas pelos licitantes.*

Verifica-se, destarte, em relação ao presente item, a mesma argumentação desenvolvida para o exame da evolução do PIB no item anterior. O DNER precisa apresentar aos licitantes alguns parâmetros acerca do objeto da concessão. Esses parâmetros - evolução do PIB, índices de impedância e de fuga - não vinculam ou obrigam os licitantes. Até porque a proposta vencedora será aquela que apresentar o menor preço de tarifa a ser cobrada do usuário. Não nos parece razoável querer que processo de tamanha importância social e econômica tenha de ser anulado com base em meras expectativas ou previsões que, de modo algum, assegurarão a apresentação de propostas mais baixas. O risco que se corre, ao contrário, é o de que, a partir dos parâmetros sugeridos pela Unidade Técnica sejam apresentadas propostas fora da realidade comprometendo-se, aí sim, a exequibilidade do empreendimento com graves prejuízos ao interesse público e social.

IV

Antes de adentrarmos ao exame dos critérios ou exigências de qualificação econômica dos consórcios, em especial no que diz respeito ao cômputo do seu patrimônio líquido, devemos repisar que a finalidade precípua da licitação é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, que, em matéria de concessões de serviço público, significa a obtenção de propostas mais vantajosas para a população usuária desses serviços. Na busca por esta proposta mais vantajosa deve a Administração observar o princípio constitucional da isonomia, sendo vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, nos termos do art. 3º, § 1º e inciso I, da Lei n.º 8.666/93. A realização da isonomia, com vistas à realização da ampla competitividade, não deve ser levada a extremos, devendo a Administração impor exigências de qualificação técnica e econômico-financeiras que deixem evidentes a capacidade do licitante de executar o objeto da licitação. Vê-se, assim, que a isonomia e a competitividade são mitigadas pela Lei n.º 8.666/93 e pela própria Constituição Federal quando impõem ao administrador o dever de fixar parâmetros técnicos e financeiros.

Nesse sentido, o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal permite que se estabeleçam 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações'. Assim, para definir o objeto da licitação e as condições de contratação, a Administração pode se servir de certa margem de discricionariedade para determinar, em cada

caso concreto, o que deverá ser comprovado pelos interessados em participar da licitação, sempre visando ao atendimento de seus interesses e respeitando-se a isonomia entre os licitantes.

Fixados esses conceitos, passamos ao exame desse importante aspecto técnico do processo.

No presente caso, quanto ao cômputo do patrimônio líquido do consórcio, a Unidade Técnica discorda da interpretação dada pelo DNER ao art. 33, III, da Lei n.º 8.666/93, o qual determina seja ele feito a partir do ‘somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação’.

Por sua vez, entende a Secretaria de Fiscalização de Desestatização que o ‘que se espera é que cada consorciado, isoladamente, venha a garantir patrimônio líquido igual ou superior ao patrimônio líquido individual exigido, na proporção de sua participação no consórcio’.

Essa é uma questão técnica, como já dissemos, relevante. Diz respeito à avaliação do potencial econômico-financeiro do proponente. Uma avaliação da sua capacidade de cumprir rigorosamente o futuro contrato de concessão rodoviária.

A interpretação dada pela SEFID ao retromencionado dispositivo legal não se conforma, a nosso ver, à letra da lei, embora tenha a vantagem de permitir que empresas com patrimônio líquido inferior àquele exigido com base na interpretação do DNER participem do certame, aumentando, em tese, a sua competitividade. Contudo, é a competitividade que deve subordinar-se à legalidade, e não o contrário, mesmo porque a competitividade decorre da lei, devendo a ela subsumir-se. A ampliação da competitividade defendida pela Unidade Técnica contraria não apenas a lei, mas a própria Constituição Federal que, em seu art. 37, XXI, determina que a Administração Pública deverá impor requisitos relacionados à qualificação técnica e econômico-financeira.

Acerca da aferição dos requisitos de qualificação relativos aos consórcios, assim dispõe a lei:

‘Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei’ (grifamos).

Não é demais salientar que a aplicação desse dispositivo da Lei n.º 8.666/93 às licitações atinentes a contratos de concessão encontra pleno arrimo no art. 18 da Lei n.º 8.987/95, que dispõe que o ‘edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos . . .’ (grifo nosso).

Considerando a clareza da lei quanto ao método a ser seguido e tendo em vista que a exigência de patrimônio líquido mínimo para o licitante, constante no edital, insere-se na qualificação econômico-financeira, conforme se depreende do art. 31, § 2.º, da Lei de Licitações e Contratos, não vislumbramos outra maneira de computar o patrimônio líquido na hipótese de consórcio, se não pelo somatório do PL de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, nos estritos termos exigidos no inciso III, susotranscrito.

Assim sendo, relativamente às exigências de qualificação (art. 33, III), cada empresa deverá comprovar o preenchimento das exigências de habilitação jurídica e de regularidade fiscal. Apenas os requisitos de capacidade técnica e econômica admitem conjugação, devendo, em relação a esta última, ser observada a ‘proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei’. É de se observar que o acréscimo a que se refere o mencionado inciso III diz respeito apenas ao capital social e ao patrimônio líquido. A exigência de índices individuais, relacionados à qualificação econômico-financeira, pelas empresas participantes em consórcio, que é hipótese lícita, não está submetida a

qualquer tipo de somatório, que somente é aplicável aos ‘valores’ de capital social ou patrimônio líquido. Desse modo, se alguma das empresas que participam da licitação em consórcio não atende a essa exigência do edital, relacionada ao preenchimento dos índices econômicos, ainda que outras atendam, o consórcio deverá ser inabilitado. É de se observar que a formação de consórcios para participar de licitações não tem o objetivo de propiciar que empresas em situação financeira deficitária tenham acesso a competição através do ‘empréstimo’ da saúde financeira das outras consorciadas. É compreensível, destarte, que a Administração exija de cada consorciado nível mínimo de capacidade econômico-financeira, tendo sempre em conta o objeto a ser contratado.

Vejamos um exemplo, na tentativa de esclarecer. Para tanto vamos supor que o patrimônio líquido exigido de cada licitante seja de 2000 unidades monetárias (UM).

Evidente que uma empresa isolada com PL igual a 2000 UM estaria habilitada.

Se tivermos, entretanto, um consórcio de 10 empresas, cada uma com participação igual a 10%, sendo que nove delas possuem um PL igual a 2000 UM enquanto a décima possui um PL de 1000 UM, esse consórcio não seria habilitado uma vez que o seu PL seria igual a 1900 UM ($9 \times 2000 + 1000$ UM), inferior, portanto, às 2000 UM exigidas.

A princípio, essa situação pareceria despropositada uma vez que 10 empresas consorciadas, com patrimônio líquido total de 19000 UM, que é quase dez vezes o mínimo exigido (2000 UM), restariam inabilitadas, enquanto qualquer das empresas desse consórcio com PL igual a 2000 UM, isoladamente, poderia seguir no certame.

Mas o paradoxo é só aparente. Não se pode confundir o PL do consórcio com o PL das empresas que o compõem. Embora o PL total das empresas supere, e muito, o PL mínimo exigido para a habilitação, não se pode olvidar que a parte do PL das empresas disponível para o consórcio é inferior ao exigido, pois está limitada pela respectiva participação de cada empresa. Assim, se uma empresa participa de um consórcio em 10%, é de admitir que somente 10% do seu PL, e nada mais que isso, estaria disponível para empreender o negócio objeto do consórcio.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se, no exemplo dado, que embora as 10 empresas consorciadas possuam um PL total de 19000 UM, o comprometimento desse total com o consórcio é tão-só de 1900 UM e, por isso, não lograriam habilitação. De qualquer forma, a partir dessa situação hipotética, não se poderia falar em cerceamento ao caráter competitivo da licitação. Isso porque não haveria impedimento a que cada uma das empresas, no exemplo citado, participassem da licitação individualmente, e não por meio do consórcio. Se a formação do consórcio, no exemplo apresentado, causar embaraços aos seus participantes, basta que as empresas não formem referido consórcio. Afinal, a formação de consórcios para a participação em licitações visa a permitir que empresas, que individualmente seriam inabilitadas, possam, por meio desse ajuste, obter sua habilitação.

Por outro lado, adotando-se a interpretação do texto legal sugerida pela SEFID, o consórcio das 10 empresas seria, ao contrário, habilitado porque cada empresa possui PL superior a 200 UM (10% do PL mínimo), apesar de o somatório do PL de cada empresa efetivamente comprometido com o consórcio ser inferior ao PL mínimo exigido. Essa é, a nosso ver, a contradição que deve ser evitada e, por isso, entendemos que a interpretação adotada pelo DNER é a correta, além de ser a que melhor se conforma à letra da lei.

Com vistas a afastar o argumento de que os critérios a serem adotados pelo DNER cercearam o caráter competitivo do certame, cumpre trazer a lume a quantidade considerável de licitantes que, segundo o DNER (memorial, p. 21) atenderam ao chamado da licitação para a fase de habilitação: sendo 15 grupos (consórcios e empresas isoladas), para o trecho Belo Horizonte – São Paulo, totalizando 36 empresas; 11 grupos para o trecho São Paulo – Curitiba, somando 28 empresas; e 17 grupos para o trecho Curitiba – Florianópolis, totalizando 38 empresas. Parece-nos um número razoável de licitantes, de maneira que se presume que a competitividade do certame não restou por demais comprometida, se é que houve comprometimento.

Outrossim, a interpretação oferecida pelo DNER foi referendada, corretamente a nosso ver, pela Justiça Federal Seção Judiciária do Distrito Federal, conforme consta nos autos.

V

Ainda quanto ao patrimônio líquido mínimo, a SEFID, considerando que a Lei n.º 8.987/95 é omissa quanto ao acréscimo de 30% para os consórcios, sobre o valor do patrimônio líquido

exigido dos licitantes individuais, entendeu que essa lacuna implica a não-aplicação dessa regra, prevista no art. 33, III, da Lei n.º 8.666/93, às licitações para concessão de serviços públicos e, por isso, propugna pela exclusão dessa exigência do edital.

Não entendemos assim. O art. 18 da Lei n.º 8.987/95 faculta a aplicação de critérios e normas gerais da Lei n.º 8.666/93 às licitações de concessão de serviços públicos, de maneira que o acréscimo de 30% exigido dos consórcios é uma discricionariedade do poder concedente, não podendo, a nosso ver, este Tribunal nela interferir, sob pena de extrapolar os limites de sua competência.

VI

Quanto ao valor do contrato, sustenta a SEFID que a definição do edital que considera o ‘valor total da receita de pedágio, em valores correntes, constante da proposta da licitante vencedora’ é desarrazoada, pois restringe a competitividade do certame, uma vez que se fixou em 10% desse valor o patrimônio líquido mínimo exigido dos participantes, como critério de qualificação econômico-financeira.

Assim, considerando a relevância do valor dos investimentos a ser realizados pela concessionária, pois que estes correspondem aos ativos que se incorporarão ao patrimônio da União, e considerando a exigência editalícia de o licitante vencedor se transformar, antes da celebração do contrato de concessão, em sociedade anônima, cujo capital social subscrito e integralizado deverá ser igual ou superior a 10% do total de investimentos realizados pela concessionária, a SEFID sugere que seja o valor do contrato ‘a soma total dos investimentos realizados durante todo o período da concessão’.

É sabido que, nos contratos administrativos, e o contrato de concessão é espécie de contrato administrativo, a regra é que o valor do contrato corresponda ao total da receita auferida pelo contratado. Não vislumbramos razão para, neste caso concreto, mudar-se essa regra.

Até porque essa receita, correspondente à remuneração do concessionário, é que compõe a equação econômico-financeira do contrato, equação que, em razão de sua relevância, deve estar bem definida no instrumento contratual mediante fixação do valor do contrato como a receita total do pedágio, auferida pelo concessionário, em valores correntes.

A competitividade do certame poderia ser estimulada alterando-se, se fosse o caso, o percentual do valor do contrato que equivaleria ao patrimônio líquido exigido, mas não o valor do contrato em si.

Ainda sobre a competitividade repisamos a argumentação trazida no item anterior fundada no número razoável de participantes que já aderiram ao certame.

Não é demais também aduzir o risco de uma acentuada redução do patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes, pois não se pode avaliar, com segurança, até que ponto esse requisito pode ser reduzido, sem comprometer a execução do contrato de concessão, em virtude de eventual insuficiência da capacidade econômico-financeira do concessionário.

VII

A incoerência que verificamos está não no valor do contrato conforme definido no edital, mas na fixação do capital social da sociedade anônima que deve ser constituída para executar o contrato de concessão. Previu o edital que o ‘capital social subscrito e integralizado da concessionária deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão, a pelo menos 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária’.

Entendemos que, a princípio, é inócuo exigir-se das empresas isoladas e dos consórcios a apresentação de um patrimônio líquido mínimo, para fins de habilitação, com vistas a verificar se o licitante dispõe de efetiva capacidade econômico-financeira para cumprir rigorosamente o contrato de concessão e, depois, na fase da contratação, não exigir da sociedade anônima, que será a concessionária efetivamente, que mantenha essa mesma capacidade, uma vez que se reclama dessa empresa apenas que o capital subscrito e integralizado seja proporcional, em 10%, ao total de investimentos, que em nada se vincula ao patrimônio líquido mínimo, inicialmente exigido.

A sociedade anônima constituída é pessoa jurídica que não se confunde com a dos sócios que a compõem. Tem, por isso, patrimônio próprio, conseqüentemente o patrimônio dos sócios, que foi considerado na fase de habilitação econômico-financeira, não aproveita o patrimônio da

sociedade, que deve suportar as obrigações do contrato de concessão, de maneira que a garantia inicialmente exigida na licitação se perde na contratação.

A sugestão que oferecemos para superar essa contradição, de modo a vincular capacidade econômico-financeira dos sócios à sociedade por eles instituída, é determinar, no edital, que o capital social subscrito da sociedade anônima instituída seja igual ao patrimônio líquido mínimo dos licitantes no mesmo edital, não sendo necessário alterar a regra que cuida do capital social integralizado. Isso porque o compromisso dos acionistas com a sociedade corresponde ao preço de emissão das ações subscritas.

Pensamos que, dessa forma, pelo menos no início da sociedade (o mesmo ocorreria se não houvesse a substituição do licitante por essa sociedade), a sua capacidade econômico-financeira será equivalente àquela avaliada na fase de habilitação do certame licitatório.

VIII

Isso posto, conquanto compreendamos a preocupação da SEFID sobretudo com a competitividade do certame, pedimos vênias para dela divergir parcialmente, sugerindo que deixem de ser acolhidas as propostas consignadas nas conclusões da instrução técnica às fls. 292/295:

(i) no item I-a, concernente à inclusão do exercício de 1991 no decênio utilizado para projetar o volume de tráfego nos estudos de viabilidade econômico-financeira;

(ii) no item I-b, atinente à estimativa dos índices de fuga e impedância, do mencionado estudo de viabilidade;

(iii) no item I-f.1 e f.2, que cuidam do cômputo do patrimônio líquido exigido e do acréscimo de 30% para os consórcios;

(iv) no item I-h, pertinente à redefinição do valor do contrato.

Sugerimos ainda, para adequar a capacidade econômico-financeira da sociedade anônima que substituirá o licitante vencedor, que seja alterada a redação do item 242 do edital, que fixa parâmetros para o capital subscrito e integralizado do futuro concessionário, nos seguintes termos: ‘O capital social subscrito da concessionária deverá ser equivalente ao patrimônio líquido mínimo exigido na fase de habilitação enquanto o capital integralizado deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão a, pelo menos, 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária’.

Por fim, considerando que as demais sugestões de alteração do edital da licitação apresentadas pela SEFID, em princípio, não afetam a formulação das propostas pelos licitantes, propomos, nos termos do art. 21, § 4.º, da Lei n.º 8.666/93, que este Tribunal determine a revisão do referido edital, nos moldes preconizados no item I-j da proposta da Unidade Técnica (fl. 294), bem como autorize o DNER, após promovida a aludida revisão do edital, a dar prosseguimento ao procedimento licitatório entelado, a partir da fase em que atualmente se encontra.”

É o relatório.

VOTO

O Tribunal de Contas da União, na sua composição plenária, passa agora a examinar os procedimentos de concessão de três importantes rodovias federais, ligando Belo Horizonte a São Paulo, São Paulo a Curitiba e Curitiba a Florianópolis. As três rodovias singularizam-se por atravessar regiões vastamente industrializadas, em que se concentram boa parte do PIB e da população brasileira, razões de sua especial importância geo-econômica.

Com relação aos procedimentos, é importante que as conclusões desta Corte guardem perfeita consonância com a responsabilidade sempre havida em relação ao futuro do País, porquanto qualquer apreciação inadequada das irregularidades, devidamente expostas no relatório da Sefid, poderá significar o encarecimento das tarifas de pedágio por pelo menos vinte e cinco anos, em detrimento de todas as classes de usuários das rodovias, com conseqüências funestas para o desenvolvimento do País e para a implementação de todo o sistema de concessão de serviços públicos.

Nesse sentido, as conclusões da Secretaria de Fiscalização de Desestatização dão idéia precisa da importância das concessões e do papel que este Tribunal deve exercer, no acompanhamento do

procedimento, com o objetivo de garantir-lhe a transparência, a competitividade e a modicidade das tarifas, sobretudo em vista do seu dilatado prazo de duração e da convicção de que qualquer parâmetro, impropriamente utilizado, onerará o usuário das rodovias pelos próximos 25 anos, ou implicará a reforma do sistema de concessões.

No caso concreto, entendo que deve o TCU perseguir a estrita observância do princípio da legalidade, que redundará em benefícios diretos aos usuários, pela garantia de justo preço pelos serviços usufruídos, em termos de segurança e conforto, para certo nível de qualidade de serviço.

O procedimento de licitação das concessões de rodovias – ora em exame – foi objeto de medida cautelar, concedida pelo Plenário do Tribunal, no final do ano passado, em vista do comprovado descumprimento dos prazos previstos para o atendimento das exigências e apresentação dos documentos referentes ao primeiro e segundo estágios, nos termos exigidos pela Instrução Normativa TCU 27/98.

Em nova apreciação, foi a medida cautelar mantida, pelo Plenário, ante a necessidade de justificativa de vários pontos importantes, devidamente levantados pela Sefid, essenciais para a transparência do procedimento, modicidade das tarifas e preservação do meio ambiente.

As justificativas do DNER, nos termos solicitados pela Decisão 46/2001–TCU–Plenário, não conseguiram elidir impropriedades – que considero sérias – sobretudo com relação às com diretos reflexos sobre a tarifa que será cobrada dos usuários da rodovia e sobre a qualidade do serviço prestado. São as seguintes:

- a) projeção de tráfego;
- b) cálculo dos índices de fuga e impedância;
- c) despesas com meio ambiente;
- d) atestado de exequibilidade econômico-financeira;
- e) avaliação da metodologia de execução; e
- f) cálculo do patrimônio líquido dos consórcios.

Passo, então, a analisar cada um dos pontos problemáticos, enquadrando as diversas posições existentes e as razões que embasam o meu convencimento:

II

O crescimento efetivo da projeção de tráfego para cada rodovia tem sido proporcional ou superior ao crescimento do PIB do País e qualquer fator que a subestime tem, como conseqüência, o encarecimento indevido e desnecessário da tarifa de pedágio.

A unidade técnica apresentou proposta, no sentido de preservar a metodologia em uso, excluindo da série adotada o desempenho negativo do ano de 1990 (Plano Collor) e incluindo o ano de 2000, com o conseqüente ajuste na média geométrica decenal, medida que, por si só, evitaria perniciosa distorção, redundando em benefícios diretos para o usuário.

A utilização do ano de 1990 ou do ano de 2.000 não é contabilmente neutra. O cômputo dos índices do ano de 1990, em detrimento dos índices hoje disponíveis de 2000, implica necessariamente a sinalização aos proponentes que a Administração admite tarifa maior para o usuário.

De fato, não se tendo concluído o procedimento, não se justifica a utilização de dados visivelmente defasados, sobretudo quando disponíveis os atualizados, referentes ao ano de 2.000. Além disso, o comportamento do PIB, no ano de 1990, adotado pelo DNER, foi excepcional, com recessão recorde de cinco pontos percentuais. A inclusão desse ano deprime as projeções de tráfego e exige, em contrapartida, nível mais elevado de tarifa, em detrimento do usuário das rodovias.

Sobre este ponto específico, argumentam o Ministério Público e o DNER que, por ocasião da elaboração do edital, os dados do PIB de 2000 ainda não estavam disponíveis e a substituição do ano de 1990 pelo ano de 2000 importaria na assunção de projeção otimista, o que poderia gerar problemas, para a concessão, ao longo dos anos. Além disso, não vêm na projeção, tal como feita, motivo para a decretação da nulidade do edital, pois tais projeções não são vinculantes para os licitantes. Expressa, ainda, o Ministério Público, preocupação em salvaguardar todas as etapas já

realizadas do procedimento licitatório, vislumbrando, em seu retrocesso, prejuízo para o interesse público.

Verifico que os argumentos do Ministério Público são idênticos aos já apresentados pelo DNER, no memorial cuja juntada aos autos determinei, examinado pela Sefid, consoante consta do precedente relatório.

Considero que a projeção que inclui o ano de 2.000, em lugar do ano de 1.990, não é otimista, mas realista. Se a metodologia adota como premissa a média decenal de crescimento do PIB, então que se utilizem os dados mais atualizados, dos últimos dez anos, porque são eles os que melhor refletem a realidade do país. O ano de 1990 apresentou comportamento atípico, com recessão da ordem de cinco pontos percentuais, ao passo que o ano de 2000 registrou crescimento moderado, padrão nos últimos anos.

A finalidade das projeções de tráfego é informar aos licitantes e à eventual concessionária o tráfego previsto para cada rodovia e determinar o valor máximo do pedágio que o Poder Público admite ou tolera seja cobrado dos usuários. Têm de ser, por isso, o mais possível fidedignas, para evitar sinalizações equivocadas.

De fato, por ocasião da elaboração do edital, os dados relativos ao ano de 2000 ainda não estavam disponíveis. Ocorre, porém, que, os dados do ano de 2000 já são, há muito, do conhecimento público e o exame do edital está a ocorrer agora, no exercício de 2001.

A continuidade do serviço público, dos planos do governo e dos procedimentos administrativos é valor reconhecido pelo Tribunal. Ocorre que a utilização do ano de 1990 não é o único problema grave existente nos autos, cujas irregularidades graves determinam a correção do edital.

Na espécie, o interesse público na lisura e competitividade do procedimento impõe o refazimento de todos os atos praticados indevidamente, com nova análise do controle externo, e não o prosseguimento da licitação.

Em consonância com esta proposta, não haveria razão para manter o exercício de 1990, quando os dados de 2000 já estão disponíveis ao público e retratam a realidade com adequada precisão. Considero, pois, no contexto das muitas alterações, necessária a mudança da base de dados, com a exclusão do ano de 1990 e a inclusão do ano de 2000, para cálculo apropriado da média decenal, com a alteração nas projeções de tráfego, não só por permitir tarifa mais barata para os usuários, mas, também, por melhor refletir a realidade econômica nacional.

III

Os índices estimados de fuga e impedância são diretamente proporcionais ao valor em que será fixada a tarifa de pedágio, pois representam o quantitativo de veículos que supostamente deixariam de utilizar a rodovia, em razão da cobrança de pedágio, ou evitariam o seu pagamento, por artifícios vários, elevando o seu preço final.

A unidade técnica bem demonstrou o equívoco do edital, com a previsão de índices de fuga e impedância injustificadamente elevados, constantes durante todo o prazo da concessão, sendo patente a necessidade de levantamentos específicos, pertinentes a cada rodovia, consideradas as peculiaridades do trecho licitado.

Considero, pois, inaceitáveis os índices apresentados pelo DNER. Como reconhece a própria autarquia, eles não têm lastro em estudos, empreendidos para cada rodovia, tendo sido estipulados em valores arbitrariamente fixados, por empresa contratada de consultoria, que, ao estipular os índices adotados, poderia ter fixado, aleatoriamente, vários outros.

No caso concreto, estima o DNER que nada menos do que 15% dos veículos leves e 30% dos veículos pesados vão deixar de trafegar (impedância), ou de pagar pedágio (fuga), nas rodovias, em razão da implantação do pedágio.

Não há justificativas para tais índices. Conforme mencionou a unidade técnica, na concessionária Nova Dutra, os índices estão avaliados em torno de 5 a 7%. E esta rodovia apresenta diversas possibilidades razoáveis de rotas alternativas e de pontos de fuga.

Há documentos, elaborados pela OAS, integrantes de proposta comercial, vencedora da licitação, para a concessão da rodovia Rio-Teresópolis, na qual considerou, para o trecho Além

Paraíba-Teresópolis, o índice de 15%, indistintamente, entre veículos leves e pesados, decrescente em 1,2% ao ano, para estabilizar-se em 3%, no décimo primeiro ano de concessão.

Existem estudos da unidade técnica, comparando o tráfego da rodovia BR-040, em 1994, no trecho Juiz de Fora-Petrópolis-Rio de Janeiro, antes da concessão à Concer, com o ocorrido nos exercícios de 1997, 1998 e 1999, já sob regime de concessão. O tráfego de 1994 foi corrigido, ano a ano, pelo índice de crescimento do PIB, hipótese de trabalho assumida como verdadeira pelo DNER e critério utilizado para as projeções de tráfego.

Esse estudo revelou que, nos exercícios de 1997, 1998 e 1999, o tráfego efetivo diminuiu, apenas, 9,03%, 7,80% e 7,21% , respectivamente, relativamente ao volume projetado para a rodovia sem pedágio. Estes números indicam, portanto, a quantidade real de veículos que efetivamente deixaram de utilizar a rodovia, em face da cobrança de pedágio, a conformar dados objetivos e coerentes com a análise da Sefid, segundo a qual a impedância e a fuga apresentam comportamento decrescente ao longo da concessão, uma vez que os investimentos feitos na melhoria e na manutenção da rodovia vão gradativamente evidenciando ao público as vantagens da sua utilização e as desvantagens da busca de rotas alternativas, agregando usuários.

Sobre esse ponto, o Ministério Público pondera que a correção do valor máximo da tarifa de pedágio admissível pelo Poder Público e suportável pelo usuário *“possivelmente pouco interferiria na postura dos participantes do certame, uma vez que se presume a atuação racional e prudente dos licitantes. No entanto, seria motivo de retardamento, a nosso ver injustificado e indesejado, do processo de outorga das concessões.”*

O Ministério Público desenvolve seu raciocínio a *“partir do pressuposto de que nenhum empresário responsável se aventura num empreendimento deste porte no escuro, sem conhecer ou sem buscar conhecer as informações técnicas precisas, necessárias e suficientes para elaboração de sua proposta dentro de uma margem de segurança aceitável. Assim, se as estimativas utilizadas pelo DNER, no estudo de viabilidade econômico-financeira, eventualmente não forem precisas e não se conformarem com a realidade das rodovias brasileiras, certamente essa incompatibilidade será percebida e corrigida pelos possíveis licitantes, mesmo porque é sabido por todos que os dados apresentados pelo DNER são apenas um balizamento para determinação da tarifa máxima viável e suportável pelos usuários, não sendo, em momento algum, vinculantes em relação aos valores das tarifas a serem apresentadas pelos licitantes.”*

Destaca o *parquet* que *“verifica-se, destarte, em relação ao presente item, a mesma argumentação desenvolvida para o exame da evolução do PIB no item anterior. O DNER precisa apresentar aos licitantes alguns parâmetros acerca do objeto da concessão. Esses parâmetros - evolução do PIB, índices de impedância e de fuga - não vinculam ou obrigam os licitantes. Até porque a proposta vencedora será aquela que apresentar o menor preço de tarifa a ser cobrada do usuário.”*

Segundo as premissas adotadas pelo Ministério Público, as projeções de tráfego e o cálculo dos índices de fuga e impedância seriam inteiramente desprezíveis, porquanto são os licitantes que, com a prudência devida, realizam seus próprios levantamentos e, com base neles, apresentam suas propostas. Lamento discordar desse entendimento, segundo o qual seriam, os estudos do Poder Público, talhados, apenas, para consumo interno, isto é, para indicar à própria Administração se viável ou não a concessão de certo trecho rodoviário à exploração privada mediante pedágio.

A realidade é muito diversa. Segundo entendo, os estudos técnicos de viabilidade, explicitados como fundamento da licitação para a exploração privada de rodovias federais, acenam aos licitantes qual é o valor máximo da tarifa considerada tolerável para cobrança do usuário e dimensionam o ônus máximo suportável pela população que se vale do trecho concedido.

Assim, considero inadmissível que o Poder Público dimensione a tarifa com base em premissas falsas, inadequadas e imprecisas. O fato é que os editais estabelecem o valor de R\$ 3,00 (três reais), como tarifa máxima admissível, com base em premissas equivocadas, quando o valor correto talvez seja R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos), talvez menos. São os parâmetros ora considerados superestimados que levam ao valor de R\$ 3,00.

A população brasileira, de todas as classes sociais, que usa as rodovias, tem o direito de exigir do Poder Público que o valor máximo seja fundado em dados corretos, concretamente justificados, para preservar o princípio da modicidade das tarifas.

Daí, a imensa a responsabilidade do TCU. Ainda recentemente, os violentos protestos de caminhoneiros atestam que todo o sistema de concessões pode ser colocado em xeque, pela atuação inadequada do Poder Público. Considero verdadeiro contra-senso permitir que o procedimento licitatório prossiga, com os vícios apontados, na esperança de que os licitantes, presumidamente prudentes e experientes, eivados de interesse público, promoverão, eles mesmos, todos os ajustes necessários em suas propostas, para obter apenas o lucro tolerável pela sociedade.

O Poder Público tem o dever de ser prudente e de apresentar os valores máximos das tarifas calculados com rigor metodológico. Dos licitantes pode-se esperar competição, mas não se pode presumir que ela, por si só, supra todas as deficiências metodológicas da Administração, sobretudo com relação à fixação do preço justo para as tarifas.

Insistindo na preocupação de salvaguardar os atos já realizados do processo de licitação, pondera o Ministério Público: *“Não nos parece razoável querer que processo de tamanha importância social e econômica tenha de ser anulado com base em meras expectativas ou previsões que, de modo algum, assegurarão a apresentação de propostas mais baixas. O risco que se corre, ao contrário, é o de que, a partir dos parâmetros sugeridos pela Unidade Técnica sejam apresentadas propostas fora da realidade comprometendo-se, aí sim, a exequibilidade do empreendimento com graves prejuízos ao interesse público e social.”*

A louvável preocupação do Ministério Público, com a preservação dos procedimentos licitatórios já realizados, não deixa de ser de todo o Tribunal de Contas da União, nos procedimentos em que ela é possível. Nesta licitação, considero, todavia, mais importante que preservar as fases já transcorridas, garantir a sua correção integral, já que conducente a contratos de concessão com o Poder Público, com ônus para a população brasileira, com validade por pelo menos um quarto de século.

Além disso, a tempestiva adoção pelo Plenário da medida cautelar, na sessão de dezembro de 2.000, significa que a única fase válida já realizada nessas licitações é a publicação do edital. O recebimento das garantias em depósito e o recolhimento dos envelopes de habilitação são atos não significativos, uma vez realizados após à adoção e o conhecimento por todos os interessados da medida cautelar que suspendeu todos os atos referentes às licitações.

Na verdade, ocorreu a tentativa falha de criar fatos consolidados, que obedece ao propósito deliberado de descumprir a anterior determinação do Plenário e pode muito bem dar azo à aplicação de multa ao responsável. Considero, entretanto, ainda inexistente prejuízo ao Erário e, por isso, não determinei audiência do responsável, para a aplicação de multa.

O verdadeiro prejuízo ao procedimento licitatório deriva do não cumprimento da IN 27/98, da Lei 9.491/95 e da prática deliberada de atos, após a concessão da cautelar pelo Tribunal, como o recebimento de garantias e documentos. Se há prejuízos e retardamento nas licitações, decorrem do fato de o DNER não haver enviado, no tempo e modo, todos os indeclináveis elementos imprescindíveis à análise da regularidade da desestatização, pelo Controle Externo, na forma da Lei e da Instrução Normativa nº 27/98, para verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de privatização.

Considero, pois, imperativo se determine a adequação do edital, para que dele conste índice estimado de fuga e impedância não superior a 10%, tanto para veículos leves, como para pesados, com projeção de decaimento ao longo da concessão.

IV

Relativamente às despesas com o meio ambiente, entendeu a unidade técnica que os contratos firmados com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID determinam a adoção de medidas de proteção e recuperação ambiental, contrariamente ao DNER.

Ressalta a existência de Política Ambiental do DNER, cujos objetivos impõem o seu cumprimento no âmbito das licitações e dos contratos de concessão, assim como a implantação da NBR ISO 14001 nos empreendimentos rodoviários. Alega que a existência de passivos ambientais, nas rodovias licitadas, sem a expressa atribuição de recuperação à concessionária, pode vir a demandar, durante a execução contratual, o reequilíbrio do contrato e o conseqüente aumento de tarifa.

Quanto a esse tópico, o Ministério Público manifestou-se de acordo.

V

Existem problemas graves, também, quanto à exigência do atestado de exequibilidade econômico-financeira, expedido por instituição de finanças. Estou de acordo com a unidade técnica, ao considerar que vários interessados na licitação das rodovias podem procurar a mesma instituição, para que ela ateste a viabilidade dos projetos. Caso isso ocorra, é difícil, ou mesmo impossível, para os licitantes, garantir o efetivo sigilo das propostas.

Considero que não pode o Poder Público exigir dos licitantes a adoção de medidas que ponham em risco o sigilo de suas propostas. Ademais, a mesma avaliação que se pretende obter das instituições financeiras pode ser executada por técnicos qualificados da autarquia.

Por isso, entendo apropriada a proposta de exclusão dos itens 170 a 182 do edital.

Também a respeito dessa questão, o Ministério Público não manifestou oposição.

VI

No tocante à avaliação da metodologia de execução, apesar das alterações providenciadas pelo DNER, no item 166 do edital, concordo com a unidade técnica que persiste a falta de discriminação dos requisitos, para que os itens da proposta sejam considerados ou insatisfatórios, ou regulares, ou adequados ao requerido, com o objetivo de evitar avaliações subjetivas e adequar o item ao disposto no art. 45, *caput*, da Lei 8.666/93.

Sobre essa questão, o Ministério Público também manifestou anuência.

VII

Considero o cálculo do patrimônio líquido dos consórcios questão de grande importância para permitir a maior competitividade entre os licitantes. A unidade técnica demonstrou, exaustivamente, a necessidade de alterações no edital, também com relação a este item, deixando claro que, para fins de qualificação do consórcio, cada consorciado deverá apresentar patrimônio líquido igual ou superior ao exigido, na mesma proporção da sua participação na constituição do consórcio.

Sobre o tema, registro que, estando os autos em meu Gabinete, a aguardar o julgamento, deu entrada mais um expediente da Procuradoria do DNER, enviando cópia da sentença do Mandado de Segurança, impetrado pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo–SindusCon, quanto aos termos do Edital de Concorrência 0492/2000-00, relativo à concessão do trecho da BR-116/PR/SC de Curitiba/PR até a divisa SC/RS (TC-016.244/2000-7).

Apesar da falta de conexão com os trechos dos processos de concessão ora apreciados, há referência à questão da qualificação econômico-financeira dos licitantes, com reflexos no cálculo do patrimônio líquido. O Sindicato desejava afastar as exigências de qualificação econômico-financeira dos licitantes, por entendê-las restritivas ao universo dos potenciais interessados, com afronta ao princípio da isonomia e infração à Ordem Econômica. A segurança foi denegada pela Juíza-Substituta Anamaria Reys Resende, da 13ª Vara Federal, em exercício na 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ao argumento de que, conforme as informações do impetrado/DNER, as exigências do edital estariam em consonância com os arts. 31 e 33 da Lei 8.666/93 e atenderiam ao interesse público, sendo a restrição à participação das empresas devida ao objeto e vulto da contratação de concessão de 25 anos, com elevado aporte de investimentos, o que naturalmente delimitaria o universo dos concorrentes.

Além disso, conforme a sentença, a exigência de patrimônio líquido, feita pelo DNER, pelo somatório dos valores de cada consorciado, para fins de qualificação econômico-financeira, na exata proporção de sua participação, estaria prevista na Lei de Licitações (art. 33, inciso III), não havendo falar em ilegalidade do Edital 0492/2000-00 ou de ofensa a princípios constitucionais. A respeito do tema, o DNER apresenta, ainda, outras decisões de primeiro grau na Justiça Federal.

O Ministério Público adota idêntica argumentação a do DNER, defendendo a manutenção do edital quanto a este ponto.

Lamento discordar, duplamente, das decisões judiciais de primeiro grau e do Ministério Público e DNER. Acredito que a questão, de extrema especificidade, foi examinada, pela Justiça Federal, mediante o cotejo da redação do item do edital, ora impugnado, com o texto da Lei

8.666/93, sem a realização de raciocínio e cálculos matemáticos específicos, que lançam à face a grave distorção do edital do DNER. Além disso, é regra básica de exegese, de puro bom-senso, que qualquer interpretação conducente ao absurdo deve ser evitada.

O Tribunal de Contas da União tem competência constitucional específica e pessoal especialmente qualificado para deliberar sobre temas cuja legitimidade muitas vezes só é objeto de deslinde e apreensão após específicas verificações, levando em conta dados concretos, como na hipótese, cujos resultados entendo incompatíveis com o interesse público.

No caso, não se trata apenas de verificar a correta interpretação da Lei 8.666/93, mas a adequação do critério adotado pelo DNER às finalidades da legislação das licitações e das concessões, a fim de permitir a maior competitividade possível, ao tempo em que se garanta, simultaneamente, a exequibilidade do contrato e os interesses do usuário, numa tarifa módica e corretamente estabelecida.

A lei que rege as concessões e permissões de serviço público é a Lei 8.987/95, com aplicação subsidiária da Lei 8.666/93. A sucessão de diplomas legais, atinentes à concessão de serviços públicos, iniciou-se com o Decreto-lei 2.300/86, sucedido pela Lei 8.666/93 e, depois, pela Lei 8.987/95, cujo teor tem direta influência na fixação das regras das licitações de rodovias, não podendo ser postergadas ou suprimidas por regras de aplicação subsidiária.

Nos termos do edital, as várias empresas integrantes do consórcio vencedor, após a licitação, deverão formar sociedade de propósito específico, com patrimônio líquido e personalidade jurídica própria, dissociados das empresas participantes. Como mencionado na instrução, uma vez formada a empresa para a exploração da concessão, já não se aplica a responsabilidade solidária pelos atos praticados em consórcio, na execução do contrato (inciso V do art. 33 da Lei 8.666/93), visto que o consórcio deixa automaticamente de existir.

Apresentando-se o consórcio como um todo à Administração, os consorciados devem manter essa unidade também nos atos que possam gerar sua responsabilidade. No caso desta licitação, porém, a solidariedade fica restrita somente à fase de licitação, pois a execução do contrato será realizada pela nova empresa, especialmente constituída para tanto, à qual serão aplicados os preceitos da Lei 6.404/76 – a Lei das Sociedades Anônimas.

Além disso, o critério proposto pelo DNER, com pretensão fundamento nos artigos 31 e 33 da Lei 8.666/93, ainda que aplicável ao caso, está implementado no edital com grave distorção, no atinente aos objetivos e princípios adotados pela Lei.

A distorção se revela matematicamente, no tocante aos efeitos, por exemplo, na forma de cálculo do DNER, se uma empresa tem, individualmente, patrimônio líquido de R\$ 1.000.000,000 (um milhão de reais), com participação no consórcio no percentual de 10%, tomar-se-á seu patrimônio líquido como de apenas R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou seja, 10%, ou um décimo, de um milhão, que é o seu PL efetivo, já que sua participação no consórcio é de 10%.

O objetivo da lei é estabelecer critério de proteção ao Erário, garantindo que o patrimônio líquido do participante seja igual ou superior ao mínimo, exigido para o consórcio, na medida de sua proporção, de sua participação.

Assim, na hipótese de o exigido para a empresa licitante individual, ou para o consórcio de empresas, é um PL mínimo de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e uma empresa participa do consórcio com 10%, o que se tem de garantir é que o patrimônio líquido de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) da empresa consorciada seja superior a 10% do exigido como PL mínimo - dois milhões de reais - exigido do consórcio, ou da empresa individual, ou seja, o patrimônio da empresa consorciada deve ser superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Pelo critério adotado pelo DNER, o PL dessa empresa, economicamente saudável e financeiramente capaz, seria de apenas R\$ 100.000,00, ou seja, 10% de seu PL efetivo de 1.000.000,00, e estaria ela alijada da disputa, embora o seu patrimônio líquido efetivo comporte, com larga folga, a responsabilidade que está a assumir.

Nos termos do edital - apenas aparentemente de acordo com a Lei 8.666/93 - para um PL mínimo exigido de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), um consórcio formado por 10 empresas, cada uma com 10% de participação, só estaria qualificado se cada uma delas tivesse patrimônio líquido efetivo superior aos mesmos R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Isto exigiria que as dez empresas participantes do consórcio disponibilizassem o total de patrimônio

líquido efetivo de, pelo menos, R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Ao mesmo tempo, encontrar-se-ia habilitada uma única empresa, a concorrer sozinha, com patrimônio líquido de R\$ 2.000.000,00.

Na mesma hipótese, se das dez empresas participantes do consórcio, nove tivessem patrimônio líquido de 2 milhões e uma única tivesse o PL de um milhão e meio, este consórcio estaria automaticamente inabilitado, por não perfazer os critérios exigidos no edital. Ao passo que uma única empresa isolada, com PL de 2 milhões, estaria devidamente habilitada, o consórcio, com PL de 21,5 milhões, não, o que evidencia o despropósito e o restritivo do critério previsto no edital.

Entendo que tal exegese é contrária aos objetivos da Constituição e das Leis do País. A razão de ser dos consórcios é permitir que várias empresas unam suas forças, para ter acesso a contratos maiores, com a Administração Pública, aumentando a competição, e não para tornar ainda mais difícil, ou impossível, ou logicamente inviável, sua participação em procedimentos de licitação, mediante interpretações que a desqualificam econômico-financeiramente, como acontece na hipótese.

E não se venha falar na necessidade de apenas grandes e fortes empresas, para este especial tipo de licitação, pois entendo que o procedimento adotado configura mera quebra da competitividade e cláusula restritiva.

Se o mínimo exigido para a habilitação do consórcio é R\$ 2.000.000,00 e o consórcio é formado por 10 empresas, cada qual com 10% de participação, o correto é exigir que cada participante desse consórcio tenha patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 200.000,00, de forma que o total ultrapasse o valor mínimo exigido. É exatamente isso que a lei quer e diz, embora sua redação dê margem a confusões, como a do DNER e do Ministério Público, com a consequência nada neutra de alijar da competição dezenas de potenciais competidores e nela manter apenas as grandes empresas, com PLs acentuadamente grandes.

Acredito, sinceramente, que estes argumentos, somente agora formulados, não tenham sido considerados por ocasião da lavratura das r. sentenças juntadas aos autos. Saliento que esta questão é de fundamental importância para a lisura da licitação, porquanto diretamente relacionada com a competitividade do certame e com a quantidade de consórcios que, a final, será habilitada e terá suas propostas de execução examinadas.

Não são prestáveis, *data venia*, ao meu convencimento de que não são restritivas tais cláusulas e da legalidade desse procedimento os inúmeros pareceres de juristas, juntados aos autos pelos interessados, que defendem a tese do DNER.

Pela importância e pelas consequências da controvérsia sobre o tema do patrimônio líquido, a questão merece ser examinada sob todas as luzes. Os argumentos do DNER são no sentido de que o critério da Lei 8.666/93 está sendo aplicado e a forma prevista no edital conforma-se com a Lei. Argumentam, conjuntamente que o entendimento da Sefid contraria a lei, embora concordem que o critério da Sefid realmente promove o aumento da competitividade do certame.

Traz o parecer do Ministério Público exemplo idêntico ao que trouxe neste Voto. Apresenta, contudo, conclusão diametralmente oposta, fundada em premissa equivocada. Ao ver do Ministério Público, uma empresa que tem PL de 1000 unidades monetárias (UM) e participação de 10% no consórcio, só teria “disponível”, para esse consórcio 100 UM, o que justificaria o critério adotado pelo DNER.

Lamento discordar. Não há uma só palavra na lei ou na doutrina que autorize tal raciocínio. O percentual da participação da empresa no consórcio não é o mesmo percentual de PL que a empresa compromete com o consórcio, mas, sim, o percentual do valor do PL, exigido do consórcio, é que tem de ser coberto pelo PL total da empresa. Assim, se o PL exigido do consórcio é de 2.000 UM e o percentual de participação da empresa A no consórcio é de 20%, seu patrimônio líquido terá de ser, no mínimo, 400 UM, e se for de exatamente 400 UM estará comprometendo 100% de seu PL com o consórcio e estará habilitada. Se seu PL for de 10.000 UM, estará comprometendo apenas 4% de seu PL, e estará, o consórcio, igualmente habilitado, segundo a dicção legal e o bom senso.

Na verdade, o critério de PL ‘*disponível*’ para o consórcio apenas imprime confusão ao tema, já que não tem base legal e atende apenas à discussão dos autos. Somente a empresa participante do consórcio é que pode decidir quanto do seu patrimônio líquido estará disponível para o consórcio.

Pode ser 100 %, pode ser 1%. O que interessa à lei e ao interesse público é que o PL da empresa seja superior à fatia de PL do consórcio pelo qual ela se responsabiliza.

Examinemos outro exemplo: Se o PL exigido do consórcio é de 2000 Unidades Monetárias e quatro empresas, com PL de 1000 UM cada uma, decidam formar um consórcio, cada qual participando com 25%. Pelo critério do DNER, o patrimônio líquido total do consórcio é de apenas 1000 UM (1000 UM x 25% x 4), embora a soma dos PLs das empresas seja 4000 UM. Elas estariam inabilitadas. Só que não basta a soma dos PLs individuais, a lei exige que o PL de cada integrante seja superior ao percentual do PL exigido para o consórcio que cada qual assume, *na proporção de sua participação*. Assim, cada integrante, neste exemplo, tem de ter PL igual ou superior a 500 UM (2000 UM x 25%) e todos têm. Logo, um consórcio assim formado está legalmente habilitado para participar da licitação.

Repito que a finalidade do instituto do consórcio é exatamente permitir que empresas unam forças para ter acesso a contratos maiores que os passíveis de ambição individual. E o critério proposto pelo DNER e pelo Ministério Público tornam impossível esta razão de ser, criando, em prejuízo dos consórcios, critério novo, que lhes dificulta ou impossibilita a participação, porquanto para que consórcio se cada empresa individual, se contasse com o PL exigido, poderia participar sozinha.

Não seria essa a conclusão se a divisão do consórcio entre essas mesmas quatro empresas fosse de tal modo realizada que uma delas pretendesse ficar com mais de 50% do consórcio, 60% por exemplo. Essa empresa teria de ter PL igual ou superior a 1200 UM (2000 UM x 60%). Como ela tem PL de apenas 1000 UM, o consórcio, *com essa específica composição de participação*, não poderia ser habilitado, porque aí haveria uma empresa tentando se responsabilizar por parcela de PL do consórcio superior à sua própria saúde e capacidade financeira.

O que a lei proíbe é que uma empresa tente figurar no consórcio com percentual superior ao permitido por sua capacidade financeira. Seria o caso, por exemplo, de empresa, com PL irrisório, pretender participar de licitação para a qual não tem capacidade financeira e formar consórcio com outra de excelente condição financeira, mas de tal modo que a de péssima saúde financeira fique com a maior parte do consórcio e a que tem condições satisfatórias fique com parcela ínfima. Isso a lei não admite, pois seria, isso sim, uma empresa deficitária tomar a saúde financeira de outra por empréstimo.

Entretanto, o critério do edital permite justamente isso, como passo a demonstrar. Se o PL exigido para o consórcio é de 2000 UM e uma empresa A, com PL de apenas 10 UM, pretender figurar com 90% em um consórcio com outra empresa B, que tem PL de 20000 UM, mas que fica com apenas 10% do consórcio. Pelo critério do DNER, previsto no edital, este consórcio estaria imediatamente habilitado, ao arpejo da lei e de qualquer lógica econômica, pois segundo esse critério o PL do consórcio seria (10 UM x 90%, empresa A) + (20.000 UM x 10%, empresa B) = 9 + 2000 = 2009 UM, que é superior a 2000 UM. Neste caso, sim, a empresa A, sem nenhuma capacidade financeira, para objeto de tal monta, toma por empréstimo a saúde financeira de outra ou, talvez pior, por aluguel, para habilitar-se na licitação e ser sócia majoritária de 90% do consórcio, enquanto a outra responderá por apenas 10% do consórcio. Essa situação, segundo entendo, feriria a lei e não poderia ser admitida, porquanto propiciatória da mercancia dos contratos públicos e da evasão de responsabilidades.

Se o PL exigido do consórcio é de 2000 UM, a empresa A, com 10 UM de PL, poderia deter, no máximo 0,5% do consórcio, porque essa é a parcela de PL do consórcio pela qual ela tem condições de se responsabilizar, enquanto a empresa B teria de deter 99,5 % ou mais do consórcio. Esse é o critério da Lei que a Sefid, com toda a propriedade, evidenciou.

Assim, discordando do Ministério Público e do DNER, o critério previsto no edital, não só limita a competitividade da licitação, como permite a formação de consórcios contra o texto da lei, sendo imperativa, pois, a sua correção.

O Ministério Público faz alusão, ainda, ao considerável número de licitantes que chegaram a entregar o envelope de habilitação, a fim de sustentar que o critério do edital não teria provocado cerceamento da competição. Entendo que tal questão se reveste de importância relativa, em face da ilegalidade do dispositivo do edital. De qualquer modo, ainda que o edital estivesse correto, o número de empresas e consórcios competidores poderia ser muito maior, com o máximo de

competição e não uma competição qualquer, ou tida como razoável, ou talhada somente para grandes empresas. A competição, para estar de acordo com a lei, tem de ser a maior possível e é dever do Poder Público garantir condições que a estimulem e não que a limitem. Além disso, o número de licitantes é simplesmente o dos que apresentaram envelope de habilitação, não se podendo saber quantos licitantes seriam a final efetivamente habilitados, se adotados os critérios do DNER em vigor.

VIII

Outro ponto merecedor de exame diz respeito à fixação do valor estimado do contrato, que serve de parâmetro para a fixação do patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes.

A Sefid sustenta que o valor do contrato, tomado pelo DNER, como o total das receitas da concessionária, ao longo dos 25 anos, não configura o parâmetro adequado para conduzir ao cálculo do patrimônio líquido mínimo das empresas e consórcios, que representa a garantia de capacidade de execução do contrato, porquanto tal capacidade não está ligada diretamente ao nível de receitas, mas ao volume de investimentos, suportados pela concessionária ao longo da concessão, sendo, portanto, este dado, muito mais idôneo para aferir a capacidade econômico-financeira dos potenciais licitantes, com o objetivo de dar execução do contrato.

Com efeito, após a conclusão da licitação, o consórcio vencedor deverá constituir “Sociedade de Propósito Específico”, com patrimônio e personalidade jurídica distinta, organizada na forma de Sociedade Anônima e regida pela Lei 6.404/76, segundo a qual o patrimônio líquido da empresa tem de ser, no mínimo, 10% do valor dos investimentos que ela vai suportar no período de um ano.

Para estas licitações, a Sefid propõe que o índice de 10%, fixado pelo DNER, incida sobre o volume total de investimentos e não sobre a receita projetada, o que é mais coerente não só com a finalidade de garantia, como, também, com o formato jurídico que o licitante vencedor terá de dar à empresa, especificamente constituída para a exploração da concessão.

Segundo a Unidade Técnica, a adoção do critério por ela proposto tem o duplo mérito de ser tecnicamente mais bem justificado e permitir o acesso de número maior de interessados.

O Ministério Público opõe-se à essa alteração, ao argumento de que a regra, nos contratos administrativos, é o valor do contrato ser o valor da remuneração auferida pelo contratado, valor que compõe a equação econômico-financeira do contrato, não havendo meios de aquilatar a quanto poderia ser reduzido o valor mínimo de patrimônio líquido exigido dos licitantes, tendo em vista o risco de admitir licitante que posteriormente se revele incapaz de dar cumprimento ao contrato.

Ao meu ver, não procedem os argumentos do Ministério Público. O critério adotado nesse caso é o que melhor se presta a realizar os objetivos perseguidos pela Administração. Essa é a regra que tem de ser obedecida. O critério de valor do contrato de concessão de rodovias não tem de curvar-se à tradição ou à regra de tomar o valor do contrato como valor da receita auferida pelo contratado. Via de regra, o contratado é remunerado pela administração e o valor do contrato é o valor do bem ou do serviço que entrega para a administração. O contrato de concessão de rodovia é totalmente diferente nesse aspecto. A remuneração é variável e provém dos usuários da rodovia.

Como o valor do contrato é relevante para a exata determinação do valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes, para garantir a capacidade econômico-financeira de executá-lo, e o objeto executado, que consome recursos financeiros, é justamente o volume de investimentos na rodovia, nada mais lógico seja esse o indicativo do valor do contrato para fins de dimensionamento da garantia exigida.

Da mesma forma que a receita estimada compõe a equação econômico-financeira do contrato, também o volume de investimentos a integra e é tão ou mais importante, porquanto a receita é variável, incerta, estimada, projetada e integra o risco do negócio. O volume de investimentos, uma vez assinado o contrato, é de cumprimento obrigatório.

A redução do valor do contrato com esse novo critério não põe em risco a execução do contrato. Continua sendo exigido dos licitantes patrimônio líquido mínimo que permita fazer face às obrigações que serão assumidas, só que com fundamentação econômica e jurídica adequada.

IX

No tocante ao patrimônio líquido mínimo, em vista de que a Lei 8.987/95 é omissa quanto ao acréscimo de 30%, para os consórcios, sobre o valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes individuais, a Sefid entendeu que esse fato acarretaria a não-aplicação dessa regra, prevista no art. 33, III, da Lei n.º 8.666/93, às licitações para concessão de serviços públicos e, por isso, propugna pela exclusão dessa exigência do edital.

O Ministério Público opõe-se a isso, em razão de entender que o art. 18 da Lei 8.987/95 faculta a aplicação de critérios e normas gerais da Lei 8.666/93 às licitações de concessão de serviços públicos, de maneira que o acréscimo de 30% exigido dos consórcios seria discricionariedade do poder concedente, não podendo o Tribunal nela interferir, sob pena de extrapolar sua competência.

O artigo 18 da Lei 8.987/95 determina a aplicação de critérios e normas gerais da Lei 8.666/93 aos processos de licitação de concessão de serviços públicos *no que couber*.

Entendo que a imposição do acréscimo de até 30% não é faculdade arbitrária do administrador ou do poder concedente. A aplicação deste acréscimo tem de ser cabível, necessária e justificada em face do caso concreto. O percentual imposto pode ser variável, em face do caso concreto. Reveste-se a questão de grande importância, porque mesmo considerando o valor do contrato como a soma dos investimentos futuramente realizados, já se estabeleceria patrimônio líquido alto o suficiente para garantir a sua perfeita execução, sem necessidade aparente de que se lhe acresça 30% para o caso de consórcios.

Por essas razões, se mantido o acréscimo de 30% para os consórcios, sua necessidade e percentual devem ser objeto de justificativas pela Administração, ante cada caso concreto.

X

Cabe razão ao Ministério Público quando aponta incoerência na “*fixação do capital social da sociedade anônima que deve ser constituída para executar o contrato de concessão.*”

Conforme assinalado, prevê o edital que o “*capital social subscrito e integralizado da concessionária deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão, a pelo menos 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária.*”

Nesse ponto, considero perfeitas as razões expendidas pelo Ministério Público, *in verbis*:

“Entendemos que, a princípio, é inócuo exigir-se das empresas isoladas e dos consórcios a apresentação de um patrimônio líquido mínimo, para fins de habilitação, com vistas a verificar se o licitante dispõe de efetiva capacidade econômico-financeira para cumprir rigorosamente o contrato de concessão e, depois, na fase da contratação, não exigir da sociedade anônima, que será a concessionária efetivamente, que mantenha essa mesma capacidade, uma vez que se reclama dessa empresa apenas que o capital subscrito e integralizado seja proporcional, em 10%, ao total de investimentos, que em nada se vincula ao patrimônio líquido mínimo, inicialmente exigido.

A sociedade anônima constituída é pessoa jurídica que não se confunde com a dos sócios que a compõem. Tem, por isso, patrimônio próprio, conseqüentemente o patrimônio dos sócios, que foi considerado na fase de habilitação econômico-financeira, não aproveita o patrimônio da sociedade, que deve suportar as obrigações do contrato de concessão, de maneira que a garantia inicialmente exigida na licitação se perde na contratação.

A sugestão que oferecemos para superar essa contradição, de modo a vincular capacidade econômico-financeira dos sócios à sociedade por eles instituída, é determinar, no edital, que o capital social subscrito da sociedade anônima instituída seja igual ao patrimônio líquido mínimo dos licitantes no mesmo edital, não sendo necessário alterar a regra que cuida do capital social integralizado. Isso porque o compromisso dos acionistas com a sociedade corresponde ao preço de emissão das ações subscritas.

Pensamos que, dessa forma, pelo menos no início da sociedade (o mesmo ocorreria se não houvesse a substituição do licitante por essa sociedade), a sua capacidade econômico-financeira será equivalente àquela avaliada na fase de habilitação do certame licitatório.”.

Considero pertinente a proposta de determinação, sugerida pelo Ministério Público, no sentido de que seja alterada a redação do item 242 do edital para a seguinte redação: “*O capital social subscrito da concessionária deverá ser equivalente ao patrimônio líquido mínimo exigido na fase de habilitação enquanto o capital integralizado deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão a, pelo menos, 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária*”.

XI

Quanto à possibilidade de empresas, sem êxito na licitação, virem posteriormente a compor o capital social da concessionária, entendeu a unidade técnica que já não haveria por que proibi-la, uma vez que a Resolução 40/2000 do Conselho Nacional de Desestatização - CND, de 17.10.2000, ao aprovar “*as condições para o processo de concessão de trechos rodoviários a ser implementado pelo DNER*”, estabeleceu que o licitante vencedor deverá transformar a Sociedade de Propósito Específico (SPE), constituída para explorar exclusivamente a rodovia, em companhia aberta, com negociação de ações em bolsa de valores, o que permitiria a participação de qualquer pessoa física ou jurídica em seu capital social.

Dirirjo aí da unidade técnica. Considero que são dois momentos distintos: o primeiro, a licitação e contração da empresa concessionária; o segundo, a transformação dessa empresa em companhia aberta, regida pela Lei 6.404. Para que a licitação ocorra de modo competitivo, é fundamental que o edital proíba a participação imediatamente posterior de empresas derrotadas no consórcio vencedor e na composição acionária da sociedade de propósito específico, constituída para assinatura do contrato. Do contrário, criam-se condições para desestimular a competição, porquanto as licitantes poderiam ajustar entre si medidas para garantir, reciprocamente, a participação no negócio de todos os licitantes, realizando apenas simulacro de competição. Não é por outra razão que a mesma Resolução 40/2000 do CND determina que “*nenhum participante poderá integrar mais de um consórcio licitante*”.

Posteriormente, com a conversão da sociedade de propósito específico em companhia aberta, poderá qualquer pessoa física ou jurídica participar do capital social. Neste momento, porém, muito provavelmente a emissão de ações se dará para captação de recursos a custos financeiros mais baixos, privilegiando a emissão de ações preferenciais, sem direito a voto, não obstante não seja impossível ou ilegal, após a transformação em companhia aberta, a venda posterior de parte das ações, com direito a voto, desde que o bloco de controle permaneça com as empresas componentes do consórcio vencedor de cada licitação.

Até essa conversão, entretanto, não se pode admitir que empresas derrotadas no processo de licitação integrem a composição societária da sociedade constituída para explorar cada rodovia, razão por que o edital e a minuta de contrato devem conter essa proibição de forma explícita.

XII

As modificações propostas pela Sefid possibilitarão, como ela mesma menciona, o adequado ajuste dos procedimentos licitatórios, objeto dos processos em tela, e dos respectivos instrumentos deles resultantes aos novos preceitos das concessões rodoviárias e à legislação pertinente.

Não poderia concluir sem destacar o acurado exame, lavrado a tento pela Sefid, de todas as importantes questões relacionadas com essas licitações. Mesmo o memorial encaminhado pelo DNER, elaborado após vistas dos autos, foi objeto de análise pela unidade técnica, que revisou algumas propostas de encaminhamento na instrução complementar, acolhidas em sua maior parte, devido à pertinência e ao aprimoramento que trarão aos futuros processos de concessão, cujos reflexos positivos, com certeza, serão sentidos pelos usuários dos trechos das rodovias futuramente concedidas.

Em face das diversas alterações que hão de ser promovidas nos editais e do fato de grande parte delas afetar diretamente a formulação de propostas pelos licitantes, impõe-se determinar ao DNER a devolução das garantias depositadas pelos licitantes que acorreram à licitação, bem como dos envelopes de habilitação por eles apresentados.

Por fim, considero necessário o reenvio do edital e da minuta de contrato para avaliação por esta Corte, após as modificações determinadas na decisão adotada nesta ocasião e na Decisão

46/2001 do Plenário, a fim de que se garanta o exato cumprimento das determinações feitas pelo TCU e o exame do processo de concessão de rodovia nos termos da Instrução Normativa TCU 27/98.

Cumpridas todas as determinações, as concessões poderão prosseguir normalmente, garantindo o Plenário presta apreciação dos procedimentos, em prazo diretamente proporcional a sua importância.

Assim, acolhendo, por seus fundamentos, as propostas da unidade técnica e a proposta do Ministério Público de adequação do capital subscrito da empresa exploradora da concessão, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à deliberação deste Plenário.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Walton Alencar Rodrigues
Ministro-Relator

“DECISÃO NÃO ACOLHIDA”

DECISÃO Nº /2001 - TCU - PLENÁRIO

1. Processos TC-016.248/2000-6, TC-016.249/2000-3 e TC-016.250/2000-4 (todos com 4 anexos) Apenso ao TC-016.249/2000-3: TC-004.386/2001-8
2. Classe de Assunto: V – Acompanhamento da outorga de concessão de trechos rodoviários.
3. Responsável: Rogério Gonzalez Alves, Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral.
4. Órgão: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER.
- 4.1. Concessões: trechos das rodovias BR-381/MG/SP (Belo Horizonte - São Paulo), BR-116/SP/PR (São Paulo - Curitiba) e BR-116/PR, BR-376/PR e BR-101/SC (Curitiba - Florianópolis).
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-geral.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IV, 5º, 43, inciso II, da Lei 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. determinar ao DNER que:
 - 8.1.1. adote as taxas de crescimento do produto interno bruto dos exercícios de 1991 a 2000, para cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB, utilizada nas projeções do volume de tráfego equivalente, mantendo a metodologia empregada na projeção do fluxo de caixa do empreendimento;
 - 8.1.2. quanto ao dimensionamento dos índices de fuga e de impedância utilizados nos estudos de viabilidade econômico-financeira:
 - 8.1.2.1. promova a redução do índice de fuga e impedância a valor inicial não superior a 10%, com decréscimo ao longo da concessão, justificando a premissa adotada de que os benefícios potenciais para o usuário são superiores ao valor da tarifa; e
 - 8.1.2.2. desenvolva, para as próximas concessões, considerada a realidade de cada rodovia, estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e de impedância, adequadamente fundamentados com hipóteses e dados que possibilitem a transparência do processo de avaliação, compatibilizando-os com as premissas metodológicas adotadas, tais como a superioridade do benefício advindo da concessão sobre o custo atribuído ao usuário;
 - 8.1.3. inclua no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, disposições relativas ao tratamento ambiental, em especial quanto aos seguintes aspectos:
 - 8.1.3.1 cumprimento da Política Ambiental do DNER, aprovada pelo Conselho de Administração da Autarquia em 5.9.2000, e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;
 - 8.1.3.2. responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e evitar a criação de novos passivos ambientais;

8.1.3.3. implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra, em específico a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas;

8.1.4. exclua os itens 170 a 182 do edital de licitação, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a fim de garantir o sigilo das propostas e o caráter competitivo do certame, preservando, por tal forma, a lisura do processo licitatório;

8.1.5. discrimine na Subseção II (Da Avaliação das Propostas) da Seção III (do Exame e da Avaliação das Propostas) do Capítulo IV (da Proposta de Metodologia de Execução) os parâmetros e requisitos para que as propostas de metodologia de execução sejam consideradas insatisfatórias, regulares ou adequadas ao requerido, a fim de possibilitar o julgamento objetivo das propostas, nos termos do art. 45, *caput*, da Lei 8.666/93;

8.1.6. adequue a alínea “d” do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido mínimo exigido no edital correspondente à sua respectiva participação na constituição do consórcio;

8.1.7. promova as seguintes adequações na minuta de contrato, relativas à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

8.1.7.1. suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego), por estar compreendido na alínea “c” do item 3 da Cláusula XX;

8.1.7.2. suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato), em razão de que a imposição de prazos, para avaliação do equilíbrio do contrato, é incompatível com as premissas da licitação;

8.1.7.3. suprimir a alínea “b” do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado), por permitir que as adequações estruturais da rodovia provoquem o aumento de tarifa;

8.1.7.4. suprimir a alínea “b” do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), por não estar de acordo com a premissa adotada de que o PER é formulado pelos licitantes, a partir das indicações do poder concedente;

8.1.7.5. suprimir a alínea “f” do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), porque busca eliminar o risco inerente ao negócio e contraria o disposto no inciso II do art. 2º da Lei 8.987/95;

8.1.7.6. alterar o teor do item 13 da Cláusula XX do contrato, definindo-se que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será utilizada, tão-somente, a taxa interna de retorno – TIR apresentada na proposta comercial da licitante vencedora;

8.1.8. redefina no edital o valor do contrato como sendo a soma dos investimentos realizados durante todo o período da concessão, estipulando o patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes, nos termos do § 3º do inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93;

8.1.9. promova as seguintes adequações relativas ao nível de serviço a ser prestado pela concessionária:

8.1.9.1. incluir no edital de licitação, na minuta de contrato e em seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que “nível de serviço” opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior transparência acerca da qualidade do serviço prestado;

8.1.9.2. incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, cláusulas que obriguem a concessionária a informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego, como instrumento para se aferir o “nível de serviço” prestado ao longo da concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

8.1.9.3. incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

8.1.9.4. alterar o item 5.d da Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão, a fim de que a execução das obras de expansão tenham início 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço, identificada a partir das projeções de tráfego efetivo;

8.1.9.5. incluir no edital de licitação e na minuta de contrato, na parte relativa às sanções administrativas, a aplicação de multa, em valor estipulado, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado em edital de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao “D”;

8.1.10. reveja o edital de licitação, a minuta de contrato e seus anexos, a fim de que todos os dispositivos estejam em conformidade com as alterações determinadas nesta decisão;

8.1.11. inclua no edital de licitação e na minuta de contrato a obrigação da contratada de converter a sociedade de propósito específico criada para explorar a rodovia em companhia de capital aberto, nos termos do art. 5º, inciso II da Resolução 40/2000 do Conselho Nacional de Desestatização;

8.1.12. inclua na redação do item 239 e na minuta de contrato a exigência de que, até o momento da futura conversão da sociedade de propósito específico em companhia aberta, os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, ainda que indiretamente, permanecendo, após a conversão em companhia aberta, a proibição de que venham a participar do bloco de controle acionário da concessionária;

8.1.13. altere a redação do item 242 do edital, passando-se a exigir que o capital social subscrito da concessionária deverá ser equivalente ao patrimônio líquido mínimo exigido na fase de habilitação, enquanto o capital integralizado deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão a, pelo menos, 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária”.

8.1.14. recalcule o teto máximo de tarifa a ser cobrada em cada praça de pedágio, considerando as alterações determinadas nos itens 8.1.1 e 8.1.2.1 desta Decisão;

8.1.15. devolva aos licitantes que acorreram aos procedimentos licitatórios as garantias depositadas e os envelopes de habilitação;

8.1.16. remeta a este Tribunal, para acompanhamento, cópia dos Editais 0495/00-00, 0496/00-00 e 0497/00-00, após as alterações ora determinadas, conforme prevê a Instrução Normativa TCU 27/98;

8.2. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que, nos termos da Ordem de Serviço 4 - Segecex, de 20.4.2001, e da determinação da Presidência do Tribunal, comunicada na sessão Plenária de 11.4.2001, bem como à Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid, que acompanhe o cumprimento da decisão proferida nestes autos e informe ao Tribunal sobre as providências adotadas; e

8.3. enviar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Diretor-Geral do DNER; ao Sr. Ministro de Estado dos Transportes, para conhecimento e eventuais providências que houver por bem, no exercício da supervisão ministerial que lhe compete; ao Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Comissão Mista de Fiscalização e Orçamentos Públicos do Congresso Nacional, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para conhecimento.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 – Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes:

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

TC-016.248/2000-6
TC-016.249/2000-3
TC-016.250/2000-4

VOTO REVISOR

Na Sessão de 18 de julho passado solicitei vista dos presentes autos, motivado pela complexidade das questões nele discutidas, sobretudo, pelas divergências existentes entre a

manifestação do Ministério Público, que por meio do Procurador-Geral Dr. Lucas Rocha Furtado havia também obtido vista do processo, e o Voto antecipadamente distribuído pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues. Tais divergências referiam-se à necessidade de alterações dos procedimentos licitatórios já em curso, especificamente quanto às seguintes questões:

1. adequação das projeções dos volumes de tráfego, de forma a contemplar as taxas de crescimento do Produto Interno Bruto dos exercícios de 1991 a 2000, para cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB, em substituição ao período 1989/1998, utilizado pelo DNER;

2. redução do índice de fuga e impedância, fixado pelo DNER em 15% e 30% para veículos leves e veículos pesados, respectivamente;

3. alteração dos critérios de qualificação econômico-financeira do consórcio, em particular no que concerne ao patrimônio líquido mínimo exigido de cada consorciado;

4. redefinição de qual poderia ser considerado como o "valor do contrato", para fins de estipulação do patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes.

2. Considerando que as demais questões tratadas nos autos receberam tratamento uniforme por parte da Unidade Técnica, do Ministério Público e do Ministro-Relator, minha manifestação ficará restrita aos referidos pontos de divergência.

- II -

3. Em relação ao primeiro dos quesitos relacionados, embora concorde com o Relator em que a adoção do período de 1991/2000 possibilitaria a produção de um cenário mais atualizado para a projeção do volume de tráfego, entendo que a questão possa ser relevada, na esteira do propugnado pelo Ministério Público, acolhendo-se os cálculos apresentados pelo DNER:

a) a uma, porque os estudos de viabilidade do empreendimento foram realizados pela entidade no ano de 1999, não sendo conhecidos, à época, os PIBs dos anos de 1999 e 2000. O DNER se utilizou, portanto, dos dados que dispunha à época da realização dos trabalhos, obedecendo os padrões tecnicamente aceitos;

b) a duas, porque tais médias geométricas traduzem um crescimento passado da economia, que - na falta de outros parâmetros melhores - passa a representar a expectativa de um crescimento futuro. Não significa dizer, contudo, que tal crescimento venha a se concretizar. É uma expectativa, e só. Nesse sentido, veja-se que alterações no comportamento da economia, como a ocorrida no ano de 1990 (que apresentou variação negativa no PIB) podem ocorrer a qualquer tempo, sobretudo ao longo do período de vigência de uma concessão fixada em 25 anos. A simples observação do comportamento da economia brasileira nesse ano de 2001 já revela que não mais será mantida a taxa de crescimento verificada no ano de 2000, tanto por influências externas (crise na Argentina e valorização do dólar), como internas (crise de energia);

c) a três, porque a diferença entre as taxas de crescimento para o volume de tráfego apresentadas pelo DNER e pela Unidade Técnica não são assim tão significativas, situando-se, a primeira, em 1,93% e a segunda em 2,67%.

- III -

4. Quanto ao segundo ponto de divergência, entendo que assiste razão ao Ministério Público, sobretudo ante o argumento de que os índices de fuga e impedância apresentados pelo DNER representam apenas parâmetros iniciais para a elaboração das propostas. No ambiente de competição, presente nos certames sob exame, a tendência é de que os licitantes se certifiquem da compatibilidade existente entre tais números e as reais expectativas de mercado, reduzindo-os como forma de apresentar uma melhor proposta, caso não representem fidedignamente as perspectivas do tráfego.

5. Ademais, considero bastante temerária a proposta apresentada pelo Relator, consignada no item 8.1.2.1. da Decisão que apresentou, no sentido de determinar-se ao DNER que *promova a redução do índice de fuga e impedância do valor inicial não superior a 10%, com decréscimo ao*

longo da concessão ...", uma vez que a própria Unidade Técnica afirmou, primeiramente em relação à impedância, que "as estimativas seriam extremamente difíceis e somente poderiam ser feitas por meio de complexos métodos econométricos e estatísticos" (item 38 do Relatório), e depois, à respeito da fuga, que "Da mesma forma, estimar a quantidade de usuários que vai fugir da rodovia em um ponto de saída próximo às praças de pedágio, apenas para evitar o pagamento do pedágio, é extremamente complicado" (item 39 do Relatório).

6. Em face de tais dificuldades, a própria SEFID deixou de apresentar um número que pudesse ser tido como o ideal para representar o percentual de fugas e impedância, atendo-se a criticar a adoção de um valor único, de forma simplificada, como foi feito pelo DNER. Assim, se os números adotados pelo DNER foram considerados como desprovidos de suporte técnico, o mesmo se poderá afirmar acerca desse agora apresentado pelo nobre Relator.

- IV -

7. A terceira das divergências listadas é a que considero de maior relevância, uma vez que o critério de definição do patrimônio líquido das empresas integrantes de consórcios influencia diretamente a habilitação das empresas, podendo, por conseguinte, apresentar repercussão negativa na competitividade que se espera ver presente em procedimentos licitatórios da espécie. Diz o art. 33 da Lei nº 8.666/93:

"Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

...
III - apresentação dos documentos exigidos nos art. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micros e pequenas empresas assim definidas em Lei

..."
8. A controvérsia cinge-se à interpretação que deve ser dada à parte do texto legal que fiz grifar.

9. De início, verifico que o texto da lei, em nenhum momento, menciona que os valores dos consorciados, a serem somados, derivarão da aplicação de percentuais a serem aplicados sobre o patrimônio líquido de cada uma das empresas integrantes do consórcio. A proporção a que se refere o texto legal, em meu entendimento, trata da parcela do patrimônio do consórcio que cada consorciado deverá demonstrar possuir. E essa parcela deve ser equivalente ao capital que cada consorciado se comprometa a integralizar. Nessa linha, o somatório das parcelas de todos os consorciados, observada a regra da proporcionalidade, equivalerá ao patrimônio total do consórcio.

10. Observe-se que a diferença fundamental entre esse entendimento e aquele defendido pelo DNER, que conta com o aval do Ministério Público, refere-se à base de cálculo sobre a qual incidirá a regra da proporcionalidade: pelo critério do DNER, a proporcionalidade será aplicada sobre o patrimônio líquido de cada consorciado; pela compreensão que agora defendo - alinhando-me ao Ministro Walton Alencar Rodrigues e à SEFID - a proporcionalidade incidirá sobre o patrimônio líquido do consórcio.

11. A regra defendida pelo Ministério Público parte, em meu entendimento, de uma premissa não verdadeira: a de que o investimento decorrente da aplicação do capital de um consorciado, na formação do patrimônio líquido do consórcio, tenha exata equivalência, em termos proporcionais, no patrimônio líquido de cada empresa consorciada. Tal premissa, como já disse, não é verdadeira, na medida em que a correspondência deve existir, sim, em valores absolutos, mas não necessariamente em grandezas proporcionais. É dizer: se a empresa "A", que participa com 10% de um consórcio, aplica 300 unidades monetárias em sua formação, necessariamente retirará, de seu patrimônio, as mesmas 300 unidades monetárias. É só o que se pode afirmar. Não é legítimo que se afirme, entretanto, que as 300 unidades monetárias que a empresa "A" retirará, para integralizar o

capital do consórcio, corresponderá, necessariamente, a 10% de seu patrimônio. As referidas 300 unidades monetárias tanto podem representar 10% de seu patrimônio, como podem representar mais, ou menos.

12.No exemplo anteriormente mencionado, pelo entendimento defendido pelo Ministério Público, a empresa "A" teria de possuir, necessariamente, um patrimônio líquido equivalente a 3.000 unidades monetárias (10% de 3.000 = 300). Em nosso entendimento, a empresa somente teria que comprovar que possui patrimônio líquido equivalente a, no mínimo, de 300 unidades monetárias, o suficiente para integralizar sua parcela de capital no consórcio, na medida exata de sua participação.

13.A afirmação do Ministério Público no sentido de que *'se uma empresa participa de um consórcio em 10% é de admitir que somente 10% do seu PL, e nada mais que isso, estaria disponível para empreender o negócio objeto do consórcio'* me parece absolutamente desarrazoada. Se o consórcio se afigurar, para determinada empresa, como um bom negócio, ela pode estar disposta a comprometer 30%, 50%, 70% ou até mesmo a integralidade de seu patrimônio na concretização daquele negócio, ainda que todo o seu patrimônio somente venha a lhe assegurar 10% de participação naquele empreendimento.

Veja-se outro exemplo hipotético: em uma licitação é exigido o patrimônio líquido de R\$ 1 bilhão de reais. Dele participam as empresas "A", "B", "C" e "D", cada qual participando com 25%. É mais do que razoável presumir-se que somente se exigirá que cada uma das empresas comprove possuir patrimônio líquido mínimo de R\$ 250 milhões, equivalente à parcela que terá que integralizar no consórcio. Pelo entendimento do Ministério Público, entretanto, essas empresas teriam de comprovar que possuem patrimônios líquidos individuais mínimos de R\$ 1,25 bilhão (1,25 bilhão x 20% = 250 milhões).

14.A interpretação conferida ao dispositivo legal pelo Ministério Público, aplicada pelo DNER, é nitidamente restritiva, como se vê desse último exemplo. Embora concorde com o Ministério Público quando afirma que *'é a competitividade que deve subordinar-se à legalidade, e não o contrário'*, devo dizer que a prevalecer o entendimento trazido pelo Ministro-Relator a competitividade caminhará ao lado da legalidade, e não em sentido contrário a ela, uma vez que o inciso III do art. 33 do Estatuto das Licitações, como já mencionei no item 9 deste Voto, em nenhum momento prescreveu que a regra da proporcionalidade seria aplicada em relação ao patrimônio líquido de cada consorciado, sendo de todo razoável entender-se que tal proporcionalidade deva existir somente em relação ao patrimônio líquido que deverá dispor o consórcio, como ente único.

15.Afirma o nobre Representante do Ministério Público: *'É de se observar que a formação de consórcios para participar de licitações não tem o objetivo de propiciar que empresas em situação financeira deficitária tenham acesso à competição através do 'empréstimo' da saúde financeira das outras consorciadas. É compreensível, destarte, que a Administração exija de cada consorciado nível mínimo de capacidade econômico-financeira, tendo sempre em conta o objeto a ser contratado'*. Peço aqui o consentimento do nobre Procurador para fazer minhas, também, essas suas palavras. Ocorre que a solução que defendo - também defendida pelo Ministro-Relator e pela Unidade Técnica - de igual forma impede a participação daqueles que não dispõem de situação econômico-financeira compatível com as obrigações que tenham de assumir. Em síntese: os consorciados possuem a obrigação de integralizar sua parcela de capital - observada sua participação - para a formação do patrimônio líquido do consórcio. E somente poderão participar do certame se comprovarem que possuem os recursos que se comprometem a integralizar.

16.A questão relativa à habilitação dos consórcios não pode dissociar-se, jamais, do pressuposto que permite sua criação: "o de que nenhuma das empresas, isoladamente, teria condições técnicas, capital, trabalho ou conhecimentos específico (know-how) para realizar o objetivo licitado" (Raul Armando Mendes apud Carlos Pinto Coelho da Motta, *in* Eficácia nas Licitações e Contratos, 1996, p. 160). É essa, também, a lição de Hely Lopes Meirelles (Licitação e Contrato Administrativo, 1990, p. 82-83) e Ivan Barbosa Rigolin (Manual Prático das Licitações, 1991, p. 193). O procedimento adotado pelo DNER, no entanto, opõe-se frontalmente a essa lição, na medida em que impede a associação de empresas que isoladamente não detenham capital suficiente para participar dos certames. Os consórcios seriam, nessa visão - que considero

equivocada -, uma associação de empresas em busca de técnicas, conhecimentos e métodos de trabalho conjuntos, nunca de capital, uma vez que as empresas já possuiriam, isoladamente, capital suficiente para participar do certame (para melhor visualização, vide exemplo que consignei no item 13 deste Voto).

17.Embora defenda tese em sentido contrário, Marçal Justen Filho reconhece que a interpretação que agora tentamos imprimir ao referido inciso III do art. 33 da Lei nº 8.666/93 não é desarrazoada. Tanto assim que após discorrer sobre o assunto e defender ponto de vista coincidente com aquele agora trazido pelo Ministério Público, conclui afirmando ser "*desejável que o ato convocatório explicitamente esclareça qual a interpretação adotada, para evitar dúvidas ou propiciar controvérsias no curso da licitação*" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1999, p. 353). Naquela oportunidade, Marçal Justen Filho lembrou da responsabilidade solidária dos consorciados na execução dos objetivos, afirmando que "*a restrição legal relaciona-se com a idéia de capacitação real e não meramente formal ou aparente*". Esse argumento, que apresenta certo grau de razoabilidade, perde todo o sentido na discussão dos casos concretos que agora se encontram sob exame, simplesmente porque os respectivos editais de licitação, valendo-se da prerrogativa introduzida pela Lei nº 8.987/95, traz a imposição de que os consórcios vencedores transformem-se em empresas, regidas pela Lei nº 6.404/76 (itens 231 e seguintes, dos respectivos editais). Acaba, portanto, qualquer solidariedade das empresas que originalmente tenham contribuído para sua constituição. E mais, a partir da integralização do capital da nova empresa, tem-se como assegurada a capacitação real buscada por Marçal Justen Filho, e não mais aquela meramente formal ou aparente.

18.Não obstante todas essas considerações e o acolhimento, de minha parte, da inteligência trazida pela SEFID, acolhida pelo Ministro-Relator, pondero que não se pode afirmar que tenha o DNER, ao divulgar editais de licitação com critérios contrários aos agora defendidos, cometido qualquer infração. Isso porque a questão envolve polêmica interpretação de dispositivo legal e a Autarquia utilizou-se de hermenêutica até então não questionada - ao contrário, largamente utilizada.

19.Nessa ótica, não creio ser medida de inteira justiça que o Tribunal determine ao DNER, agora, em pleno curso dos procedimentos licitatórios, a adoção dessa nova interpretação que agora trazemos.

20.De frisar que, a par das exigências contidas no edital, não se pode falar da ausência de competição, uma vez que os dados constantes dos autos revelam a participação de diversas empresas e grupos, para cada um dos lotes, como se verifica:

	Lote 07	Lote 08	Lote 09	Lote 10	Lote 11	Lote 12	Lote 13
Total de Grupos	28	21	23	18	15	11	17
Total de Empresas	64	47	57	43	36	28	38

21.Não obstante se possa argumentar que a adoção do critério defendido pela SEFID, que contou com a anuência do Ministro-Relator e que igualmente defendi neste Voto, possivelmente ampliasse o universo dos competidores, não se pode dizer que o critério adotado pelo DNER tenha resultado na ausência de competição.

22.Parece-me mais conveniente, então, que o Tribunal acolha, para estes certames, os critérios de qualificação econômico-financeira já adotados pelo DNER - porque calcados em razoável interpretação da lei -, determinando-se à Autarquia, entretanto, que doravante passe a adotar em seus próximos editais de licitação a nova interpretação para a regra insculpida no art. 33, III, da Lei nº 8.666/93.

- V -

23.A quarta e última das divergências existentes entre o parecer do Ministério Público e a posição trazida pelo Ministro-Relator refere-se à definição do valor do contrato que serviu de base para a estipulação do capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo que deveriam possuir os licitantes, como requisito de habilitação.

24. Não posso concordar com a SEFID, e por conseguinte com o Ministro-Relator, quando defende que seja definido como valor do contrato "a soma total dos investimentos realizados durante todo o período da concessão". Considero mais coerente com as definições aplicáveis ao setor público aquela trazida pelo Ministério Público, acolhendo como valor do contrato o total das receitas auferidas pelo contratado ao longo do período da concessão. Buscar definição diferente seria forçar uma situação de difícil sustentação: como imaginar, por exemplo, que o valor do contrato compreenda apenas os custos, deixando de englobar também os lucros do contratante?

25. Não obstante aquiescer ao Ministério Público quanto a essa definição específica - o que deve ser considerado como valor do contrato -, verifico que a SEFID, ao suscitar a questão, tinha como preocupação a aparente incompatibilidade entre o capital ou patrimônio líquido mínimo exigido e aquele efetivamente necessário à garantia da sustentação do contrato. A preocupação da SEFID, encampada pelo Ministro-Relator, me parece bastante procedente, como passo a demonstrar.

26. Reza o art. 31 da Lei nº 8.666/93:

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômica-financeira limitar-se-á:

...

§ 2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º. O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior, não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da Lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais."

27. O objetivo da norma não é outro senão a de "incrementar a consistência das propostas e diminuir a inadimplência de adjudicatórios" (Carlos Pinto Coelho da Motta, op. cit., p. 153). À luz desse objetivo, deve o Poder Público buscar a compatibilidade entre o capital ou patrimônio líquido mínimo exigido e o aporte de recursos que deverá efetuar o licitante vencedor.

28. Embora se possa argumentar que o referido § 3º, ao fixar limite máximo, deixou à discricionariedade do administrador a fixação do exato parâmetro, desde que não fosse ultrapassado tal limite, há que se convir que todo ato emanado de agente público tem de ser motivado, sob o risco de que a discricionariedade se confunda com a arbitrariedade. À respeito, comenta Marçal Justen Filho: "Caberá ao edital, em cada caso, adotar essa previsão, justificando-a devidamente". (grifo nosso - Op. cit., p. 336).

29. Nesse sentido firma-se também a jurisprudência:

"Mandado de Segurança - Licitação - Limites da discricionariedade.

A Administração dispõe da discricionariedade como instrumento de satisfação adequada a um certo interesse, mas deve utilizá-la dentro de certos parâmetros, fora dos quais se transformarão em ilegitimidade (BANDEIRA DE MELLO. Licitação). Fixação de capital mínimo integralizado, à guisa de prova de capacidade financeira. Relacionamento com o momento do certame e não com instantes prefixados em demais inútil. Exclusão anti-isonômica de interessados no certame.

Resultado antagônico à finalidade da licitação." (Apelação Mandado de Segurança 101.692 - PE [3498344], DJ de 28/6/84, *apud* Carlos Pinto Coelho da Motta, op. cit., p. 155).

30. Assiste total razão à SEFID e ao Ministro-Relator quando argumentam que o capital ou patrimônio líquido mínimo necessário a garantir o eficaz cumprimento do contrato deveria balizar-se pelo total de investimentos que venha a ser exigido dos prestadores de serviços. É só o que interessa à Administração conhecer: se o licitante vencedor terá condições de implementar os investimentos que se comprometeu a realizar.

31. Assim, e em face de meu entendimento quanto ao que deve ser considerado como valor do contrato, creio que a melhor solução, que igualmente atende ao interesse público, não seja a de determinar-se ao DNER que adote nova compreensão para o que venha a ser considerado como o valor do contrato, mas sim de que se determine à mesma autarquia que, nos próximos

procedimentos licitatórios que venha a realizar, estipule o percentual a ser fixado como limite máximo para exigência de patrimônio líquido em função do valor absoluto dos investimentos previstos.

Em tempo, em face das ponderações trazidas pelo eminente Representante do Ministério Público, nesta Sessão, aquiesço, também, à exclusão dos itens 8.1.15 e 8.1.16 da Decisão apresentada pelo Ministro Walton, face à prejudicialidade que os alcança, ante o exame do mérito dos demais itens acima citados.

Ante o exposto, louvando os trabalhos apresentados pelo Ministro-Relator e pelo Ministério Público, ambos elaborados com base em argumentos plausíveis e entremeados pelo nítido espírito da busca do interesse público, proponho que o Colegiado adote a deliberação que ora lhe submeto, de igual teor àquela trazida pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, exceto quanto aos itens 8.1.1, 8.1.2, 8.1.2.1, 8.1.15 e 8.1.16, que suprimi, e 8.1.6 e 8.1.8, que, com nova redação, passaram a compor os itens 8.1.11, 8.1.11.1 e 8.1.11.2 daquela que apresento, renumerados os demais.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de agosto de 2001.

UBIRATAN AGUIAR
Ministro-Revisor

TC-016.248/2000-6, TC-016.249/2000-3 e TC-016.250/2000-4 (Apenso ao TC-016.249/2000-3: TC-004.386/2001-8).

VOTO DE DESEMPATE DO PRESIDENTE

Nos termos do inciso VIII do art. 94 do Regimento Interno cabe-me nestes autos proferir voto de desempate.

Analisando os votos do Relator, Ministro Adylson Motta, e do Revisor, Ministro Ubiratan Aguiar, adoto a proposta de Decisão oferecida pelo Ministro-Revisor.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

DECISÃO Nº 586/2001 - TCU - PLENÁRIO

1. Processos TC-016.248/2000-6, TC-016.249/2000-3 e TC-016.250/2000-4 (todos com 4 anexos) Apenso ao TC-016.249/2000-3: TC-004.386/2001-8
2. Classe de Assunto: V – Acompanhamento da outorga de concessão de trechos rodoviários.
3. Responsável: Jaime dos Santos Freitas Pacheco, Diretor-Geral Interino.
4. Órgão: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER.
- 4.1. Concessões: trechos das rodovias BR-381/MG/SP (Belo Horizonte - São Paulo), BR-116/SP/PR (São Paulo - Curitiba) e BR-116/PR, BR-376/PR e BR-101/SC (Curitiba - Florianópolis).
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues
- 5.1. Revisor: Ministro Ubiratan Aguiar
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-geral.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, pelo Voto de Desempate de seu Presidente, nos termos do inciso VIII do art. 94 do Regimento Interno, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IV, 5º, 43, inciso II, da Lei 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. determinar ao DNER que:
 - 8.1.1. desenvolva, para as próximas concessões, considerada a realidade de cada rodovia, estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e de impedância, adequadamente fundamentados

com hipóteses e dados que possibilitem a transparência do processo de avaliação, compatibilizando-os com as premissas metodológicas adotadas, tais como a superioridade do benefício advindo da concessão sobre o custo atribuído ao usuário;

8.1.2. inclua no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, disposições relativas ao tratamento ambiental, em especial quanto aos seguintes aspectos:

8.1.2.1 cumprimento da Política Ambiental do DNER, aprovada pelo Conselho de Administração da Autarquia em 5.9.2000, e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;

8.1.2.2. responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e evitar a criação de novos passivos ambientais;

8.1.2.3. implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra, em específico a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas;

8.1.3. exclua os itens 170 a 182 do edital de licitação, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a fim de garantir o sigilo das propostas e o caráter competitivo do certame, preservando, por tal forma, a lisura do processo licitatório;

8.1.4. discrimine na Subseção II (Da Avaliação das Propostas) da Seção III (do Exame e da Avaliação das Propostas) do Capítulo IV (da Proposta de Metodologia de Execução) os parâmetros e requisitos para que as propostas de metodologia de execução sejam consideradas insatisfatórias, regulares ou adequadas ao requerido, a fim de possibilitar o julgamento objetivo das propostas, nos termos do art. 45, *caput*, da Lei 8.666/93;

8.1.5. promova as seguintes adequações na minuta de contrato, relativas à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

8.1.5.1. suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego), por estar compreendido na alínea “c” do item 3 da Cláusula XX;

8.1.5.2. suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato), em razão de que a imposição de prazos, para avaliação do equilíbrio do contrato, é incompatível com as premissas da licitação;

8.1.5.3. suprimir a alínea “b” do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado), por permitir que as adequações estruturais da rodovia provoquem o aumento de tarifa;

8.1.5.4. suprimir a alínea “b” do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), por não estar de acordo com a premissa adotada de que o PER é formulado pelos licitantes, a partir das indicações do poder concedente;

8.1.5.5. suprimir a alínea “f” do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), porque busca eliminar o risco inerente ao negócio e contraria o disposto no inciso II do art. 2º da Lei 8.987/95;

8.1.5.6. alterar o teor do item 13 da Cláusula XX do contrato, definindo-se que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será utilizada, tão-somente, a taxa interna de retorno – TIR apresentada na proposta comercial da licitante vencedora;

8.1.6. promova as seguintes adequações relativas ao nível de serviço a ser prestado pela concessionária:

8.1.6.1. incluir no edital de licitação, na minuta de contrato e em seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que “nível de serviço” opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior transparência acerca da qualidade do serviço prestado;

8.1.6.2. incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, cláusulas que obriguem a concessionária a informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego, como instrumento para se aferir o “nível de serviço” prestado ao longo da concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

8.1.6.3. incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

8.1.6.4. alterar o item 5.d da Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão, a fim de que a execução das obras de expansão tenham início 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço, identificada a partir das projeções de tráfego efetivo;

8.1.6.5. incluir no edital de licitação e na minuta de contrato, na parte relativa às sanções administrativas, a aplicação de multa, em valor estipulado, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado em edital de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao “D”;

8.1.7. reveja o edital de licitação, a minuta de contrato e seus anexos, a fim de que todos os dispositivos estejam em conformidade com as alterações determinadas nesta decisão;

8.1.8. inclua no edital de licitação e na minuta de contrato a obrigação da contratada de converter a sociedade de propósito específico criada para explorar a rodovia em companhia de capital aberto, nos termos do art. 5º, inciso II da Resolução 40/2000 do Conselho Nacional de Desestatização;

8.1.9. inclua na redação do item 239 e na minuta de contrato a exigência de que, até o momento da futura conversão da sociedade de propósito específico em companhia aberta, os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, ainda que indiretamente, permanecendo, após a conversão em companhia aberta, a proibição de que venham a participar do bloco de controle acionário da concessionária;

8.1.10. altere a redação do item 242 do edital, passando-se a exigir que o capital social subscrito da concessionária deverá ser equivalente ao patrimônio líquido mínimo exigido na fase de habilitação, enquanto o capital integralizado deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão a, pelo menos, 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária;

8.1.11. nos próximos editais de licitação:

8.1.11.1. altere os critérios de qualificação econômico-financeira aplicável aos consórcios, de forma a prever que cada consorciado, individualmente, comprove possuir patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido que deverá integralizar no consórcio, observado o valor mínimo de patrimônio líquido exigido no edital e sua participação no empreendimento;

8.1.11.2. reduza o percentual de capital mínimo ou do valor do patrimônio líquido a ser exigido dos licitantes, a que se refere o § 3º do inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93, de forma a que o valor absoluto dele resultante seja compatível com a soma dos investimentos a serem realizados durante todo o período da concessão;

8.2. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que, nos termos da Ordem de Serviço 4 - Segecex, de 20.4.2001, e da determinação da Presidência do Tribunal, comunicada na sessão Plenária de 11.4.2001, bem como à Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid, acompanhe o cumprimento da decisão proferida nestes autos e informe ao Tribunal sobre as providências adotadas; e

8.3. enviar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Diretor-Geral do DNER, a título de subsídio para o cumprimento das determinações constantes do subitem 8.1; ao Sr. Ministro de Estado dos Transportes, para conhecimento e eventuais providências que houver por bem adotar, no exercício da supervisão ministerial que lhe compete; ao Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Comissão Mista de Fiscalização e Orçamentos Públicos do Congresso Nacional, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para conhecimento.

9. Ata nº 34/2001 - Plenário.

10. Data da sessão: 22/08/2001 - Ordinária.

11. Especificação do **quorum**:

11.1. Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Revisor) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

11.2. Ministros com voto vencido: Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

GRUPO II - CLASSE V – PLENÁRIO

TC-016.243/2000-0, TC-016.244/2000-7, TC-016.245/2000-4 e TC-016.246/2000-1

NATUREZA: Acompanhamento de outorga de concessão de trechos rodoviários

ÓRGÃO: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem –DNER

RESPONSÁVEL: Rogério Gonzalez Alves, Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

EMENTA: Acompanhamento do processo de concessão de trechos das rodovias federais BR-153/SP (Divisa MG/SP – Divisa SP/PR), BR-116/PR/SC (Curitiba – Divisa SC/RS), BR-393/RJ (Divisa MG/RJ – entrada da BR-116/RJ) e BR-101/RJ (Ponte Presidente Costa e Silva – Divisa RJ/ES). Primeiro e segundo estágios. Impropriedades no edital e na minuta do contrato. Impossibilidade de aprovação. Determinações de correção. Determinação ao Controle Interno. Determinação ao DNER de reenvio do edital e da minuta do contrato ao TCU para novo exame, nos exatos termos da Instrução Normativa TCU nº 27/98. Ciência ao responsável.

Adoto, como relatório, as manifestações atinentes aos Acompanhamentos dos processos de concessão de trechos de rodovias federais, elaboradas pelos AFCEs Cláudio Riyudi Tanno e Denise Torres de Mesquita da Silveira, com cujas propostas de encaminhamento manifestaram-se de acordo o gerente de Projeto e o titular da Secretaria de Fiscalização de Desestatização, em razão da objetividade circunstanciada com que tratam os fatos relacionados aos processos de outorga da concessão dos trechos de rodovia indicados. São estes os termos do relatório, apresentado de forma consolidada:

“Trata-se do acompanhamento do processo de outorga da concessão dos trechos acima referenciados, incluídos no Programa Nacional de Desestatização por meio do Decreto nº 2.444, de 30/12/1997 (fl. 2). Os documentos que compõem os citados processos referem-se ao primeiro e segundo estágios de acompanhamento, previstos nos incisos I e II do art. 7º da Instrução Normativa TCU nº 27/98.

2. Na instrução anterior (fls. 17/22) ficou registrado que o DNER não observou o prazo para encaminhamento dos documentos relativos ao primeiro estágio (estudos de viabilidade, projetos/levantamentos desenvolvidos e estudos de impactos ambientais) e descumpriu a Decisão nº 172/2000 – TCU – Plenário, que entendeu a ilegalidade na cobrança de pedágio em rodovias de pista simples. Com essa fundamentação, foi proferida a Decisão nº 1047/2000 – TCU – Plenário, que suspendeu cautelarmente a licitação dos trechos em referência e estabeleceu prazo de 60 dias para que o Tribunal se pronunciasse em definitivo sobre o recurso interposto contra a Decisão nº 172/2000 – TCU – Plenário (fl. 30).

3. Resumidamente, quanto à configuração dos lotes em análise, apresentam-se as seguintes características:

Lotes	Extensão total (km)	Extensão já duplicada (km)	Extensão de pista dupla após as duplicações previstas (km)	% de pista dupla após duplicações
7	321,7	7,7	57,5	17,87%
8	200,0	-	27,4	13,70%
9	406,5	2,2	25,5	6,27%
10	320,8	60,7	116,2	36,22%

4. Deve-se aqui mencionar que os lotes ora examinados (pistas simples) compunham o rol de sete editais de licitação publicados em 3/11/2000. Desses, três lotes correspondem a trechos de rodovias de pista dupla e foram analisados no âmbito dos processos TC nº 016.248/2000-6, 016.249/2000-3 e 016.250/2000-4.

5. O que se verifica é que, apesar da distinção entre o tipo de via (simples ou dupla), foram adotados, basicamente, os mesmos procedimentos, metodologias e critérios para todos os lotes lançados (7 a 13), o que sugere a adequação da análise feita anteriormente, por esta Unidade Técnica, nos processos de acompanhamento da outorga dos trechos de pista dupla, aos casos que ora se analisa.

HISTÓRICO DA ANÁLISE DOS PROCESSOS DE PISTA DUPLA

6. A Decisão Plenária nº 1048, de 6/12/2000, suspendeu, cautelarmente, o processo licitatório para concessão dos trechos de pista dupla e promoveu diligência junto ao DNER.

7. Os elementos encaminhados foram analisados e deram origem à Decisão nº 46/2001 – TCU – Plenário, que manteve a suspensão dos procedimentos licitatórios e demandou da autarquia justificativas sobre inconsistências apontadas no estudo de viabilidade técnica e econômica, no edital da licitação e na minuta de contrato, quais sejam:

- a) projeção da receita financeira da concessionária;
- b) ausência de estudos específicos de tráfego para cada rodovia;
- c) ausência de justificativas para a quantificação e localização das praças de pedágio;
- d) cálculo das estimativas para os índices de fuga e impedância de forma simplificada e genérica;
- e) consideração de todos os custos e despesas como custos fixos;
- f) apresentação de valores na planilha incoerentes com o critério adotado de R\$500,00 por mês, por quilômetro, para a verba de aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal;
- g) ausência de previsão de despesas com o meio ambiente e de investimentos em obras de recuperação do passivo ambiental;
- h) exigência de que o licitante apresente atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, expedido por instituição financeira;
- i) insuficiência de critérios para atribuição de notas técnicas à 'Metodologia de Execução';
- j) critério de cálculo do patrimônio líquido dos consórcios e possível restrição da competitividade dele advinda.

8. A partir das justificativas encaminhadas pelo DNER, foram consideradas satisfatórias as explicações dadas em relação aos itens 'a', 'c', 'e' e 'f'. Todos os demais foram analisados, tendo sido formuladas propostas de adequação dos termos do edital e de seus anexos.

9. A citada Decisão Plenária nº 46/2001 formulou, ainda, as seguintes determinações (item 8.3):

- a) inclua no Programa de Exploração Rodoviária/PER a parte do passivo ambiental existente que deverá ser recuperada pela concessionária e inclua na minuta do contrato a obrigação de a concessionária recuperar todo o passivo ambiental, ao longo da rodovia, que surgir durante o período de concessão, decorrente da própria existência da estrada ou de sua exploração;
- b) exclua do item 29, na Seção XIII, do edital o texto que estabelece a intervenção de um representante da concessionária na confecção do 'Termo de Vistoria', necessário para o início da cobrança do pedágio;
- c) inclua no edital os critérios objetivos para a verificação da consistência das projeções financeiras, a que se refere o item 46, subitem 'b', do Capítulo II, Seção I, Subseção I do edital;
- d) inclua na minuta do contrato que as receitas alternativas devem reverter para o usuário com a diminuição da tarifa, nos termos do art. 11 da Lei 8.987/95;
- e) altere a minuta do contrato para incluir cláusulas que regulem de forma clara os procedimentos para a desapropriação, a servidão administrativa e a limitação administrativa ao direito de propriedade, definindo entre esses procedimentos quais deles são de competência da concessionária;.

10. Em 22/6/2001, o DNER, após obter vistas dos processos relativos às concessões de pistas duplas, apresentou documento intitulado 'Memorial' em que buscava reformular as propostas de encaminhamento feitas pela Unidade Técnica. As argumentações da autarquia foram examinadas na íntegra, sendo que as consideradas procedentes ensejaram a retificação da proposta originalmente encaminhada ao Ministro-Relator.

11. Assim, o encaminhamento a ser proposto para os presentes autos aproveitará, pela similaridade, a análise procedida quando da apreciação dos processos de acompanhamento de concessão de rodovias de pista dupla. Expõem-se, a seguir, as principais considerações acerca de pontos que, no caso análogo dos processos de pista dupla, geraram as determinações constantes da Decisão nº 46/2001 (parágrafo 9), quando da apreciação inicial, e a posterior proposta de encaminhamento desta unidade.

a) PROJEÇÕES DO VOLUME DE TRÁFEGO EQUIVALENTE

12. As projeções de volume de tráfego, constantes do Estudo da Viabilidade Econômico-Financeira (vol. 1), partem das contagens que o DNER faz periodicamente nas rodovias e dos levantamentos feitos pelos consultores nos locais previstos para as praças de pedágio. Os volumes de tráfego de cada ano de concessão são estimados aplicando-se uma taxa de crescimento ao volume de tráfego do ano anterior ao período de concessão. Os consultores consideraram o crescimento do tráfego como sendo proporcional ao crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) nacional.

13. As projeções do PIB foram feitas por meio da taxa média geométrica decenal de crescimento, apurada no período 1989-1998 (1,93%, segundo dados disponíveis à época dos estudos de viabilidade e retirados da Revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas). Essa média foi o parâmetro básico utilizado para projetar o valor do aumento do tráfego durante todo o período da concessão.

14. Aceita-se o uso da média geométrica decenal porque é razoável supor que as taxas de crescimento da economia nos próximos dez anos provavelmente serão semelhantes às observadas nos dez anos anteriores. Dessa forma, o cálculo feito pelos consultores assume de forma simplificada, mas aceitável, que o volume de tráfego ao longo de todo o período cresce na mesma proporção do PIB, o qual, por sua vez, é projetado para crescer anualmente a uma taxa igual à média geométrica do crescimento observado nos dez anos anteriores. Resulta que o crescimento de tráfego projetado para os primeiros anos da concessão situa-se em 2,2% ao ano, reduzindo-se para 1,6% nos anos seguintes.

15. No entanto, cabe correção da sistemática adotada. A média dos exercícios de 1991 a 2000 reflete uma situação mais condizente com a realidade atual, pois além de incluir o PIB verificado no último ano, considerando uma base de dados mais atual, expurga o desempenho de – 5,05% do ano de 1990, situação historicamente excepcional, observada quando da estagnação econômica decorrente do chamado ‘Plano Collor’. Com essa pequena alteração, que não muda a hipótese dos consultores, considerando-se o decênio 1991/2000, a taxa de crescimento média eleva-se de 1,93% para 2,67%.

16. Ante o exposto, **propõe-se que seja mantida a metodologia utilizada para projeção do tráfego equivalente, a ser utilizada no fluxo de caixa do empreendimento, utilizando-se para o cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB os exercícios de 1991 a 2000.**

b) DIMENSIONAMENTO DOS ÍNDICES DE FUGA E IMPEDÂNCIA

17. O DNER adotou-se critério constante do Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira que resulta no valor de 1% de fuga e impedância para cada R\$ 0,10 de tarifa, para veículos comerciais de mais de três eixos, e 0,5% de fuga e impedância para cada R\$ 0,10 de tarifa, para veículos leves, ônibus e veículos comerciais com três eixos ou menos. Isso dá um total de 30% de fuga e impedância para veículos pesados e 15% para veículos leves, na hipótese de que a tarifa básica fique em R\$ 3,00.

18. A regra adotada pelos consultores para a fixação do preço máximo da tarifa impõe que os benefícios potenciais para o usuário sejam maiores que o valor da tarifa. Por coerência metodológica, entendemos que não devem ser computados, no médio e longo prazo, os usuários que deixam de usar a rodovia em consequência da cobrança de pedágio. Assim, o usuário em vez de fugir da rodovia vai se sentir estimulado a usá-la com mais frequência depois do pedágio, haja vista os consequentes benefícios advindos das melhorias.

19. No nosso entender, a aplicação igualitária da fuga e impedância a todos os lotes da licitação representa uma simplificação muito radical. Cada uma das rodovias do programa de concessão tem particularidades que as distinguem entre si. Não se pode, ainda, deixar de observar

que a quantidade de veículos que trafega na rodovia mas não passa nas praças de pedágio tende a diminuir à medida que os pontos de fuga são bloqueados.

20. Diante dos fatos citados, era de se esperar uma projeção de tráfego cada vez menos afetada pelos índices de fuga e impedância ao longo do período de exploração. Apesar da complexidade do assunto e das dificuldades de se fazer estimativas, os índices de fuga e impedância foram aplicados indiscriminadamente a todas as rodovias e representam enorme redução no valor projetado da receita operacional, o que acarreta sobrevalorização do valor máximo de tarifa fixado no edital.

21. O principal objetivo do estudo de viabilidade é garantir a transparência do processo de concessão, fornecendo informações a todos os interessados em quantidade e qualidade suficientes para que qualquer um deles possa verificar a adequação dos preços e das condições do contrato. Portanto, concluímos que o cálculo das estimativas para os índices de fuga e impedância foram realizados de forma simplificada e baseado em premissas não fundamentadas. A aplicação genérica desses índices teve como consequência a sobrevalorização do preço máximo da tarifa de pedágio, o que afeta sensivelmente os valores da receita.

22. Assim, **entendemos que devam ser reduzidos os índices de fuga e de impedância utilizados, de modo a justificar a premissa de que os benefícios potenciais para o usuário são superiores ao valor da tarifa. Essa condição implica, de início, em índices menores aos considerados e no decréscimo desses percentuais ao longo da concessão. É cabível, ainda, a determinação de que, para as próximas concessões, os índices de fuga e impedância sejam decorrentes de estudos técnicos fundamentados, em que se considere a realidade de cada rodovia.**

c) PASSIVO AMBIENTAL

23. O DNER, quando questionado sobre a ausência de previsão de despesas com o meio ambiente e de investimentos em obras de recuperação do passivo ambiental, respondeu que essas despesas foram consideradas nas rubricas Conserva de Rotina e Administração Geral.

24. Em análise aos estudos de viabilidade econômico-financeiros apresentados, verificou-se que entre os critérios para dimensionamento dos custos operacionais da rodovia consta o item Conserva Rotineira, que considera uma contingência de 15% para emergências. O item Administração, por sua vez, foi localizado no fluxo de caixa e refere-se tão-somente aos custos de mão-de-obra, consumos e diversos. Não há qualquer menção a gastos com meio ambiente nessas rubricas.

25. Quanto às obras de recuperação ambiental, o quadro 5.2 – Planilha de obras, serviços e cronogramas – do Estudo de Viabilidade (fls. 44/47) discrimina tais custos em dois pontos:

- reabilitação de taludes e cadastro geral do passivo ambiental, a serem realizados durante os trabalhos iniciais (item 1.11);
- reabilitação de taludes, a serem realizados do terceiro ao quinto ano da concessão (item 2.10)

26. Afora essas previsões, observa-se que o edital é omissivo quanto à questão do meio ambiente e dispõe, apenas, que o escopo da concessão inclui a proteção ambiental do lote (item 13).

27. O Programa de Exploração da Rodovia – PER, no entanto, trata do tema no Volume 1 (item 4 - Planos, Projetos e Tratamento Ambiental) e no Volume 2 (Aspectos e Diretrizes Gerais do Meio Ambiente), estabelecendo que as responsabilidades da concessionária, no que se refere aos aspectos ambientais, podem ser agrupadas da seguinte forma:

- recuperação do passivo ambiental;
- implantação de programas de monitoração e proteção ambiental;
- implantação de programas sociais;
- realização de obras de restauração das rodovias, de melhorias físicas e operacionais e de ampliação da capacidade.

28. Determina, ainda, que todo o passivo ambiental seja levantado e cadastrado na fase dos trabalhos iniciais, incluindo o dimensionamento, a localização e a descrição dos problemas verificados. A concessionária deverá executar, ainda, o tratamento e a recuperação do passivo ambiental na fase dos trabalhos ao longo da concessão, mais especificamente no período compreendido entre o segundo e o quinto ano de exploração.

29. A Decisão nº 46/2001 – TCU – Plenário fez algumas determinações ao DNER, dentre as quais a inclusão no PER e na minuta do contrato (pista dupla) de previsão que atribua à concessionária a recuperação de todo o passivo ambiental existente, assim como do que venha a surgir ao longo da rodovia, durante todo o período da concessão, decorrente da própria existência da estrada ou de sua exploração. Das adaptações apresentadas (15 – **NOTA DE RODAPÉ - fls. 19/22 do volume 6 do TC nº 016.248/2000-6**) pelo DNER, discorda-se quanto ao seguinte texto, proposto para figurar no PER: ‘Caberá à concessionária assumir **apenas** aqueles passivos ambientais que vierem a ser constituídos após a transferência do controle da rodovia ...’ (grifo nosso).

30. As licitações de outorga dos trechos de rodovias de pista dupla, atingidas pela determinação, conforme informações constantes do vol. 6 do TC nº 016.248/2000-6, possuem obras executadas com financiamento proveniente do BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento, cujo contrato contém a exigência da execução de toda a recuperação do passivo ambiental hoje existente, bem como de todo aquele provocado pela execução de tais obras.

31. Em que pese a situação distinta dos trechos de pista dupla quanto ao aspecto ambiental, haja vista as exigências contidas nos contratos de financiamento do BID, observa-se que não há como distinguir os passivos ambientais existentes dos que serão constituídos após a transferência do controle da rodovia. Ao contrário, e a fim de que no futuro não se venha alegar a existência de passivos anteriores como fundamento para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o edital deve ser preciso ao estabelecer a responsabilidade do concessionário pela recuperação de todo o passivo ambiental existente. Além disso, incumbe ao responsável pelos trechos a realização do cadastro geral do passivo ambiental e a adoção de medidas que evitem a criação de novos passivos durante o período da concessão.

32. A preocupação com meio ambiente é reforçada com a aprovação pelo Conselho de Administração do DNER, em 5/9/2000, da Política Ambiental do Órgão. Entre os objetivos dessa Política destaca-se a exigência do seu cumprimento nas licitações, nos contratos de concessão e nos convênios de delegação, e a implantação da NBR ISO 14001 pelos contratados, concessionários e permissionários.

33. A citada Norma específica ‘os requisitos relativos a um sistema de gestão ambiental, permitindo a uma organização formular um política e objetivos que levem em conta os requisitos legais e as informações referentes aos impactos ambientais significativos. **Ela se aplica aos aspectos ambientais que possam ser controlados pela organização e sobre os quais presume-se que ela tenha influência.** Em si, ela não prescreve critérios específicos de desempenho ambiental’ (grifo nosso).

34. Dessa forma, **entendemos que o edital de licitação e a minuta de contrato devem conter cláusulas ambientais específicas**, relativas aos seguintes aspectos:

- cumprimento da Política Ambiental do DNER e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;
- responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e o que venha a surgir durante a vigência da concessão, e evitar a criação de novos passivos ambientais;
- implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra.

d) ATESTADO DE EXEQUIBILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA

35. O item 170, Capítulo IV, Seção IV, que trata do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, estabelece que esse documento deve ser expedido por instituição financeira com experiência comprovada em montagem de engenharia financeira para empreendimentos do tipo BOT - Build-Operate-Transfer, vinculada a um project finance. A experiência da instituição financeira deve ser comprovada por declaração expedida por clientes seus que tenham empreendimento desse tipo.

36. Inicialmente, deve-se ressaltar que o financiamento das concessões, tendo-se por garantia as receitas futuras previstas (project finance), não se constitui no único modelo passível de ser adotado pelos futuros concessionários. De fato, o empreendimento pode ser realizado com recursos próprios e, nessas circunstâncias, não haveria porque exigir qualquer avaliação por parte de uma instituição financeira.

37. Para os licitantes que não almejam fontes de financiamento externo, a exigência do atestado de exequibilidade econômico-financeira criará uma situação difícil. **Aqueles que quiserem permanecer no certame terão que buscar, por força das normas editalícias, um aval fictício, irreal, que maculará toda a proposta comercial.**

38. Ademais, a intervenção de uma instituição financeira não garante a elaboração de propostas consistentes, como alegou o DNER no âmbito do acompanhamento das concessões de pista dupla. O oposto, no entanto, pode ocorrer. Caso o empresário apresente um fluxo de caixa com rentabilidade mais baixa que o considerado adequado para o project finance (tarifas mais baixas), o empreendimento poderá ser considerado inviável pela instituição financeira. Ressalte-se, ainda, que projetos alicerçados em project finance exigem uma atenuação de riscos que somente é alcançada com altas taxas internas de retorno do investimentos, **o que faz com que as tarifas de pedágios fiquem acima do necessário para cobrir os custos e investimentos e outros encargos da concessão, onerando demasiadamente e sem necessidade os usuários.**

39. Outro inconveniente dessa exigência é o possível comprometimento do sigilo das propostas. O projeto de investimento de cada licitante deverá ser examinado tanto pela instituição financeira quanto pelas empresas consultoras por ela indicadas. Esse exame é necessário para a análise de, por exemplo, aspectos de engenharia civil, engenharia de tráfego, comunicações, avaliações financeiras, seguros e demais elementos que podem influenciar as receitas e despesas do projeto. Todos esses profissionais terão acesso aos dados e saberão em que bases foram feitas as projeções das entradas e saídas do fluxo de caixa, podendo, inclusive, avaliar duas ou mais propostas.

40. Quanto ao sigilo das propostas comerciais, os argumentos apresentados pelo DNER no âmbito do acompanhamento das concessões de pista dupla são os seguintes:

a) somente os licitantes classificados na fase de metodologia de execução (quando se analisaria o atestado) terão as propostas de tarifas conhecidas, estando o sigilo garantido entre as datas de entrega e abertura dos envelopes;

b) a obrigatoriedade do sigilo das propostas é exigência legal dirigida aos membros da comissão de licitação, não havendo como garantir que os licitantes não se comuniquem e divulguem suas propostas antes da entrega dos respectivos envelopes.

41. O que se pode concluir acerca dessas ponderações feitas é que, em que pese a possibilidade de as propostas serem discutidas e devassadas durante o certame, por iniciativa dos participantes, os atos de gestão da administração pública não podem dar margem a essas ocorrências. O que se espera da concorrência é obter a melhor proposta para a administração, sendo que para esse fim o sigilo é fundamental. Nesse sentido, não há como exigir dos interessados na licitação que dêem ciência a terceiros dos termos que fundamentarão suas propostas.

42. Na realidade, a exequibilidade da proposta comercial deverá ser atestada pela comissão de licitação, sem a interferência de instituições financeiras, como aliás já está previsto no item 46, alínea b, do edital, sendo facultado à comissão optar por uma assessoria técnica.

43. **Propõe-se, assim, que sejam excluídos do edital os itens 170 a 182, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento.**

e) PARÂMETROS PARA AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO

44. Após a Decisão nº 46/2001 – TCU – Plenário, o DNER reviu o item 166 do edital, relativo à avaliação das propostas de metodologia de execução, reformulando-o. Foram incluídos os seguintes critérios para a pontuação dos licitantes, de acordo com os grupos e subgrupos temáticos apresentados no edital:

Condição da apresentação do item do subagrupamento	Nota
não apresentado	Zero
Insatisfatório	35% da nota máxima
Regular	75% da nota máxima
adequado ao requerido	100% da nota máxima

45. Segundo a metodologia apresentada, serão classificados nessa etapa os licitantes que obtiverem avaliação superior ou igual a 75% da nota máxima atribuída a cada grupo de assuntos, elencados a seguir:

- a) conhecimento do problema;
- b) plano de trabalho para construção das instalações;
- c) plano de trabalho para execução dos trabalhos iniciais;
- d) plano de trabalho para execução das obras de restauração;
- e) plano de trabalho para execução das obras de melhorias físicas e operacionais e de ampliação de capacidade;
- f) plano de trabalho para execução dos serviços de manutenção periódica das rodovias;
- g) plano de trabalho dos serviços de operação da rodovia;
- h) plano de trabalho para execução dos serviços de conservação das rodovias;
- i) plano de trabalho para minimização dos impactos urbanos, ambientais e dos impactos de fluidez e segurança do tráfego;
- j) estrutura organizacional da concessionária.

46. Pode-se considerar que a alteração promovida no edital supriu em parte a necessidade de critérios para avaliação das metodologias de execução propostas pelos licitantes. Resta discriminar, no entanto, quais os parâmetros/requisitos para que os itens dessa proposta sejam considerados insatisfatórios, regulares ou adequados ao requerido, uma vez que não existe na legislação pertinente amparo para utilização de critérios de julgamento de propostas técnicas baseados em tópicos que dão ensejo a avaliações subjetivas por parte da comissão de licitação, nos termos do **caput** do art. 45 da Lei nº 8.666/93. Estabelece o dispositivo que os critérios deverão ser 'previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle'.

47. Propõe-se, dessa forma, que seja discriminada na Subseção II (Da Avaliação das Propostas) da Seção III (Do Exame e da Avaliação das Propostas) do Capítulo IV (Da Proposta de Metodologia de Execução) os parâmetros e requisitos para que as propostas de metodologia de execução sejam consideradas insatisfatórios, regulares ou adequados ao requerido.

f) QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS CONSÓRCIOS

48. O item 71, letra 'd', do edital estabelece que 'para efeito de qualificação econômico-financeira de Consórcio, o Patrimônio Líquido do mesmo será calculado pelo somatório da multiplicação do Patrimônio Líquido de cada consorciado pelo percentual de sua respectiva participação na constituição do consórcio'. Segundo o DNER, essa regra está de acordo com o art. 33, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

49. O citado artigo, ao dispor sobre as normas para a participação de consórcios nos processos licitatórios, prevê ainda:

– a Administração pode estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% dos valores exigidos como patrimônio líquido do licitante individual (inciso III do art. 33, in fine, estabelecido no item 71, letra 'e', do edital);

– a responsabilidade pelos atos praticados em consórcio é solidária, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato (inciso V do art. 33, estabelecido no item 72, letra 'b', do edital);

– o licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio (§ 2º do art. 33, prejudicado, pois exige-se a formação de empresa regida pela Lei nº 6.404/76, nos termos dos itens 231 e 232 do edital).

50. A prestação de serviços públicos por meio de concessões e permissões foi instituída no Art. 175 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 8.987/95. Até a publicação dessa Lei específica, aplicavam-se às licitações para concessões e permissões de serviços públicos os ditames do Decreto-lei nº 2300/86, sucedido pela Lei nº 8.666/93.

51. Esse cenário mudou, no entanto, com o advento da Lei nº 8.987/95. Ao explorar o tema concessões, o legislador destinou os arts. 19 e 20 para determinar em que condições os consórcios poderiam participar da licitação e, ainda, como deve ser a celebração do contrato. Surge daí o antagonismo entre as citadas normas.

52. Os §§ 1º e 2º do art. 19 da Lei nº 8.987/95 estabeleceram que o licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, sendo a empresa líder a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, ‘sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas’.

53. Não obstante, essa regra foi excepcionada pelo art. 20 da mesma Lei que facultou ‘ao poder concedente, **desde que previsto no edital**, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, **se constitua em empresa antes da celebração do contrato**’ (grifo nosso). Nota-se aqui, diferentemente do previsto no art. 33, § 2º, da Lei nº 8.666/93, a possibilidade de transformação do consórcio em empresa, como condição para celebração do contrato.

54. De fato, os editais ora analisados prevêm que a adjudicatária venha a constituir uma sociedade de propósito específico, cujos estatuto e composição acionária deverão ser submetidos à aprovação do DNER antes da assinatura do contrato (item 231 do edital): ‘A adjudicatária deve constituir, para a Celebração do Contrato de Concessão, uma sociedade com sede em um dos Estados atendidos pelo Lote, cujo objeto social deve restringir-se, exclusivamente, à exploração do Lote, com duração suficiente para o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do Contrato de Concessão, e cujos estatutos e composição acionária deverão ser submetidos à aprovação do DNER antes da assinatura do Contrato’.

55. Os editais determinam, ainda, que a concessionária submeta-se ao regime da Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas – e demais disposições pertinentes à matéria (item 232). Portanto, no âmbito geral, a legislação permite que o consórcio venha a ter a forma de empresa e, no caso particular das concessões rodoviárias, essa empresa deve adequar-se à Lei nº 6.404/76.

56. A prática do DNER vem corroborar essas constatações, haja vista a configuração dada às empresas atualmente em atividade no setor das concessões rodoviárias federais: Concessionária PONTE Rio–Niterói S.A., NOVADUTRA – Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A., CRT – Concessionária da Rodovia Rio–Teresópolis S.A., CONCEPA – Concessionária da Rodovia Osório–Porto Alegre S.A., CONCER – Concessionária da Rodovia Juiz de Fora – Rio S.A..

57. A formação de empresa é benéfica para a exploração da concessão. Enquanto no consórcio as empresas participantes valem-se de disponibilidades não utilizadas de seu patrimônio e estrutura, na empresa de propósito específico desempenha-se atividade economicamente organizada para exercício de atividade específica, possuindo conjunto de bens e recursos organizados para tal finalidade. De acordo com Marçal Justen Filho, in *Concessões de Serviços Públicos*, Dialética, 1997, mencionando a faculdade do poder concedente em determinar a constituição em empresa, no caso de licitante vencedor ser consórcio (art. 20 da Lei nº. 8.987/95): ‘A regra merece aplausos porque o desempenho do serviço público objeto da concessão, de regra, é incompatível com o conceito de consórcio. Na maior parte dos casos, trata-se de atividades a serem desenvolvidas por longo prazo, necessitando estruturação exclusiva de recursos materiais e pessoal para seu desempenho. Essas atividades são complexas e pressupõe um sujeito com autonomia e personalidade jurídica próprias para seu desempenho’.

58. Uma vez formada a empresa para a exploração da concessão não há mais aplicabilidade da responsabilidade solidária pelos atos praticados em consórcio na execução do contrato (inciso V do art. 33 da Lei nº 8.666/93), visto que este deixa de existir. O consórcio apresenta-se como um todo à Administração e os consorciados devem manter essa unidade também nos atos que possam gerar sua responsabilidade. Dessa forma, a solidariedade fica restrita à fase de licitação, haja vista que a execução do contrato será realizada pela empresa constituída, à qual serão aplicados os preceitos da Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas.

59. Estabelece o art. 1º da citada lei que ‘a companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a **responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas**’ (grifo nosso). Essa característica contrapõe-se ao disposto no inciso V do art. 33 da Lei nº 8.666/93, que prevê a solidariedade entre os participantes do consórcio. Deve-se ressaltar que neste momento não há que se falar mais em consórcio e sim em empresa legalmente constituída para firmar o contrato de concessão, além do que, não havendo solidariedade, cada sócio deve ser responsável pela sua parte no negócio e não há necessidade de que o patrimônio líquido de cada uma seja maior ou igual ao mínimo individual exigido pelo edital.

60. Nesse sentido, quando se fala em requisitos para a participação de consórcios na licitação, torna-se inadequado o critério para cálculo do patrimônio líquido previsto no item 71, alínea 'd' do edital. O que se espera é que cada consorciado, isoladamente, venha garantir patrimônio líquido igual ou superior ao patrimônio líquido individual exigido, na proporção de sua participação no consórcio. Exemplificando, se o patrimônio individual exigido é de 1.000 unidades monetárias, um consorciado com 10% de participação deverá possuir um patrimônio mínimo de 100 unidades monetárias.

61. No caso de licitantes individuais, a exigência de patrimônio líquido mínimo - entendido como o somatório de seu capital social, das reservas e dos prejuízos ou lucros acumulados - serve como evidência de que ele dispõe de potencial para investir recursos para o atendimento do objeto da licitação. Nas licitações de concessões rodoviárias com a participação de consórcios, garante-se com o cálculo proposto que cada consorciado disponha, à época da licitação, de recursos que sinalizem a execução do contrato na proporção de sua participação.

62. A Lei nº 8.987/95 não se manifestou quanto ao acréscimo de 30%, para os consórcios, sobre o valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes individuais. A partir dos argumentos apresentados e do necessário cumprimento ao princípio da isonomia, pode-se concluir que tal lacuna sugere a não aplicação dessa exigência às licitações para concessão de serviços públicos.

63. Outro aspecto observado diz respeito à exigência contida no item 239: caso a vencedora da licitação seja consórcio, a titularidade do controle efetivo da sociedade concessionária a ser constituída deve ser exercida pelas empresas consorciadas. O referido item faculta, ainda, a participação de terceiros interessados no capital inicial da sociedade concessionária **sem dispor**, todavia, sobre a condicionante de que tais interessados não possam ter participado da licitação. Essa condição decorre do disposto no inciso IV do art. 19 da Lei nº 8.987/95, segundo o qual:

'Art. 19 Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...omissis...)

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.'

64. Buscou-se, assim, regular a forma de participação das empresas no certame - isoladamente ou por meio de apenas um consórcio, garantindo-se a independência das propostas. Ao se consentir que da concessionária venha a fazer parte uma ou mais empresas que, tendo participado da licitação, não lograram êxito, certamente os fatores transparência e competitividade do certame serão questionados.

65. Essa previsão já existia nos editais lançados pelo DNER na primeira etapa das concessões rodoviárias. A esse respeito dispôs a Decisão nº 32/2000 - TCU - Plenário (TC nº 009.540/1999-7) que, ao tratar da transferência da participação societária da CONCEPA, analisou a possibilidade de ingresso de capital de terceiros na sociedade desde que eles não tenham participado da licitação, como previsto no Edital nº 292/93-00.

66. Informação nova, sobre esse aspecto, é a determinação contida na Resolução nº 40, aprovada pelo Conselho Nacional de Desestatização - CND em 17/10/2000, para que a sociedade de propósito específico constituída transforme-se em companhia aberta e obtenha registro para negociação em Bolsa de Valores no prazo de até cinco anos, contados da assinatura do contrato de concessão (inciso II do art. 5º). Nessas condições, **entende-se que essa exigência deve constar do edital, consignando-se, ainda, que, até a autorização para negociação em Bolsa de Valores das ações da concessionária, os terceiros interessados que venham a participar do capital social não tenham participado da licitação.**

67. Ante o exposto, propõe-se que sejam promovidas as seguintes adequações no edital:

- alterar a alínea 'd' do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior ao exigido no edital, na proporção de sua respectiva participação na constituição do consórcio, e que a soma da participação dos consorciados será o patrimônio líquido do consórcio;

- excluir a letra 'e' do item 71, que trata do acréscimo de 30% do valor exigido para o licitante individual, nos casos de consórcio, renumerando-se os itens seguintes e excluindo essa previsão do item 136, alínea 'c.1';

– incluir item específico na Subseção I (Da Constituição da Empresa Concessionária) da Seção II (Das Exigências para do Contrato de Concessão) do Capítulo VII (Da Celebração do Contrato de Concessão) que determine à sociedade concessionária transformar-se em companhia aberta e obter registro para negociação em Bolsa de Valores no prazo de até cinco anos, contados da assinatura do Contrato de Concessão, como previsto pelo inciso II do art. 5º da Resolução CND nº 40/2000;

– incluir na redação do item 239 a exigência de que, até a autorização para negociação em Bolsa de Valores das ações da concessionária, os terceiros interessados que venham a participar do capital social não tenham participado da licitação, a fim de buscar-se a transparência e a competitividade do certame licitatório.

g) REVISÃO CONTRATUAL E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

g1) PREMISSAS DA LICITAÇÃO

68. As experiências advindas das primeiras concessões de rodovias federais embasaram as modificações implementadas para o atual modelo de contrato. Foram introduzidos os seguintes preceitos:

- manutenção do nível de tarifa durante todo o período da concessão;
- exigência de nível de qualidade do serviço, como garantia mínima de segurança e conforto para o usuário da rodovia;
- detalhamento das obras necessárias para as melhorias da via e da estimativa de tráfego a cargo da concessionária.

69. Nas concessões já em operação, o objeto do contrato é minuciosamente definido. Caso se verifique no decorrer da concessão que as obras definidas no PER não são suficientes para garantir a qualidade requerida, o contrato é renegociado para incluir novas obras, tendo por consequência o aumento de tarifas resultantes do acréscimo das obrigações do concessionário.

70. Nessa segunda etapa do programa de concessão, o objeto do contrato, em resumo, é a operação da rodovia dentro de um determinado nível de qualidade. Permanece para o concessionário a obrigação de executar obras de infra-estrutura viária, mas as especificações técnicas para a operação se referem apenas às condições de qualidade do serviço prestado. As obras adicionais que porventura sejam necessárias para atender ao aumento do tráfego e garantir o nível de qualidade pactuado serão executadas por conta do concessionário.

71. No modelo anterior, qualquer acréscimo nas obrigações do concessionário, desde que autorizado pelo concedente, será prontamente coberto por aumentos de tarifa. Com isso, o concessionário tende a solicitar autorizações, para novas obras e novos serviços, mesmo quando não são urgentes ou necessários. O DNER e o CND acharam por bem adotar esse novo formato em que as tarifas devem se manter no mesmo nível durante todo o período de concessão, alterando-se apenas com os reajustes devidos à inflação e com as revisões em casos especiais.

72. Nessas condições, a impossibilidade de que o preço da tarifa seja alterado aumenta significativamente a percepção de risco dos prováveis interessados na licitação. A tendência é que eles ofereçam valores de tarifa maiores para um nível mínimo de qualidade do serviço, visando a se proteger de eventuais desembolsos no futuro. Nessas circunstâncias, a competição entre os potenciais licitantes deve ser a mais irrestrita possível, para que uma grande quantidade de empresas ou consórcios possam participar, de modo a garantir um preço de tarifa o menor possível e reduzir as possibilidades de conluio.

73. Outra consequência das mudanças é que o controle ficará muito dependente dos meios de verificação dos níveis de qualidade dos serviços. Os concessionários só estarão obrigados a cumprir o elenco fixo de obras de melhoria do programa mínimo definido no contrato, além de outros para garantirem os níveis de serviço pactuados. Diante disso, os níveis de qualidade devem ser estabelecidos com muita precisão, por meio de indicadores objetivos e fáceis de serem quantificados, a fim de evitar problemas de interpretação no futuro.

74. Observadas tais inovações, foram identificadas algumas cláusulas contratuais que vão de encontro com as premissas adotadas, em especial a manutenção do nível de tarifa por todo o período da concessão. Se por um lado o objetivo do novo modelo é eliminar as freqüentes

solicitações de revisão de tarifa, a existência de certos itens tem o efeito contrário. Relaciona-se na seqüência os dispositivos contratuais que aqui se contesta.

g2) SERVIÇO ADEQUADO

75. *A Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão vem caracterizar o que seja serviço adequado. O item 5 estabelece que as rodovias que compõem o lote poderão operar, no máximo, 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme definido no Highway Capacity Manual. As condições específicas para a manutenção desse nível de serviço são apresentadas nas alíneas subseqüentes. A alínea 'b' estabelece: 'As obras de expansão de capacidade decorrentes desse item, pelo acréscimo de tráfego, serão financiadas, se possível, dentro das variáveis econômico-financeiras então existentes, pelo acréscimo de tráfego, desde que mantido o inicial equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO' (grifo nosso).*

76. *O dispositivo citado contrapõe-se ao texto da alínea 'e' do mesmo item, segundo a qual essas obras de expansão, 'pelo acréscimo de tráfego, poderão alterar o cronograma de obras previsto na PROPOSTA, sem que isto implique na revisão do inicial equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO'.*

77. *Constata-se que a alínea 'b' admite a possibilidade de que, para as adequações estruturais necessárias, ante o acréscimo de tráfego, seja possível requerer a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com conseqüente aumento de tarifa. A alínea 'e', por sua vez, veda a revisão enquanto faculta ao concessionário alterar o cronograma de obras proposto para não onerar o contrato.*

78. *A alínea 'b', segundo informado pelo DNER nos processos de pista dupla, procura definir a condição em que, ao incorporar um novo investimento, este possa estar vinculado ao aumento de tráfego gerador da demanda de ampliação. Dessa forma, se a licitante admitir uma maior demanda de tráfego na rodovia, esta previsão deverá estar condizente com o volume de investimentos em ampliação de capacidade. Caso ocorra o atingimento do limite de nível de serviço anterior à fase de ampliação prevista, caberá à concessionária antecipar tal investimento.*

79. *No entanto, entendemos que tal alínea 'b' é desnecessária, uma vez que as condições descritas pelo DNER já se encontram contempladas em outros itens do edital, sendo inerentes à modelagem de concessão adotada. **Propõe-se, assim, a exclusão da alínea 'b' do item 5 da Cláusula XVI da minuta do contrato, a fim de evitar interpretações conflitantes com as condições definidas nesta licitação.***

g3) REVISÃO CONTRATUAL E TARIFA BÁSICA

80. *Nos termos da Cláusula XX do contrato, a revisão contratual será utilizada para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da concessionária e a receita do empreendimento, com a finalidade de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro. Os casos em que se dará a revisão estão relacionados no item 3, transcrito a seguir:*

'3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

a) ressaltados os impostos sobre a renda, sempre que forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

b) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

c) sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração ou de interferências imprevistas, resultem, comprovadamente, em acréscimos dos custos da CONCESSIONÁRIA;

d) sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a desapropriação de bens imóveis, a instituição de servidão administrativa ou a imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista na Cláusula LXXVII deste CONTRATO não seja atingido ou seja ultrapassado;

e) sempre que houver alteração unilateral deste CONTRATO, que comprovadamente altere os encargos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

f) sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais

componentes de custos considerados na formação da PROPOSTA COMERCIAL, desde que imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos neste CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.’

81. O disposto na alínea ‘b’ está de acordo com o antigo modelo de concessões rodoviárias, pelo qual as revisões tarifárias eram freqüentes e justificadas sempre que houvesse acréscimo ou supressão de encargos no Programa de Exploração da Rodovia – PER. Todavia, o que se pretende com as novas concessões é diferente. O licitante terá mais liberdade para formular sua proposta ante o caráter indicativo do PER, **garantindo-se, com isso, o comprometimento do concessionário com as obras a serem executadas e os serviços a serem prestados.** Conclui-se, assim, que essa opção deixa de existir no atual cenário, o que conduz à retirada dessa alínea da minuta de contrato.

82. Não obstante, a ocorrência de fatos imprevisíveis e inevitáveis, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da administração, e os conseqüentes reflexos nos custos das concessionárias serão corrigidos para que o empreendedor não seja vitimado por circunstâncias extraordinárias, como estabelece a alínea ‘c’.

83. Cabe ao concessionário, como previsto no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95, assumir o risco do empreendimento. Isso significa dizer que, como em qualquer negócio, deve responsabilizar-se pelas estimativas de investimentos e custos que vier a emitir no âmbito da licitação. Assim sendo, considera-se descabido o que dispõe a alínea ‘f’, transcrita. Depreende-se que esse dispositivo exime o concessionário do risco natural do negócio. Ora, supondo que o governo venha a adotar medida econômica que afete toda a sociedade (fato do príncipe), e em específico a estrutura de custos da concessão, essa ocorrência estará amparada pela alínea ‘c’ mencionada anteriormente. Por outro lado, as modificações decorrentes da conjuntura econômica internacional, se excepcionais e imprevisíveis, receberão tratamento diferenciado.

84. Dessa forma, **entende-se necessária a supressão das alíneas ‘b’ e ‘f’ do item 3 da cláusula XX da minuta do contrato de concessão.**

g4) RISCO GERAL DE TRÁFEGO

85. O item 1 da Cláusula XIII estabelece que: ‘A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de tráfego inerente à exploração do Lote, neste se incluindo o risco de redução do volume de tráfego, inclusive em decorrência da transferência de tráfego para outras rodovias e/ou vias urbanas já existentes quando da assinatura deste **CONTRATO, ressalvados os casos em que a redução de tráfego resulte de ato unilateral pelo PODER CONCEDENTE com impacto no equilíbrio econômico e financeiro deste CONTRATO**’ (grifo nosso). Parte do texto reproduzido faz parte dos primeiros contratos de concessões rodoviárias firmados, sendo que o trecho em negrito foi agora acrescentado.

86. Entende-se que esse dispositivo é desnecessário ante o previsto no item que o sucede nesta mesma cláusula. Segundo o item 2, ‘A assunção do risco de alteração do trânsito no lote constitui condição inerente ao regime jurídico da concessão a ser outorgada, não se admitindo, caso venha a ocorrer alteração quanto ao volume de trânsito esperado pela CONCESSIONÁRIA quando da apresentação da sua PROPOSTA, qualquer alteração de seus encargos, ou, ainda, revisão do inicial equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO’.

87. Não há sentido em se manter o item 1 porque a ressalva feita em seu final vem caracterizar a ocorrência do Fato do Príncipe, já previsto na cláusula de revisão contratual. Assim, se a redução de tráfego, com conseqüências sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, resultar de determinação estatal geral, imprevista e imprevisível, a concessionária irá fundamentar seu pedido de revisão na alínea ‘c’ do item 3 da Cláusula XX. **Conclui-se, portanto, pela retirada do item 1 da Cláusula XIII da minuta de contrato.**

g5) EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DO CONTRATO

88. O item 5 da Cláusula XIV prevê: ‘Não se admitirá um período maior do que 5 (cinco) anos entre as análises, devendo para tanto, se atingido esse intervalo, sem que qualquer das partes tenha solicitado tal análise, ela se faça por demanda do PODER CONCEDENTE’. Ora, se o que se espera com a nova modelagem da concessão é reduzir, ou até mesmo eliminar, as revisões de tarifas, qual o sentido em se estabelecer que o poder concedente provocará a análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem que a concessionária a tenha solicitado? Esse dispositivo

abre precedente para que, descabidamente, o equilíbrio do contrato seja questionado e a tarifa modificada.

89. Deve-se mencionar, ainda, os itens 4 e 6 dessa mesma cláusula, segundo os quais a análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ocorrerá quando qualquer das partes encaminhar justificativa consubstanciada, sendo que sempre que forem mantidas as condições do contrato estará mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Depreende-se, portanto, que especificamente nessas concessões, em que não são previstos os repasses de ganho de produtividade aos usuários, é desnecessário impor prazos para reavaliar o equilíbrio do contrato visto que as partes incumbir-se-ão de permanentemente monitorar esse aspecto e, se necessário for, reivindicar seus direitos. **Propõe-se a retirada do item 5 da Cláusula XIV da minuta de contrato.**

g6) TAXA INTERNA DE RETORNO (TIR)

90. O item 13 da Cláusula XX da minuta de contrato estabelece quais os elementos a serem observados quando da revisão contratual: 'Na revisão do equilíbrio econômico e financeiro do CONTRATO, deverão ser levados em consideração na recomposição da condição original do Plano Econômico-Financeiro da PROPOSTA, o conjunto de dados observados referentes à situação econômica e financeira da CONCESSIONÁRIA no período em análise e seus reflexos, entre outros elementos, na Taxa Interna de Retorno, no PayBack (período de equilíbrio entre receitas e despesas acumuladas), na Exposição Máxima do Caixa Anual, no Valor Presente Líquido do Resultado e na Variação no Valor Total do Contrato'.

91. A utilização de diversos parâmetros e indicadores que refletem a situação econômico-financeira do empreendimento pode gerar discussões subjetivas, uma vez que não haveria formas de recomposição do equilíbrio contratual que se adequassem a todos os indicadores, de modo a preservá-los integralmente. Ademais, esses indicadores apresentam objetivos próprios e aplicabilidades distintas, que nem sempre se prestam unicamente a refletir o plano econômico-financeiro contemplado numa proposta de exploração rodoviária.

92. O Valor Presente Líquido (VPL) é o melhor indicador para avaliação de ativos, representando o porte do empreendimento, ou o valor da concessão, caso se pudesse negociá-la no mercado ou estipular-lhe um valor de outorga. O tempo de retorno do investimento é útil para estimar o prazo de concessão, considerado, por vezes, como sendo três vezes o tempo de payback. A exposição máxima do caixa acumulado reflete a ótica do empreendedor sob o ponto de vista do financiamento da exploração (a necessidade de obtenção de capital de terceiros). A variação no valor total do contrato apresenta distorções quando utilizado em ajustes dessa natureza, que não possuem valor contratado padrão (ver parágrafos 93/99 desta instrução) e são de longa duração (25 anos).

93. A taxa interna de retorno - TIR representa a rentabilidade média anual dos investimentos realizados, correspondendo à taxa de desconto que torna o valor presente do fluxo de caixa futuro igual a zero. Nas concessões rodoviárias, o indicador é usado para verificar se o empreendimento tem condições de garantir financiamentos para o programa de investimentos, além de demonstrar ao empreendedor suas possibilidades de lucro. A TIR tem a vantagem de ser calculada apenas com os valores do fluxo de caixa líquido, sem depender de variáveis externas, o que a torna principal parâmetro a ser observado quando das alterações contratuais a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro das condições inicialmente pactuadas, garantindo a rentabilidade inicialmente prevista.

94. Acrescente-se que, ante a modelagem adotada, somente nas situações excepcionais em que se fizer necessária a inclusão de novos investimentos no fluxo de caixa, utilizar-se-á a TIR da proposta para ajuste das receitas e novo cálculo das tarifas. Qualquer outra situação será considerada como risco da concessionária, a qual deverá comprometer-se com a proposta de investimentos formulada. Em resumo, caso a concessionária tenha de realizar investimentos não previstos em sua proposta inicial ou venha a aumentar os montantes já previstos, a fim de cumprir o nível de serviço exigido no edital, não poderá introduzir esses novos encargos no fluxo de caixa para, dessa forma, argüir o desequilíbrio contratual e a revisão de tarifas.

95. Como visto, cada índice possui objetivos próprios e aplicabilidades distintas. Assim, é nosso entendimento que a taxa interna de retorno deve ser considerada como parâmetro que restabelece o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por preservar a rentabilidade média dos

investimentos realizados e não depender de variáveis externas, calculada apenas com os valores do fluxo de caixa líquido do empreendimento. Nesse sentido, entendemos que deve ser alterado o item 13 da Cláusula XX da minuta de contrato, a fim de indicar unicamente a TIR da proposta vencedora do certame como índice adequado para aferir, em revisões contratuais, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

96. Ante tais considerações, e para consolidar as propostas feitas neste item 'g' da instrução (revisão contratual e manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato), propõe-se as seguintes adaptações na minuta de contrato:

– suprimir a alínea 'b' do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado);
– suprimir as alíneas 'b' e 'f' do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica);

– suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego);
– suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato);
– alterar o item 13 da Cláusula XX da minuta de contrato, a fim de indicar unicamente a TIR da proposta vencedora do certame como índice adequado para aferir, em revisões contratuais, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

h) VALOR DO CONTRATO

97. Dentre as exigências para a qualificação econômico-financeira, a alínea 'c.1' do item 136 do edital impõe que a empresa interessada em participar da licitação comprove possuir um patrimônio líquido acima de um determinado valor. Segundo o DNER, foi estipulado como limite máximo para exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido o percentual de 10% do montante estimado da contratação, nos termos do § 3º do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93. O valor do contrato está definido no item 4 (subitem XXII) do edital como sendo o 'valor total da receita de pedágio, em valores correntes, constante da proposta da licitante vencedora'.

98. Ocorre que nas licitações de concessões de serviço público não existe um valor de contrato bem definido como acontece nos contratos de compras, obras e serviços. Dessa forma, o valor mínimo de patrimônio líquido deve ser estabelecido com base em uma grandeza que, de forma análoga aos outros tipos de contratos, represente a capacidade econômico-financeira mínima necessária.

99. O valor do contrato, adotado em edital para efeito de cálculo do patrimônio líquido mínimo exigido, é o total das receitas de pedágio estimadas pelo Poder Concedente para o período da concessão, em valores correntes. Esse critério adotado pelo DNER é similar ao adotado em contratos de prestação de serviços, em que o valor do contrato é a soma de todos os pagamentos que o contratante deve realizar durante o prazo de vigência.

100. A soma das receitas da concessionária durante todo o prazo de concessão, contudo, resulta em valor muito maior que o valor hipotético do empreendimento, caso se fizesse uma avaliação similar à que é feita para estimar o valor de mercado dos ativos de empresas, tais como ocorre em qualquer privatização no Brasil. Além disso, se aplicado a todos os casos de concessão rodoviárias, esse cálculo faz com que o empreendimento com menor necessidade de investimentos exija patrimônio líquido igual ao de uma rodovia que necessita de grandes investimentos, caso a receita bruta fosse a mesma. Ora, a execução do programa de investimentos é tão ou mais importante que a operação e a manutenção da via. **A utilização do critério estipulado no edital pode frustrar o caráter competitivo do certame licitatório, uma vez que estabelece valor elevado de patrimônio líquido exigido.**

101. O legislador, no âmbito da Lei nº 8.666/93, ao estipular o limite de 10% do valor contratado para o valor máximo de patrimônio líquido que pode ser exigido, preocupou-se apenas com contratos para compras, locações, obras de engenharia e prestação de serviços. Neles o valor contratado representa, embora de forma aproximada, o valor do bem que está sendo adquirido ou alugado, ou ainda o valor do serviço. Esses contratos são de curta duração, não podendo exceder a seis anos, no caso extremo de prestação de serviços. Um contrato de concessão no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, que usualmente tem duração de 25 anos, não era sequer previsível à época da promulgação da Lei nº 8.666/93.

102. O nosso entendimento é que o aparente vácuo legislativo nesse assunto pode ser sanado com uma interpretação por analogia. O valor dos ativos que se incorporam ao patrimônio da

União é o valor dos investimentos realizados pela concessionária menos a depreciação não amortizada. O item 242 do edital estabelece: ‘O capital social subscrito e integralizado da concessionária deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão, a pelo menos 10% (dez por cento) **do total de investimentos realizados pela concessionária**’ (grifo nosso). Reconhece-se, nesse ponto, que o total do patrimônio líquido da sociedade de propósitos específicos deverá ser, na data da celebração do contrato de concessão, 10% do total de investimentos realizados, por entender que esse montante é suficiente para garantir a execução do contrato. Não há porque adotar outro critério na verificação da qualificação econômico financeira senão a soma dos investimentos.

103. Ante o exposto, **propomos a adequação do item 4 do edital de licitação, considerando-se como valor do contrato a soma dos investimentos realizados durante todo o período da concessão.**

i) NÍVEL DE SERVIÇO A SER PRESTADO PELA CONCESSIONÁRIA

i1) DEFINIÇÃO DE NÍVEIS DE SERVIÇO

104. A Cláusula XVI da Minuta do Contrato de Concessão estabelece as condições que devem ser atendidas a fim de considerar-se como adequado o serviço prestado: regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. O item 5 da mencionada cláusula introduz um novo conceito de adequação de serviço das concessões rodoviárias: ‘Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que as rodovias que compõem o Lote poderão operar no máximo 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao ‘D’, conforme definido no Highway Capacity Manual’.

105. O conceito de ‘níveis de serviço’ (NS), que estabelecem um padrão de operação de rodovias, está definido no Highway Capacity Manual (HCM), Manual de Capacidade Rodoviária (16 – **NOTA DE RODAPÉ - volume 5 do TC nº 016.248/2000-3**), publicado pelo Transportation Research Board dos Estados Unidos. Nos termos do HCM, págs. 7-13 e 7-14, o nível de serviço ‘D’ representa ‘o intervalo no qual a habilidade de manobra fica severamente restrita por qualquer congestionamento no trânsito. A velocidade da viagem começa a reduzir com o aumento do volume de trânsito. O espaçamento médio dos veículos é de 155 pés (46m) a uma densidade máxima de 34pc/mi/ln (34 veículos/milha/faixa ou 21 veículos/km/faixa). Somente pequenas perturbações de trânsito podem ser absorvidas sem formação de extensas filas com a deterioração do serviço passando a operar nos níveis E e F’.

106. A aferição do nível de serviço em que uma determinada rodovia opera, todavia, não se restringe aos parâmetros estabelecidos na citada definição, depende dos conceitos de mobilidade e acesso. Nos termos do HCM, a principal medida do NS é o percentual de retenção, sendo a velocidade e a utilização da capacidade empregadas como medidas secundárias. Os critérios dos NS são definidos para aplicação durante o fluxo de pico de 15 minutos em trechos com razoável extensão.

107. Para especialistas na área de transportes, os critérios de distinção entre os diferentes níveis de serviço são consagrados. Entretanto, tratando-se de concessões públicas, os parâmetros que possibilitarão o controle quanto ao nível de serviço prestado, seja da sociedade, seja dos órgãos responsáveis, devem mostrar-se transparentes e definidos objetivamente. Entendemos que tais requisitos não são atendidos quando se consulta o Manual de Análise de Capacidade (HCM), única referência constante da minuta de contrato que especifica a forma de se avaliar ‘níveis de serviço’.

108. A questão acerca da aferição do nível de serviço, correspondente a uma dada medição operacional efetiva, não se encontra precisamente definida, carecendo de padronização. Assim, entendemos que deva constar do edital de licitação e de seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que ‘nível de serviço’ opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior fiscalização acerca da observância ao limite de operação máximo de 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao ‘D’, conforme previsto no edital de licitação.

i2) INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA CONCESSIONÁRIA

109. A concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários. Essa adequação envolve diversos aspectos, tais como a qualidade da via e das instalações, atendimento ao usuário, apoio à fiscalização, preservação ambiental e 'níveis de serviço'. Como visto anteriormente, este último aspecto envolve a condição operacional da rodovia, que não foi tratada no edital de licitação com a devida ênfase. Todas as demais condições estão definidas em nível de detalhamento que especifica, inclusive no Programa de Exploração Rodoviária (PER), a forma pretendida do serviço a ser prestado.

110. Ante esse conceito complementar de adequação de serviço das concessões rodoviárias, por 'níveis de serviço', torna-se crucial a medição das condições operacionais de tráfego (densidade, velocidade média, percentual de retenção, fluxos etc.), a fim de que seja aferido o nível de serviço prestado. Nesse sentido, não há previsão expressa no edital de licitação da forma de apresentação dos dados operacionais coletados pela concessionária e da comprovação do nível de serviço prestado.

111. Cabe, assim, acrescentar no edital de licitação e em seus anexos cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independentemente da intervenção da concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia.

i3) ACOMPANHAMENTO DO NÍVEL DE SERVIÇO PRESTADO

112. No que concerne à extrapolação do limite anual especificado, estabelece o item 5.d da Cláusula XVI da Minuta do Contrato de Concessão que 'na hipótese de ser atingido o limite estabelecido neste item 5, caberá à CONCESSIONÁRIA, atendidas as condições do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO RODOVIÁRIA, a execução de obras de expansão de capacidade em até 24 (vinte e quatro) meses após a identificação da necessidade, desde que medidas operacionais não possam ser aplicadas para atendimento da demanda'.

113. Entendemos que o item 5.d da Cláusula XVI deve ter seu texto alterado, tornando a redação mais precisa, de modo que o prazo de 24 meses seja vinculado à necessidade detectada quando as projeções realizadas a partir das medições efetivas de tráfego indicarem que o limite será atingido. Dessa forma, a contagem de prazo deve iniciar-se, de acordo com as projeções de tráfego efetivo, em 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço. Nesses termos, ao término do prazo estabelecido, a nova capacidade da rodovia supriria as novas necessidades sem que o limite previsto viesse a ser atingido. Pretende-se que as projeções sejam precisas e suficientemente antecipadas a fim de preservar o nível de serviço ofertado.

114. Esse item do Edital de Concessão deve ser combinado com outro que preveja sanção se atingido o limite especificado de 200 horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D'. Caso contrário, não haveria sanção pela extrapolação do limite. A Cláusula LVII da minuta do contrato de concessão, que prevê as sanções administrativas, dá ênfase na aplicação de multas moratórias por descumprimento do Programa de Exploração Rodoviária. Somente haveria a possibilidade de aplicação de multa pelo atingimento do limite de horas de operação em níveis inferiores ao especificado com a utilização de item genérico de inexecução parcial do contrato.

115. Assim sendo, deverá ser incluído no Edital de Concessão, especificamente na Cláusula LVII (Das Sanções Administrativas) da Minuta do Contrato, item que contemple a aplicação de multa, em valor estipulado, para cada hora de operação excedente às 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao 'D'. A medida busca minimizar a quantidade de horas que ultrapassem o limite prescrito, sem prejuízo da aplicação de multa moratória diária pelo descumprimento do prazo de execução de obras de expansão de capacidade (24 meses) que busquem retomar o nível de serviço especificado.

j) CONFECÇÃO DO 'TERMO DE VISTORIA'

116. De acordo com o item 29 da Seção XIII do edital, para o início da cobrança do pedágio deverá o DNER realizar vistoria final das obras e dos serviços realizados, lavrando, no prazo de 10 (dez) dias corridos, 'Termo de Vistoria', em que intervirá representante da concessionária. A forma como se dará essa intervenção não está definida.

117. O termo de vistoria, nesse caso, tem a natureza de um certificado de adimplemento de condição para recebimento do valor contratado. Por essa razão, e para conferir autonomia e

independência à atuação do poder concedente, entende-se que toda a vistoria e a confecção do documento deva proceder sem a intervenção da concessionária.

118. Propõe-se, assim, que seja retirado do item 29 da Seção XIII do edital de licitação o texto que estabelece a intervenção de um representante da concessionária na confecção do ‘Termo de Vistoria’, em conformidade com o item 8.3-b da Decisão nº 46/2001 – Plenário.

k) CONSISTÊNCIA DAS PROJEÇÕES FINANCEIRAS

119. O item 46, alínea ‘b’, do Capítulo II, Seção I, Subseção I do edital disciplina o procedimento administrativo da licitação, que será realizada em duas etapas, compreendendo: a) a primeira etapa, destinada a verificação da documentação de pré-qualificação; b) a segunda etapa, destinada a examinar a proposta de metodologia de execução e a proposta comercial.

120. A segunda etapa da licitação será realizada em duas fases: a) a primeira fase, destinada a avaliar e julgar a aceitabilidade das propostas de metodologia de execução e a verificar a regularidade do atestado de exequibilidade econômico-financeira e do atestado de adequabilidade e viabilidade do programa de seguros; b) a segunda fase, da qual só participarão as licitantes que tiveram as propostas de metodologia de execução aceitas e a documentação referida na alínea ‘a’ acima julgada regular, destinada a julgar e classificar as propostas comerciais, por ordem crescente dos valores de tarifa básica ofertados; na análise das propostas comerciais será verificada a consistência das projeções financeiras e a regularidade e efetividade das garantias de financiamento do empreendimento a ser concedido, seja com recursos próprios da licitante, seja com recursos de terceiros.

121. Todavia, o edital não define como será aferida a consistência das projeções financeiras a que se refere a alínea ‘b’: apenas será verificada a consistência interna das projeções ou terá a comissão que avaliar se as estimativas e projeções estão corretamente elaboradas de acordo com a boa técnica estatística e econométrica e, ainda, quais os critérios para rejeição de uma projeção financeira. Nesses termos, **deve-se determinar ao DNER a inclusão de critérios objetivos para a verificação da consistência das projeções financeiras** (item 8.3-c da Decisão nº 46/2001 – Plenário).

l) UTILIZAÇÃO DAS RECEITAS ALTERNATIVAS

122. A principal fonte de receita da concessionária é o recebimento da tarifa de pedágio. Todavia, em razão das peculiaridades do serviço a ser prestado, é facultado à concessionária explorar outras fontes de receitas, sejam elas complementares, acessórias ou alternativas. A exploração dessas fontes dependerá, em cada caso, da prévia aprovação do DNER.

123. Constituem receitas alternativas, complementares ou acessórias quaisquer entradas de recurso não originadas do pedágio ou das aplicações financeiras, sejam elas direta ou indiretamente provenientes de atividades vinculadas à exploração do lote, das suas faixas de domínio, acessórias ou áreas de lazer, inclusive as decorrentes de publicidade e multas por excesso de peso.

124. O art. 11 da Lei nº 8.987/95 dispõe que as receitas alternativas devem reverter para o usuário com a diminuição da tarifa:

‘Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta lei’

125. O que se propõe é que o DNER acrescente na Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica do Contrato de Concessão) a possibilidade de reversão das receitas alternativas para o usuário, na forma de redução de tarifa, como prevê o art. 11 da Lei nº 8.987/95 (item 8.3-d da Decisão nº 46/2001 – Plenário).

m) DESAPROPRIAÇÃO, SERVIDÃO E LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

126. Compete à concessionária apresentar antecipadamente ao DNER os elementos e documentos necessários à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, servidão administrativa ou limitação administrativa dos bens imóveis necessários à execução de obras e serviços vinculados à concessão.

127. Segundo Hely Lopes Meirelles (17 – **NOTA DE RODAPÉ - in Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Ed., 1993, pág. 514**): ‘As normas básicas da desapropriação acham-se expressas no Decreto-lei nº 3.365, de 21/6/41, complementado pela legislação subsequente. Esse Decreto-lei, após esclarecer que todas as entidades constitucionais – União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios Federais – podem desapropriar em seu próprio benefício (art. 2º), permite que também o façam em favor de suas autarquias, fundações públicas, entidades paraestatais e **concessionários de serviços públicos**, os quais, **depois de decretada a expropriação pelo Poder Público**, podem promovê-la em seu nome, desde que estejam para isso expressamente autorizados por lei ou contrato (art. 3º)’ (grifo nosso).

128. Quanto à servidão administrativa, o mesmo doutrinador ensina (18 – **NOTA DE RODAPÉ - in Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Ed., 1993, pág. 532**), sua instituição ‘faz-se por acordo administrativo ou por sentença judicial, **precedida sempre de ato declaratório da servidão, à semelhança do decreto de utilidade pública para desapropriação**. A própria lei geral da desapropriação – Decreto-lei nº 3.365/41 – admite a constituição de servidões ‘mediante indenização na forma desta lei’ (art.40). Só se aplica o processo expropriatório no que couber à servidão administrativa. A indenização não será da propriedade, mas sim dos danos ou prejuízos que o uso dessa propriedade pelo Poder Público efetivamente causar ao imóvel serviente. Se desse uso público não resultar prejuízo ou dano à propriedade particular, a Administração nada terá que indenizar’ (grifo nosso).

129. A limitação administrativa, por sua vez, é uma restrição geral e gratuita imposta indeterminadamente às propriedades particulares em benefício da comunidade. Hely Lopes Meirelles (19 – **NOTA DE RODAPÉ - in Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Ed., 1993, pág. 544**), ao comparar os três institutos citados, ‘Vê-se, pois que a limitação administrativa difere tanto da servidão administrativa quanto da desapropriação. A limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, não obriga o Poder público a qualquer indenização; a servidão administrativa ou pública, como ônus especial a uma ou algumas propriedades, exige indenização dos prejuízos que a restrição acarretar aos particulares; a desapropriação, por retirar do particular sua propriedade ou parte dela, impõe cabal indenização do que foi expropriado e dos conseqüentes prejuízos.’

130. Há, portanto, a necessidade de o poder público decretar a desapropriação, servidão administrativa e limitação administrativa da área ou imóvel a serem utilizados pela concessionária do trecho rodoviário. Superada essa etapa, compete à concessionária promover o ressarcimento a particulares que se fizer necessário.

131. A minuta do contrato de concessão prevê, na Cláusula LXXVII, que a concessionária deverá dispor de verba para indenizar as desapropriações, instituições de servidão administrativas ou limitações administrativas ao direito de propriedade. Todavia, insuficiência ou sobra desses recursos, ensejará a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como estabelece a alínea ‘d’ do item 3 da Cláusula contratual XX.

132. Entendemos que essa questão deve ser melhor esclarecida, **incluindo-se na minuta de contrato cláusulas que regulem de forma clara os procedimentos para a desapropriação, a servidão administrativa e a limitação administrativa ao direito de propriedade, definindo entre esses procedimentos quais deles são de competência da concessionária** (item 8.3-e da Decisão nº 46/2001 – Plenário).

CONCLUSÃO

133. O enfoque desta segunda etapa do processo de concessões rodoviárias mudou substancialmente. O objeto dos contratos a serem firmados será a operação da rodovia, sempre associada a um determinado nível de qualidade. O Programa de Exploração da Rodovia – PER deixa de ser taxativo quanto às obras a serem executadas para apresentar o conjunto de serviços e as condições em que a concessão será explorada. A partir dessas indicações e dos estudos de viabilidade econômico-financeira desenvolvidos, as obras de reparação e manutenção da via serão propostas pelos interessados, durante o processo licitatório. Surge, daí, o comprometimento com as reformas a serem desenvolvidas, tendo em vista que a metodologia de execução é proposta pelos licitantes.

134. A tarifa de pedágio é limitada pelo poder concedente, a partir de estudos que consideram, dentre outras variáveis, a Taxa Interna de Retorno – TIR, os índices de crescimento do tráfego, de fuga e de impedância. Além disso, parte-se do pressuposto que o nível de tarifa deve ser mantido estável durante todo o período da concessão, sendo sujeito apenas a reajustes que garantirão a recomposição do valor monetário.

135. Vislumbra-se, assim, o papel fundamental que esta Corte de Contas deverá exercer. O acompanhamento concomitante do certame e a garantia de transparência e competitividade serão decisivos para se chegar ao sucesso do programa de concessões e, principalmente, à satisfação dos usuários das rodovias.

136. Os processos analisados conjuntamente nesta instrução referem-se ao acompanhamento da outorga da concessão dos trechos rodoviários incluídos, respectivamente, nos lotes 7 (BR-153/SP – Divisa MG/SP – Divisa SP/PR), 8 (BR-116/PR/SC – Curitiba – Divisa SC/RS), 9 (BR-393/RJ – Divisa MG/RJ – entrada da BR-116/RJ) e 10 (BR-101/RJ – Ponte Presidente Costa e Silva – Divisa RJ/ES). Os trechos citados foram agrupados por serem, na maior parte de suas extensões, pista simples, situação em que a cobrança de pedágio foi proibida por esta Corte em 22/3/2000 (Decisão nº 172/2000 – TCU – Plenário).

137. Considerando que contra a referida decisão foi interposto Pedido de Reexame, a ser analisado em breve pelo Tribunal, buscou-se analisar o procedimento licitatório proposto pelo DNER, carecendo, no entanto, de o Tribunal acolher o pleito da autarquia para que as propostas de encaminhamento aqui sugeridas possam vir a ser implementadas. Para tanto, foram utilizadas as informações constantes dos processos TC nº 016.248/2000-6, 016.249/2000-3 e 016.250/2000-4, relativos a análogos procedimentos licitatórios de concessão de rodovias federais, com a distinção que os trechos são de pista dupla.

138. No âmbito dos referidos processos foram feitas determinações e diligências ao DNER, por força da Decisão nº 046/2001 – TCU – Plenário. A partir do trabalho desenvolvido anteriormente, de documentos e ponderações feitas pelo DNER, foram propostas modificações no edital e em seus anexos, relativamente aos seguintes quesitos:

- a) projeções do volume de tráfego equivalente;
- b) dimensionamento dos índices de fuga e impedância;
- c) passivo ambiental;
- d) atestado de exequibilidade econômico-financeira;
- e) parâmetros para avaliação das propostas de metodologia de execução;
- f) qualificação econômico-financeira dos consórcios;
- g) revisão contratual e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- h) valor do contrato;
- i) nível de serviço a ser prestado pela concessionária;
- j) confecção do termo de vistoria;
- k) consistência das projeções financeiras;
- l) utilização das receitas alternativas;
- m) desapropriação, servidão e limitação administrativa ao direito de propriedade.

139. Baseado em estudos técnicos desenvolvidos para o setor, o DNER considera que o crescimento do tráfego é proporcional ao crescimento do PIB nacional. Nesse sentido, a projeção do tráfego foi calculada a partir da média geométrica decenal de crescimento do PIB no período de 1990 a 1999. Considerando que as projeções de crescimento da economia para os próximos anos são mais otimistas que as taxas apresentadas nas últimas décadas, estar-se-ia correndo o risco de subestimar o tráfego, o que encareceria a tarifa, repercutindo esse ônus maior para o usuário durante os 25 anos de concessão.

140. A proposta apresentada é adaptar a metodologia em uso, excluindo da série o desempenho negativo do ano de 1990 (Plano Collor) e incluindo o ano de 2000. Dessa forma, além de expurgar um ano atípico (redução do PIB de –5,05%), poder-se-ia considerar dados mais atuais. Com esse ajuste a média geométrica decenal mencionada anteriormente seria de aproximadamente 2,67%, superior ao percentual anterior de 1,93% (parágrafos 12 a 16).

141. Outro aspecto que impacta o valor da tarifa são os índices de fuga e impedância. Esses indicadores devem apresentar o quantitativo de veículos que deixam de utilizar a rodovia em razão

da cobrança de pedágio. O critério adotado pelo DNER consiste em arbitrar o percentual de 1% de fuga e impedância para cada R\$ 0,10 de tarifa para veículos pesados e 0,5% para cada R\$ 0,10 de tarifa para veículos leves, o que corresponde ao total de 15% para veículos leves e 30% para veículos pesados, durante todo o período da concessão, na hipótese de que a tarifa básica de pedágio será R\$ 3,00.

142. Dois aspectos são contestados. O primeiro refere-se à manutenção desses índices constantes durante toda a concessão e o segundo, à aplicação indiscriminada dos mesmos critérios a todas as rodovias analisadas. Ora, se como argumentado pelo DNER o valor estabelecido para a tarifa deve ser superado pelos benefícios advindos da rodovia concedida ao usuário, não há porque aceitar índices de fuga e impedância tão elevados e, contraditoriamente, constantes durante todo o prazo da concessão. Além disso, ficou latente a necessidade de serem desenvolvidos levantamentos específicos para cada rodovia, aí consideradas as peculiaridades de cada trecho e a realidade nacional (parágrafos 17 a 22).

143. Quanto ao meio ambiente, verificou-se que apesar de o PER apresentar diretrizes gerais, o edital e a minuta de contrato são omissos quanto à responsabilidade da concessionária pela realização do cadastro geral do passivo ambiental existente, recuperação de todo esse passivo e adoção de medidas que evitem a criação de novos passivos durante toda a concessão.

144. Verificou-se, ainda, a existência da Política Ambiental do DNER, cujos objetivos impõem o seu cumprimento no âmbito das licitações e dos contratos de concessão, assim como a implantação da NBR ISO 14001 nos empreendimentos rodoviários. Soma-se a essas previsões a preocupação de que a existência de passivos ambientais nas rodovias, sem a expressa atribuição de recuperação à concessionária, venha a demandar, durante a execução contratual, o reequilíbrio do contrato e conseqüente aumento de tarifa. (parágrafos 23 a 34)

145. A proposta de metodologia de execução será apresentada na segunda etapa da licitação, precedida pela pré-qualificação dos licitantes e sucedida pela apresentação da proposta comercial (valor da tarifa). Juntamente com a proposta de metodologia de execução, o edital exige a apresentação do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a ser expedido por instituição financeira.

146. Sobre o atestado de exequibilidade econômico-financeira entende-se que essa exigência maculará a licitação por ferir o necessário sigilo das propostas além de impor ao licitante o desenvolvimento de um project finance. A viabilidade do empreendimento poderá ser comprovada pela comissão de licitação, como prevê o item 46, alínea 'b', do edital, à qual é facultada a solicitação de assessoria técnica. (parágrafos 35 a 43)

147. No que se refere à avaliação das metodologias de execução apresentadas, são insuficientes os critérios para avaliação dos quesitos previstos no edital. A solução oferecida pelo DNER consiste em atribuir a cada item da proposta a condição de apresentação (não apresentado, insatisfatório, regular e adequado ao requerido) e as respectivas notas (zero, 35% da nota máxima, 75% da nota máxima e 100% da nota máxima). Depreende-se, no entanto, que os parâmetros e requisitos para que os itens sejam considerados insatisfatório, regular ou adequado ao requerido não foram clara e textualmente definidos no edital. O maior detalhamento, além de possibilitar a transparente avaliação da proposta, está previsto no art. 45, **caput**, da Lei nº 8.666/93. (parágrafos 44 a 47)

148. A regra de cálculo do patrimônio líquido dos consórcios apresentada pelo DNER coaduna-se com o disposto na Lei nº 8.666/93. Entende-se, todavia, que no caso específico das concessões rodoviárias, a Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) é a norma adequada a ser adotada, haja vista as peculiaridades observadas em seus arts. 19 e 20 e, ainda, no edital de licitação.

194. O mencionado art. 20 da Lei nº 8.987/95 facultou ao poder concedente, desde que previsto no edital, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, constitua-se em empresa antes da celebração do contrato. A realidade das rodovias que se analisa adapta-se perfeitamente aos termos da lei, visto que o edital prevê, além da criação da empresa, que a mesma seja regida pelas normas contidas na Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas. Assim, no presente caso, não há que se falar na existência de responsabilidade solidária dos consorciados porque após a contratação a situação é outra e os sócios da empresa constituída responderão pelas participações correspondentes. (parágrafos 48 a 67)

150. Dirimida essa dúvida, restaram duas pendências: o acréscimo de 30% sobre o valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes individuais e a possibilidade de que terceiros interessados, mesmo que tivessem participado da licitação, viessem a participar do capital social da concessionária.

151. O acréscimo sobre o patrimônio líquido exigido dos consórcios constitui agravante ao princípio da isonomia, além de dificultar a participação de empresas menores, cujo acesso à licitação somente seria possível mediante a formação de consórcio. Além disso, constatou-se que a ausência desse critério na Lei nº 8.987/95 sugere a não aplicação dessa exigência às licitações para concessão de serviços públicos. (parágrafo 62)

152. A participação de empresa na licitação por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente é vedada pelo art. 19, inciso IV, da Lei nº 8.987/95. Por coerência, e a fim de que não haja questionamento quanto à transparência e competitividade do certame, defende-se que essa condição seja estendida ao ingresso de terceiros interessados do capital social da concessionária, dispondo no edital que tais interessados não podem ter participado da licitação. Contudo, deve-se considerar na proposta a determinação feita pelo CND no sentido de que a concessionária transforme-se em companhia aberta e obtenha registro para negociação em Bolsa de Valores no prazo de até cinco anos, contados da assinatura do contrato. (parágrafos 66)

153. Consolidados esses pontos, passa a não fazer sentido os critérios adotados no cálculo do patrimônio líquido do consórcio, além de não haver motivo para que a participação de cada consorciado seja atrelada ao patrimônio líquido exigido dos licitantes individuais. O único controle necessário é quanto à detenção, por parte de cada consorciado, de patrimônio líquido igual ou superior ao patrimônio líquido individual exigido, na proporção de sua participação no consórcio. (parágrafos 60 e 61)

154. Como dito anteriormente, foram adotadas novas premissas para esta etapa de licitações. Por essa razão, deve-se esperar que o número de revisões contratuais seja severamente reduzido, podendo nem mesmo existir. Dessa forma, julgou-se necessário propor a exclusão de alguns dispositivos contratuais que, por adequados à metodologia anteriormente adotada nas concessões rodoviárias, tornam-se descabidos neste novo cenário. (parágrafos 68 a 89)

155. No que concerne aos parâmetros a serem utilizados para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, prevê o edital de licitação que deverão ser observados nas revisões contratuais, entre outros elementos, a taxa interna de retorno, o payback, a exposição máxima do caixa anual, o valor presente líquido do resultado e a variação no valor total do contrato. Demonstrou-se que a utilização de um único parâmetro, a taxa interna de retorno (TIR), preserva, de forma objetiva, a rentabilidade média anual dos investimentos realizados, além de não depender de variáveis externas, pois é calculada apenas com os valores do fluxo de caixa líquido do empreendimento (parágrafos 90 a 95).

156. O edital de licitação trabalhou com a hipótese de que o valor total contratado equivale à soma das receitas previstas. Essa consideração repercute diretamente no patrimônio líquido mínimo exigido de cada licitante, limitado legalmente a 10% do valor estimado da contratação. Ocorre que as concessões de serviço público não possuem valor definido de contrato e o critério utilizado eleva em muito o patrimônio líquido exigido, o que pode inibir o caráter competitivo do certame. Ante o aparente vácuo legislativo acerca da questão e considerando que o programa de investimentos é tão mais importante que as receitas advindas do empreendimento, a interpretação por analogia de dispositivos legais e de itens do edital leva-nos a assumir que a soma total dos investimentos realizados durante todo o período da concessão deve ser considerada como valor estimado da contratação. (parágrafos 97 a 103)

157. Outra importante questão refere-se ao nível de serviço prestado pela concessionária. Estabelece o edital que 'as rodovias que compõem o Lote poderão operar no máximo 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme definido no Highway Capacity Manual'. Entretanto, constatou-se que carecem de aprimoramento as cláusulas que tratam da aferição, do controle, da correção e das sanções relativas ao assunto (parágrafos 104 a 115):

a) não há definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que 'nível de serviço' opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego;

b) não há obrigação de a concessionária de informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego a fim de se aferir o 'nível de serviço' prestado ao longo da concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

c) não há cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

d) estabelece-se prazo de 24 meses para a execução das obras de expansão contadas a partir da identificação da necessidade, o que, a princípio, autorizaria a concessionária a operar em níveis inferiores ao especificado enquanto se executam as obras de expansão;

e) não há sanção administrativa, com aplicação de multa, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado em edital de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao 'D'.

158. Da Decisão nº 46/2001 – TCU – Plenário, relativa à primeira apreciação dos processos de acompanhamento das licitações dos trechos de pista dupla, restaram aplicáveis determinações ao DNER quanto às seguintes inconsistências nos editais de licitação (parágrafos 116 a 132):

a) presença de representante da concessionária na confecção do Termo de Vistoria final das obras e serviços realizados, medida necessária para o início da cobrança do pedágio, o que pode prejudicar a autonomia e a independência do poder concedente na elaboração de documento que tem a natureza de certificado de adimplemento de condição para recebimento do objeto pactuado;

b) ausência de definição objetiva dos critérios para verificação da consistência das projeções financeiras, a serem apreciadas na fase de análise das propostas comerciais;

c) ausência de previsão para a reversão das receitas alternativas para o usuário, na forma de redução de tarifa, como prevê o art. 11 da Lei nº 8.987/95;

d) ausência na minuta de contrato de cláusulas que regulem de forma clara os procedimentos para a desapropriação, a servidão administrativa e a limitação administrativa ao direito de propriedade, e definam quais desses procedimentos são de competência da concessionária.

159. Finalmente, pode-se depreender que as modificações propostas conferirão maior competitividade e transparência ao processo licitatório, adequando-o aos novos preceitos das concessões rodoviárias e à legislação pertinente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, propõe-se:

I. Determinar ao DNER, caso seja acolhido pelo Tribunal o recurso interposto contra a Decisão nº 172/2000 – TCU – Plenário:

a) adotar as taxas de crescimento do produto interno bruto dos exercícios de 1991 a 2000 para cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB, a ser utilizada nas projeções do volume de tráfego equivalente, mantendo-se a metodologia de projeção empregada no fluxo de caixa do empreendimento;

b) quanto ao dimensionamento dos índices de fuga e de impedância utilizados nos estudos de viabilidade econômico-financeira:

b.1) promover a redução dos índices de fuga e de impedância, de modo a justificar a premissa adotada de que os benefícios potenciais para o usuário são superiores ao valor da tarifa, o que obrigatoriamente implica, desde o início da exploração, em menores índices e no decréscimo desses percentuais ao longo da concessão;

b.2) desenvolver, para as próximas concessões e considerada a realidade de cada rodovia, estudos técnicos para estimativa dos índices de fuga e de impedância, fundamentando-os com hipóteses e dados que possibilitem a transparência do processo de avaliação e compatibilizando-os às premissas metodológicas adotadas, tais como a superioridade do benefício advindo da concessão sobre o custo atribuído ao usuário;

c) incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, disposições relativas ao tratamento ambiental, em especial quanto aos seguintes aspectos:

c.1) cumprimento da Política Ambiental do DNER, aprovada pelo Conselho de Administração da Autarquia em 5/9/2000, e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;

c.2) responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente, e o que venha a surgir durante a vigência da concessão, e evitar a criação de novos passivos ambientais;

c.3) implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra;

d) excluir os itens 170 a 182 do edital de licitação, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a fim de garantir o sigilo das propostas e o caráter competitivo do certame e, dessa forma, preservar a lisura do processo licitatório;

e) discriminar na Subseção II (Da Avaliação das Propostas) da Seção III (do Exame e da Avaliação das Propostas) do Capítulo IV (da Proposta de Metodologia de Execução) os parâmetros e os requisitos para que as propostas de metodologia de execução sejam consideradas insatisfatórias, regulares ou adequadas ao requerido, a fim de possibilitar o julgamento objetivo das propostas, nos termos do art. 45, **caput**, da Lei nº 8.666/93;

f) promover as seguintes adequações no edital de licitação, relativas à qualificação econômico-financeira de consórcios:

f.1) alterar a alínea 'd' do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior ao exigido no edital, na proporção de sua respectiva participação na constituição do consórcio, e que a soma da participação dos consorciados será o patrimônio líquido do consórcio;

f.2) excluir a letra 'e' do item 71, que trata do acréscimo de 30% do valor exigido para o licitante individual, nos casos de consórcio, renumerando-se os itens seguintes e excluindo essa previsão do item 136, alínea 'c.1';

f.3) incluir item específico na Subseção I (Da constituição da Empresa Concessionária) da Seção II (Das exigências para do Contrato de Concessão) do Capítulo VII (Da celebração do Contrato de Concessão) que determine à sociedade concessionária transformar-se em companhia aberta e obter registro para negociação em Bolsa de Valores no prazo de até cinco anos, contados da assinatura do Contrato de Concessão, como previsto pelo inciso II do art. 5º da Resolução CND nº 40/2000;

f.4) incluir na redação do item 239 a exigência de que, até a autorização para negociação em Bolsa de Valores das ações da concessionária, os terceiros interessados que venham a participar do capital social não tenham participado da licitação, a fim de buscar-se a transparência e a competitividade do certame licitatório;

g) promover as seguintes adequações na minuta de contrato, relativas à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

g.1) suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego), por estar compreendido na alínea 'c' do item 3 da Cláusula XX;

g.2) suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato), por se entender que a imposição de prazos para avaliação do equilíbrio do contrato é incompatível com as premissas da licitação;

g.3) suprimir a alínea 'b' do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado), por permitir que as adequações estruturais da rodovia provoquem o aumento de tarifa;

g.4) suprimir a alínea 'b' do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), por não estar de acordo com a premissa adotada de que o PER é formulado pelos licitantes, a partir das indicações do poder concedente;

g.5) suprimir a alínea 'f' do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), porque busca eliminar o risco inerente ao negócio e contraria o disposto no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95;

g.6) alterar o teor do item 13 da Cláusula XX do contrato, definindo-se que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será utilizada, tão-somente, a taxa interna de retorno – TIR apresentada na proposta comercial da licitante vencedora;

h) redefinir no edital (item 4 – XXII) o valor do contrato como sendo a soma dos investimentos realizados durante todo o período da concessão, estipulando o patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes, nos termos do art. § 3º do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666/93;

i) promover as seguintes adequações no edital de licitação, relativas ao nível de serviço a ser prestado pela concessionária:

i.1) incluir no edital de licitação e em seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que ‘nível de serviço’ opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior transparência acerca do nível de serviço prestado;

i.2) incluir no edital de licitação cláusulas que obriguem a concessionária a informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego, como instrumento para se aferir o ‘nível de serviço’ prestado ao longo da concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

i.3) incluir no edital de licitação cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

i.4) alterar o item 5.d da Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão a fim de que a execução das obras de expansão tenham início 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço, quando da realização das projeções de tráfego efetivo, e não a partir da identificação da necessidade;

i.5) incluir na Cláusula LVII (Das Sanções Administrativas) da minuta de contrato a aplicação de multa, em valor definido, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado no item 5 da Cláusula XVI do contrato, de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao ‘D’;

j) recalcular o teto máximo da tarifa a ser cobrada em cada praça de pedágio, considerando as adequações propostas nas letras ‘a’ e ‘b’ desta proposta;

k) implementar nos editais em análise as determinações contidas no item 8.3, alíneas ‘b’ a ‘e’, da Decisão nº 46/2001 – TCU – Plenário (Ata nº 5/2001, D.O.U. de 23/2/2001), por tratar-se de situações análogas;

l) revisar o edital de licitação e seus anexos, a fim de que todos os dispositivos estejam em conformidade com as alterações aqui propostas;

m) remeter a este Tribunal, para acompanhamento, cópia dos Editais de nºs. 0491/00-00, 0492/00-00, 0493/00-00 e 0494/00-00, após as devidas alterações, conforme prevê a IN TCU nº 27/98;

II. Caso o recurso interposto contra a Decisão nº 172/2000 – TCU – Plenário não seja acolhido, determinar ao DNER o encerramento dos processos licitatórios atinentes aos Editais de nºs. 0491/00-00, 0492/00-00, 0493/00-00 e 0494/00-00, e arquivar os presentes autos;

III. Determinar à Secretaria Federal de Controle que, nos termos da OS nº 4 - SEGECEX, de 20/4/2001, e da determinação da Presidência do Tribunal, comunicada na Sessão Plenária de 11/4/2001, acompanhe o cumprimento da decisão proferida nestes autos e informe a este Tribunal as providências adotadas.”

Tendo em vista que as questões suscitadas nestes autos são exatamente as mesmas de que cuidam os TC-016.248/2000-6, TC-016.249/2000-3 e TC-016.250/2000-4, uma vez que os editais observam idêntico padrão, transcrevo o parecer que o Ministério Público exarou naqueles processos:

“Solicitamos, nos termos do art. 50, **caput**, do Regimento Interno, vista dos presentes autos, que cuidam de Acompanhamento do primeiro e segundo estágios da outorga de concessão de trechos das rodovias federais Belo Horizonte – São Paulo (BR-381/MG/SP), São Paulo – Curitiba (BR-116/SP/PR) e Curitiba – Florianópolis (BR-101/SC), por entendermos que solução diversa da proposta pela Unidade Técnica possa ser adotada por este E. Tribunal, sobretudo evitando-se

maiores atrasos no procedimento licitatório já iniciado, sem, contudo, olvidar-se do necessário atendimento dos interesses dos futuros usuários e da Administração Pública.

Divergimos, mais especificamente, das propostas da SEFID concernentes à projeção de tráfego, à estimativa dos índices de fuga e impedância, ao cômputo do patrimônio líquido dos licitantes e ao valor do contrato.

II

Sobre a projeção de tráfego, a Unidade Técnica anui à metodologia adotada pelo DNER, que supõe o crescimento do tráfego proporcional ao do PIB e a utilização da média geométrica decenal de variação do PIB para projetar o crescimento do tráfego nos trechos rodoviários em exame. Discorda tão somente da utilização do decênio 1990-1999 para tal fim, entendendo que a média dos exercícios de 1991-2000 ‘reflete uma situação mais condizente com a realidade atual, pois além de incluir o PIB verificado no último ano, expurga o desempenho de -5,05% do ano de 1990, situação historicamente excepcional, observada quando da estagnação econômica decorrente do chamado ‘Plano Collor’.

Tal projeção de tráfego compõe o estudo de viabilidade realizado pelo DNER, com vistas a estimar a tarifa máxima a ser admitida no certame, o qual foi concluído antes do encerramento do exercício de 2000, de modo que não poderia contemplar, no cômputo da média decenal, esse exercício, como pretende agora a Unidade Técnica.

Não se trata, portanto, de utilização pelo DNER de dados desatualizados ou defasados, uma vez que, no momento da elaboração do referido estudo de viabilidade, foram usados os índices mais atualizados à época.

Além disso, a atipicidade do exercício de 1990 não é garantia de que a situação econômica nele vivida não se repetirá durante o prazo de vigência da concessão que é de vinte e cinco anos – ainda mais se considerarmos o cenário econômico instável por que tem passado o país – o que, por si só, já justificaria a manutenção desse exercício na média geométrica decenal que ampara o estudo de viabilidade.

Ademais, trata-se tão-só de um estudo de viabilidade, estudo esse indicativo de mera expectativa de crescimento do País para os próximos anos. Não se pode, como pretende a Unidade Técnica, tornar nula a licitação sob o fundamento de que o período de 1991-2000 seria mais próximo da realidade dos anos vindouros do que a média de crescimento obtida no período 1990-1999.

Tratando-se de estudo meramente indicativo, os possíveis licitantes não estão obrigados a utilizar a média de 1990-1999 na elaboração de suas propostas, podendo eles escolher, discricionariamente, o decênio que represente com mais rigor a realidade que interfere nas projeções de tráfego que procuram estimar, responsabilizando-se, contudo, pela escolha feita.

Por fim, considerando a variação decenal de crescimento do PIB, apresentada no quadro 1 do memorial oferecido pela Procuradoria-Geral do DNER (fl. 26 do memorial), é pouquíssimo provável que, na conjuntura econômica atual, algum licitante venha a considerar, em sua estimativa de tráfego, um índice de 4% a.a. de crescimento do PIB, como pretendeu a Unidade Técnica, uma vez que, desde 1985, esse valor de taxa média decenal não é atingido.

III

Acerca dos índices de fuga e impedância, a Unidade Técnica argumenta que as estimativas de 30%, para veículos pesados, e 15%, para veículos leves, para os três trechos rodoviários sendo licitados ‘representa uma simplificação muito radical’, em razão das peculiaridades de cada rodovia, além do que a experiência demonstra o declínio desses índices ao longo do período da concessão.

É certo o que a Unidade Técnica argumenta, exceto quanto à irrazoabilidade da ‘simplificação’ adotada.

Ocorre que o DNER utilizou tais estimativas num estudo de viabilidade econômico-financeira que visa a determinar a tarifa máxima admissível no certame licitatório, que pudesse viabilizar o empreendimento, bem como a verificar se essa tarifa seria suportável pelo usuário. Pensamos que o estudo realizado pelo DNER cumpriu seu objetivo, chegando-se a tarifa máxima de R\$ 3,00.

Isso não implica, entretanto, que os possíveis licitantes utilizarão esses mesmos parâmetros na elaboração de suas propostas, desconsiderando a experiência vivida na exploração de outras rodovias. Até por que não são obrigados a fazê-lo.

Nada impede e, na verdade, é de todo recomendável que cada licitante, a fim de subsidiar sua proposta, elabore estudos técnicos detalhados, levando em consideração as peculiaridades de cada trecho rodoviário e a experiência brasileira na evolução de tais índices de fuga e impedância, sob pena de não ser competitivo e não lograr sucesso na licitação.

Entendemos a preocupação da Unidade Técnica com o aperfeiçoamento do edital e dos demais documentos que regulam esse certame licitatório da mais alta importância para o País. Não obstante, pensamos que a sugestão proposta possivelmente pouco interferiria na postura dos participantes do certame, uma vez que se presume a atuação racional e prudente dos licitantes. No entanto, seria motivo de retardamento, a nosso ver injustificado e indesejado, do processo de outorga das concessões.

Há que se partir do pressuposto de que nenhum empresário responsável se aventura num empreendimento deste porte no escuro, sem conhecer ou sem buscar conhecer as informações técnicas precisas, necessárias e suficientes para elaboração de sua proposta dentro de uma margem de segurança aceitável. Assim, se as estimativas utilizadas pelo DNER, no estudo de viabilidade econômico-financeira, eventualmente não forem precisas e não se conformarem com a realidade das rodovias brasileiras, certamente essa incompatibilidade será percebida e corrigida pelos possíveis licitantes, mesmo porque é sabido por todos que os dados apresentados pelo DNER são apenas um balizamento para determinação da tarifa máxima viável e suportável pelos usuários, não sendo, em momento algum, vinculantes em relação aos valores das tarifas a serem apresentadas pelos licitantes.*

Verifica-se, destarte, em relação ao presente item, a mesma argumentação desenvolvida para o exame da evolução do PIB no item anterior. O DNER precisa apresentar aos licitantes alguns parâmetros acerca do objeto da concessão. Esses parâmetros - evolução do PIB, índices de impedância e de fuga - não vinculam ou obrigam os licitantes. Até porque a proposta vencedora será aquela que apresentar o menor preço de tarifa a ser cobrada do usuário. Não nos parece razoável querer que processo de tamanha importância social e econômica tenha de ser anulado com base em meras expectativas ou previsões que, de modo algum, assegurarão a apresentação de propostas mais baixas. O risco que se corre, ao contrário, é o de que, a partir dos parâmetros sugeridos pela Unidade Técnica sejam apresentadas propostas fora da realidade comprometendo-se, aí sim, a exequibilidade do empreendimento com graves prejuízos ao interesse público e social.

IV

Antes de adentrarmos ao exame dos critérios ou exigências de qualificação econômica dos consórcios, em especial no que diz respeito ao cômputo do seu patrimônio líquido, devemos repisar que a finalidade precípua da licitação é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, que, em matéria de concessões de serviço público, significa a obtenção de propostas mais vantajosas para a população usuária desses serviços. Na busca por esta proposta mais vantajosa deve a Administração observar o princípio constitucional da isonomia, sendo vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, nos termos do art. 3º, § 1º e inciso I, da Lei n.º 8.666/93. A realização da isonomia, com vistas à realização da ampla competitividade, não deve ser levada a extremos, devendo a Administração impor exigências de qualificação técnica e econômico-financeiras que deixem evidentes a capacidade do licitante de executar o objeto da licitação. Vê-se, assim, que a isonomia e a competitividade são mitigadas pela Lei n.º 8.666/93 e pela própria Constituição Federal quando impõem ao administrador o dever de fixar parâmetros técnicos e financeiros.

Nesse sentido, o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal permite que se estabeleçam 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações'. Assim, para definir o objeto da licitação e as condições de contratação, a Administração pode se servir de certa margem de discricionariedade para determinar, em cada

caso concreto, o que deverá ser comprovado pelos interessados em participar da licitação, sempre visando ao atendimento de seus interesses e respeitando-se a isonomia entre os licitantes.

Fixados esses conceitos, passamos ao exame desse importante aspecto técnico do processo.

No presente caso, quanto ao cômputo do patrimônio líquido do consórcio, a Unidade Técnica discorda da interpretação dada pelo DNER ao art. 33, III, da Lei n.º 8.666/93, o qual determina seja ele feito a partir do ‘somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação’.

Por sua vez, entende a Secretaria de Fiscalização de Desestatização que o ‘que se espera é que cada consorciado, isoladamente, venha a garantir patrimônio líquido igual ou superior ao patrimônio líquido individual exigido, na proporção de sua participação no consórcio’.

Essa é uma questão técnica, como já dissemos, relevante. Diz respeito à avaliação do potencial econômico-financeiro do proponente. Uma avaliação da sua capacidade de cumprir rigorosamente o futuro contrato de concessão rodoviária.

A interpretação dada pela SEFID ao retromencionado dispositivo legal não se conforma, a nosso ver, à letra da lei, embora tenha a vantagem de permitir que empresas com patrimônio líquido inferior àquele exigido com base na interpretação do DNER participem do certame, aumentando, em tese, a sua competitividade. Contudo, é a competitividade que deve subordinar-se à legalidade, e não o contrário, mesmo porque a competitividade decorre da lei, devendo a ela subsumir-se. A ampliação da competitividade defendida pela Unidade Técnica contraria não apenas a lei, mas a própria Constituição Federal que, em seu art. 37, XXI, determina que a Administração Pública deverá impor requisitos relacionados à qualificação técnica e econômico-financeira.

Acerca da aferição dos requisitos de qualificação relativos aos consórcios, assim dispõe a lei:

‘Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei’ (grifamos).

Não é demais salientar que a aplicação desse dispositivo da Lei n.º 8.666/93 às licitações atinentes a contratos de concessão encontra pleno arrimo no art. 18 da Lei n.º 8.987/95, que dispõe que o ‘edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos . . .’ (grifo nosso).

Considerando a clareza da lei quanto ao método a ser seguido e tendo em vista que a exigência de patrimônio líquido mínimo para o licitante, constante no edital, insere-se na qualificação econômico-financeira, conforme se depreende do art. 31, § 2.º, da Lei de Licitações e Contratos, não vislumbramos outra maneira de computar o patrimônio líquido na hipótese de consórcio, se não pelo somatório do PL de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, nos estritos termos exigidos no inciso III, susotranscrito.

Assim sendo, relativamente às exigências de qualificação (art. 33, III), cada empresa deverá comprovar o preenchimento das exigências de habilitação jurídica e de regularidade fiscal. Apenas os requisitos de capacidade técnica e econômica admitem conjugação, devendo, em relação a esta última, ser observada a ‘proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei’. É de se observar que o acréscimo a que se refere o mencionado inciso III diz respeito apenas ao capital social e ao patrimônio líquido. A exigência de índices individuais, relacionados à qualificação econômico-financeira, pelas empresas participantes em consórcio, que é hipótese lícita, não está submetida a

qualquer tipo de somatório, que somente é aplicável aos ‘valores’ de capital social ou patrimônio líquido. Desse modo, se alguma das empresas que participam da licitação em consórcio não atende a essa exigência do edital, relacionada ao preenchimento dos índices econômicos, ainda que outras atendam, o consórcio deverá ser inabilitado. É de se observar que a formação de consórcios para participar de licitações não tem o objetivo de propiciar que empresas em situação financeira deficitária tenham acesso a competição através do ‘empréstimo’ da saúde financeira das outras consorciadas. É compreensível, destarte, que a Administração exija de cada consorciado nível mínimo de capacidade econômico-financeira, tendo sempre em conta o objeto a ser contratado.

Vejamos um exemplo, na tentativa de esclarecer. Para tanto vamos supor que o patrimônio líquido exigido de cada licitante seja de 2000 unidades monetárias (UM).

Evidente que uma empresa isolada com PL igual a 2000 UM estaria habilitada.

Se tivermos, entretanto, um consórcio de 10 empresas, cada uma com participação igual a 10%, sendo que nove delas possuem um PL igual a 2000 UM enquanto a décima possui um PL de 1000 UM, esse consórcio não seria habilitado uma vez que o seu PL seria igual a 1900 UM (9x2000 + 1000 UM), inferior, portanto, às 2000 UM exigidas.

A princípio, essa situação pareceria despropositada uma vez que 10 empresas consorciadas, com patrimônio líquido total de 19000 UM, que é quase dez vezes o mínimo exigido (2000 UM), restariam inabilitadas, enquanto qualquer das empresas desse consórcio com PL igual a 2000 UM, isoladamente, poderia seguir no certame.

Mas o paradoxo é só aparente. Não se pode confundir o PL do consórcio com o PL das empresas que o compõem. Embora o PL total das empresas supere, e muito, o PL mínimo exigido para a habilitação, não se pode olvidar que a parte do PL das empresas disponível para o consórcio é inferior ao exigido, pois está limitada pela respectiva participação de cada empresa. Assim, se uma empresa participa de um consórcio em 10%, é de admitir que somente 10% do seu PL, e nada mais que isso, estaria disponível para empreender o negócio objeto do consórcio.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se, no exemplo dado, que embora as 10 empresas consorciadas possuam um PL total de 19000 UM, o comprometimento desse total com o consórcio é tão-só de 1900 UM e, por isso, não lograriam habilitação. De qualquer forma, a partir dessa situação hipotética, não se poderia falar em cerceamento ao caráter competitivo da licitação. Isso porque não haveria impedimento a que cada uma das empresas, no exemplo citado, participassem da licitação individualmente, e não por meio do consórcio. Se a formação do consórcio, no exemplo apresentado, causar embaraços aos seus participantes, basta que as empresas não formem referido consórcio. Afinal, a formação de consórcios para a participação em licitações visa a permitir que empresas, que individualmente seriam inabilitadas, possam, por meio desse ajuste, obter sua habilitação.

Por outro lado, adotando-se a interpretação do texto legal sugerida pela SEFID, o consórcio das 10 empresas seria, ao contrário, habilitado porque cada empresa possui PL superior a 200 UM (10% do PL mínimo), apesar de o somatório do PL de cada empresa efetivamente comprometido com o consórcio ser inferior ao PL mínimo exigido. Essa é, a nosso ver, a contradição que deve ser evitada e, por isso, entendemos que a interpretação adotada pelo DNER é a correta, além de ser a que melhor se conforma à letra da lei.

Com vistas a afastar o argumento de que os critérios a serem adotados pelo DNER cercearam o caráter competitivo do certame, cumpre trazer a lume a quantidade considerável de licitantes que, segundo o DNER (memorial, p. 21) atenderam ao chamado da licitação para a fase de habilitação: sendo 15 grupos (consórcios e empresas isoladas), para o trecho Belo Horizonte – São Paulo, totalizando 36 empresas; 11 grupos para o trecho São Paulo – Curitiba, somando 28 empresas; e 17 grupos para o trecho Curitiba – Florianópolis, totalizando 38 empresas. Parece-nos um número razoável de licitantes, de maneira que se presume que a competitividade do certame não restou por demais comprometida, se é que houve comprometimento.

Outrossim, a interpretação oferecida pelo DNER foi referendada, corretamente a nosso ver, pela Justiça Federal Seção Judiciária do Distrito Federal, conforme consta nos autos.

V

Ainda quanto ao patrimônio líquido mínimo, a SEFID, considerando que a Lei n.º 8.987/95 é omissa quanto ao acréscimo de 30% para os consórcios, sobre o valor do patrimônio líquido

exigido dos licitantes individuais, entendeu que essa lacuna implica a não-aplicação dessa regra, prevista no art. 33, III, da Lei n.º 8.666/93, às licitações para concessão de serviços públicos e, por isso, propugna pela exclusão dessa exigência do edital.

Não entendemos assim. O art. 18 da Lei n.º 8.987/95 faculta a aplicação de critérios e normas gerais da Lei n.º 8.666/93 às licitações de concessão de serviços públicos, de maneira que o acréscimo de 30% exigido dos consórcios é uma discricionariedade do poder concedente, não podendo, a nosso ver, este Tribunal nela interferir, sob pena de extrapolar os limites de sua competência.

VI

Quanto ao valor do contrato, sustenta a SEFID que a definição do edital que considera o ‘valor total da receita de pedágio, em valores correntes, constante da proposta da licitante vencedora’ é desarrazoada, pois restringe a competitividade do certame, uma vez que se fixou em 10% desse valor o patrimônio líquido mínimo exigido dos participantes, como critério de qualificação econômico-financeira.

Assim, considerando a relevância do valor dos investimentos a ser realizados pela concessionária, pois que estes correspondem aos ativos que se incorporarão ao patrimônio da União, e considerando a exigência editalícia de o licitante vencedor se transformar, antes da celebração do contrato de concessão, em sociedade anônima, cujo capital social subscrito e integralizado deverá ser igual ou superior a 10% do total de investimentos realizados pela concessionária, a SEFID sugere que seja o valor do contrato ‘a soma total dos investimentos realizados durante todo o período da concessão’.

É sabido que, nos contratos administrativos, e o contrato de concessão é espécie de contrato administrativo, a regra é que o valor do contrato corresponda ao total da receita auferida pelo contratado. Não vislumbramos razão para, neste caso concreto, mudar-se essa regra.

Até porque essa receita, correspondente à remuneração do concessionário, é que compõe a equação econômico-financeira do contrato, equação que, em razão de sua relevância, deve estar bem definida no instrumento contratual mediante fixação do valor do contrato como a receita total do pedágio, auferida pelo concessionário, em valores correntes.

A competitividade do certame poderia ser estimulada alterando-se, se fosse o caso, o percentual do valor do contrato que equivaleria ao patrimônio líquido exigido, mas não o valor do contrato em si.

Ainda sobre a competitividade repisamos a argumentação trazida no item anterior fundada no número razoável de participantes que já aderiram ao certame.

Não é demais também aduzir o risco de uma acentuada redução do patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes, pois não se pode avaliar, com segurança, até que ponto esse requisito pode ser reduzido, sem comprometer a execução do contrato de concessão, em virtude de eventual insuficiência da capacidade econômico-financeira do concessionário.

VII

A incoerência que verificamos está não no valor do contrato conforme definido no edital, mas na fixação do capital social da sociedade anônima que deve ser constituída para executar o contrato de concessão. Previu o edital que o ‘capital social subscrito e integralizado da concessionária deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão, a pelo menos 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária’.

Entendemos que, a princípio, é inócuo exigir-se das empresas isoladas e dos consórcios a apresentação de um patrimônio líquido mínimo, para fins de habilitação, com vistas a verificar se o licitante dispõe de efetiva capacidade econômico-financeira para cumprir rigorosamente o contrato de concessão e, depois, na fase da contratação, não exigir da sociedade anônima, que será a concessionária efetivamente, que mantenha essa mesma capacidade, uma vez que se reclama dessa empresa apenas que o capital subscrito e integralizado seja proporcional, em 10%, ao total de investimentos, que em nada se vincula ao patrimônio líquido mínimo, inicialmente exigido.

A sociedade anônima constituída é pessoa jurídica que não se confunde com a dos sócios que a compõem. Tem, por isso, patrimônio próprio, conseqüentemente o patrimônio dos sócios, que foi considerado na fase de habilitação econômico-financeira, não aproveita o patrimônio da

sociedade, que deve suportar as obrigações do contrato de concessão, de maneira que a garantia inicialmente exigida na licitação se perde na contratação.

A sugestão que oferecemos para superar essa contradição, de modo a vincular capacidade econômico-financeira dos sócios à sociedade por eles instituída, é determinar, no edital, que o capital social subscrito da sociedade anônima instituída seja igual ao patrimônio líquido mínimo dos licitantes no mesmo edital, não sendo necessário alterar a regra que cuida do capital social integralizado. Isso porque o compromisso dos acionistas com a sociedade corresponde ao preço de emissão das ações subscritas.

Pensamos que, dessa forma, pelo menos no início da sociedade (o mesmo ocorreria se não houvesse a substituição do licitante por essa sociedade), a sua capacidade econômico-financeira será equivalente àquela avaliada na fase de habilitação do certame licitatório.

VIII

Isso posto, conquanto compreendamos a preocupação da SEFID sobretudo com a competitividade do certame, pedimos vênia para dela divergir parcialmente, sugerindo que deixem de ser acolhidas as propostas consignadas nas conclusões da instrução técnica às fls. 292/295:

(i) no item I-a, concernente à inclusão do exercício de 1991 no decênio utilizado para projetar o volume de tráfego nos estudos de viabilidade econômico-financeira;

(ii) no item I-b, atinente à estimativa dos índices de fuga e impedância, do mencionado estudo de viabilidade;

(iii) no item I-f.1 e f.2, que cuidam do cômputo do patrimônio líquido exigido e do acréscimo de 30% para os consórcios;

(iv) no item I-h, pertinente à redefinição do valor do contrato.

Sugerimos ainda, para adequar a capacidade econômico-financeira da sociedade anônima que substituirá o licitante vencedor, que seja alterada a redação do item 242 do edital, que fixa parâmetros para o capital subscrito e integralizado do futuro concessionário, nos seguintes termos: ‘O capital social subscrito da concessionária deverá ser equivalente ao patrimônio líquido mínimo exigido na fase de habilitação enquanto o capital integralizado deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão a, pelo menos, 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária’.

Por fim, considerando que as demais sugestões de alteração do edital da licitação apresentadas pela SEFID, em princípio, não afetam a formulação das propostas pelos licitantes, propomos, nos termos do art. 21, § 4.º, da Lei n.º 8.666/93, que este Tribunal determine a revisão do referido edital, nos moldes preconizados no item I-j da proposta da Unidade Técnica (fl. 294), bem como autorize o DNER, após promovida a aludida revisão do edital, a dar prosseguimento ao procedimento licitatório entelado, a partir da fase em que atualmente se encontra.”

É o relatório.

VOTO

O Tribunal de Contas da União está a examinar as concessões de quatro importantes trechos de rodovias federais, situadas nos estados de São Paulo, Paraná e Santa Catarina e duas no Rio de Janeiro. Essas concessões fazem parte do conjunto de 7 editais de licitação lançados pelo DNER em novembro de 2000.

Três desses editais, que envolvem a concessão de rodovias de pista dupla, foram agrupados para exame em conjunto nos TC-016.248/2000-6, TC-016.249/2000-3 e TC-016.250/2000-4 e estão sendo examinados nesta mesma sessão plenária.

Os presentes processos, diferentemente, dizem respeito à concessão de rodovias de pista simples e tiveram sua apreciação suspensa até que o Tribunal deliberasse acerca da possibilidade jurídica de concessão dessas rodovias, matéria que estava sendo tratada no âmbito do TC-002.321/1997-1, examinado na sessão plenária do último dia 11, ocasião em que o Plenário adotou a Decisão 421/2001, por meio da qual reconheceu a possibilidade de concessão desse tipo de rodovia.

Em tudo o mais, esses processos guardam semelhança com aqueles outros. Assim, as questões aqui tratadas são exatamente as mesmas discutidas naqueles processos. Por isso, apresento para estes processos, Voto de conteúdo essencialmente idêntico ao que apresentei para aqueles outros.

Com relação aos procedimentos, é importante que as conclusões desta Corte guardem perfeita consonância com a responsabilidade sempre havida em relação ao futuro do País, porquanto qualquer apreciação inadequada das irregularidades, devidamente expostas no relatório da Sefid, poderá significar o encarecimento das tarifas de pedágio por pelo menos vinte e cinco anos, em detrimento de todas as classes de usuários das rodovias, com conseqüências funestas para o desenvolvimento do País e para a implementação de todo o sistema de concessão de serviços públicos.

Nesse sentido, as conclusões da Secretaria de Fiscalização de Desestatização dão idéia precisa da importância das concessões e do papel que este Tribunal deve exercer, no acompanhamento do procedimento, com o objetivo de garantir-lhe a transparência, a competitividade e a modicidade das tarifas, sobretudo em vista do seu dilatado prazo de duração e da convicção de que qualquer parâmetro, impropriamente utilizado, onerará o usuário das rodovias pelos próximos 25 anos, ou implicará a reforma do sistema de concessões.

No caso concreto, entendo que deve o TCU perseguir a estrita observância do princípio da legalidade, que redundará em benefícios diretos aos usuários, pela garantia de justo preço pelos serviços usufruídos, em termos de segurança e conforto, para certo nível de qualidade de serviço.

O procedimento de licitação das concessões de rodovias – ora em exame - foi objeto de medida cautelar, concedida pelo Plenário do Tribunal, no final do ano passado, em vista do comprovado descumprimento dos prazos previstos para o atendimento das exigências e apresentação dos documentos referentes ao primeiro e segundo estágios, nos termos exigidos pela Instrução Normativa TCU 27/98.

Em nova apreciação, foi a medida cautelar mantida, pelo Plenário, ante a necessidade de justificativa de vários pontos importantes, devidamente levantados pela Sefid, essenciais para a transparência do procedimento, modicidade das tarifas e preservação do meio ambiente.

As justificativas do DNER, nos termos solicitados pela Decisão 46/2001–TCU–Plenário, não conseguiram elidir impropriedades – que considero sérias - sobretudo com relação às com diretos reflexos sobre a tarifa que será cobrada dos usuários da rodovia e sobre a qualidade do serviço prestado. São as seguintes:

- a) projeção de tráfego;
- b) cálculo dos índices de fuga e impedância;
- c) despesas com meio ambiente;
- d) atestado de exequibilidade econômico-financeira;
- e) avaliação da metodologia de execução; e
- f) cálculo do patrimônio líquido dos consórcios.

Passo, então, a analisar cada um dos pontos problemáticos, enquadrando as diversas posições existentes e as razões que embasam o meu convencimento:

II

O crescimento efetivo da projeção de tráfego para cada rodovia tem sido proporcional ou superior ao crescimento do PIB do País e qualquer fator que a subestime tem, como conseqüência, o encarecimento indevido e desnecessário da tarifa de pedágio.

A unidade técnica apresentou proposta, no sentido de preservar a metodologia em uso, excluindo da série adotada o desempenho negativo do ano de 1990 (Plano Collor) e incluindo o ano de 2000, com o conseqüente ajuste na média geométrica decenal, medida que, por si só, evitaria perniciosa distorção, redundando em benefícios diretos para o usuário.

A utilização do ano de 1990 ou do ano de 2.000 não é contabilmente neutra. O cômputo dos índices do ano de 1990, em detrimento dos índices hoje disponíveis de 2000, implica necessariamente a sinalização aos proponentes que a Administração admite tarifa maior para o usuário.

De fato, não se tendo concluído o procedimento, não se justifica a utilização de dados visivelmente defasados, sobretudo quando disponíveis os atualizados, referentes ao ano de 2.000. Além disso, o comportamento do PIB, no ano de 1990, adotado pelo DNER, foi excepcional, com recessão recorde de cinco pontos percentuais. A inclusão desse ano deprime as projeções de tráfego e exige, em contrapartida, nível mais elevado de tarifa, em detrimento do usuário das rodovias.

Sobre este ponto específico, argumentam o Ministério Público e o DNER que, por ocasião da elaboração do edital, os dados do PIB de 2000 ainda não estavam disponíveis e a substituição do ano de 1990 pelo ano de 2000 importaria na assunção de projeção otimista, o que poderia gerar problemas, para a concessão, ao longo dos anos. Além disso, não vêm na projeção, tal como feita, motivo para a decretação da nulidade do edital, pois tais projeções não são vinculantes para os licitantes. Expressa, ainda, o Ministério Público, preocupação em salvaguardar todas as etapas já realizadas do procedimento licitatório, vislumbrando, em seu retrocesso, prejuízo para o interesse público.

Verifico que os argumentos do Ministério Público são idênticos aos já apresentados pelo DNER, no memorial cuja juntada aos autos determinei, examinado pela Sefid, consoante consta do precedente relatório.

Considero que a projeção que inclui o ano de 2.000, em lugar do ano de 1.990, não é otimista, mas realista. Se a metodologia adota como premissa a média decenal de crescimento do PIB, então que se utilizem os dados mais atualizados, dos últimos dez anos, porque são eles os que melhor refletem a realidade do país. O ano de 1990 apresentou comportamento atípico, com recessão da ordem de cinco pontos percentuais, ao passo que o ano de 2000 registrou crescimento moderado, padrão nos últimos anos.

A finalidade das projeções de tráfego é informar aos licitantes e à eventual concessionária o tráfego previsto para cada rodovia e determinar o valor máximo do pedágio que o Poder Público admite ou tolera seja cobrado dos usuários. Têm de ser, por isso, o mais possível fidedignas, para evitar sinalizações equivocadas.

De fato, por ocasião da elaboração do edital, os dados relativos ao ano de 2000 ainda não estavam disponíveis. Ocorre, porém, que, os dados do ano de 2000 já são, há muito, do conhecimento público e o exame do edital está a ocorrer agora, no exercício de 2001.

A continuidade do serviço público, dos planos do governo e dos procedimentos administrativos é valor reconhecido pelo Tribunal. Ocorre que a utilização do ano de 1990 não é o único problema grave existente nos autos, cujas irregularidades graves determinam a correção do edital.

Na espécie, o interesse público na lisura e competitividade do procedimento impõe o refazimento de todos os atos praticados indevidamente, com nova análise do controle externo, e não o prosseguimento da licitação.

Em consonância com esta proposta, não haveria razão para manter o exercício de 1990, quando os dados de 2000 já estão disponíveis ao público e retratam a realidade com adequada precisão. Considero, pois, no contexto das muitas alterações, necessária a mudança da base de dados, com a exclusão do ano de 1990 e a inclusão do ano de 2000, para cálculo apropriado da média decenal, com a alteração nas projeções de tráfego, não só por permitir tarifa mais barata para os usuários, mas, também, por melhor refletir a realidade econômica nacional.

III

Os índices estimados de fuga e impedância são diretamente proporcionais ao valor em que será fixada a tarifa de pedágio, pois representam o quantitativo de veículos que supostamente deixariam de utilizar a rodovia, em razão da cobrança de pedágio, ou evitariam o seu pagamento, por artifícios vários, elevando o seu preço final.

A unidade técnica bem demonstrou o equívoco do edital, com a previsão de índices de fuga e impedância injustificadamente elevados, constantes durante todo o prazo da concessão, sendo patente a necessidade de levantamentos específicos, pertinentes a cada rodovia, consideradas as peculiaridades do trecho licitado.

Considero, pois, inaceitáveis os índices apresentados pelo DNER. Como reconhece a própria autarquia, eles não têm lastro em estudos, empreendidos para cada rodovia, tendo sido estipulados

em valores arbitrariamente fixados, por empresa contratada de consultoria, que, ao estipular os índices adotados, poderia ter fixado, aleatoriamente, vários outros.

No caso concreto, estima o DNER que nada menos do que 15% dos veículos leves e 30% dos veículos pesados vão deixar de trafegar (impedância), ou de pagar pedágio (fuga), nas rodovias, em razão da implantação do pedágio.

Não há justificativas para tais índices. Conforme mencionou a unidade técnica, na concessionária Nova Dutra, os índices estão avaliados em torno de 5 a 7%. E esta rodovia apresenta diversas possibilidades razoáveis de rotas alternativas e de pontos de fuga.

Há documentos, elaborados pela OAS, integrantes de proposta comercial, vencedora da licitação, para a concessão da rodovia Rio-Teresópolis, na qual considerou, para o trecho Além Paraíba-Teresópolis, o índice de 15%, indistintamente, entre veículos leves e pesados, decrescente em 1,2% ao ano, para estabilizar-se em 3%, no décimo primeiro ano de concessão.

Existem estudos da unidade técnica, comparando o tráfego da rodovia BR-040, em 1994, no trecho Juiz de Fora-Petrópolis-Rio de Janeiro, antes da concessão à Concer, com o ocorrido nos exercícios de 1997, 1998 e 1999, já sob regime de concessão. O tráfego de 1994 foi corrigido, ano a ano, pelo índice de crescimento do PIB, hipótese de trabalho assumida como verdadeira pelo DNER e critério utilizado para as projeções de tráfego.

Esse estudo revelou que, nos exercícios de 1997, 1998 e 1999, o tráfego efetivo diminuiu, apenas, 9,03%, 7,80% e 7,21% , respectivamente, relativamente ao volume projetado para a rodovia sem pedágio. Estes números indicam, portanto, a quantidade real de veículos que efetivamente deixaram de utilizar a rodovia, em face da cobrança de pedágio, a conformar dados objetivos e coerentes com a análise da Sefid, segundo a qual a impedância e a fuga apresentam comportamento decrescente ao longo da concessão, uma vez que os investimentos feitos na melhoria e na manutenção da rodovia vão gradativamente evidenciando ao público as vantagens da sua utilização e as desvantagens da busca de rotas alternativas, agregando usuários.

Sobre esse ponto, o Ministério Público pondera que a correção do valor máximo da tarifa de pedágio admissível pelo Poder Público e suportável pelo usuário *“possivelmente pouco interferiria na postura dos participantes do certame, uma vez que se presume a atuação racional e prudente dos licitantes. No entanto, seria motivo de retardamento, a nosso ver injustificado e indesejado, do processo de outorga das concessões.”*

O Ministério Público desenvolve seu raciocínio a *“partir do pressuposto de que nenhum empresário responsável se aventura num empreendimento deste porte no escuro, sem conhecer ou sem buscar conhecer as informações técnicas precisas, necessárias e suficientes para elaboração de sua proposta dentro de uma margem de segurança aceitável. Assim, se as estimativas utilizadas pelo DNER, no estudo de viabilidade econômico-financeira, eventualmente não forem precisas e não se conformarem com a realidade das rodovias brasileiras, certamente essa incompatibilidade será percebida e corrigida pelos possíveis licitantes, mesmo porque é sabido por todos que os dados apresentados pelo DNER são apenas um balizamento para determinação da tarifa máxima viável e suportável pelos usuários, não sendo, em momento algum, vinculantes em relação aos valores das tarifas a serem apresentadas pelos licitantes.”*

Destaca o *parquet* que *“verifica-se, destarte, em relação ao presente item, a mesma argumentação desenvolvida para o exame da evolução do PIB no item anterior. O DNER precisa apresentar aos licitantes alguns parâmetros acerca do objeto da concessão. Esses parâmetros - evolução do PIB, índices de impedância e de fuga - não vinculam ou obrigam os licitantes. Até porque a proposta vencedora será aquela que apresentar o menor preço de tarifa a ser cobrada do usuário.”*

Segundo as premissas adotadas pelo Ministério Público, as projeções de tráfego e o cálculo dos índices de fuga e impedância seriam inteiramente desprezíveis, porquanto são os licitantes que, com a prudência devida, realizam seus próprios levantamentos e, com base neles, apresentam suas propostas. Lamento discordar desse entendimento, segundo o qual seriam, os estudos do Poder Público, talhados, apenas, para consumo interno, isto é, para indicar à própria Administração se viável ou não a concessão de certo trecho rodoviário à exploração privada mediante pedágio.

A realidade é muito diversa. Segundo entendo, os estudos técnicos de viabilidade, explicitados como fundamento da licitação para a exploração privada de rodovias federais, acenam

aos licitantes qual é o valor máximo da tarifa considerada tolerável para cobrança do usuário e dimensionam o ônus máximo suportável pela população que se vale do trecho concedido.

Assim, considero inadmissível que o Poder Público dimensione a tarifa com base em premissas falsas, inadequadas e imprecisas. O fato é que os editais estabelecem o valor de R\$ 3,00 (três reais), como tarifa máxima admissível, com base em premissas equivocadas, quando o valor correto talvez seja R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos), talvez menos. São os parâmetros ora considerados superestimados que levam ao valor de R\$ 3,00.

A população brasileira, de todas as classes sociais, que usa as rodovias, tem o direito de exigir do Poder Público que o valor máximo seja fundado em dados corretos, concretamente justificados, para preservar o princípio da modicidade das tarifas.

Daí, a imensa a responsabilidade do TCU. Ainda recentemente, os violentos protestos de caminhoneiros atestam que todo o sistema de concessões pode ser colocado em xeque, pela atuação inadequada do Poder Público. Considero verdadeiro contra-senso permitir que o procedimento licitatório prossiga, com os vícios apontados, na esperança de que os licitantes, presumidamente prudentes e experientes, eivados de interesse público, promoverão, eles mesmos, todos os ajustes necessários em suas propostas, para obter apenas o lucro tolerável pela sociedade.

O Poder Público tem o dever de ser prudente e de apresentar os valores máximos das tarifas calculados com rigor metodológico. Dos licitantes pode-se esperar competição, mas não se pode presumir que ela, por si só, supra todas as deficiências metodológicas da Administração, sobretudo com relação à fixação do preço justo para as tarifas.

Insistindo na preocupação de salvaguardar os atos já realizados do processo de licitação, pondera o Ministério Público: *“Não nos parece razoável querer que processo de tamanha importância social e econômica tenha de ser anulado com base em meras expectativas ou previsões que, de modo algum, assegurarão a apresentação de propostas mais baixas. O risco que se corre, ao contrário, é o de que, a partir dos parâmetros sugeridos pela Unidade Técnica sejam apresentadas propostas fora da realidade comprometendo-se, aí sim, a exequibilidade do empreendimento com graves prejuízos ao interesse público e social.”*

A louvável preocupação do Ministério Público, com a preservação dos procedimentos licitatórios já realizados, não deixa de ser de todo o Tribunal de Contas da União, nos procedimentos em que ela é possível. Nesta licitação, considero, todavia, mais importante que preservar as fases já transcorridas, garantir a sua correção integral, já que conducente a contratos de concessão com o Poder Público, com ônus para a população brasileira, com validade por pelo menos um quarto de século.

Além disso, a tempestiva adoção pelo Plenário da medida cautelar, na sessão de dezembro de 2.000, significa que a única fase válida já realizada nessas licitações é a publicação do edital. O recebimento das garantias em depósito e o recolhimento dos envelopes de habilitação são atos não significativos, uma vez realizados após à adoção e o conhecimento por todos os interessados da medida cautelar que suspendeu todos os atos referentes às licitações.

Na verdade, ocorreu a tentativa falha de criar fatos consolidados, que obedece ao propósito deliberado de descumprir a anterior determinação do Plenário e pode muito bem dar azo à aplicação de multa ao responsável. Considero, entretanto, ainda inexistente prejuízo ao Erário e, por isso, não determinei audiência do responsável, para a aplicação de multa.

O verdadeiro prejuízo ao procedimento licitatório deriva do não cumprimento da IN 27/98, da Lei 9.491/95 e da prática deliberada de atos, após a concessão da cautelar pelo Tribunal, como o recebimento de garantias e documentos. Se há prejuízos e retardamento nas licitações, decorrem do fato de o DNER não haver enviado, no tempo e modo, todos os indeclináveis elementos imprescindíveis à análise da regularidade da desestatização, pelo Controle Externo, na forma da Lei e da Instrução Normativa nº 27/98, para verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de privatização.

Considero, pois, imperativo se determine a adequação do edital, para que dele conste índice estimado de fuga e impedância não superior a 10%, tanto para veículos leves, como para pesados, com projeção de decaimento ao longo da concessão.

IV

Relativamente às despesas com o meio ambiente, entendeu a unidade técnica que os contratos firmados com o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID determinam a adoção de medidas de proteção e recuperação ambiental, contrariamente ao DNER.

Ressalta a existência de Política Ambiental do DNER, cujos objetivos impõem o seu cumprimento no âmbito das licitações e dos contratos de concessão, assim como a implantação da NBR ISO 14001 nos empreendimentos rodoviários. Alega que a existência de passivos ambientais, nas rodovias licitadas, sem a expressa atribuição de recuperação à concessionária, pode vir a demandar, durante a execução contratual, o reequilíbrio do contrato e o conseqüente aumento de tarifa.

Quanto a esse tópico, o Ministério Público manifestou-se de acordo.

V

Existem problemas graves, também, quanto à exigência do atestado de exeqüibilidade econômico-financeira, expedido por instituição de finanças. Estou de acordo com a unidade técnica, ao considerar que vários interessados na licitação das rodovias podem procurar a mesma instituição, para que ela ateste a viabilidade dos projetos. Caso isso ocorra, é difícil, ou mesmo impossível, para os licitantes, garantir o efetivo sigilo das propostas.

Considero que não pode o Poder Público exigir dos licitantes a adoção de medidas que ponham em risco o sigilo de suas propostas. Ademais, a mesma avaliação que se pretende obter das instituições financeiras pode ser executada por técnicos qualificados da autarquia.

Por isso, entendo apropriada a proposta de exclusão dos itens 170 a 182 do edital.

Também a respeito dessa questão, o Ministério Público não manifestou oposição.

VI

No tocante à avaliação da metodologia de execução, apesar das alterações providenciadas pelo DNER, no item 166 do edital, concordo com a unidade técnica que persiste a falta de discriminação dos requisitos, para que os itens da proposta sejam considerados ou insatisfatórios, ou regulares, ou adequados ao requerido, com o objetivo de evitar avaliações subjetivas e adequar o item ao disposto no art. 45, *caput*, da Lei 8.666/93.

Sobre essa questão, o Ministério Público também manifestou anuência.

VII

Considero o cálculo do patrimônio líquido dos consórcios questão de grande importância para permitir a maior competitividade entre os licitantes. A unidade técnica demonstrou, exaustivamente, a necessidade de alterações no edital, também com relação a este item, deixando claro que, para fins de qualificação do consórcio, cada consorciado deverá apresentar patrimônio líquido igual ou superior ao exigido, na mesma proporção da sua participação na constituição do consórcio.

Sobre o tema, registro que, estando os autos em meu Gabinete, a aguardar o julgamento, deu entrada mais um expediente da Procuradoria do DNER, enviando cópia da sentença do Mandado de Segurança, impetrado pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo–SindusCon, quanto aos termos do Edital de Concorrência 0492/2000-00, relativo à concessão do trecho da BR-116/PR/SC de Curitiba/PR até a divisa SC/RS (TC-016.244/2000-7).

Apesar da falta de conexão com os trechos dos processos de concessão ora apreciados, há referência à questão da qualificação econômico-financeira dos licitantes, com reflexos no cálculo do patrimônio líquido. O Sindicato desejava afastar as exigências de qualificação econômico-financeira dos licitantes, por entendê-las restritivas ao universo dos potenciais interessados, com afronta ao princípio da isonomia e infração à Ordem Econômica. A segurança foi denegada pela Juíza-Substituta Anamaria Reys Resende, da 13ª Vara Federal, em exercício na 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, ao argumento de que, conforme as informações do impetrado/DNER, as exigências do edital estariam em consonância com os arts. 31 e 33 da Lei 8.666/93 e atenderiam ao interesse público, sendo a restrição à participação das empresas devida ao objeto e vulto da

contratação de concessão de 25 anos, com elevado aporte de investimentos, o que naturalmente delimitaria o universo dos concorrentes.

Além disso, conforme a sentença, a exigência de patrimônio líquido, feita pelo DNER, pelo somatório dos valores de cada consorciado, para fins de qualificação econômico-financeira, na exata proporção de sua participação, estaria prevista na Lei de Licitações (art. 33, inciso III), não havendo falar em ilegalidade do Edital 0492/2000-00 ou de ofensa a princípios constitucionais. A respeito do tema, o DNER apresenta, ainda, outras decisões de primeiro grau na Justiça Federal.

O Ministério Público adota idêntica argumentação a do DNER, defendendo a manutenção do edital quanto a este ponto.

Lamento discordar, duplamente, das decisões judiciais de primeiro grau e do Ministério Público e DNER. Acredito que a questão, de extrema especificidade, foi examinada, pela Justiça Federal, mediante o cotejo da redação do item do edital, ora impugnado, com o texto da Lei 8.666/93, sem a realização de raciocínio e cálculos matemáticos específicos, que lançam à face a grave distorção do edital do DNER. Além disso, é regra básica de exegese, de puro bom-senso, que qualquer interpretação conducente ao absurdo deve ser evitada.

O Tribunal de Contas da União tem competência constitucional específica e pessoal especialmente qualificado para deliberar sobre temas cuja legitimidade muitas vezes só é objeto de deslinde e apreensão após específicas verificações, levando em conta dados concretos, como na hipótese, cujos resultados entendo incompatíveis com o interesse público.

No caso, não se trata apenas de verificar a correta interpretação da Lei 8.666/93, mas a adequação do critério adotado pelo DNER às finalidades da legislação das licitações e das concessões, a fim de permitir a maior competitividade possível, ao tempo em que se garanta, simultaneamente, a exequibilidade do contrato e os interesses do usuário, numa tarifa módica e corretamente estabelecida.

A lei que rege as concessões e permissões de serviço público é a Lei 8.987/95, com aplicação subsidiária da Lei 8.666/93. A sucessão de diplomas legais, atinentes à concessão de serviços públicos, iniciou-se com o Decreto-lei 2.300/86, sucedido pela Lei 8.666/93 e, depois, pela Lei 8.987/95, cujo teor tem direta influência na fixação das regras das licitações de rodovias, não podendo ser postergadas ou suprimidas por regras de aplicação subsidiária.

Nos termos do edital, as várias empresas integrantes do consórcio vencedor, após a licitação, deverão formar sociedade de propósito específico, com patrimônio líquido e personalidade jurídica própria, dissociados das empresas participantes. Como mencionado na instrução, uma vez formada a empresa para a exploração da concessão, já não se aplica a responsabilidade solidária pelos atos praticados em consórcio, na execução do contrato (inciso V do art. 33 da Lei 8.666/93), visto que o consórcio deixa automaticamente de existir.

Apresentando-se o consórcio como um todo à Administração, os consorciados devem manter essa unidade também nos atos que possam gerar sua responsabilidade. No caso desta licitação, porém, a solidariedade fica restrita somente à fase de licitação, pois a execução do contrato será realizada pela nova empresa, especialmente constituída para tanto, à qual serão aplicados os preceitos da Lei 6.404/76 – a Lei das Sociedades Anônimas.

Além disso, o critério proposto pelo DNER, com pretensão fundamento nos artigos 31 e 33 da Lei 8.666/93, ainda que aplicável ao caso, está implementado no edital com grave distorção, no atinente aos objetivos e princípios adotados pela Lei.

A distorção se revela matematicamente, no tocante aos efeitos, por exemplo, na forma de cálculo do DNER, se uma empresa tem, individualmente, patrimônio líquido de R\$ 1.000.000,000 (um milhão de reais), com participação no consórcio no percentual de 10%, tomar-se-á seu patrimônio líquido como de apenas R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou seja, 10%, ou um décimo, de um milhão, que é o seu PL efetivo, já que sua participação no consórcio é de 10%.

O objetivo da lei é estabelecer critério de proteção ao Erário, garantindo que o patrimônio líquido do participante seja igual ou superior ao mínimo, exigido para o consórcio, na medida de sua proporção, de sua participação.

Assim, na hipótese de o exigido para a empresa licitante individual, ou para o consórcio de empresas, é um PL mínimo de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e uma empresa participa do consórcio com 10%, o que se tem de garantir é que o patrimônio líquido de R\$ 1.000.000,00 (um

milhão de reais) da empresa consorciada seja superior a 10% do exigido como PL mínimo - dois milhões de reais - exigido do consórcio, ou da empresa individual, ou seja, o patrimônio da empresa consorciada deve ser superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Pelo critério adotado pelo DNER, o PL dessa empresa, economicamente saudável e financeiramente capaz, seria de apenas R\$ 100.000,00, ou seja, 10% de seu PL efetivo de 1.000.000,00, e estaria ela alijada da disputa, embora o seu patrimônio líquido efetivo comporte, com larga folga, a responsabilidade que está a assumir.

Nos termos do edital - apenas aparentemente de acordo com a Lei 8.666/93 - para um PL mínimo exigido de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), um consórcio formado por 10 empresas, cada uma com 10% de participação, só estaria qualificado se cada uma delas tivesse patrimônio líquido efetivo superior aos mesmos R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Isto exigiria que as dez empresas participantes do consórcio disponibilizassem o total de patrimônio líquido efetivo de, pelo menos, R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Ao mesmo tempo, encontrar-se-ia habilitada uma única empresa, a concorrer sozinha, com patrimônio líquido de R\$ 2.000.000,00.

Na mesma hipótese, se das dez empresas participantes do consórcio, nove tivessem patrimônio líquido de 2 milhões e uma única tivesse o PL de um milhão e meio, este consórcio estaria automaticamente inabilitado, por não perfazer os critérios exigidos no edital. Ao passo que uma única empresa isolada, com PL de 2 milhões, estaria devidamente habilitada, o consórcio, com PL de 21,5 milhões, não, o que evidencia o despropósito e o restritivo do critério previsto no edital.

Entendo que tal exegese é contrária aos objetivos da Constituição e das Leis do País. A razão de ser dos consórcios é permitir que várias empresas unam suas forças, para ter acesso a contratos maiores, com a Administração Pública, aumentando a competição, e não para tornar ainda mais difícil, ou impossível, ou logicamente inviável, sua participação em procedimentos de licitação, mediante interpretações que a desqualificam econômico-financeiramente, como acontece na hipótese.

E não se venha falar na necessidade de apenas grandes e fortes empresas, para este especial tipo de licitação, pois entendo que o procedimento adotado configura mera quebra da competitividade e cláusula restritiva.

Se o mínimo exigido para a habilitação do consórcio é R\$ 2.000.000,00 e o consórcio é formado por 10 empresas, cada qual com 10% de participação, o correto é exigir que cada participante desse consórcio tenha patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 200.000,00, de forma que o total ultrapasse o valor mínimo exigido. É exatamente isso que a lei quer e diz, embora sua redação dê margem a confusões, como a do DNER e do Ministério Público, com a consequência nada neutra de alijar da competição dezenas de potenciais competidores e nela manter apenas as grandes empresas, com PLs acentuadamente grandes.

Acredito, sinceramente, que estes argumentos, somente agora formulados, não tenham sido considerados por ocasião da lavratura das r. sentenças juntadas aos autos. Saliento que esta questão é de fundamental importância para a lisura da licitação, porquanto diretamente relacionada com a competitividade do certame e com a quantidade de consórcios que, a final, será habilitada e terá suas propostas de execução examinadas.

Não são prestáveis, *data venia*, ao meu convencimento de que não são restritivas tais cláusulas e da legalidade desse procedimento os inúmeros pareceres de juristas, juntados aos autos pelos interessados, que defendem a tese do DNER.

Pela importância e pelas consequências da controvérsia sobre o tema do patrimônio líquido, a questão merece ser examinada sob todas as luzes. Os argumentos do DNER são no sentido de que o critério da Lei 8.666/93 está sendo aplicado e a forma prevista no edital conforma-se com a Lei. Argumentam, conjuntamente que o entendimento da Sefid contraria a lei, embora concordem que o critério da Sefid realmente promove o aumento da competitividade do certame.

Traz o parecer do Ministério Público exemplo idêntico ao que trouxe neste Voto. Apresenta, contudo, conclusão diametralmente oposta, fundada em premissa equivocada. Ao ver do Ministério Público, uma empresa que tem PL de 1000 unidades monetárias (UM) e participação de 10% no consórcio, só teria “disponível”, para esse consórcio 100 UM, o que justificaria o critério adotado pelo DNER.

Lamento discordar. Não há uma só palavra na lei ou na doutrina que autorize tal raciocínio. O percentual da participação da empresa no consórcio não é o mesmo percentual de PL que a empresa compromete com o consórcio, mas, sim, o percentual do valor do PL, exigido do consórcio, é que tem de ser coberto pelo PL total da empresa. Assim, se o PL exigido do consórcio é de 2.000 UM e o percentual de participação da empresa A no consórcio é de 20%, seu patrimônio líquido terá de ser, no mínimo, 400 UM, e se for de exatamente 400 UM estará comprometendo 100% de seu PL com o consórcio e estará habilitada. Se seu PL for de 10.000 UM, estará comprometendo apenas 4% de seu PL, e estará, o consórcio, igualmente habilitado, segundo a dicção legal e o bom senso.

Na verdade, o critério de PL '*disponível*' para o consórcio apenas imprime confusão ao tema, já que não tem base legal e atende apenas à discussão dos autos. Somente a empresa participante do consórcio é que pode decidir quanto do seu patrimônio líquido estará disponível para o consórcio. Pode ser 100 %, pode ser 1%. O que interessa à lei e ao interesse público é que o PL da empresa seja superior à fatia de PL do consórcio pelo qual ela se responsabiliza.

Examinemos outro exemplo: Se o PL exigido do consórcio é de 2000 Unidades Monetárias e quatro empresas, com PL de 1000 UM cada uma, decidam formar um consórcio, cada qual participando com 25%. Pelo critério do DNER, o patrimônio líquido total do consórcio é de apenas 1000 UM (1000 UM x 25% x 4), embora a soma dos PLs das empresas seja 4000 UM. Elas estariam inabilitadas. Só que não basta a soma dos PLs individuais, a lei exige que o PL de cada integrante seja superior ao percentual do PL exigido para o consórcio que cada qual assume, *na proporção de sua participação*. Assim, cada integrante, neste exemplo, tem de ter PL igual ou superior a 500 UM (2000 UM x 25%) e todos têm. Logo, um consórcio assim formado está legalmente habilitado para participar da licitação.

Repito que a finalidade do instituto do consórcio é exatamente permitir que empresas unam forças para ter acesso a contratos maiores que os passíveis de ambição individual. E o critério proposto pelo DNER e pelo Ministério Público tornam impossível esta razão de ser, criando, em prejuízo dos consórcios, critério novo, que lhes dificulta ou impossibilita a participação, porquanto para que consórcio se cada empresa individual, se contasse com o PL exigido, poderia participar sozinha.

Não seria essa a conclusão se a divisão do consórcio entre essas mesmas quatro empresas fosse de tal modo realizada que uma delas pretendesse ficar com mais de 50% do consórcio, 60% por exemplo. Essa empresa teria de ter PL igual ou superior a 1200 UM (2000 UM x 60%). Como ela tem PL de apenas 1000 UM, o consórcio, *com essa específica composição de participação*, não poderia ser habilitado, porque aí haveria uma empresa tentando se responsabilizar por parcela de PL do consórcio superior à sua própria saúde e capacidade financeira.

O que a lei proíbe é que uma empresa tente figurar no consórcio com percentual superior ao permitido por sua capacidade financeira. Seria o caso, por exemplo, de empresa, com PL irrisório, pretender participar de licitação para a qual não tem capacidade financeira e formar consórcio com outra de excelente condição financeira, mas de tal modo que a de péssima saúde financeira fique com a maior parte do consórcio e a que tem condições satisfatórias fique com parcela ínfima. Isso a lei não admite, pois seria, isso sim, uma empresa deficitária tomar a saúde financeira de outra por empréstimo.

Entretanto, o critério do edital permite justamente isso, como passo a demonstrar. Se o PL exigido para o consórcio é de 2000 UM e uma empresa A, com PL de apenas 10 UM, pretender figurar com 90% em um consórcio com outra empresa B, que tem PL de 20000 UM, mas que fica com apenas 10% do consórcio. Pelo critério do DNER, previsto no edital, este consórcio estaria imediatamente habilitado, ao arpejo da lei e de qualquer lógica econômica, pois segundo esse critério o PL do consórcio seria (10 UM x 90%, empresa A) + (20.000 UM x 10%, empresa B) = 9 + 2000 = 2009 UM, que é superior a 2000 UM. Neste caso, sim, a empresa A, sem nenhuma capacidade financeira, para objeto de tal monta, toma por empréstimo a saúde financeira de outra ou, talvez pior, por aluguel, para habilitar-se na licitação e ser sócia majoritária de 90% do consórcio, enquanto a outra responderá por apenas 10% do consórcio. Essa situação, segundo entendo, feriria a lei e não poderia ser admitida, porquanto propiciatória da mercancia dos contratos públicos e da evasão de responsabilidades.

Se o PL exigido do consórcio é de 2000 UM, a empresa A, com 10 UM de PL, poderia deter, no máximo 0,5% do consórcio, porque essa é a parcela de PL do consórcio pela qual ela tem condições de se responsabilizar, enquanto a empresa B teria de deter 99,5 % ou mais do consórcio. Esse é o critério da Lei que a Sefid, com toda a propriedade, evidenciou.

Assim, discordando do Ministério Público e do DNER, o critério previsto no edital, não só limita a competitividade da licitação, como permite a formação de consórcios contra o texto da lei, sendo imperativa, pois, a sua correção.

O Ministério Público faz alusão, ainda, ao considerável número de licitantes que chegaram a entregar o envelope de habilitação, a fim de sustentar que o critério do edital não teria provocado cerceamento da competição. Entendo que tal questão se reveste de importância relativa, em face da ilegalidade do dispositivo do edital. De qualquer modo, ainda que o edital estivesse correto, o número de empresas e consórcios competidores poderia ser muito maior, com o máximo de competição e não uma competição qualquer, ou tida como razoável, ou talhada somente para grandes empresas. A competição, para estar de acordo com a lei, tem de ser a maior possível e é dever do Poder Público garantir condições que a estimulem e não que a limitem. Além disso, o número de licitantes é simplesmente o dos que apresentaram envelope de habilitação, não se podendo saber quantos licitantes seriam a final efetivamente habilitados, se adotados os critérios do DNER em vigor.

VIII

Outro ponto merecedor de exame diz respeito à fixação do valor estimado do contrato, que serve de parâmetro para a fixação do patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes.

A Sefid sustenta que o valor do contrato, tomado pelo DNER, como o total das receitas da concessionária, ao longo dos 25 anos, não configura o parâmetro adequado para conduzir ao cálculo do patrimônio líquido mínimo das empresas e consórcios, que representa a garantia de capacidade de execução do contrato, porquanto tal capacidade não está ligada diretamente ao nível de receitas, mas ao volume de investimentos, suportados pela concessionária ao longo da concessão, sendo, portanto, este dado, muito mais idôneo para aferir a capacidade econômico-financeira dos potenciais licitantes, com o objetivo de dar execução do contrato.

Com efeito, após a conclusão da licitação, o consórcio vencedor deverá constituir “Sociedade de Propósito Específico”, com patrimônio e personalidade jurídica distinta, organizada na forma de Sociedade Anônima e regida pela Lei 6.404/76, segundo a qual o patrimônio líquido da empresa tem de ser, no mínimo, 10% do valor dos investimentos que ela vai suportar no período de um ano.

Para estas licitações, a Sefid propõe que o índice de 10%, fixado pelo DNER, incida sobre o volume total de investimentos e não sobre a receita projetada, o que é mais coerente não só com a finalidade de garantia, como, também, com o formato jurídico que o licitante vencedor terá de dar à empresa, especificamente constituída para a exploração da concessão.

Segundo a Unidade Técnica, a adoção do critério por ela proposto tem o duplo mérito de ser tecnicamente mais bem justificado e permitir o acesso de número maior de interessados.

O Ministério Público opõe-se à essa alteração, ao argumento de que a regra, nos contratos administrativos, é o valor do contrato ser o valor da remuneração auferida pelo contratado, valor que compõe a equação econômico-financeira do contrato, não havendo meios de aquilatar a quanto poderia ser reduzido o valor mínimo de patrimônio líquido exigido dos licitantes, tendo em vista o risco de admitir licitante que posteriormente se revele incapaz de dar cumprimento ao contrato.

Ao meu ver, não procedem os argumentos do Ministério Público. O critério adotado nesse caso é o que melhor se presta a realizar os objetivos perseguidos pela Administração. Essa é a regra que tem de ser obedecida. O critério de valor do contrato de concessão de rodovias não tem de curvar-se à tradição ou à regra de tomar o valor do contrato como valor da receita auferida pelo contratado. Via de regra, o contratado é remunerado pela administração e o valor do contrato é o valor do bem ou do serviço que entrega para a administração. O contrato de concessão de rodovia é totalmente diferente nesse aspecto. A remuneração é variável e provém dos usuários da rodovia.

Como o valor do contrato é relevante para a exata determinação do valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes, para garantir a capacidade econômico-financeira de executá-lo, e o objeto executado, que consome recursos financeiros, é justamente o volume de investimentos na

rodovia, nada mais lógico seja esse o indicativo do valor do contrato para fins de dimensionamento da garantia exigida.

Da mesma forma que a receita estimada compõe a equação econômico-financeira do contrato, também o volume de investimentos a integra e é tão ou mais importante, porquanto a receita é variável, incerta, estimada, projetada e integra o risco do negócio. O volume de investimentos, uma vez assinado o contrato, é de cumprimento obrigatório.

A redução do valor do contrato com esse novo critério não põe em risco a execução do contrato. Continua sendo exigido dos licitantes patrimônio líquido mínimo que permita fazer face às obrigações que serão assumidas, só que com fundamentação econômica e jurídica adequada.

IX

No tocante ao patrimônio líquido mínimo, em vista de que a Lei 8.987/95 é omissa quanto ao acréscimo de 30%, para os consórcios, sobre o valor do patrimônio líquido exigido dos licitantes individuais, a Sefid entendeu que esse fato acarretaria a não-aplicação dessa regra, prevista no art. 33, III, da Lei n.º 8.666/93, às licitações para concessão de serviços públicos e, por isso, propugna pela exclusão dessa exigência do edital.

O Ministério Público opõe-se a isso, em razão de entender que o art. 18 da Lei 8.987/95 faculta a aplicação de critérios e normas gerais da Lei 8.666/93 às licitações de concessão de serviços públicos, de maneira que o acréscimo de 30% exigido dos consórcios seria discricionariedade do poder concedente, não podendo o Tribunal nela interferir, sob pena de extrapolar sua competência.

O artigo 18 da Lei 8.987/95 determina a aplicação de critérios e normas gerais da Lei 8.666/93 aos processos de licitação de concessão de serviços públicos *no que couber*.

Entendo que a imposição do acréscimo de até 30% não é faculdade arbitrária do administrador ou do poder concedente. A aplicação deste acréscimo tem de ser cabível, necessária e justificada em face do caso concreto. O percentual imposto pode ser variável, em face do caso concreto. Reveste-se a questão de grande importância, porque mesmo considerando o valor do contrato como a soma dos investimentos futuramente realizados, já se estabeleceria patrimônio líquido alto o suficiente para garantir a sua perfeita execução, sem necessidade aparente de que se lhe acresça 30% para o caso de consórcios.

Por essas razões, se mantido o acréscimo de 30% para os consórcios, sua necessidade e percentual devem ser objeto de justificativas pela Administração, ante cada caso concreto.

X

Cabe razão ao Ministério Público quando aponta incoerência na “*fixação do capital social da sociedade anônima que deve ser constituída para executar o contrato de concessão.*”

Conforme assinalado, prevê o edital que o “*capital social subscrito e integralizado da concessionária deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão, a pelo menos 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária.*”

Nesse ponto, considero perfeitas as razões expendidas pelo Ministério Público, *in verbis*:

“Entendemos que, a princípio, é inócuo exigir-se das empresas isoladas e dos consórcios a apresentação de um patrimônio líquido mínimo, para fins de habilitação, com vistas a verificar se o licitante dispõe de efetiva capacidade econômico-financeira para cumprir rigorosamente o contrato de concessão e, depois, na fase da contratação, não exigir da sociedade anônima, que será a concessionária efetivamente, que mantenha essa mesma capacidade, uma vez que se reclama dessa empresa apenas que o capital subscrito e integralizado seja proporcional, em 10%, ao total de investimentos, que em nada se vincula ao patrimônio líquido mínimo, inicialmente exigido.

A sociedade anônima constituída é pessoa jurídica que não se confunde com a dos sócios que a compõem. Tem, por isso, patrimônio próprio, conseqüentemente o patrimônio dos sócios, que foi considerado na fase de habilitação econômico-financeira, não aproveita o patrimônio da sociedade, que deve suportar as obrigações do contrato de concessão, de maneira que a garantia inicialmente exigida na licitação se perde na contratação.

A sugestão que oferecemos para superar essa contradição, de modo a vincular capacidade econômico-financeira dos sócios à sociedade por eles instituída, é determinar, no edital, que o capital social subscrito da sociedade anônima instituída seja igual ao patrimônio líquido mínimo dos licitantes no mesmo edital, não sendo necessário alterar a regra que cuida do capital social integralizado. Isso porque o compromisso dos acionistas com a sociedade corresponde ao preço de emissão das ações subscritas.

Pensamos que, dessa forma, pelo menos no início da sociedade (o mesmo ocorreria se não houvesse a substituição do licitante por essa sociedade), a sua capacidade econômico-financeira será equivalente àquela avaliada na fase de habilitação do certame licitatório.”.

Considero pertinente a proposta de determinação, sugerida pelo Ministério Público, no sentido de que seja alterada a redação do item 242 do edital para a seguinte redação: “*O capital social subscrito da concessionária deverá ser equivalente ao patrimônio líquido mínimo exigido na fase de habilitação enquanto o capital integralizado deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão a, pelo menos, 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária*”.

XI

Quanto à possibilidade de empresas, sem êxito na licitação, virem posteriormente a compor o capital social da concessionária, entendeu a unidade técnica que já não haveria por que proibi-la, uma vez que a Resolução 40/2000 do Conselho Nacional de Desestatização - CND, de 17.10.2000, ao aprovar “*as condições para o processo de concessão de trechos rodoviários a ser implementado pelo DNER*”, estabeleceu que o licitante vencedor deverá transformar a Sociedade de Propósito Específico (SPE), constituída para explorar exclusivamente a rodovia, em companhia aberta, com negociação de ações em bolsa de valores, o que permitiria a participação de qualquer pessoa física ou jurídica em seu capital social.

Dirijo aí da unidade técnica. Considero que são dois momentos distintos: o primeiro, a licitação e contratação da empresa concessionária; o segundo, a transformação dessa empresa em companhia aberta, regida pela Lei 6.404. Para que a licitação ocorra de modo competitivo, é fundamental que o edital proíba a participação imediatamente posterior de empresas derrotadas no consórcio vencedor e na composição acionária da sociedade de propósito específico, constituída para assinatura do contrato. Do contrário, criam-se condições para desestimular a competição, porquanto as licitantes poderiam ajustar entre si medidas para garantir, reciprocamente, a participação no negócio de todos os licitantes, realizando apenas simulacro de competição. Não é por outra razão que a mesma Resolução 40/2000 do CND determina que “*nenhum participante poderá integrar mais de um consórcio licitante*”.

Posteriormente, com a conversão da sociedade de propósito específico em companhia aberta, poderá qualquer pessoa física ou jurídica participar do capital social. Neste momento, porém, muito provavelmente a emissão de ações se dará para captação de recursos a custos financeiros mais baixos, privilegiando a emissão de ações preferenciais, sem direito a voto, não obstante não seja impossível ou ilegal, após a transformação em companhia aberta, a venda posterior de parte das ações, com direito a voto, desde que o bloco de controle permaneça com as empresas componentes do consórcio vencedor de cada licitação.

Até essa conversão, entretanto, não se pode admitir que empresas derrotadas no processo de licitação integrem a composição societária da sociedade constituída para explorar cada rodovia, razão por que o edital e a minuta de contrato devem conter essa proibição de forma explícita.

XII

As modificações propostas pela Sefid possibilitarão, como ela mesma menciona, o adequado ajuste dos procedimentos licitatórios, objeto dos processos em tela, e dos respectivos instrumentos deles resultantes aos novos preceitos das concessões rodoviárias e à legislação pertinente.

Não poderia concluir sem destacar o acurado exame, lavrado a tento pela Sefid, de todas as importantes questões relacionadas com essas licitações. Mesmo o memorial encaminhado pelo DNER, elaborado após vistas dos autos, foi objeto de análise pela unidade técnica, que revisou

algumas propostas de encaminhamento na instrução complementar, acolhidas em sua maior parte, devido à pertinência e ao aprimoramento que trarão aos futuros processos de concessão, cujos reflexos positivos, com certeza, serão sentidos pelos usuários dos trechos das rodovias futuramente concedidas.

Em face das diversas alterações que hão de ser promovidas nos editais e do fato de grande parte delas afetar diretamente a formulação de propostas pelos licitantes, impõe-se determinar ao DNER a devolução das garantias depositadas pelos licitantes que acorreram à licitação, bem como dos envelopes de habilitação por eles apresentados.

Por fim, considero necessário o reenvio do edital e da minuta de contrato para avaliação por esta Corte, após as modificações determinadas na decisão adotada nesta ocasião e na Decisão 46/2001 do Plenário, a fim de que se garanta o exato cumprimento das determinações feitas pelo TCU e o exame do processo de concessão de rodovia nos termos da Instrução Normativa TCU 27/98.

Cumpridas todas as determinações, as concessões poderão prosseguir normalmente, garantindo o Plenário presta apreciação dos procedimentos, em prazo diretamente proporcional a sua importância.

Assim, acolhendo, por seus fundamentos, as propostas da unidade técnica e a proposta do Ministério Público de adequação do capital subscrito da empresa exploradora da concessão, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à deliberação deste Plenário.

Sala das Sessões, em 15 de agosto de 2001.

Walton Alencar Rodrigues
Ministro-Relator

“DECISÃO NÃO ACOLHIDA”

DECISÃO Nº /2001 - TCU - PLENÁRIO

1. Processos TC-016.243/2000-0, TC-016.244/2000-7, TC-016.245/2000-4 e TC-016.246/2000-1
2. Classe de Assunto: V – Acompanhamento da outorga de concessão de trechos rodoviários.
3. Responsável: Rogério Gonzalez Alves, Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral.
4. Órgão: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER.
- 4.1. Concessões: trechos das rodovias BR-153/SP (Divisa MG/SP – Divisa SP/PR), BR-116/PR/SC (Curitiba – Divisa SC/RS), BR-393/RJ (Divisa MG/RJ – entrada da BR-116/RJ) e BR-101/RJ (Ponte Presidente Costa e Silva – Divisa RJ/ES).
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IV, 5º, 43, inciso II, da Lei 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. determinar ao DNER que:
 - 8.1.1. adote as taxas de crescimento do produto interno bruto dos exercícios de 1991 a 2000, para cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB, utilizada nas projeções do volume de tráfego equivalente, mantendo a metodologia empregada na projeção do fluxo de caixa do empreendimento;
 - 8.1.2. quanto ao dimensionamento dos índices de fuga e de impedância utilizados nos estudos de viabilidade econômico-financeira:
 - 8.1.2.1. promova a redução do índice de fuga e impedância a valor inicial não superior a 10%, com decréscimo ao longo da concessão, justificando a premissa adotada de que os benefícios potenciais para o usuário são superiores ao valor da tarifa; e
 - 8.1.2.2. desenvolva, para as próximas concessões, considerada a realidade de cada rodovia, estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e de impedância, adequadamente fundamentados com hipóteses e dados que possibilitem a transparência do processo de avaliação, compatibilizando-

os com as premissas metodológicas adotadas, tais como a superioridade do benefício advindo da concessão sobre o custo atribuído ao usuário;

8.1.3. inclua no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, disposições relativas ao tratamento ambiental, em especial quanto aos seguintes aspectos:

8.1.3.1 cumprimento da Política Ambiental do DNER, aprovada pelo Conselho de Administração da Autarquia em 5.9.2000, e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;

8.1.3.2. responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e evitar a criação de novos passivos ambientais;

8.1.3.3. implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra, em específico a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas;

8.1.4. exclua os itens 170 a 182 do edital de licitação, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a fim de garantir o sigilo das propostas e o caráter competitivo do certame, preservando, por tal forma, a lisura do processo licitatório;

8.1.5. discrimine na Subseção II (Da Avaliação das Propostas) da Seção III (do Exame e da Avaliação das Propostas) do Capítulo IV (da Proposta de Metodologia de Execução) os parâmetros e requisitos para que as propostas de metodologia de execução sejam consideradas insatisfatórias, regulares ou adequadas ao requerido, a fim de possibilitar o julgamento objetivo das propostas, nos termos do art. 45, *caput*, da Lei 8.666/93;

8.1.6. adequa a alínea “d” do item 71, vindo a prever que, para efeito de qualificação econômico-financeira do consórcio, cada consorciado, individualmente, deverá ter patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido mínimo exigido no edital correspondente à sua respectiva participação na constituição do consórcio;

8.1.7. promova as seguintes adequações na minuta de contrato, relativas à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

8.1.7.1. suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego), por estar compreendido na alínea “c” do item 3 da Cláusula XX;

8.1.7.2. suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato), em razão de que a imposição de prazos, para avaliação do equilíbrio do contrato, é incompatível com as premissas da licitação;

8.1.7.3. suprimir a alínea “b” do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado), por permitir que as adequações estruturais da rodovia provoquem o aumento de tarifa;

8.1.7.4. suprimir a alínea “b” do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), por não estar de acordo com a premissa adotada de que o PER é formulado pelos licitantes, a partir das indicações do poder concedente;

8.1.7.5. suprimir a alínea “f” do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), porque busca eliminar o risco inerente ao negócio e contraria o disposto no inciso II do art. 2º da Lei 8.987/95;

8.1.7.6. alterar o teor do item 13 da Cláusula XX do contrato, definindo-se que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será utilizada, tão-somente, a taxa interna de retorno – TIR apresentada na proposta comercial da licitante vencedora;

8.1.8. redefina no edital o valor do contrato como sendo a soma dos investimentos realizados durante todo o período da concessão, estipulando o patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes, nos termos do § 3º do inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93;

8.1.9. promova as seguintes adequações relativas ao nível de serviço a ser prestado pela concessionária:

8.1.9.1. incluir no edital de licitação, na minuta de contrato e em seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que “nível de serviço” opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior transparência acerca da qualidade do serviço prestado;

8.1.9.2. incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, cláusulas que obriguem a concessionária a informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego, como instrumento para se aferir o “nível de serviço” prestado ao longo da

concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

8.1.9.3. incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

8.1.9.4. alterar o item 5.d da Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão, a fim de que a execução das obras de expansão tenham início 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço, identificada a partir das projeções de tráfego efetivo;

8.1.9.5. incluir no edital de licitação e na minuta de contrato, na parte relativa às sanções administrativas, a aplicação de multa, em valor estipulado, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado em edital de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao “D”;

8.1.10. reveja o edital de licitação, a minuta de contrato e seus anexos, a fim de que todos os dispositivos estejam em conformidade com as alterações determinadas nesta decisão;

8.1.11. inclua no edital de licitação e na minuta de contrato a obrigação da contratada de converter a sociedade de propósito específico criada para explorar a rodovia em companhia de capital aberto, nos termos do art. 5º, inciso II da Resolução 40/2000 do Conselho Nacional de Desestatização;

8.1.12. inclua na redação do item 239 e na minuta de contrato a exigência de que, até o momento da futura conversão da sociedade de propósito específico em companhia aberta, os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, ainda que indiretamente, permanecendo, após a conversão em companhia aberta, a proibição de que venham a participar do bloco de controle acionário da concessionária;

8.1.13. altere a redação do item 242 do edital, passando-se a exigir que o capital social subscrito da concessionária deverá ser equivalente ao patrimônio líquido mínimo exigido na fase de habilitação, enquanto o capital integralizado deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão a, pelo menos, 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária.

8.1.14. recalcule o teto máximo de tarifa a ser cobrada em cada praça de pedágio, considerando as alterações determinadas nos itens 8.1.1 e 8.1.2.1 desta Decisão;

8.1.15. exclua do item 29, na Seção XIII, do edital o texto que estabelece a intervenção de um representante da concessionária na confecção do “Termo de Vistoria”, necessário para o início da cobrança do pedágio;

8.1.16. inclua no edital os critérios objetivos para a verificação da consistência das projeções financeiras, a que se refere o item 46, subitem “b”, do Capítulo II, Seção I, Subseção I do edital;

8.1.17. inclua na minuta do contrato que as receitas alternativas devem reverter para o usuário com a diminuição da tarifa, nos termos do art. 11 da Lei 8.987/95;

8.1.18. altere a minuta do contrato para incluir cláusulas que regulem de forma clara os procedimentos para a desapropriação, a servidão administrativa e a limitação administrativa ao direito de propriedade, definindo entre esses procedimentos quais deles são de competência da concessionária;

8.1.19. remeta a este Tribunal, para acompanhamento, cópia dos Editais 0491/00-00, 0492/00-00, 0493/00-00 e 0494/00-00, após as alterações ora determinadas, conforme prevê a Instrução Normativa TCU 27/98;

8.2. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que, nos termos da Ordem de Serviço 4 - Segecex, de 20.4.2001, e da determinação da Presidência do Tribunal, comunicada na sessão Plenária de 11.4.2001, bem como à Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid, que acompanhe o cumprimento da decisão proferida nestes autos e informe ao Tribunal sobre as providências adotadas; e

8.3. enviar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Diretor-Geral do DNER; ao sr. Ministro de Estado dos Transportes, para conhecimento e eventuais providências que houver por bem, no exercício da supervisão ministerial que lhe compete; ao Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Comissão Mista de Fiscalização e

Orçamentos Públicos do Congresso Nacional, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para conhecimento.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 – Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes:

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

TC-016.243/2000-0

TC-016.244/2000-7

TC-016.245/2000-4

TC-016.246/2000-1

VOTO REVISOR

Na Sessão de 18 de julho passado solicitei vista dos presentes autos, motivado pela complexidade das questões nele discutidas, sobretudo, pelas divergências existentes entre a manifestação do Ministério Público, que por meio do Procurador-Geral Dr. Lucas Rocha Furtado havia também obtido vista do processo, e o Voto antecipadamente distribuído pelo Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues. Tais divergências referiam-se à necessidade de alterações dos procedimentos licitatórios já em curso, especificamente quanto às seguintes questões:

1. adequação das projeções dos volumes de tráfego, de forma a contemplar as taxas de crescimento do Produto Interno Bruto dos exercícios de 1991 a 2000, para cálculo da média geométrica decenal de crescimento do PIB, em substituição ao período 1989/1998, utilizado pelo DNER;

2. redução do índice de fuga e impedância, fixado pelo DNER em 15% e 30% para veículos leves e veículos pesados, respectivamente;

3. alteração dos critérios de qualificação econômico-financeira do consórcio, em particular no que concerne ao patrimônio líquido mínimo exigido de cada consorciado;

4. redefinição de qual poderia ser considerado como o "valor do contrato", para fins de estipulação do patrimônio líquido mínimo exigido dos licitantes.

2.Considerando que as demais questões tratadas nos autos receberam tratamento uniforme por parte da Unidade Técnica, do Ministério Público e do Ministro-Relator, minha manifestação ficará restrita aos referidos pontos de divergência.

- II -

3.Em relação ao primeiro dos quesitos relacionados, embora concorde com o Relator em que a adoção do período de 1991/2000 possibilitaria a produção de um cenário mais atualizado para a projeção do volume de tráfego, entendo que a questão possa ser relevada, na esteira do propugnado pelo Ministério Público, acolhendo-se os cálculos apresentados pelo DNER:

a) a uma, porque os estudos de viabilidade do empreendimento foram realizados pela entidade no ano de 1999, não sendo conhecidos, à época, os PIBs dos anos de 1999 e 2000. O DNER se utilizou, portanto, dos dados que dispunha à época da realização dos trabalhos, obedecidos os padrões tecnicamente aceitos;

b) a duas, porque tais médias geométricas traduzem um crescimento passado da economia, que - na falta de outros parâmetros melhores - passa a representar a expectativa de um crescimento futuro. Não significa dizer, contudo, que tal crescimento venha a se concretizar. É uma expectativa, e só. Nesse sentido, veja-se que alterações no comportamento da economia, como a ocorrida no ano de 1990 (que apresentou variação negativa no PIB) podem ocorrer a qualquer tempo, sobretudo ao

longo do período de vigência de uma concessão fixada em 25 anos. A simples observação do comportamento da economia brasileira nesse ano de 2001 já revela que não mais será mantida a taxa de crescimento verificada no ano de 2000, tanto por influências externas (crise na Argentina e valorização do dólar), como internas (crise de energia);

c) a três, porque a diferença entre as taxas de crescimento para o volume de tráfego apresentadas pelo DNER e pela Unidade Técnica não são assim tão significativas, situando-se, a primeira, em 1,93% e a segunda em 2,67%.

- III -

4. Quanto ao segundo ponto de divergência, entendo que assiste razão ao Ministério Público, sobretudo ante o argumento de que os índices de fuga e impedância apresentados pelo DNER representam apenas parâmetros iniciais para a elaboração das propostas. No ambiente de competição, presente nos certames sob exame, a tendência é de que os licitantes se certifiquem da compatibilidade existente entre tais números e as reais expectativas de mercado, reduzindo-os como forma de apresentar uma melhor proposta, caso não representem fidedignamente as perspectivas do tráfego.

5. Ademais, considero bastante temerária a proposta apresentada pelo Relator, consignada no item 8.1.2.1. da Decisão que apresentou, no sentido de determinar-se ao DNER que *"promova a redução do índice de fuga e impedância do valor inicial não superior a 10%, com decréscimo ao longo da concessão ..."*, uma vez que a própria Unidade Técnica afirmou, primeiramente em relação à impedância, que *"as estimativas seriam extremamente difíceis e somente poderiam ser feitas por meio de complexos métodos econométricos e estatísticos"* (item 38 do Relatório), e depois, à respeito da fuga, que *"Da mesma forma, estimar a quantidade de usuários que vai fugir da rodovia em um ponto de saída próximo às praças de pedágio, apenas para evitar o pagamento do pedágio, é extremamente complicado"* (item 39 do Relatório).

6. Em face de tais dificuldades, a própria SEFID deixou de apresentar um número que pudesse ser tido como o ideal para representar o percentual de fugas e impedância, atendo-se a criticar a adoção de um valor único, de forma simplificada, como foi feito pelo DNER. Assim, se os números adotados pelo DNER foram considerados como desprovidos de suporte técnico, o mesmo se poderá afirmar acerca desse agora apresentado pelo nobre Relator.

- IV -

7. A terceira das divergências listadas é a que considero de maior relevância, uma vez que o critério de definição do patrimônio líquido das empresas integrantes de consórcios influencia diretamente a habilitação das empresas, podendo, por conseguinte, apresentar repercussão negativa na competitividade que se espera ver presente em procedimentos licitatórios da espécie. Diz o art. 33 da Lei nº 8.666/93:

"Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

...

III - apresentação dos documentos exigidos nos art. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micros e pequenas empresas assim definidas em Lei

..."

8. A controvérsia cinge-se à interpretação que deve ser dada à parte do texto legal que fiz grifar.

9. De início, verifico que o texto da lei, em nenhum momento, menciona que os valores dos consorciados, a serem somados, derivarão da aplicação de percentuais a serem aplicados sobre o

patrimônio líquido de cada uma das empresas integrantes do consórcio. A proporção a que se refere o texto legal, em meu entendimento, trata da parcela do patrimônio do consórcio que cada consorciado deverá demonstrar possuir. E essa parcela deve ser equivalente ao capital que cada consorciado se comprometa a integralizar. Nessa linha, o somatório das parcelas de todos os consorciados, observada a regra da proporcionalidade, equivalerá ao patrimônio total do consórcio.

10. Observe-se que a diferença fundamental entre esse entendimento e aquele defendido pelo DNER, que conta com o aval do Ministério Público, refere-se à base de cálculo sobre a qual incidirá a regra da proporcionalidade: pelo critério do DNER, a proporcionalidade será aplicada sobre o patrimônio líquido de cada consorciado; pela compreensão que agora defendo - alinhando-me ao Ministro Walton Alencar Rodrigues e à SEFID - a proporcionalidade incidirá sobre o patrimônio líquido do consórcio.

11. A regra defendida pelo Ministério Público parte, em meu entendimento, de uma premissa não verdadeira: a de que o investimento decorrente da aplicação do capital de um consorciado, na formação do patrimônio líquido do consórcio, tenha exata equivalência, em termos proporcionais, no patrimônio líquido de cada empresa consorciada. Tal premissa, como já disse, não é verdadeira, na medida em que a correspondência deve existir, sim, em valores absolutos, mas não necessariamente em grandezas proporcionais. É dizer: se a empresa "A", que participa com 10% de um consórcio, aplica 300 unidades monetárias em sua formação, necessariamente retirará, de seu patrimônio, as mesmas 300 unidades monetárias. É só o que se pode afirmar. Não é legítimo que se afirme, entretanto, que as 300 unidades monetárias que a empresa "A" retirará, para integralizar o capital do consórcio, corresponderá, necessariamente, a 10% de seu patrimônio. As referidas 300 unidades monetárias tanto podem representar 10% de seu patrimônio, como podem representar mais, ou menos.

12. No exemplo anteriormente mencionado, pelo entendimento defendido pelo Ministério Público, a empresa "A" teria de possuir, necessariamente, um patrimônio líquido equivalente a 3.000 unidades monetárias (10% de 3.000 = 300). Em nosso entendimento, a empresa somente teria que comprovar que possui patrimônio líquido equivalente a, no mínimo, de 300 unidades monetárias, o suficiente para integralizar sua parcela de capital no consórcio, na medida exata de sua participação.

13. A afirmação do Ministério Público no sentido de que *'se uma empresa participa de um consórcio em 10% é de admitir que somente 10% do seu PL, e nada mais que isso, estaria disponível para empreender o negócio objeto do consórcio'* me parece absolutamente desarrazoada. Se o consórcio se afigurar, para determinada empresa, como um bom negócio, ela pode estar disposta a comprometer 30%, 50%, 70% ou até mesmo a integralidade de seu patrimônio na concretização daquele negócio, ainda que todo o seu patrimônio somente venha a lhe assegurar 10% de participação naquele empreendimento.

Veja-se outro exemplo hipotético: em uma licitação é exigido o patrimônio líquido de R\$ 1 bilhão de reais. Dele participam as empresas "A", "B", "C" e "D", cada qual participando com 25%. É mais do que razoável presumir-se que somente se exigirá que cada uma das empresas comprove possuir patrimônio líquido mínimo de R\$ 250 milhões, equivalente à parcela que terá que integralizar no consórcio. Pelo entendimento do Ministério Público, entretanto, essas empresas teriam de comprovar que possuem patrimônios líquidos individuais mínimos de R\$ 1,25 bilhão (1,25 bilhão x 20% = 250 milhões).

14. A interpretação conferida ao dispositivo legal pelo Ministério Público, aplicada pelo DNER, é nitidamente restritiva, como se vê desse último exemplo. Embora concorde com o Ministério Público quando afirma que *'é a competitividade que deve subordinar-se à legalidade, e não o contrário'*, devo dizer que a prevalecer o entendimento trazido pelo Ministro-Relator a competitividade caminhará ao lado da legalidade, e não em sentido contrário a ela, uma vez que o inciso III do art. 33 do Estatuto das Licitações, como já mencionei no item 9 deste Voto, em nenhum momento prescreveu que a regra da proporcionalidade seria aplicada em relação ao patrimônio líquido de cada consorciado, sendo de todo razoável entender-se que tal proporcionalidade deva existir somente em relação ao patrimônio líquido que deverá dispor o consórcio, como ente único.

15. Afirma o nobre Representante do Ministério Público: "*É de se observar que a formação de consórcios para participar de licitações não tem o objetivo de propiciar que empresas em situação financeira deficitária tenham acesso à competição através do 'empréstimo' da saúde financeira das outras consorciadas. É compreensível, destarte, que a Administração exija de cada consorciado nível mínimo de capacidade econômico-financeira, tendo sempre em conta o objeto a ser contratado*". Peço aqui o consentimento do nobre Procurador para fazer minhas, também, essas suas palavras. Ocorre que a solução que defendo - também defendida pelo Ministro-Relator e pela Unidade Técnica - de igual forma impede a participação daqueles que não dispõem de situação econômico-financeira compatível com as obrigações que tenham de assumir. Em síntese: os consorciados possuem a obrigação de integralizar sua parcela de capital - observada sua participação - para a formação do patrimônio líquido do consórcio. E somente poderão participar do certame se comprovarem que possuem os recursos que se comprometem a integralizar.

16. A questão relativa à habilitação dos consórcios não pode dissociar-se, jamais, do pressuposto que permite sua criação: "o de que nenhuma das empresas, isoladamente, teria condições técnicas, capital, trabalho ou conhecimentos específicos (know-how) para realizar o objetivo licitado" (Raul Armando Mendes apud Carlos Pinto Coelho da Motta, *in* Eficácia nas Licitações e Contratos, 1996, p. 160). É essa, também, a lição de Hely Lopes Meirelles (Licitação e Contrato Administrativo, 1990, p. 82-83) e Ivan Barbosa Rigolin (Manual Prático das Licitações, 1991, p. 193). O procedimento adotado pelo DNER, no entanto, opõe-se frontalmente a essa lição, na medida em que impede a associação de empresas que isoladamente não detenham capital suficiente para participar dos certames. Os consórcios seriam, nessa visão - que considero equivocada -, uma associação de empresas em busca de técnicas, conhecimentos e métodos de trabalho conjuntos, nunca de capital, uma vez que as empresas já possuiriam, isoladamente, capital suficiente para participar do certame (para melhor visualização, vide exemplo que consignei no item 13 deste Voto).

17. Embora defenda tese em sentido contrário, Marçal Justen Filho reconhece que a interpretação que agora tentamos imprimir ao referido inciso III do art. 33 da Lei nº 8.666/93 não é desarrazoada. Tanto assim que após discorrer sobre o assunto e defender ponto de vista coincidente com aquele agora trazido pelo Ministério Público, conclui afirmando ser "*desejável que o ato convocatório explicitamente esclareça qual a interpretação adotada, para evitar dúvidas ou propiciar controvérsias no curso da licitação*" (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1999, p. 353). Naquela oportunidade, Marçal Justen Filho lembrou da responsabilidade solidária dos consorciados na execução dos objetivos, afirmando que "*a restrição legal relaciona-se com a idéia de capacitação real e não meramente formal ou aparente*". Esse argumento, que apresenta certo grau de razoabilidade, perde todo o sentido na discussão dos casos concretos que agora se encontram sob exame, simplesmente porque os respectivos editais de licitação, valendo-se da prerrogativa introduzida pela Lei nº 8.987/95, traz a imposição de que os consórcios vencedores transformem-se em empresas, regidas pela Lei nº 6.404/76 (itens 231 e seguintes, dos respectivos editais). Acaba, portanto, qualquer solidariedade das empresas que originalmente tenham contribuído para sua constituição. E mais, a partir da integralização do capital da nova empresa, tem-se como assegurada a capacitação real buscada por Marçal Justen Filho, e não mais aquela meramente formal ou aparente.

18. Não obstante todas essas considerações e o acolhimento, de minha parte, da inteligência trazida pela SEFID, acolhida pelo Ministro-Relator, pondero que não se pode afirmar que tenha o DNER, ao divulgar editais de licitação com critérios contrários aos agora defendidos, cometido qualquer infração. Isso porque a questão envolve polêmica interpretação de dispositivo legal e a Autarquia utilizou-se de hermenêutica até então não questionada - ao contrário, largamente utilizada.

19. Nessa ótica, não creio ser medida de inteira justiça que o Tribunal determine ao DNER, agora, em pleno curso dos procedimentos licitatórios, a adoção dessa nova interpretação que agora trazemos.

20. De frisar que, a par das exigências contidas no edital, não se pode falar da ausência de competição, uma vez que os dados constantes dos autos revelam a participação de diversas empresas e grupos, para cada um dos lotes, como se verifica:

	Lote 07	Lote 08	Lote 09	Lote 10	Lote 11	Lote 12	Lote 13
Total de Grupos	28	21	23	18	15	11	17
Total de Empresas	64	47	57	43	36	28	38

21. Não obstante se possa argumentar que a adoção do critério defendido pela SEFID, que contou com a anuência do Ministro-Relator e que igualmente defendi neste Voto, possivelmente ampliasse o universo dos competidores, não se pode dizer que o critério adotado pelo DNER tenha resultado na ausência de competição.

22. Parece-me mais conveniente, então, que o Tribunal acolha, para estes certames, os critérios de qualificação econômico-financeira já adotados pelo DNER - porque calcados em razoável interpretação da lei -, determinando-se à Autarquia, entretanto, que doravante passe a adotar em seus próximos editais de licitação a nova interpretação para a regra insculpida no art. 33, III, da Lei nº 8.666/93.

- V -

23. A quarta e última das divergências existentes entre o parecer do Ministério Público e a posição trazida pelo Ministro-Relator refere-se à definição do valor do contrato que serviu de base para a estipulação do capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo que deveriam possuir os licitantes, como requisito de habilitação.

24. Não posso concordar com a SEFID, e por conseguinte com o Ministro-Relator, quando defende que seja definido como valor do contrato "*a soma total dos investimentos realizados durante todo o período da concessão*". Considero mais coerente com as definições aplicáveis ao setor público aquela trazida pelo Ministério Público, acolhendo como valor do contrato o total das receitas auferidas pelo contratado ao longo do período da concessão. Buscar definição diferente seria forçar uma situação de difícil sustentação: como imaginar, por exemplo, que o valor do contrato compreenda apenas os custos, deixando de englobar também os lucros do contratante?

25. Não obstante aquiescer ao Ministério Público quanto a essa definição específica - o que deve ser considerado como valor do contrato -, verifico que a SEFID, ao suscitar a questão, tinha como preocupação a aparente incompatibilidade entre o capital ou patrimônio líquido mínimo exigido e aquele efetivamente necessário à garantia da sustentação do contrato. A preocupação da SEFID, encampada pelo Ministro-Relator, me parece bastante procedente, como passo a demonstrar.

26. Reza o art. 31 da Lei nº 8.666/93:

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômica-financeira limitar-se-á:

...

§ 2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º. O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior, não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da Lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais."

27. O objetivo da norma não é outro senão a de "*incrementar a consistência das propostas e diminuir a inadimplência de adjudicatórios*" (Carlos Pinto Coelho da Motta, op. cit., p. 153). À luz desse objetivo, deve o Poder Público buscar a compatibilidade entre o capital ou patrimônio líquido mínimo exigido e o aporte de recursos que deverá efetuar o licitante vencedor.

28. Embora se possa argumentar que o referido § 3º, ao fixar limite máximo, deixou à discricionariedade do administrador a fixação do exato parâmetro, desde que não fosse ultrapassado tal limite, há que se convir que todo ato emanado de agente público tem de ser motivado, sob o risco de que a discricionariedade se confunda com a arbitrariedade. À respeito, comenta Marçal

Justen Filho: "Caberá ao edital, em cada caso, adotar essa previsão, justificando-a devidamente". (grifo nosso - Op. cit., p. 336).

29. Nesse sentido firma-se também a jurisprudência:

"Mandado de Segurança - Licitação - Limites da discricionariedade.

A Administração dispõe da discricionariedade como instrumento de satisfação adequada a um certo interesse, mas deve utilizá-la dentro de certos parâmetros, fora dos quais se transformarão em ilegitimidade (BANDEIRA DE MELLO. Licitação). Fixação de capital mínimo integralizado, à guisa de prova de capacidade financeira. Relacionamento com o momento do certame e não com instantes prefixados em demais inútil. Exclusão anti-isonômica de interessados no certame.

Resultado antagônico à finalidade da licitação." (Apelação Mandado de Segurança 101.692 - PE [3498344], DJ de 28/6/84, *apud* Carlos Pinto Coelho da Motta, op. cit., p. 155).

30. Assiste total razão à SEFID e ao Ministro-Relator quando argumentam que o capital ou patrimônio líquido mínimo necessário a garantir o eficaz cumprimento do contrato deveria balizar-se pelo total de investimentos que venha a ser exigido dos prestadores de serviços. É só o que interessa à Administração conhecer: se o licitante vencedor terá condições de implementar os investimentos que se comprometeu a realizar.

31. Assim, e em face de meu entendimento quanto ao que deve ser considerado como valor do contrato, creio que a melhor solução, que igualmente atende ao interesse público, não seja a de determinar-se ao DNER que adote nova compreensão para o que venha a ser considerado como o valor do contrato, mas sim de que se determine à mesma autarquia que, nos próximos procedimentos licitatórios que venha a realizar, estipule o percentual a ser fixado como limite máximo para exigência de patrimônio líquido em função do valor absoluto dos investimentos previstos.

Em tempo, em face das ponderações trazidas pelo eminente Representante do Ministério Público, nesta Sessão, aquiesço, também, à exclusão dos itens 8.1.15 e 8.1.16 da Decisão apresentada pelo Ministro Walton, face à prejudicialidade que os alcança, ante o exame do mérito dos demais itens acima citados.

Ante o exposto, louvando os trabalhos apresentados pelo Ministro-Relator e pelo Ministério Público, ambos elaborados com base em argumentos plausíveis e entremeados pelo nítido espírito da busca do interesse público, proponho que o Colegiado adote a deliberação que ora lhe submeto, de igual teor àquela trazida pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, exceto quanto aos itens 8.1.1, 8.1.2, 8.1.2.1, 8.1.14 e 8.1.19, que suprimi, e 8.1.6 e 8.1.8, que, com nova redação, passaram a compor os itens 8.1.11, 8.1.11.1 e 8.1.11.2 daquela que apresento, reenumerados os demais.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de agosto de 2001.

UBIRATAN AGUIAR

Ministro-Revisor

TC-016.243/2000-0

TC-016.245/2000-4

TC-016.246/2000-1.

VOTO DE DESEMPATE DO PRESIDENTE

Nos termos do inciso VIII do art. 94 do Regimento Interno cabe-me nestes autos proferir voto de desempate.

Analisando os votos do Relator, Ministro Adylson Motta, e do Revisor, Ministro Ubiratan Aguiar, adoto a proposta de Decisão oferecida pelo Ministro-Revisor.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

DECISÃO Nº 587/2001 - TCU - PLENÁRIO

1. Processos TC-016.243/2000-0, TC-016.244/2000-7, TC-016.245/2000-4 e TC-016.246/2000-1
2. Classe de Assunto: V – Acompanhamento da outorga de concessão de trechos rodoviários.
3. Responsável: Jaime dos Santos Freitas Pacheco, Diretor-Geral Interino.
4. Órgão: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER.
- 4.1. Concessões: trechos das rodovias BR-153/SP (Divisa MG/SP – Divisa SP/PR), BR-116/PR/SC (Curitiba – Divisa SC/RS), BR-393/RJ (Divisa MG/RJ – entrada da BR-116/RJ) e BR-101/RJ (Ponte Presidente Costa e Silva – Divisa RJ/ES).
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues
- 5.1. Revisor: Ministro Ubiratan Aguiar
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado, Procurador-geral.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, pelo Voto de Desempate de seu Presidente, nos termos do inciso VIII do art. 94 do Regimento Interno, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IV, 5º, 43, inciso II, da Lei 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. determinar ao DNER que:
 - 8.1.1. desenvolva, para as próximas concessões, considerada a realidade de cada rodovia, estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e de impedância, adequadamente fundamentados com hipóteses e dados que possibilitem a transparência do processo de avaliação, compatibilizando-os com as premissas metodológicas adotadas, tais como a superioridade do benefício advindo da concessão sobre o custo atribuído ao usuário;
 - 8.1.2. inclua no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, disposições relativas ao tratamento ambiental, em especial quanto aos seguintes aspectos:
 - 8.1.2.1. cumprimento da Política Ambiental do DNER, aprovada pelo Conselho de Administração da Autarquia em 5.9.2000, e implantação da NBR ISO 14001 pela concessionária em prazo estipulado no edital;
 - 8.1.2.2. responsabilidade do concessionário de promover o cadastro geral do passivo ambiental, recuperar o passivo existente e evitar a criação de novos passivos ambientais;
 - 8.1.2.3. implementação das medidas de controle ambiental previstas nos licenciamentos da obra, em específico a operação do sistema de prevenção de acidentes com cargas perigosas;
 - 8.1.3. exclua os itens 170 a 182 do edital de licitação, que tratam do atestado de exequibilidade econômico-financeira do empreendimento, a fim de garantir o sigilo das propostas e o caráter competitivo do certame, preservando, por tal forma, a lisura do processo licitatório;
 - 8.1.4. discrimine na Subseção II (Da Avaliação das Propostas) da Seção III (do Exame e da Avaliação das Propostas) do Capítulo IV (da Proposta de Metodologia de Execução) os parâmetros e requisitos para que as propostas de metodologia de execução sejam consideradas insatisfatórias, regulares ou adequadas ao requerido, a fim de possibilitar o julgamento objetivo das propostas, nos termos do art. 45, *caput*, da Lei 8.666/93;
 - 8.1.5. promova as seguintes adequações na minuta de contrato, relativas à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:
 - 8.1.5.1. suprimir o item 1 da Cláusula XIII (Do Risco Geral de Tráfego), por estar compreendido na alínea “c” do item 3 da Cláusula XX;
 - 8.1.5.2. suprimir o item 5 da Cláusula XIV (Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato), em razão de que a imposição de prazos, para avaliação do equilíbrio do contrato, é incompatível com as premissas da licitação;
 - 8.1.5.3. suprimir a alínea “b” do item 5 da Cláusula XVI (Do Serviço Adequado), por permitir que as adequações estruturais da rodovia provoquem o aumento de tarifa;
 - 8.1.5.4. suprimir a alínea “b” do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), por não estar de acordo com a premissa adotada de que o PER é formulado pelos licitantes, a partir das indicações do poder concedente;

8.1.5.5. suprimir a alínea “f” do item 3 da Cláusula XX (Da Revisão Contratual e da Tarifa Básica), porque busca eliminar o risco inerente ao negócio e contraria o disposto no inciso II do art. 2º da Lei 8.987/95;

8.1.5.6. alterar o teor do item 13 da Cláusula XX do contrato, definindo-se que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será utilizada, tão-somente, a taxa interna de retorno – TIR apresentada na proposta comercial da licitante vencedora;

8.1.6. promova as seguintes adequações relativas ao nível de serviço a ser prestado pela concessionária:

8.1.6.1. incluir no edital de licitação, na minuta de contrato e em seus anexos definição precisa dos critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações que permitam aferir em que “nível de serviço” opera a rodovia ao longo de sua exploração, a partir de medições efetivas de tráfego, a fim de possibilitar maior transparência acerca da qualidade do serviço prestado;

8.1.6.2. incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, cláusulas que obriguem a concessionária a informar periodicamente e de forma sistemática as medições de tráfego, como instrumento para se aferir o “nível de serviço” prestado ao longo da concessão, segundo critérios, parâmetros, procedimentos e padronizações definidos prévia e objetivamente, também em edital;

8.1.6.3. incluir no edital de licitação, assim como na minuta de contrato e demais anexos, cláusulas que estabeleçam a operacionalização do acesso direto e imediato ao DNER de informações de tráfego, independente das informações a serem prestadas pela concessionária, a fim de possibilitar controle efetivo sobre as condições de tráfego e, por conseguinte, sobre o nível de serviço em que opera a rodovia;

8.1.6.4. alterar o item 5.d da Cláusula XVI da minuta do contrato de concessão, a fim de que a execução das obras de expansão tenham início 24 meses antes da data prevista para atingimento do limite do nível de serviço, identificada a partir das projeções de tráfego efetivo;

8.1.6.5. incluir no edital de licitação e na minuta de contrato, na parte relativa às sanções administrativas, a aplicação de multa, em valor estipulado, para cada hora de operação excedente ao limite estipulado em edital de 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao “D”;

8.1.7. reveja o edital de licitação, a minuta de contrato e seus anexos, a fim de que todos os dispositivos estejam em conformidade com as alterações determinadas nesta decisão;

8.1.8. inclua no edital de licitação e na minuta de contrato a obrigação da contratada de converter a sociedade de propósito específico criada para explorar a rodovia em companhia de capital aberto, nos termos do art. 5º, inciso II da Resolução 40/2000 do Conselho Nacional de Desestatização;

8.1.9. inclua na redação do item 239 e na minuta de contrato a exigência de que, até o momento da futura conversão da sociedade de propósito específico em companhia aberta, os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, ainda que indiretamente, permanecendo, após a conversão em companhia aberta, a proibição de que venham a participar do bloco de controle acionário da concessionária;

8.1.10. altere a redação do item 242 do edital, passando-se a exigir que o capital social subscrito da concessionária deverá ser equivalente ao patrimônio líquido mínimo exigido na fase de habilitação, enquanto o capital integralizado deverá corresponder, em 31 de dezembro de cada ano, até o termo final do contrato de concessão a, pelo menos, 10% (dez por cento) do total de investimentos realizados pela concessionária;

8.1.11. nos próximos editais de licitação:

8.1.11.1. altere os critérios de qualificação econômico-financeira aplicável aos consórcios, de forma a prever que cada consorciado, individualmente, comprove possuir patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido que deverá integralizar no consórcio, observado o valor mínimo de patrimônio líquido exigido no edital e sua participação no empreendimento,

8.1.11.2. reduza o percentual de capital mínimo ou do valor do patrimônio líquido a ser exigido dos licitantes, a que se refere o § 3º do inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93, de forma a que o valor absoluto dele resultante seja compatível com a soma dos investimentos a serem realizados durante todo o período da concessão;

8.1.12. exclua do item 29, na Seção XIII, do edital o texto que estabelece a intervenção de um representante da concessionária na confecção do “Termo de Vistoria”, necessário para o início da cobrança do pedágio;

8.1.13. inclua no edital os critérios objetivos para a verificação da consistência das projeções financeiras, a que se refere o item 46, subitem “b”, do Capítulo II, Seção I, Subseção I do edital;

8.1.14. inclua na minuta do contrato que as receitas alternativas devem reverter para o usuário com a diminuição da tarifa, nos termos do art. 11 da Lei 8.987/95;

8.1.15. altere a minuta do contrato para incluir cláusulas que regulem de forma clara os procedimentos para a desapropriação, a servidão administrativa e a limitação administrativa ao direito de propriedade, definindo entre esses procedimentos quais deles são de competência da concessionária;

8.2. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que, nos termos da Ordem de Serviço 4 - Segecex, de 20.4.2001, e da determinação da Presidência do Tribunal, comunicada na sessão Plenária de 11.4.2001, bem como à Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid, acompanhe o cumprimento da decisão proferida nestes autos e informe ao Tribunal sobre as providências adotadas; e

8.3. enviar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Diretor-Geral do DNER, a título de subsídio para o cumprimento das determinações constantes do subitem 8.1; ao Sr. Ministro de Estado dos Transportes, para conhecimento e eventuais providências que houver por bem adotar, no exercício da supervisão ministerial que lhe compete; ao Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Comissão Mista de Fiscalização e Orçamentos Públicos do Congresso Nacional, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para conhecimento.

9. Ata nº 34/2001 - Plenário.

10. Data da sessão: 22/08/2001 - Ordinária.

11. Especificação do **quorum**:

11.1. Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Revisor) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

11.2. Ministros com voto vencido: Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

ANEXO II DA ATA Nº 34, DE 22 DE AGOSTO DE 2001
(Sessão Ordinária do Plenário)

PROSSEGUIMENTO DE VOTAÇÃO SUSPensa
EM FACE DE PEDIDO DE VISTA

Inteiro teor do Relatório e Voto emitido pelo Relator Adylson Motta, na Sessão Ordinária de 29 de novembro de 2000 (v. Ata nº 47/2000) e da Decisão nº 588/2001, proferida, por unanimidade, nesta data, uma vez que o Revisor, Ministro Walton Alencar Rodrigues aderiu ao voto apresentado pelo Relator naquela oportunidade, no processo nº 675.137/1998-5 (v. Ata nº 47/2000), referente ao Relatório de Levantamento de Auditoria originário da Decisão nº 512/1998 – Plenário, de 05.08.1998, que determinou a realização de trabalhos em diversas obras, em atendimento ao art. 79, inciso II, da Lei nº 9.692/1998 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 1999).

GRUPO II - CLASSE V – Plenário

TC 675.137/1998-5

Apensados: TC 003.998/1998-3, c/ 1 vol., e TC 009.130/1999-3

Natureza: Relatório de Levantamento de Auditoria

Entidades: **Projeto de Irrigação Jacarecica II/SE** (Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas do Estado de Sergipe – CEHOP – e Companhia de Desenvolvimento de Recursos Hídricos e Irrigação de Sergipe – COHIDRO)

Responsáveis: Gilmar Melo Mendes (Presidente da CEHOP), Geraldo José de N. Menezes (ex-Pres. da CEHOP), Edson Leal Menezes Filho (ex-Pres. da CEHOP), Hélio Sobral Leite (Pres. da COHIDRO) e Augusto Prado Leite (ex-Pres. da COHIDRO)

Ementa: Relatório de Auditoria. Projeto de Irrigação Jacarecica II - Sergipe. Irregularidades na concepção do Projeto, Projeto Básico, obtenção da área para implantação, aprovação e liberação dos recursos no âmbito federal, execução contratual das obras. Audiência dos responsáveis. Acolhimento parcial das razões de justificativa. Questões afetas à competência do controle externo estadual (Projeto Básico e obtenção das áreas). Necessidade de apuração de responsabilidades no âmbito da administração federal. Conversão do processo em TCE. Determinações. Ciência às autoridades competentes e interessadas.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre o Relatório de Levantamento de Auditoria originário da Decisão nº 512/98 – Plenário, de 05.08.1998, que determinou a realização de trabalhos em diversas obras, em atendimento ao art. 79, inciso II, da Lei nº 9.692, de 27.07.1998 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 1999).

2.Os trabalhos foram realizados entre 12/08 e 28/08/98 e trazem as informações resumidas na seqüência (fls. 37/40).

3. A obra presentemente analisada refere-se à ampliação do Projeto de Irrigação de Jacarecica – Jacarecica II, localizado no Município de Itabaiana, em Sergipe, contemplada com recursos do orçamento federal desde 1991 até 1998 (data da auditoria), no valor total de R\$ 45.136.204,41, atualizado para dez/99 (INCC/FGV). O Governo do Estado de Sergipe, no mesmo período, empregou R\$ 4.135.625,53, em valores de dez/99. Segundo levantamento posterior da Secex/SE (TC 009.130/99-3), em 1999, foram alocados no orçamento da União recursos no valor de R\$ 3.598.633,00 para o referido Projeto.

4.O Projeto Básico, elaborado em 15/10/1991, previa a construção de barragem de 46,5 metros de altura, com volume de 259.350 metros cúbicos, para o armazenamento de água, e de canais de irrigação revestidos de concreto armado na extensão de 56 km para a distribuição de água.

5.Segundo levantamento da Secex/SE, o valor total da obra, atualizado pelo INCC/FGV, era de R\$ 54.929.787,36, em julho/98.

6.À época da realização do levantamento de auditoria, o projeto inicial encontrava-se 86% concluído, estando a barragem terminada e a etapa de irrigação em fase inicial de implantação.

7.Para a realização das obras, contratou-se, mediante concorrência, a Construtora Norberto Odebrecht S/A, em 29/05/92, sob as seguintes condições:

- **Contrato nº 14/92;**
- valor original: Cr\$ 16.027.585.807,35;
- quantitativos previstos para irrigação de 1.600 hectares: 659.070 m³ de escavação mecânica; 158.730 m³ de escavação de rochas a fogo; 259.390 m³ de aterro mecanizado; 5.328 toneladas de concreto; 1.066 toneladas de armadura para concreto (custo/ha: R\$ 5.821,21, em valores de dez/99);
- vigência: 500 dias, a partir de 10/06/92 (data da ordem de serviço);
- situação à época da auditoria: em andamento, após 10 termos aditivos, com novo valor total de R\$ 29.978.949,92, em julho/98;
- após esses termos aditivos, o novo valor por hectare do Contrato era, a preços de setembro/98, de **R\$ 45.101,53/ha** (1.100 ha de área irrigada), ou **R\$ 31.163,12/ha** (1.592 ha de área total), consoante registrado à fl. 22 do TC 009.130/99-3.

8.O Projeto envolveu a celebração dos convênios:

- nº 71/91 (SIAFI nº 035.089), firmado entre a ex-Secretaria Nacional de Irrigação do então

Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária – MARA – e a Secretaria de Estado de Agricultura, Abastecimento e Irrigação de Sergipe, para a implantação do Projeto Jacarecica II, abrangendo a área de 1.600 hectares e irrigando 400 lotes, envolvendo recursos federais no valor de Cr\$ 125.000.000,00, com vigência entre 10/01/92 e 31/12/92, já concluído e homologado pelo Controle Interno;

- nº 03/92, celebrado entre a então Secretaria Nacional de Irrigação do ex-MARA e a Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento e Irrigação de Sergipe, visando à execução das obras da barragem do Projeto, com vigência entre 01/07/92 e 31/12/92, nos valor original de Cr\$ 2.451.278.000,00, acrescido de Cr\$ 6.200.000.000,00 (1º T. A.), de Cr\$ 1.353.622.000,00 (2º T.A.) e de Cr\$ 92.739.581.000,00 (3º T.A.), em verbas da União; estando concluído (3º Termo Aditivo - SIAFI nº 074727, dependendo de aprovação do concedente);

- nº 014/94, celebrado entre a Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e a Secretaria de Estado de Serviços Públicos/SE, objetivando o prosseguimento da construção da referida barragem, com vigência entre 17/08/95 e 31/12/99 (segundo dados do SIAFI2000), e recebendo recursos federais no valor total de R\$ 32.243.298,00, após dez termos aditivos, firmados entre 20/11/95 e 30/12/98; em andamento à época da auditoria.

9.A Equipe de Auditoria consigna as seguintes ocorrências:

a) *aditamentos de valor contratual acima do permitido em lei, totalizando 38%, e caracterizando graves falhas na elaboração do Projeto Básico, principalmente no tocante à barragem (responsável por 65% do custo total da obra) cujo volume no Projeto Básico constava de 259.350 m³ e o efetivamente executado foi de 675.000 m³ (diferença a maior de 160%);*

b) *convênios sem registro no SIAFI: 003/92 (Termo Original, 1º e 2º Termos Aditivos), 014/95 (Termo Original, 2º, 6º e 9 T.A.).*

10.Diante dessas constatações, propôs-se a audiência do responsável pela Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas do Estado de Sergipe – CEHOP, à época da elaboração do Projeto Básico (15/10/91) e dos responsáveis no âmbito da Empresa CONTÉCNICA, que elaborou o referido projeto.

11.Não obstante, a Secex/SE deixou de pronunciar-se conclusivamente sobre a proposta retro, em virtude dos novos fatos relevantes noticiados no TC 003.998/98-3, juntado a estes autos por força da Decisão nº 730/98 (Ata 43/98, Plenário, Sessão de 21/10/98). Conforme ver-se-á adiante, as apurações levadas a efeito nesse outro processo abrangem a questão motivadora da audiência alvitrada.

12.O referido processo tratava de Solicitação do Senado Federal, objetivando a realização de inspeção especial e extraordinária no Projeto em comento e no contrato firmado entre o Governo do Estado de Sergipe, através das empresas públicas CEHOP e Companhia de Desenvolvimento de Recursos Hídricos e Obras Públicas – COHIDRO, e as empresas CONTÉCNICA Ltda. - Consultoria e Planejamento e a Construtora Norberto Odebrecht S/A – CNO. Cabe esclarecer que a COHIDRO responsabilizou-se pela contratação, em 1991, dos Projetos Básicos da barragem e das obras de irrigação do Projeto Jacarecica II, junto à CONTÉCNICA, ao passo que a CEHOP licitou as respectivas obras de construção, contratando, para tanto, a CNO em 1992 (fl. 107). Em 1992, a CONTÉCNICA foi contratada pela Construtora Norberto Odebrecht, para a produção do Projeto Executivo das obras.

13.Entre outras deliberações, o aludido *decisum* determinou a realização de audiência dos responsáveis no âmbito da CEHOP e COHIDRO, em virtude das irregularidades detectadas nesta outra auditoria (realizada em julho/98, um mês antes do levantamento retrodescrito), cujo teor principal reproduzo a seguir, observando que as principais constatações da Secex/SE evidenciam-se no curso dos registros:

(...)

8.2.1 *Sr. Augusto Prado Leite e Sr. Hélio Sobral Leite, ex-Presidente e Presidente, respectivamente, da Companhia de Desenvolvimento de Recursos Hídricos e Obras Públicas (COHIDRO) quanto:*

8.2.1.1 *- à aceitação de projeto básico contendo diversas falhas, gerando conseqüências danosas ao erário (...);*

8.2.1.2 - à não punição da *CONTÉCNICA* ante os erros de seu trabalho [responsável pelo Projeto Básico] (...);

8.2.1.3 - à área escolhida para o projeto: sua motivação, áreas impróprias em ponta de projeto, drenagem de solo antieconômica, não inserção de áreas de entorno no projeto e valorização de terras da região sem medidas para evitar o enriquecimento sem causa ou a tomada de água clandestinamente (...);

8.2.1.4 - à indefinição dos critérios de escolha dos irrigantes, em que pese formas passadas que geraram danos a evolução de projeto - como o de Jacarecica (...);

8.2.1.5 - às mudanças de culturas, demonstrando falha no projeto básico, transformando o projeto em uma extensa produção de capim, em detrimento de culturas mais nobres, voltadas diretamente para o consumo humano (...);

8.2.1.6 - ao custo elevado do hectare irrigado (...);

8.2.2 Sr. Gilmar Melo Mendes, Presidente da Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas (CEHOP), Sr. Geraldo José de (...) [Nabuco] Menezes, Presidente da CEHOP de 1991 a 01/09/93, e Sr. Edson Leal Menezes Filho - Presidente da empresa de 01/09/93 a 01/02/95, quanto:

8.2.2.1 - à aceitação da contratação da *CONTÉCNICA*, por parte da Construtora Norberto Odebrecht - CNO, para elaborar o projeto executivo, em que pese a vedação legal de sua participação, bem como pelos inúmeros erros em que incorreu em atos antecedentes (...);

8.2.3 Sr. Gilmar Melo Mendes, Presidente da CEHOP, relativamente:

8.2.3.1 - ao grande aumento de volumes de escavação e de aterro, por erro da *CONTÉCNICA*, itens estes de elevada diferença, originariamente, entre os preços de mercado e os da CNO, segundo a própria CEHOP, sem que fosse tomada qualquer providência contra a empresa autora da falha, com prejuízos ao erário e ao equilíbrio financeiro do contrato (...);

8.2.3.2 - à drenagem de 4,4 hectares de lagoa, em uma relação custo x benefício antieconômica, principalmente tendo em vista o valor da terra (...);

8.2.3.3 - ao adiantamento de pagamento à CNO para compras de tubos, para agilizar a entrega, estando eles estocados no canteiro de obras (...);

8.2.3.4 - às sucessivas repactuações de contrato com a CNO, tornando-o ao longo do tempo extremamente oneroso, tendo em vista ter sido ele firmado em período inflacionário, com BDI acima do que hoje se pratica para obras do gênero, sem ação no sentido de buscar o reequilíbrio econômico do pacto (...);

8.2.3.5 - à repactuação de contrato em mais de 38% do valor original, e com a formalização dos instrumentos após o acontecimento físico dos itens na obra, sem as devidas sanções contra a *CONTÉCNICA* (...).

14. Na mesma assentada, este Tribunal decidiu: enviar à Presidência do Senado Federal cópia integral dos autos do TC 003.998/98-3, bem assim da Decisão e dos respectivos Relatório e Voto; informá-la que os desdobramentos oriundos dos fatos então analisados estariam sendo tratados no presente processo; e tão logo houvesse decisão definitiva desta Casa sobre a matéria, ser-lhe-ia comunicada.

15. Na sequência deste Relatório resumem-se as razões de justificativa e respectivas análises pela Secex/SE, conforme a instrução do AFCE Sérgio da Silva Mendes (fls. 156/181).

16. As razões de justificativa dos **Srs. Augusto do Prado Leite** e **Hélio Sobral Leite** (fls. 64/104) são idênticas, sendo, portanto, examinadas em conjunto.

16.1. Ocorrência: “aceitação de projeto básico contendo diversas falhas, gerando conseqüências danosas ao erário (item I, alíneas ‘f’ e ‘g’ do Relatório de Auditoria)”.

. *Síntese das razões de justificativa:*

- os projetos foram objeto de licitação, na modalidade de convite, tendo sagrado-se vencedora de ambas as licitações a firma *CONTÉCNICA*, empresa de reputação técnica;

- a *CONTÉCNICA* foi inicialmente contratada pela CODEVASF para elaborar os estudos de pré-viabilidade (1989) e, posteriormente, pela COHIDRO (1991), para elaborar o Projeto Básico da barragem e de irrigação; essa empresa detinha reputação técnica na área, tendo executado trabalhos similares em 1986 (barragem e obras complementares do Rio Mandaú-PE, barragens de concreto de Cafundó e Covas e seis barragens sucessivas no Rio Ipojuca – SE, entre outras citadas pelos responsáveis;

- o Projeto Básico baseou-se no estudo de pré-viabilidade, que considerava “predisposições técnicas a serem observadas”, “portanto sem as definições concretas e absolutas, que somente seriam efetivadas quando da elaboração do projeto executivo”;

- a alínea "f" do Item I do Relatório de Auditoria informa que "não se considerou o aumento da demanda por água, comprometendo o volume de água para irrigação"; contudo, em 1991, não havia “qualquer sinalização de que a água da Barragem pudesse ser utilizada para consumo humano”, logo não se considerou essa variável no Projeto Básico;

- outro erro apontado pela Auditoria, no Projeto Básico, seria a "não verificação da existência de uma estação de captação de água bruta inserida na área inundável a exigir sua transferência"; todavia, o Projeto contemplava levantamento topográfico, indicando o referido ponto de captação, além de outras construções na área (a serem removidas);

- quanto ao grande aumento de volumes de escavação e de aterro na execução das obras, não previsto no Projeto Básico, é informado que este somente adotou como parâmetro, para suas análises, os referidos estudos de pré-viabilidade, daí a falha nos quantitativos iniciais do contrato; ademais, o § 4º do art. 55 do Decreto-lei nº 2.300/86, vigente à época, permitia que os aditamentos contratuais para obras ultrapassassem os 25% (definidos no §1º do referido artigo), desde que não houvesse alteração do objeto do contrato; “difícilmente seria possível à COHIDRO ou a quem quer que fosse, vir a vislumbrar possíveis erros ...”.

- nada é justificado quanto às demais falhas no Projeto apontadas no Relatório, a exemplo de: a) acréscimo, em quase 100%, do número e profundidade dos furos para injeção de concreto; b) mudança do sistema de distribuição de água por canais abertos para o sistema de adutoras gravitárias, que não era a solução mais econômica para o Projeto, segundo o Analista informante; e c) não previsão adequada das áreas de extração de material e empréstimo para aterro (...).

. *Análise pela Secex/SE*: o Analista responsável informa, basicamente, que:

- o fato de a contratação da CONTECNICA haver sido precedida de licitação não elide a questão;

- os autos denotam que o estudo de pré-viabilidade contém apenas predisposições, que o Projeto Básico possui um levantamento genérico e precário, e o Projeto Executivo, que repetiu o Projeto Básico na parte de aterros e cortes, traz somente um estudo preliminar; assim, apenas na execução é que seria detectada a realidade da obra;

- quanto à ausência de previsão, em 1991, da futura utilização de água para o consumo, o Analista questiona como uma empresa, dita especialista pelos órgãos estaduais, verifica a existência de uma estação de captação de água bruta, que abastecia a cidade de Itabaiana, e não consegue presumir que aquele manancial forneceria água para consumo humano; outrossim, a afirmação de que o Projeto Básico incluiu o cadastro da estação de bombeamento apenas reforça as constatações do Relatório, haja vista que, efetivamente, não se considerou a existência dessa estação no Projeto;

- quanto ao erro no dimensionamento dos volumes de escavação e aterro, a inexistência de parâmetros comparativos não exime a culpa da COHIDRO; somente a inexperiência seria capaz de justificar a elaboração e aceitação de um Projeto Básico precário como foi, o que não seria o caso nem da empresa CONTECNICA, nem dos responsáveis, que detinham, no Estado, inúmeras experiências na área; a COHIDRO deveria acompanhar os estudos e a metodologia da empresa contratada, para evitar as falhas no Projeto; itens óbvios à obra (como caminho de acesso) não foram considerados; houve análise insuficiente do material terroso para reaproveitamento; a obviedade de que o material em estado natural, quando escavado, cresce de volume (pela descompactação também natural), também não fora ponderada no Projeto Básico;

- a alegação de que o Decreto-lei nº 2.300/86 não vedava acréscimos nos quantitativos contratados não deve ser aplicada ao caso em estudo, ou seja, para acréscimos tão expressivos, pois isso vai de encontro ao disposto no art. 7º do mesmo decreto, ao dispor que as obras deveriam ser programadas para execução em sua totalidade; **os aditivos de quantitativos recaíram sobre itens mais caros da obra** (grifei);

- se o Projeto Básico retratasse melhor a realidade, talvez a construção da barragem do Rio Jacarecica, naquele local, fosse descartada (a exemplo da usina de Xingó, cuja previsão inicial era em outro rio, tendo sua transferência ocorrido em virtude da inadequação do berço rochoso).

16.2.Ocorrência: “não punição à CONTÉCNICA ante os erros de seu trabalho (item I, alínea ‘h’ do Relatório de Auditoria)”;

. Síntese das razões de justificativa:

- o Projeto Básico foi executado em estreito atendimento aos termos de referência, não tendo sido constatados fatos que possibilitassem, à época, qualquer punição à Empresa; em 1991, a CONTÉCNICA não incorria em infrações contratuais que pudessem ensejar penalidades, pois “se erros existissem no Projeto Básico ..., somente seriam verificados no futuro, quando da execução das obras”.

. Análise técnica pela Secex/SE:

- caso a COHIDRO houvesse acompanhado corretamente a execução do contrato, na elaboração do Projeto Básico, os erros seriam detectados; a simples análise dos métodos adotados pela contratada permitiria verificar a grande probabilidade de erro;

- o edital requeria “plano de investigações geotécnicas, procurando conseguir informações de subsuperfície, através de sondagens que deverão visar especialmente a determinação das condições de resistência e de deformabilidade do maciço rochoso da fundação, bem como sua permeabilidade ...”; nesse item a CONTÉCNICA errou, elevando-se os gastos na futura obra;

- o § 2º do art. 63 do Decreto-lei nº 2.300/86 previa que *o recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra, nem a ético-profissional, pela perfeita execução do contrato*, daí não se excluir a responsabilidade da contratada após o fim dos trabalhos, cabendo-lhe as penalidades por força de sua responsabilidade ético-profissional, que poderiam ocorrer em âmbito judicial;

- o Analista acresce que a CONTÉCNICA, após esse episódio, ainda foi contratada outras vezes: em 1995, para levantamento pedológico da área de irrigação, que serviu de justificativa para mudanças de culturas e de método de aproveitamento do solo, requeridas em decorrência de erros no projeto de pré-viabilidade realizado pela mesma Empresa; em 1997, para novo estudo de viabilidade, tendo em vista, segundo o Diretor de Projetos da CEHOP, “... a redução da área irrigada com o uso da água para abastecimento humano ...” (conseqüências geradas por erros da própria contratada);

- ademais, a Empresa possuía, em sua diretoria, um funcionário dos extintos Ministérios da Agricultura e Reforma Agrária e da Integração Regional, repassadores dos recursos; o Diretor Técnico da CONTÉCNICA, Sr. Armando da Costa Cairutas, era o responsável, quando de sua atuação paralela – e incompatível – no governo federal, pela elaboração de convênios do Programa Nacional de Irrigação (fl. 28 do TC 003.998/1998-3, letra ‘b’).

16.3. Ocorrência: “a área escolhida para o projeto: sua motivação, áreas impróprias em ponta de projeto, drenagem de solo antieconômica, não inserção de áreas de entorno no projeto e valorização das terras da região sem medidas para evitar o enriquecimento sem causa ou a tomada clandestina de água (item II, alínea ‘a’ do relatório de auditoria)”;

. Síntese das razões de justificativa:

- a decisão “foi motivada pela inexistência, à época em 1991, de outras áreas com POTENCIAL SEMELHANTE (...)”; a preferência dada “foi, à época, a decisão mais acertada ante os estudos técnicos e econômicos disponíveis e cujas avaliações de benefício/custo mostraram claramente o acerto”;

- terras impróprias para exploração agrícola: incluídas no Projeto, em suas áreas marginais, próximas aos limites do perímetro, estão em conformidade com a classificação da EMBRAPA – manchas de solo classe 6 – e destinam-se à preservação permanente, conforme previsão legal;

- drenagem de solo antieconômica: decorre de conclusão equivocada do Relatório de Auditoria, pois o valor de R\$ 608.816,24, para drenar a área conhecida como Lagoa Grande, refere-se, na verdade, “à construção de toda a área da margem esquerda do projeto, com 304 ha, cujo custo de R\$ 2.002,68/ha é compatível com os custos da CODEVASF, adotados como referência na drenagem de projetos em todo o país. Além de serem peça fundamental em qualquer projeto de irrigação, POSSIBILITARÃO O APROVEITAMENTO DE DUAS ÁREAS DENOMINADAS LAGOA GRANDE E LAGOA DA TÁBUA, que se tornarão as áreas mais produtivas do projeto”;

- não-inserção de áreas de entorno da barragem e a tomada clandestina de água: *o lago é um vale estreito, “sendo impossível a utilização econômica das áreas no entorno para a irrigação, dado o grande desnível geométrico (...). A COHIDRO construirá cercas isolando o lago, para não permitir qualquer tentativa de retirada de água para uso agrícola, que poderia trazer contaminação ... além de proibir qualquer tentativa de turismo náutico ... Além do mais, estarão envolvidos na fiscalização do reservatório, a DESO, e os próprios empresários gestores ...”*;

- valorização de terras da região: *“é uma conseqüência natural em todas as áreas do país em que se implementou projeto de irrigação”*; a avaliação das terras envolveu *“todos os cuidados para que o pagamento fosse feito de forma justa...”*.

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- refuta-se a alegação de que inexistiam outras áreas com potencial de exploração semelhante;
- os estudos da CONTÉCNICA basearam-se mais em suposições do que em perspectivas concretas, sinalizando, ainda assim, que o Projeto não teria plena auto-sustentabilidade econômica;

- outros Projetos na Região, Califórnia (em operação desde março de 1987), Jabiberi (inaugurado em 1987), Piauí (implantado em 1987), Ribeira (início no mesmo ano) e Jacarecica I (operando desde março de 1987), estão com capacidade ociosa de produção (fl. 32 do TC 003.998/1998-3);

- a escolha do Projeto Jacarecica II em detrimento de outros projetos, de pequeno porte, sem o mesmo impacto econômico daqueles, não se justificativa, quer sob a óptica sócio-econômica, quer pela avaliação da realidade da produção irrigada do Estado, que era ociosa;

- a área do Projeto não sofre tanto de estiagem quanto outras áreas do Estado, que poderiam ter sido escolhidas;

- outros projetos implantados tiveram seus cronogramas ajustados à efetiva disponibilidade de água –o enchimento da respectiva represa (p.ex.: lago da hidrelétrica de Xingó em relação aos Projetos Califórnia II e Quixabeira), o que, no presente caso, não haveria ocorrido;

- os benefícios do Projeto foram superestimados, notando-se que sua área não é adequada ao plantio de culturas mais nobres, prevalecendo o cultivo de pasto irrigado;

- os custos calculados pela COHIDRO não foram adequados, gerando incrementos acentuados na relação despesas da obra/hectare irrigado;

- a área em comento, mesmo irrigada, tem sérias limitações técnico-agronômicas, como a inadequação de solos, topografia com inclinação imprópria para a agricultura ou propícia à formação de charcos, exigindo altos cultos de drenagem e sua inevitável manutenção;

- **os órgãos federais repassadores dos recursos, ao aprovarem o Projeto sem a correta análise de sua efetividade e economicidade, contribuíram para a situação relatada** (grifei);

quanto à conformidade das áreas com a classificação da EMBRAPA, não obstante a afirmação estar correta, não se admite desapropriar terras ruins, com elevado custo de produção, topografia inadequada etc; o mapa à fl. 35 do TC 003.998/1998-3 demonstra as áreas de classe 6, ou seja, terras não aráveis, que não satisfazem os mínimos requisitos para exploração agrícola; não se compreende como foi conseguida a conformação do Projeto, deixando para suas extremidades áreas imprestáveis;

- a destinação de áreas do Projeto à preservação permanente não é razoável, pois a vocação do investimento é a irrigação e não a preservação e a criação de gado leiteiro;

- o Projeto apresenta as seguintes características:

ÁREA DESAPROPRIADA = 2.409,23 hectares;

ÁREA DE CONTORNO DO PROJETO (MAPEADA) = 1.998,38 hectares;

ÁREA NÃO IRRIGÁVEL DOS 1998,38 ha MAPEADOS (classe 6) = 900,60 ha destinados à preservação;

ÁREA DESTINADA AO PLANTIO DE PASTO = 642 hectares;

ÁREA DESTINADA AO PLANTIO ORIGINALMENTE PROJETADO = 950 hectares.

. 36,13 % da área desapropriada são de preservação (mata nativa)

. 25,76 % da área desapropriada será utilizada para plantação de capim (pasto irrigado)

. 38,11 % da área será destinado ao plantio de verduras, frutas, legumes, etc.

fonte: Contécnica

. 36 % não são irrigáveis

. 36% são de irrigabilidade duvidosa

. apenas 28 % são irrigáveis

fonte: Hydros

- dos 38,11 % destinados ao plantio propriamente dito, apenas 28% das terras são economicamente exploráveis, com custos e produção mais acessíveis;

- para a área imprópria à exploração econômica (destinada à preservação), pagou-se o mesmo preço adotado para mananciais produtivos (TC 003.998/1998-3 – fl. 36);

- quanto à área de drenagem, o engano imputado ao Relatório não procede, pois as informações originais vieram da própria CEHOP, cujos técnicos calcularam a extensão da Lagoa Grande;

- segundo o Analista, o custo efetivo do hectare de terra drenada será de R\$ 3.000,00, sendo três vezes superior ao seu valor original, não parecendo razoável a compra de uma área que exija drenagem para ser explorada;

- quanto às providências anunciadas, a cargo da COHIDRO, para evitar o uso não autorizado do Projeto (cercas no perímetro), a visita *in loco* (TC 003.998/1998-3 - fl. 38) demonstrou a exploração, sob a ciência da COHIDRO, das águas do lago, gerando contaminação por combustível, e de um projeto turístico, cuja implementação haveria sido obstada apenas porque o proprietário das terras não conseguiu financiamento;

- nesse sentido, registra o Analista, é essencial que o TCU expeça determinações no sentido de que o órgão repassador dos recursos condicione as transferências ao compromisso expresso de que sejam cumpridas normas de caráter ambiental e quanto à destinação social do respectivo projeto;

- quanto ao preço de obtenção das terras, a metodologia da COHIDRO incorreu nas seguintes falhas: inclusão de fontes de preços de terras com a mesma origem (dupla contagem) no cálculo das médias de preços, tratando-se, coincidentemente, de valores superiores às cotações fornecidas pelo Banco do Nordeste do Brasil – BNB; não-aplicação de redutor de preço para grandes áreas desapropriadas; aquisição de terras imprestáveis ao plantio (florestas e lagos) pelo mesmo preço de terras boas; tudo isso ocorrendo em benefício dos então proprietários, sendo que estes receberam, por terras de boa qualidade, pelo menos, 15% a mais que o devido, e, por áreas inaproveitáveis, até 64% acima dos níveis de mercado (TC 003.998/1998-3 - fls. 46/48);

- registro que, conforme informado no Relatório de Auditoria (TC 003.998/1998-3 - fl. 48), a aquisição das terras do Projeto foi custeada exclusivamente com recursos estaduais.

16.4.Ocorrência: “indefinição dos critérios de escolha dos irrigantes, em que pese formas passadas que geraram danos à evolução de projeto – como o de Jacarecica (item II, alínea ‘b’ do Relatório de Auditoria)”;

. *Síntese das razões de justificativa:*

- a margem esquerda do Projeto prevê lotes de 4 hectares destinados a colonos, preferencialmente pequenos agricultores sem terra suficiente para produzirem, mas que tenham características mínimas desejáveis, cuja concessão de direito real de uso será decidida mediante licitação pública.

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- o termo "preferencialmente" é pouco preciso, dando margem a que o critério não seja aplicado;

- a realidade demonstrou que a COHIDRO não utiliza critérios mínimos para eleger os colonos;

- o Projeto Jacarecica I possui capacidade ociosa e baixa produção, em virtude da utilização de critérios subjetivos que distribuíram terras a pessoas sem vocação agrícola (fls. 42/43 do TC 003.998/1998-3); daí a necessidade de se determinar ao órgão repassador que defina critérios mínimos para o colono, bem como critérios de produtividade para que o trabalhador rural continue com o uso da terra; lembrando-se, nesse mister, dos itens 1.1 e 1.6 da Decisão 66/95 – Plenário, que traduziram determinações à Secretaria de Recursos Hídricos, visando ao sucesso de projetos de irrigação; contudo, o Projeto Jacarecica II até agora não tem normas específicas;

16.5. Ocorrência: “mudanças de culturas, demonstrando falhas no projeto básico, transformando o projeto em uma extensa produção de capim, em detrimento de culturas mais

nobres, voltadas diretamente para o consumo humano (item II, alínea “d” do Relatório de Auditoria)”;

. *Síntese das razões de justificativa:*

- o Projeto Executivo detectou variações em algumas unidades de solo que, em conjunto com certas exigências do mercado consumidor, exigiram a referida mudança;

- a opção pela pecuária de leite decorreu de profundo estudo das características pedoclimáticas (referentes ao solo e ao clima), bem como da oportunidade do mercado consumidor, haja vista que a produção de leite na Região Nordeste disponibiliza apenas 90 gramas por habitante/dia, quando a média nacional é de 285 gr./hab.x dia; ademais, a produção de leite em Sergipe sofrera redução no período seco de 1993, prevendo-se quebra de safra para o ano de 1998;

- logo, a introdução de pecuária de leite, em áreas com restrições ao cultivo de fruteiras, visa a aumentar a disponibilidade interna *per capita* de leite, possibilitando o surgimento de um cooperativa que poderá atender à população de Aracaju.

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- a resposta traduz o que inicialmente foi citado no relatório do TC 003.998/1998-3;

- a inserção de pasto irrigado não teve outra intenção que aproveitar terras impróprias para o plantio (como dito pelo responsável) e aumentar o volume de terras irrigáveis, pretendendo, com isso, diminuir o custo do hectare irrigado e, provavelmente, justificar melhor o Projeto;

- sobre as boas perspectivas para o mercado leiteiro, cabem as seguintes ressalvas:

. em 1993, Sergipe produziu 78.812.000 litros de leite e, entre agosto de 1995 e julho de 1996, essa produção atingiu 134.392.000 litros, representando um crescimento de 70,5%;

. a quantidade de leite cru ou resfriado recebida pela indústria em Sergipe, em 1993, alcançou 24.578.000 litros, já em 1996, caiu para 15.370.000 litros; assim, o aumento da produção não incentivou a industrialização pelas cooperativas, pois a produção interna é direcionada para indústrias de outros estados;

. em 1993, foram pasteurizados, no Estado, 17.230.000 litros de leite, e, em 1996, este número caiu para 9.471.000 litros, confirmando-se a assertiva anterior, já que a produção cresceu em 70,5%, mas a pasteurização caiu em 45%;

. em 1993, venderam-se, ao público, 9.841.000 litros de leite pasteurizado, já em 1996 este número caiu para 7.833.000 litros, ou seja, uma redução de 20,4%;

. o número acima também demonstra que o consumo de leite pasteurizado representa apenas 5,82% da produção de leite no estado em 1996.

- dessa forma, a opção feita no Projeto, também preparada pela CONTÉCNICA, tem possibilidades de fracassar, tendo em vista que a produção interna de Sergipe já atende ao consumo estadual; o resultado seria a produção sem mercado;

- ilustrando a mudança no perfil produtivo do Projeto, tem-se que o pasto surgiu para ocupar 642 hectares de terra irrigada, ao passo que a área destinada à cultura de banana reduziu-se de 700 ha para apenas 117 ha;

16.6. Ocorrência: “custo elevado do hectare irrigado (item IV, alíneas “a” e “b” do Relatório de Auditoria)”;

. *Síntese das razões de justificativa:*

- o custo/hectare calculado no Relatório de Auditoria engloba a construção da barragem, resultando em valor artificialmente alto; o Relatório adotou um custo médio nacional de US\$ 4,275.00/ha, que parece compatível com o custo de implantação de sistemas de irrigação localizada, contudo, não pode servir de parâmetro para aferir custos de implantação de infra-estrutura de irrigação de uso coletivo; o custo do Projeto deve ser calculado apenas em relação ao valor total das obras de irrigação (R\$ 18.600.000,00) para a área de 1.592 ha, chegando-se a um custo de US\$ 9,985.82/ha, bem próximos aos US\$ 10,000.00 adotados pela CODEVASF como paradigma;

- a avaliação do custo da barragem deveria realizar-se separadamente, baseando-se nos custos de outras barragens similares;

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- o cálculo utilizado no Relatório de Auditoria baseou-se na metodologia mais justa de apuração de custos: o rateio; apurou-se, portanto, um custo de R\$ 22.938,16/ha irrigado,

considerando 75% do custo da barragem, tendo em vista ser esse o percentual de consumo de água destinado à irrigação (25% restantes seriam para abastecimento urbano);

- a COHIDRO não pode justificar os altos custos do Projeto retirando o item barragem do cálculo, pois trata-se de elemento essencial, além do que, em sua concepção original, nunca se falou na utilização da água represada de forma compartilhada com o consumo humano;

- a informação de que o custo adotado pela CODEVASF é de US\$ 10,000.00 merece reparos;

- no TC 007.291/92-2 (Decisão 66/95 - Plenário), o TCU não encontrou um valor médio para o custo do hectare irrigado; levantou-se, contudo, que o Projeto Tourão, na Bahia, teve um custo de US\$ 1.359,77/ha (ou US\$ 1.583,04 segundo dados da extinta SIR); o Projeto Nilo Coelho, em Pernambuco (de maior envergadura que o de Jacarecica II), custou US\$ 5.472,30/ha;

- os dados dos Projetos Tourão e Nilo Coelho demonstram que os custos de Sergipe estão extremamente acima daqueles normalmente encontrados em outros investimentos.

17. A seguir, analisam-se as defesas apresentadas pelo **Sr. Gilmar Melo Mendes**, Presidente da CEHOP quando da audiência, tendo assumido suas funções no início de 1995.

17.1. Ocorrência: "aceitação da contratação da empresa CONTÉCNICA por parte da Construtora Norberto Odebrecht - CNO - para elaborar projeto executivo, em que pese a vedação legal de sua participação, bem como pelos inúmeros erros em que incorreu em atos antecedentes (item I, alínea "b", do Relatório de Auditoria)";

(para este item a análise aplica-se também aos **Srs. Edson Leal Menezes Filho e Geraldo José Nabuco De Menezes**, por terem apresentado respostas idênticas às do Sr. Gilmar Mendes)

. *Síntese das razões de justificativa:*

- nos termos do Decreto-lei 2.300/86, vigente à época, a CNO contratou a CONTÉCNICA para elaborar o Projeto Executivo, fato amparado pelo art. 62 do diploma citado;

- o art. 8º do Decreto-lei 2.300/86 veda a participação, no certame, do autor do projeto, o que não se aplica ao caso em questão;

- a CEHOP não poderia vedar a contratação da CONTÉCNICA, pois a COHIDRO (que contratou o Projeto Básico) e a CODEVASF (que contratou o estudo de pré-viabilidade técnica) não detectaram falhas nos trabalhos entregues, inexistindo, também, a declaração de inidoneidade.

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- ao contrário do afirmado nas razões de justificativa, a vedação no art. 8º do Decreto-lei nº 2.300/86 aplica-se ao caso em estudo;

- segundo o próprio *currículum* da CONTÉCNICA, o autor dos projetos básicos de barragem e irrigação de Jacarecica II foi o Engenheiro Alfredo Pereira Corrêa, sócio e diretor da Empresa CONTÉCNICA, o que incorre na vedação expressa no art. 8º, inciso II, do referido Decreto-lei;

- a subcontratação ocorrida prejudicou a aferição da correção dos projetos básico e executivo, haja vista que a mesma empresa foi responsável pelos dois serviços;

- a falta é agravada porque o Diretor da CONTÉCNICA, Sr. Armando da Costa Cairutas, era, segundo seu *currículum*, Assessor no ex-Ministério da Agricultura e Reforma Agrária e no então Ministério da Integração Regional, entre 1986 e 1993, sendo responsável pelo acompanhamento das ações desenvolvidas pelos estados do Nordeste na implantação dos projetos de irrigação, custeados mediante convênios do Programa Nacional de Irrigação; tal fato, por si só, deveria obstar a atuação da Empresa em qualquer fase de qualquer projeto em que aquele agente detivesse o poder de ingerência sobre a respectiva aprovação e execução, no âmbito federal (fl. 28 – TC 003.998/1998-3);

- ademais, conforme já registrado, durante a execução do contrato com a CNO, surgiram diversos erros da CONTÉCNICA, muitos onerando o contrato em benefício da contratada, o que seria suficiente para exigir que outra empresa elaborasse o Projeto Executivo, sem prejuízo das medidas administrativas e civis cabíveis.

17.2. Ocorrência: "grande aumento de volumes de escavação e de aterro, por erro da CONTÉCNICA, itens estes de elevada diferença, originariamente, entre os preços de mercado e

os da CNO, segundo a própria CEHOP, sem que fosse tomada qualquer providência contra a empresa autora da falha, com prejuízos ao erário e ao equilíbrio econômico financeiro do contrato (item I, alínea "g", consequência 3, do Relatório de Auditoria)".

. Síntese das razões de justificativa:

- o volume total de aterro mecanizado em materiais terrosos é de 680.883 m³ (que compreende o valor registrado no Relatório de Auditoria - 659.254 m³ - somado ao valor do aterro mecanizado com mistura de material - 21.329,27 m³);

- o volume de aterro *random* não foi contabilizado no Relatório;

- a relação percentual do volume de aterro executado na obra e o volume do Projeto Básico é de 32% (722.965 m³ executados, contra 547.480 m³ projetados), contra os 154,15% apontados no Relatório de Auditoria;

- durante a execução das obras, as condições locais impuseram alterações na metodologia construtiva, especialmente quanto às ombreiras da barragem, que receberam volume adicional de escavação na ordem de 85.000 m³ (de difícil previsão), incluindo cortes para a construção de caminhos de acesso ao topo do aterro; desconsiderando-se este volume de aterro, a diferença do Projeto Básico para o executado cai para 16,5%;

- na escavação, a relação Projeto Básico *versus* executado é de 50% (projetado 536.900 m³, executado 806.872 m³), computando-se os volumes adicionais de escavação de ombreiras, além dos volumes de escavação de materiais não aproveitáveis das jazidas de empréstimo, estimado em 120.000 m³; desconsiderando esses dois volumes, o percentual de aumento do executado frente ao projetado fica em 12%;

- o diferencial entre o executado e o projetado nos serviços de escavação em jazidas de empréstimo foi de 109%; o Projeto Básico estimara um aproveitamento de 300.000 m³ (já compactados) de material proveniente de escavações obrigatórias para utilização no corpo da barragem; o aproveitamento deste material (de má qualidade para barragem) ficou restrito ao *tout-venant*, cujo volume total era de 165.585 m³ (compactados); a diferença entre esses dois volumes, somada aos 85.000 m³ de aterro adicional nas ombreiras, multiplicado por 1,224 (razão entre densidades do material na jazida e no aterro), resulta num volume de 220.000 m³, caindo a diferença percentual para 23%;

- em conclusão: o Projeto Básico considerou a configuração do maciço da barragem próxima ao executado pela CEHOP, excetuando-se os quantitativos acima descritos; esse Projeto não poderia trazer informações definitivas ao Projeto Executivo, que foram sendo geradas durante o decorrer da obra; o Decreto-lei n° 2.300/86 permitia crescer indefinidamente quantitativos no caso de obras; mesmo que as distorções fossem caracterizadas como erro, dificilmente seria possível à CEHOP detectá-las no Projeto Básico.

. Análise técnica pela Secex/SE:

- **da incoerência interna das assertivas da CEHOP:**

. a CEHOP coloca no Projeto Básico volumes terrosos, enrocamento, *random* e transição; entretanto, no efetivamente executado, esquece o *RANDOM*, assim, a tabela da CEHOP devidamente corrigida seria:

PROJETO BÁSICO – VOLUMES DE ATERRO (m³)

MATERIAIS					
TERROSOS	ENROCAMENTO	AREIA	RANDOM	TRANSIÇÃO	TOTAL
259.690	56.150	19.000	210.330	2.310	547.480

CONFIGURAÇÃO FINAL – VOLUMES DE ATERRO (m³)

MATERIAIS					
TERROSOS	ENROCAMENTO	AREIA	RANDOM	TRANSIÇÃO	TOTAL REAL
680.883	11.800	28.791	392.333,82	1.491	1.115.298

. logo, a diferença inicial sobe de 32%, segundo a CEHOP, para o valor correto de 103,7% de erro da CONTÉCNICA;

. o Relatório também está correto, pois se baseou em documento da própria CEHOP (Anexo I), abordando apenas o item Terrosos, excluído o aterro mecanizado com mistura de material; neste ponto, o erro efetivo da CONTÉCNICA foi de 154,15%;

. o Projeto Básico não poderia deixar de considerar a necessidade de cortes para a construção de caminhos de acesso ao topo do aterro, haja vista que uma obra em encosta, principalmente com a

forte inclinação como a do local da barragem de Jacarecica II, só poderia ser realizada, quer na escavação, quer no aterro, através de caminhos de acesso;

. a surpresa com o aparecimento de materiais rochosos explica-se apenas pela deficiência na metodologia de pesquisa do solo: a aparição de rochas na parte inferior da ombreira direita não pode ser tida como fato imprevisível, mas decorrente de erros de sondagem e pesquisa do subsolo, principalmente pelo fato do local possuir afloramento de rochas;

. mesmo que nossos cálculos (da Secex/SE) não considerassem os 85.000 m³ adicionais de aterro, não previstos no Projeto Básico, o erro ficaria em expressivos 88,2%, apenas no grupo ATERRO;

. a inserção da rocha nos cálculos dos responsáveis ameniza o erro no item materiais terrosos, pois aqui o erro da CONTÉCNICA foi menor (5,9%), porém, a leitura correta é que em terrosos a projetista errou em 61,24% e em rocha errou em 5,9%;

. as razões de justificativa não inseriram, em seus cálculos, o transporte DMT 1 km deste mesmo material, cuja configuração ficou como abaixo:

PROJETO	Transporte DMT 1 km de escavação mecanizada terrosos	Transporte DMT 1km de escavação de rocha a fogo
BÁSICO (1991)	129.195 (m ³ x km)	53.000 (m ³ x km)
EXECUTADO (1998)	969.434,49 (m ³ x km)	197.275,33 (m ³ x km)
VARIAÇÃO	+ 650,4 %	+ 272,2 %

. o Relatório de Auditoria colaciona exemplos de erros no Projeto, já as razões de justificativa referem-se a itens que, por terem erros menores, amenizam as falhas da CONTÉCNICA, porém, não resistem a outras análises; às fls. 187/201 encontra-se a planilha contendo o demonstrativo completo dos serviços executados (referência: outubro/98);

. o responsável contabiliza os 85.000 m³ correspondentes ao volume adicional de escavação de ombreiras, tanto no item escavação mecanizada quanto na escavação em jazidas de empréstimo; no entanto, o material da ombreira seria, segundo o Projeto Básico, reaproveitado na obra, dispensando a dupla contagem;

. quanto aos 120.000 m³ expurgados nos cálculos apresentados pelo responsável, referentes ao material não reaproveitável oriundo das jazidas de empréstimos, no entender do Analista, a imprestabilidade dos materiais escavados das ombreiras e barragem também poderia ser prevista no Projeto Básico, e não foi;

. quanto à escavação mecanizada em diversas partes da obra mantêm-se intactos os 61,24% de erro da CONTÉCNICA;

. no grupo ESCAVAÇÃO EM JAZIDAS DE EMPRÉSTIMO, a CEHOP tenta expurgar itens que ocorreram pela exclusiva culpa da CONTÉCNICA, que também aqui subdimensionou os serviços no Projeto Básico; além disso, as razões de justificativa não consideram outros itens não projetados adequadamente ou simplesmente omitidos no projeto inicial, conforme ilustrado a seguir, *verbis*:

⇒ como dito no grupo Escavação Mecanizada em Diversas Partes da Obra, aqui também insere os 85.000 m³ exaustivamente analisados acima, caracterizando dupla contagem ou, pelo menos, sua desconsideração em outros itens a acréscimo.

⇒ o Projeto Básico previa reaproveitamento de 300.000 m³ das escavações obrigatórias, entretanto, destes, 134.415 m³ não foram reaproveitados por imprestáveis. Aliás os 300.000 m³ eram imprestáveis, pois colocariam em risco a estabilidade do maciço (altamente permeáveis). A CEHOP foi, inclusive, obrigada a contratar perito para definir a possibilidade de aplicar este material ao “tout-venant”. Isso apenas demonstra os erros de sondagem e pesquisa de solo da CONTÉCNICA (...).

⇒ tentou a CEHOP expurgar cubagens em benefício da projetista mas esqueceu, entre outras coisas que outros itens relativos ao grupo foram aumentados, como por exemplo:

PROJETO	Transporte DMT 1 km de escavação em jazida de empréstimo – Terrosos	Transporte DMT 1km de escavação de rocha a fogo em pedreiras
BÁSICO (1991)	411.156 (m ³ x km)	593.213 (m ³ x km)
EXECUTADO (1998)	1.685.601,57 (m ³ x km)	840.648,13 (m ³ x km)
VARIAÇÃO	+ 310 %	+ 41,7 %

⇒ esqueceu, ainda, de computar itens que sequer foram previstos pela CONTÉCNICA, como por exemplo:

PROJETO	Fornecimento de brita 0	Fornecimento de brita 1	Fornecimento de pedra E2	Fornecimento de pedra EP

BÁSICO (1991)	0	0	0	0
EXECUTADO (1998)	8.507,09 m ³	2.438,13 m ³	1.013,24 m ³	2.745,92 m ³

⇒ errou também ao transcrever item em sua resposta, em quantitativo favorável à CONTÉCNICA:

ROCHA (escavação e carga de pedreiras) – CEHOP Audiência: 3.760 m³

ROCHA (escavação e carga de pedreiras – CEHOP – Planilha de Serviços - item 104.3 : 7.833,18 m³ [fl. 187]

. portanto, mantém-se intacto o erro da CONTÉCNICA para escavação de terrosos em jazidas, no total de 174,49%, crescendo-se, agora, os itens de transporte DMT e aqueles que sequer foram previstos pela projetista

- **incoerência das assertivas da CEHOP em relação aos autos:**

. algumas informações trazidas pelos responsáveis da CEHOP não condizem com os demais elementos dos autos, fornecidos pela própria Empresa, em outras ocasiões, que admitiam o erro da CONTÉCNICA na elaboração do Projeto Básico, conforme explicitado a seguir, *in verbis*:

. a CEHOP, em relatório técnico declara: “Na fase de projeto básico, esse perfil (tratando dos itens de escavação e aterro) foi determinado a partir de números limitados de furos de sondagem e de ensaios especiais, os quais se mostraram inadequados ao dimensionamento mais preciso do maciço da barragem.” (fl.182);

. (...) no que se refere ao acréscimo do volume de aterro compacto, (...) foi previsto em 259.350 m³, tendo seu volume final ficado em 675.000 m³, [a CEHOP] assim se pronunciou: “Entendemos que o volume inicialmente previsto não foi devidamente levantado, não tendo sido considerado as condições reais de execução de uma barragem.” (fl. 205);

. (...) no que tange ao acréscimo de 374% no item fogo de contorno (que saltou de 2.900 m³ para 13.756 m³): “A única justificativa que para este caso é que houve erro de avaliação quando da elaboração do projeto básico.” (fl. 206);

. no que concerne ao item de Tratamento Profundo de Fundações (...): “a planilha contratual previa apenas uma verba para injeções e sondagens, que se mostrou insuficiente para os serviços a serem executados, pois os furos inicialmente previstos para 12 m passaram para 24 m (erro de 100%) e a densidade dos furtos aumentou, com redução de espaçamento, para 3,0 metros, e ainda sendo previstos furos secundários e terciários, resultando no final de um espaçamento de 1,5 metros.”. (...). (fl. 211);

- o Analista ressalta, portanto, permanecerem intactas as observações do TC 003.998/1998-3, dado que a CONTÉCNICA, sem dúvida, errou no Projeto Básico; aduz que, **usualmente, admitem-se falhas nesse tipo de projeto, em relação ao executado, de aproximadamente 10%, para mais ou para menos, mas não erros de 150 %, 350 % etc;**

- ao final desta análise, é apresentado um quadro comparativo de preços entre alguns itens em que houve acréscimo de quantitativos, para fins de verificação de sobrepreço, elaborado a partir de informações coletadas junto à CEHOP:

Item	% de acréscimo (erro de projeto)	Variação do preço da Odebrecht em relação ao do DNOCS	Variação do preço da Odebrecht em relação ao da CODEVASF
101.1 – escavação e carga nas diversas partes da obra	61,24 %	+ 49 %	+ 36,70 %
101.3 – escavação e carga em área de empréstimo	177,18 %	+ 49 %	- 45,22 %
104.1 – escavação de rocha a fogo nas diversas partes da obra	6,1 %	- 7 %	+ 97,5 %
300.1 – aterro mecanizado de material impermeável nas div. Partes da obra	154,15 %	+ 90,36 %	+ 285,37 %
302.1 – aterro compactado de areia natural ou artificial nas diversas partes da obra	65,6 %	+ 90,36 %	+ 43,64 %

Obs.: sem BDI, o que como visto beneficia os preços da Odebrecht, já que seu BDI (58%) é superior aos aceitos pela CODEVASF (até 40%) e pelo DNOC (de 37,66%).

17.3. Ocorrência: “drenagem de 4,4 hectares de lagoa, em uma relação custo x benefício antieconômica, principalmente tendo em vista o valor da terra (item II, alínea a.3 do relatório de Auditoria)”

. Síntese das razões de justificativa:

- o Relatório adota o valor de R\$ 608.816,24 para a drenagem da área "Lagoa Grande", mas esse valor refere-se à construção de drenos coletores abertos, em toda a área da margem esquerda do rio (304 hectares), perfazendo um valor de R\$ 2.002,68/ha, compatível com o custo CODEVASF;

- os drenos são fundamentais em qualquer projeto de irrigação e possibilitarão o aproveitamento de duas áreas denominadas LAGOA GRANDE E LAGOA DA TÁBUA.

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- questão já analisada no tópico relativo às razões de justificativa dos Srs. Augusto do Prado Leite e Hélio Sobral Leite (subitem 16.3).

17.4. Ocorrência: “adiantamento de pagamento à CNO para compras de tubos, para agilizar a entrega, estando eles estocados no canteiro de obras (item III, alínea “e” do Relatório de Auditoria)”

. *Síntese das razões de justificativa:*

- o MMA liberou, em 22.12.97, parcela de R\$ 3.511.334,00 e, em 17.02.98, mais R\$ 1.755.665,00 (totalizando R\$ 5.266.999,00); em 22.12.97, a CNO encaminhou o Projeto de Irrigação, concluindo pela necessidade de seu reestudo; em 15.04.98, a CNO encaminhou o Projeto de Executivo, aprovado em 23.04.98;

- neste tipo de obra pressupõe-se adquirir os tubos e conexões, disponibilizando-os no canteiro de obras (é enfatizado que o prazo mínimo de entrega era de 70 dias); em vista disso, fez-se o adiantamento em julho de 1998, sobre o qual não incidiu o reajustamento que ocorreria em setembro/98; tal procedimento permitiu, ainda, a liberação de novos recursos da União, em decorrência da prestação de contas daqueles já repassados;

- os materiais estão em estoque porque a União não repassou as demais parcelas.

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- como o material permanece em estoque devido à descontinuidade do repasse de recursos federais para a obra, entende-se prejudicado o exame da questão.

17.5. Ocorrência: “sucessivas repactuações de contrato com a CNO, tornando-o ao longo do tempo extremamente oneroso, tendo em vista ter sido ele firmado em período inflacionário, com BDI acima do que hoje se pratica em obras do gênero, sem ação no sentido de buscar o reequilíbrio econômico do pacto. (item IV, alínea ‘c’ do Relatório de Auditoria)”

. *Síntese das razões de justificativa:*

- entre a licitação, o contrato e a sua execução houve grande intervalo de tempo, ensejando repactuações e descaracterizando os custos fixos incluídos inicialmente na proposta apresentada pela Construtora Norberto Odebrecht – CNO – em 1992;

- ao longo do contrato, a CEHOP buscou renegociar o BDI por inúmeras vezes, sem sucesso; a CNO, por sua vez, respalda suas negativas na desconformidade dos custos fixos em função do alongamento do prazo de execução;

- a legislação garante o direito ao contratado, prevendo que as alterações financeiras somente possam ser efetuadas com a sua concordância;

- não obstante, em uma das renegociações do contrato, obteve-se uma redução de 17% no seu saldo.

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- a CEHOP reconhece inaceitável a permanência do BDI original no contrato, que engloba os efeitos da inflação verificada à época da celebração do termo original;

- apesar das tentativas infrutíferas de renegociação contratual, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deveria ser aplicada também em benefício da Administração Pública;

- a CNO foi única no certame, já que sua concorrente foi eliminada, portanto, sagrou-se vencedora com preços exclusivos;

- conforme demonstrado à fl. 54 do TC 003.998/1998-3, o BDI da obra de Jacarecica II é **93,3%** maior que o praticado pela CEHOP, **45%** maior que o máximo admitido pela CODEVASF

e **29%** maior que o praticado pela própria Odebrecht em outra obra de irrigação com metodologia mais complexa e mais distante dos centros econômicos;

- em caso similar, a extinção do contrato para obras de Proteção Frontal da Coroa do Meio e do Molhe da Atalaia Nova, seguida de nova licitação, por determinação deste Tribunal, gerou economia de R\$ 44 milhões;

- o contrato em análise deveria, portanto, ser renegociado para redução do respectivo BDI ou revogado a bem do interesse público;

- em situação análoga encontra-se o BDI do Projeto de Jacaré-Curitiba, 50% maior que o praticado pela CEHOP, razão por que deveria ser determinado à Secex-SE que avaliasse também esse contrato, tendo em vista o estágio inicial da referida obra.

17.6.Ocorrência: “repactuação de contrato em mais de 38% do valor original, e com formalização dos instrumentos após o acontecimento físico dos itens da obra, sem as devidas sanções contra a CONTÉCNICA (item V, alínea ‘c’ do Relatório de Auditoria)”.

. *Síntese das razões de justificativa:*

- o § 4º do art. 55 do Decreto-lei 2.300/86 ampara o ato, pois, para obras, admite acréscimos maiores que 25%; além disso, o aumento de 38% foi pactuado, porém, até agora, somente 15,18% foram executados;

- quanto à formalização dos instrumentos após o acontecimento físico dos itens da obra, o procedimento derivou de entendimento subjetivo do pessoal técnico, para evitar um grande número de rerratificações, forma que não mais ocorre na CEHOP, por ter sido corrigida;

. *Análise técnica pela Secex/SE:*

- os excessos verificados no contrato originaram na inexatidão do Projeto Básico da CONTÉCNICA, que incidiu, em grande parte, sobre itens com preços excessivos;

- não obstante o Decreto-lei 2.300/86 admitir acréscimos superiores aos 25%, não se pode interpretar a norma de forma a torná-la ineficaz quanto aos princípios maiores da licitação, ou seja, admitir que um contrato possa ser aditivado em quantitativos *ad infinitum* implica anular o efeito de outros artigos da Lei (competição, modalidade de licitação etc.).

18. Por fim, o Analista propõe (fls. 180/181):

a) preliminarmente, rejeitar as razões de justificativas apresentadas por Augusto do Prado Leite e Hélio Sobral Leite, aplicando-se-lhes a multa de que trata o parágrafo único do art. 43 c/c o art. 58, inciso III, da Lei 8.443/92 e o art. 220, inciso III, do RITCU, fixando-lhe o valor em R\$ 8.780,10 (50 % do valor máximo aplicável) tendo em vista a gravidade de suas ações e omissões, capazes de gerar prejuízos ao erário público, encarecer injustificadamente a obra do Projeto Jacarecica II e pela escolha de investimento temerário, de alto custo e de efetividade duvidosa;

b) rejeitar as alegações de defesa de Gilmar Melo Mendes, Edson Leal Menezes Filho e Geraldo José Nabuco de Menezes, deixando de aplicar-lhes a sanção pecuniária tendo em vista que seus atos foram conseqüência dos atos praticados em fases anteriores às suas atuações no projeto;

c) determinar ao Ministério da Fazenda e ao Ministério do Meio Ambiente que sustem, imediatamente, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, qualquer repasse de recursos destinados ao Projeto de Irrigação de Jacarecica II enquanto o Governo de Sergipe não renegociar o BDI referente ao contrato da obra, haja vista que os preços apresentam-se excessivos, alertando que a referida negociação necessariamente tem como parâmetro o BDI de 30%, por ser a prática no mercado sergipano para obras do tipo;

d) determinar ao Ministério do Meio Ambiente que faça inserir nos instrumentos de convênio para o Projeto de Irrigação Jacarecica II normas destinadas a: garantir que o perfil do agricultor, que venha a possuir direito de uso sobre as terras do projeto, seja capaz de permitir o sucesso do mesmo; impedir o uso clandestino das águas do lago, por ferir os princípios da igualdade, da moralidade, além de por em risco o projeto pela contaminação do manancial de água para irrigação; obrigar o convenente a realizar estudos de aproveitamento da área de entorno do lago, ampliando a extensão do projeto e impedindo a exploração indevida pelos atuais proprietários; prever, como sanção, a devolução dos recursos federais em caso de descumprimento, tendo em

vista que estes não se podem prestar a financiar o ilegal, o ilegítimo ou qualquer ação que ofenda a moralidade pública;

e) determinar ao Ministério acima citado que na análise dos projetos propostos para recebimento de recursos federais verifique, especialmente: se existem áreas mais apropriadas para a prática da agricultura irrigada; se as terras irrigáveis são ideais para o plantio e para culturas economicamente viáveis; se o projeto básico foi realizado sobre bases sólidas, capazes de evitar erros de quantitativos, encarecendo por demais a obra, tudo com desperdício do dinheiro público;

f) determinar à CEHOP que não permita (tendo em vista a ilegalidade - Decreto-lei 2.300/86, art. 8º, inciso II -, o atentado ao princípio da moralidade e a comprovada culpa na elaboração errada de projeto básico) a participação da CONTÉCNICA na execução do contrato do projeto em exame, quer direta, quer como subcontratada, esclarecendo que, mesmo quando verificadas falhas na execução das obrigações contratuais apenas após o recebimento do serviço, permanece o dever da Administração em chamar o inadimplente à responsabilidade ético-profissional (Decreto-Lei 2.300/86, § 2º, do art. 63) e a reparação civil dos danos eventualmente causados;

g) esclarecer à CEHOP que a liberdade insculpida pelo § 4º do art. 55 do Decreto-Lei 2.300/86 é de natureza regrada, inadmitindo-se acréscimos ilimitados por falhas de projeto, sob pena de desvirtuar a natureza do instituto das licitações e impedir a consecução de preços mais vantajosos pela perda da economia de escala;

h) transformar o presente processo em Tomada de Contas Especial, nos termos do art. 47 da Lei 8.443/92, para que se apure a responsabilidade da CONTÉCNICA, da Constutora Norberto Odebrecht, da COHIDRO e da CEHOP nos prejuízos causados ao erário, conforme fartamente demonstrado, calculando-se, ainda, sua extensão e individualização;

i) determinar à Secex/SE que proceda estudos nos preços do Projeto de Irrigação Jacaré-Curitiba, tendo em vista a prática de BDI fora dos padrões usuais para obras similares no estado de Sergipe, estabelecendo, desde já, 60 dias a contar desta Decisão para apresentar os resultados do referido trabalho;

j) encaminhar cópia integral da Decisão, Relatório e Voto para a Presidência do Senado Federal, para o Ministério da Fazenda, para o Ministério do Meio Ambiente e ao Governo do Estado de Sergipe;

k) encaminhar cópia do Relatório de Auditoria inserido no TC 003.998/1998-3 para o Ministério do Meio Ambiente, determinando que aquele órgão adote medidas com vistas a evitar a repetição dos fatos nele apontados.

19. O Secretário de Controle Externo acolhe a proposição formulada (fl. 214).

20. Relatados os feitos acima, requereu e obteve vistas dos autos o Senador José Eduardo Dutra, autor do Requerimento nº 326/98, que originou o TC 003.998/1998-3 (fls. 216/217).

21. O Ministério Público, em manifestação por mim provocada, endossa as proposições da Unidade Técnica, ressalvando apenas caber ao Plenário definir o valor da multa alvitrada (fl. 222).

22. Após a manifestação do *parquet* especializado, a Procuradoria da República no Estado de Sergipe solicitou informações acerca deste processo, mediante Ofício/PRDC/SE nº 412, de 15/06/2000 (fls. 223). Em 17/07/2000, foi atendido o referido pleito, após nova instrução da Secex/SE (fls. 224/231).

23. Restituídos os autos a meu Gabinete, o Diretor Presidente da Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas de Sergipe – CEHOP, Sr. Arivaldo Ferreira de Andrade Filho, solicitou, em 05/09/2000, vistas e cópia das peças processuais de fls. 156/231, sendo por mim atendido mediante o despacho de fl. 233.

24. Por fim, registro que o TC 009.130/99-3, juntado ao presente processo, também trata de Relatório de Levantamento de Auditoria no projeto de irrigação em foco, realizada em cumprimento à Decisão nº 261/99 (Plenário, Ata 19/99 – Plano Especial de Auditorias em Obras Públicas, referente a 1999). Na instrução do mencionado processo (fl. 59 do TC 009.130/99-3), a Unidade Técnica ratifica a proposta de determinação referente ao registro no SIAFI dos Convênios/SRH/MMA nº 03/92 e nº 14/95, relatada no parágrafo 9 suso, propugnando ainda:

a) determinação à então Secretaria Especial de Políticas Regionais, da Presidência da República, para que condicione a liberação de novos recursos para o Projeto Jacarecica II à efetiva desapropriação das terras envolvidas, incluindo as respectivas imissões de posse;

b) que o Projeto seja objeto de acompanhamento pela Secex/SE.

25. Apreciado mediante a Decisão nº 359/2000 (Plenário, Ata 16/2000), este Tribunal absteve-se de expedir as determinações alvitadas, entendendo que a matéria deveria ser analisada por este Relator, razão por que determinou a juntada do referido processo aos autos em exame. Na ocasião, deliberou-se, também, dar conhecimento do *decisum* ao Presidente do Senado Federal e ao Governador do Estado de Sergipe.

26. A notícia mais recente, quanto ao estágio das obras, informa estarem paralisadas desde 19/01/99, em virtude, basicamente, da falta de recursos (fl. 24 – TC 009.130/99-3). O Relatório Técnico da CEHOP, de 02/07/99 (fls. 16/17 do TC 009.130/1999-3), registra que a obra está 84,58% concluída, estimando-se seu término em cinco meses, caso haja aporte financeiro e as áreas restantes sejam efetivamente adquiridas pelo Estado.

27. Relativamente à questão das terras pendentes de desapropriação, o Diretor de Divisão da Secex/SE consigna que *não se pode conceber liberações de recursos para um projeto, onde as áreas em que passarão as tubulações, destinadas a levar água para irrigação, não foram desapropriadas*. Explica-se: a despeito de o processo de obtenção das terras do Projeto não haver sido completado, as tubulações foram assentadas até o limite com as glebas não desapropriadas. Daí a conclusão da Unidade Técnica no sentido de que o investimento somente poderá ser retomado após sanada a pendência.

28. É o Relatório.

VOTO

Os fatos aqui trazidos resultaram de três auditorias realizada por este Tribunal, entre 1998 e 1999, demonstrando, basicamente, que o Projeto de Irrigação Jacarecica II eivou-se de vícios de concepção e nas respectivas obras de implantação, com sérios reflexos negativos na sua viabilidade sócio-econômica.

Dentre as irregularidades verificadas, merecem destaque:

a) autorização para a execução das obras e liberação de recursos com base em Projeto Básico eivado de falhas técnicas, algumas grosseiras, que subestimaram quantitativos, ocasionando redução da área irrigável (por falta de previsão do consumo de água para abastecimento urbano) e expressivos acréscimos no custo total da obra, em relação aos valores inicialmente previstos, destacando-se que as auditorias realizadas não lograram encontrar nenhum documento motivando a escolha da área do Projeto;

b) os itens que tiveram seus quantitativos subestimados no Projeto Básico – referência para a licitação – possuem preços unitários elevados em relação aos paradigmas de comparação, a exemplo do "aterro mecanizado de material impermeável", que sofreu um acréscimo de 154,15% em relação ao projeto original, possuindo um preço unitário 90,36% acima do padrão adotado pelo DNOCS e 285,37% superior ao utilizado pela CODEVASF; consoante apurado no TC 009.130/99-3, o preço do Contrato (não considera o custo de obtenção de terras), por hectare, após 10 termos aditivos, alcançava o exorbitante valor de **R\$ 45.101,53/ha** (1.100 ha de área irrigada), ou **R\$ 31.163,12/ha** (1.592 ha de área total), em setembro/98, ou, ainda, expurgando-se parcialmente os custos de construção da barragem (25% da água represada destina-se ao consumo urbano): **R\$ 22.938,16/ha irrigado** (1998); em nítido contraste com o padrão adotado, por exemplo, pelo DNOCS, de US\$ 8.715,00, ou **R\$ 10.325,53**, ao câmbio de set/98 (fonte: Roteiro de Auditoria em Perímetros de Irrigação, elaborado pela ex-SAUDI e 6ª Secex; e com os valores médios encontrados em outros feitos do gênero, por mim relatados recentemente, a saber:

Projeto	Processo	R\$/hectare	Estágio
Baixio Irecê/BA (*)	007.604/2000-4	13.085,46	em implantação
Vale do Iuiú/BA	007.027/2000-6	13.200,00	em implantação
Salitre/BA	007.029/2000-0	21.416,22	em implantação
Formoso "H"/BA	007.600/2000-5	24.547,00	implantado (início da implantação em 1992)
Barreiras/BA	007.607/2000-6	10.232,00	implantado (início da implantação em 1992)
Boacica/AL	008.740/2000-0	19.955,84	implantado (início da implantação em 1976)
Itiúba/AL	008.778/2000-8	12.764,49	implantado (início da implantação em 1974)

(*) saliento que, neste processo, propus determinação para que as Secex responsáveis

aferissem os preços de obtenção de terras nos projetos de irrigação auditados por força da Decisão nº 703/99 (Plenário, Ata 44/99, Representação da Secex/SE, decorrente das constatações verificadas nos processos em exame, culminado com a realização de diversas auditorias em perímetros irrigados na região da SUDENE), tendo em vista os indícios de sobrepreço na aquisição das áreas para irrigação.

c) aprovação e execução do Projeto a despeito de limitações topográficas (declividades excessivas), agronômicas (baixa capacidade de drenagem natural do solo), comprometendo a efetividade econômica e social do investimento (restou a opção pelo cultivo de pasto irrigado, em detrimento de outras culturas mais nobres e de maior impacto sócio-econômico);

d) o BDI cobrado na obra – **58%** –, definido em período de elevada inflação, mantinha-se, à época das apurações, superior aos níveis aceitos e praticados por outras instituições e em contratos similares, a saber: CEHOP: máximo de **30%**; CODEVASF: entre **20% e 30%**, admitindo-se até **40%**; DNOCS: **37,6%**; BDI praticado pela Odebrecht na obra Jacaré-Curitiba (de engenharia mais complexa, segundo o Relatório de Auditoria): **45%** (fl. 54 – TC 003.998/98-3); não obstante, o contrato foi objeto de sucessivas repactuações, sendo infrutíferas, contudo, as tentativas da CEHOP para reduzir esse percentual;

e) subcontratação, pela empreiteira responsável pela execução das obras, da mesma firma que elaborou o Projeto Básico, para produzir também o Projeto Executivo, ferindo a vedação imposta no art. 8º do Decreto-lei nº 2.300/86, regente do contrato original, e colocando sob suspeita a correta aferição dos quantitativos requeridos na obra, haja vista a excessiva quantidade de falhas verificadas no projeto preliminar e os preços excessivos comentados na alínea "b" retro;

f) as irregularidades descritas nos itens acima são agravadas pelo fato de o Diretor da CONTÉCNICA, Sr. Armando da Costa Cairutas, haver sido Assessor no ex-Ministério da Agricultura e Reforma Agrária e no então Ministério da Integração Regional, entre 1986 e 1993, sendo então responsável pelo acompanhamento das ações desenvolvidas pelos estados na implantação dos projetos de irrigação custeados mediante convênios do Programa Nacional de Irrigação (informação constante do *curriculum* do referido agente, conforme exarado à fl. 28 do TC 003.998/98-3);

g) avaliação das terras obtidas para o Projeto adotando-se metodologia que superestimou o preço real em, pelos menos, 15% para terras de "boa qualidade", e 64% para as áreas inaproveitáveis (TC 003.998/1998-3 - fls. 46/48), em face da:

- inclusão de fontes de preços de terras com a mesma origem (dupla contagem), no cálculo das médias de preços, tratando-se, coincidentemente, de valores superiores às cotações fornecidas pelo Banco do Nordeste do Brasil – BNB;

- não-aplicação de redutor de preço para grandes áreas desapropriadas;

- aquisição de terras imprestáveis ao plantio (florestas e lagos) pelo mesmo preço de terras boas;

h) início das obras sem que o processo de obtenção das terras fosse plenamente concluído, resultando no assentamento de tubulações até o limite com as glebas ainda não incorporadas ao Projeto (pendentes o pagamento das indenizações e a imissão de posse, pelo Estado), representando risco à sua efetiva operacionalização (TC 009.130/1999-3).

Conforme se depreende das ocorrências suso, pode-se dividir o rol de irregularidades nos seguintes grupos, com vistas à apuração de responsabilidades: 1) concepção do Projeto; 2) obtenção da área para implantá-lo; 3) aprovação e liberação dos recursos no âmbito federal; e 4) execução contratual das obras.

No tocante aos dois primeiros tópicos, concepção do Projeto e obtenção da área, registro que, segundo os autos, tanto o Projeto Básico quanto as desapropriações foram custeados exclusivamente com recursos do Estado de Sergipe, sob a responsabilidade da Companhia de Desenvolvimento de Recursos Hídricos e Irrigação de Sergipe – COHIDRO. Logo, falece competência a este Tribunal para responsabilizar e apenar os respectivos agentes. Destarte, deixo de acolher a proposta de multa, alvitrada pela Secex/SE, aos Srs. Augusto do Prado Leite e Hélio Sobral Leite, os quais, na condição de dirigentes daquela empresa, envolveram-se exclusivamente nesses dois grupos de irregularidades. Cabe, sim, informar ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe sobre os fatos em tela, para as apurações de sua alçada.

Por outro lado, a Unidade Técnica entende que, a despeito de as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. Gilmar Melo Mendes, Edson Leal Menezes Filho e Geraldo José Nabuco de Menezes, dirigentes da CEHOP, não haverem elidido plenamente as respectivas irregularidades, os pontos questionados decorreram de vícios originais do Projeto, aquém, portanto, de suas responsabilidades. Desse modo, propugna por não aplicar multa a esses gestores.

Examinando as questões abordadas nas audiências desses responsáveis, afetas à execução contratual das obras, confirma-se que a origem de boa parte está, de fato, nas falhas do Projeto Básico, sob responsabilidade da COHIDRO (subitens 8.2.2.1, 8.2.3.1, 8.2.3.2 da Decisão Plenária nº 730/98).

Por outro lado, os tópicos de audiência referentes às repactuações contratuais com a CNO (subitens 8.2.3.4 e 8.2.3.5 do r. *decisum*) receberam razões de justificativa que atenuam a responsabilidade da direção da CEHOP.

A questão relativa ao adiantamento de pagamento à Construtora (subitem 8.2.3.3) pode ser considerada elidida em face dos esclarecimentos prestados pelo respectivo responsável, pois a não-utilização do material adquirido deveu-se à interrupção do repasse de recursos.

Feitas essas observações, saliento que alguns fatos graves vieram à tona nos autos, porém não foram objeto específico de audiência, quais sejam:

- prejuízo aos cofres da União, decorrente dos atos antieconômicos aqui verificados, em especial a ocorrência de preço excessivo de itens, coincidentemente, subestimados no Projeto Básico (elaborado pela CONTÉCNICA) que, por conseguinte, sofreram acréscimos de quantitativos na execução das obras, onerando em demasia o preço total do contrato celebrado com a Construtora Norberto Odebrecht S/A, e sinalizando má-fé das empresas contratadas (alínea "b" retro);

- apuração de responsabilidades, no âmbito federal, pela aprovação do Projeto e liberação dos recursos da União, incluindo a celebração dos respectivos convênios, a despeito das falhas existentes no Projeto Básico e das limitações topográficas e agrônômicas do local escolhido para as obras (alíneas "a" e "c" retro), com reflexos antieconômicos; e

- situação irregular do Sr. Armando da Costa Cairutas, na condição simultânea de Diretor da CONTÉCNICA e de assessor em ministérios que liberavam recursos para o referido projeto, sinalizando possível crime de advocacia administrativa, previsto no art. 321 do Código Penal (alínea "f" suso).

No que se refere ao prejuízo erário federal, entendo pertinente a proposta da Secex-SE, para a conversão deste processo em tomada de contas especial, objetivando a melhor apuração dos fatos, a identificação dos responsáveis e a quantificação do dano.

Relativamente às responsabilidades na esfera da administração federal, cabe determinar à Unidade Técnica que promova as diligências necessárias à identificação dos responsáveis pela aprovação do Projeto de Irrigação Jacarecica II, no âmbito dos ministérios repassadores dos recursos, inclusive pela celebração dos Convênios nº 71/91, nº 03/92 e nº 014/94, por parte, respectivamente, da ex-Secretaria Nacional de Irrigação do então Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária – MARA (dois primeiros convênios) e da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, cujas atribuições, quanto aos projetos de irrigação, foram transferidas ao Ministério da Integração Nacional (Secretaria de Infra-Estrutura Hídrica), por meio da Medida Provisória nº 1.911-8, de 28/07/99 (alterou a Lei nº 9.649/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências).

Aduzo que, apesar de não registrado nos autos, mais recentemente, foi celebrado o Convênio nº 13/99, entre o Ministério da Integração Nacional e a Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, vigendo entre 26/11/99 e 31/12/2000, voltado às obras da barragem do Projeto de Irrigação de Jacarecica II, envolvendo recursos federais no valor de R\$ 3.598.633,00, após três termos aditivos. Assim sendo, cabe apurar também as responsabilidades no âmbito desse Ministério, pela decisão de celebrar o referido convênio, haja vista que as notícias de irregularidades no Projeto surgiram em 1998 (Requerimento do Senado Federal que ensejou o TC 003.998/98-3), havendo esta Corte, em outubro do mesmo ano, tornado público o primeiro Relatório de Auditoria sobre a matéria, que relatava boa parte das irregularidades em análise.

Outra providência a adotar é a comunicação ao Ministério Público da União, com vistas à

adoção das providências que julgar pertinentes, sobre o possível tráfico de influência do Sr. Armando da Costa Cairutas na aprovação do projeto em destaque e na liberação dos respectivos recursos, no período de 1991 a 1993.

Quanto às propostas de determinação da Unidade Técnica, teço as observações a seguir.

As determinações à CEHOP, sobre a interpretação de dispositivos do Decreto-lei nº 2.300/86, tornaram-se extemporâneas, dado o estágio adiantado de execução do contrato.

A determinação ao órgão repassador dos recursos, no sentido de inserir cláusulas específicas nos futuros termos de convênios para projetos de irrigação, fere a discricionariedade do respectivo Ministério (atualmente, o Ministério da Integração Nacional, por meio da sua Secretaria de Infra-estrutura Hídrica). Ademais, a Unidade Técnica propõe seja dado conhecimento dos fatos aqui apurados à pasta responsável, para a adoção de medidas preventivas, o que supre a necessidade da referida determinação.

Sobre a proposta de suspensão do repasse de recursos ao Projeto, até a redução do BDI do contrato com a CNO, cabe aduzir que as eventuais novas liberações de verbas dependem, ainda, da regularização dos demais itens questionados no Contrato (com preços elevados) e, consoante proposto no TC 009.130/99-3, da efetiva desapropriação das terras englobadas no perímetro irrigado, e respectivas imissões de posse.

A aferição do BDI adotado no contrato relativo às obras do Projeto Jacaré-Curituba (também chamado de Nova Califórnia – 2ª Etapa), proposta pela Secex/SE, deverá ser realizada no âmbito do TC 675.116/98-8, que trata de Relatório de Auditoria no aludido projeto, englobando questões afetas ao preço do respectivo contrato de obras, também celebrado com a CNO.

As demais propostas de determinação podem ser acolhidas, no essencial, inclusive aquelas exaradas nos demais processos a este juntados.

Isto posto, acolho, em parte, a proposta formulada pela Unidade Técnica, endossada pelo Ministério Público, e Voto por que seja adotada a Decisão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 29 de novembro de 2000.

ADYLLSON MOTTA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 588/2001 - TCU – Plenário

1. Processos nº TC 675.137/1998-5

Apensados: TC 003.998/1998-3, c/ 1 vol., e TC 009.130/1999-3

2. Classe de Assunto: V – Relatório de Levantamento de Auditoria

3. Responsáveis: Gilmar Melo Mendes (Presidente da Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas do Estado de Sergipe – CEHOP), Geraldo José de N. Menezes (ex-Pres. da CEHOP), Edson Leal Menezes Filho (ex-Pres. da CEHOP), Hélio Sobral Leite (Pres. da Companhia de Desenvolvimento de Recursos Hídricos e Obras Públicas/SE) e Augusto Prado Leite (ex-Presid. da COHIDRO)

4. Entidades: Projeto de Irrigação Jacarecica/SE (CEHOP e COHIDRO)

5. Relator: Ministro Adylson Motta

Revisor: Ministro Walton Alencar Rodrigues

6. Representante do Ministério Público: Dra. Maria Alzira Ferreira

7. Unidade Técnica: Secex/SE

8. Decisão: O Tribunal de Contas da União, em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 nos termos do art. 47 da Lei nº 8.443/92, converter o presente processo em tomada de contas especial, visando à melhor apuração dos fatos, à identificação dos responsáveis e à quantificação do dano, tendo em vista o prejuízo aos cofres da União, decorrente dos atos antieconômicos verificados nos autos, pertinentes ao Projeto de Irrigação Jacarecica II, especialmente a ocorrência de preço excessivo de itens, coincidentemente, subestimados no Projeto

Básico (elaborado pela empresa CONTÉCNICA Ltda. - Consultoria e Planejamento) que, por conseguinte, sofreram acréscimos de quantitativos na execução das obras, onerando em demasia o preço total do Contrato nº 14/92, celebrado entre a CEHOP e a Construtora Norberto Odebrecht S/A, e sinalizando má-fé das empresas contratadas;

8.2 determinar à Secretaria de Infra-Estrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional que:

8.2.1 condicione a liberação de novos recursos às obras do Projeto de Irrigação Jacarecica II, no Estado de Sergipe, à efetiva regularização das irregularidades apuradas por este Tribunal no Contrato nº 14/92, celebrado entre a Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas do Estado de Sergipe – CEHOP – e a Construtora Norberto Odebrecht S/A, em especial: a ocorrência de preços excessivos em itens com quantitativos subestimados no Projeto Básico, necessidade de redução do respectivo BDI a níveis condizentes com os padrões adotados em obras similares, e pendências na desapropriação das terras englobadas no perímetro irrigado;

8.2.2 adote providências com vistas ao registro no SIAFI das informações dos Convênios nº 03/92 (celebrado, originalmente, pela Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente), relativas ao termo original, 1º e 2º termos aditivos; e nº 14/95 (também celebrado pela SRH/MMA), quanto ao termo original, 2º, 6º, 9º e 10º termos aditivos);

8.2.3 condicione a aprovação de projetos e a assinatura de convênios voltados a obras de irrigação à verificação prévia de sua viabilidade e efetividade sócio-econômica, considerando, em especial: a existência de áreas alternativas mais apropriadas para a prática da agricultura irrigada; o potencial de aproveitamento da área para irrigação e cultivo de culturas economicamente viáveis; e a existência de projeto básico elaborado dentro de padrões técnicos que lhe garantam razoável confiabilidade;

8.3 determinar à Secex/SE que:

8.3.1 promova as diligências necessárias à identificação dos responsáveis pela aprovação do Projeto de Irrigação Jacarecica II, no âmbito dos ministérios repassadores dos recursos, inclusive pela celebração dos Convênios nº 71/91, nº 03/92, nº 014/94 e nº 13/99, por parte, respectivamente, da ex-Secretaria Nacional de Irrigação do então Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária – MARA (dois primeiros convênios), da Secretaria de Recursos Hídricos do, à época, Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e da Amazônia Legal (atual Ministério do Meio Ambiente), e do Ministério da Integração Nacional;

8.3.2 realize no âmbito do TC 675.116/98-8, no prazo de 60 (sessenta) dias, a aferição dos preços contratados com recursos federais na execução do Projeto de Irrigação Jacaré-Curitiba, em face da prática de BDI fora dos padrões usuais para obras similares no Estado de Sergipe;

8.4 encaminhar cópia da presente Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam:

8.4.1 à Presidência do Senado Federal e ao Senador José Eduardo Dutra, em atendimento complementar à Solicitação de que trata o TC 003.998/98-3, informando-lhes que, tão logo haja decisão definitiva deste Tribunal sobre a matéria, ser-lhes-á comunicada;

8.4.2 ao Governador do Estado de Sergipe;

8.4.3 ao Ministro de Estado da Integração Nacional, para fins de supervisão ministerial e adoção das demais medidas preventivas que julgar pertinentes quanto aos fatos aqui apurados;

8.5 encaminhar cópia dos autos do TC 675.137/98-5 e TC 003.998/98-3, incluindo a presente Decisão, bem como o Relatório e Voto em que se fundamenta:

8.5.1 ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, para a adoção das providências cabíveis, tendo em vista a notícia de irregularidades, nos autos, afetas tão-somente ao erário estadual;

8.5.2 à Procuradoria da República no Estado de Sergipe, na figura do Procurador Sr. Paulo Vasconcelos Jacobina, para subsidiar a instrução do dossiê PRDC/SE nº 051/99, nos termos do requerido no Ofício PRDC/SE nº 412, de 15/06/2000;

8.5.3 ao Ministério Público da União, para a adoção das providências que julgar pertinentes, tendo em vista a possível ocorrência de crime de advocacia administrativa, previsto no art. 321 do Código Penal, em face da notícia de que um dos Diretores da firma CONTÉCNICA Ltda. – Consultoria e Planejamento – exerceu, à época, a função de Assessor no ex-Ministério da Agricultura e Reforma Agrária e no então Ministério da Integração Regional, sendo então

responsável pelo acompanhamento das ações desenvolvidas pelos estados na implantação dos projetos de irrigação custeados mediante convênios do Programa Nacional de Irrigação.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues (Revisor), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

ANEXO III DA ATA Nº 34, DE 22 DE AGOSTO DE 2001
(Sessão Ordinária do Plenário)

PROCESSOS INCLUÍDOS EM PAUTA

Relatórios e Votos, emitidos pelos respectivos Relatores, bem como Decisões de nºs 586 a 629, proferidas pelo Tribunal Pleno em 22 de agosto de 2001, e os Acórdãos nºs 203 a 213, aprovados nesta data, acompanhados de Pareceres em que se fundamentaram (Regimento Interno, artigos 19, 20, 31, inciso VI, 42 a 46, 66, incisos VI a VIII, 77, §§ 1º a 7º e 9º, 80, incisos V e VI, 84 a 86).

GRUPO I - CLASSE I – PLENÁRIO

TC-399.018/1994-8

Natureza: Recurso de Revisão

Recorrente: Walyd Ramos Abdalla. CPF n.º 003.272.126-91

Órgão: Prefeitura Municipal de Pirapora/MG

Ementa: Recurso de Revisão interposto contra acórdão da 2ª Câmara. Multa por não-atendimento a diligência determinada pelo Relator. Ausência de requisitos para enquadramento como recurso de revisão. Intempestivo como recurso de reconsideração. Não conhecimento. Manutenção do acórdão recorrido. Notificação.

RELATÓRIO E VOTO

Trata-se de Recurso de Revisão interposto pelo Sr. Walyd Ramos Abdalla, ex-prefeito de Pirapora/MG, contra o Acórdão nº 11/1997, de 30.01.1997, proferido pela 2ª Câmara em processo de tomada de contas especial, que lhe aplicou a multa de R\$ 1.500,00 prevista no art. 58, inciso IV, por não-atendimento a diligência determinada pelo Relator do processo.

2. O responsável foi notificado da deliberação em 28.07.1997 e em 29.05.2000 interpôs o presente recurso.

3. O ex-prefeito limita-se a afirmar que prestou todas as informações que havia a seu dispor na prefeitura e que não teria sido notificado da diligência determinada. Todavia, a unidade técnica registra que, ao contrário do que alega, o responsável assinara o AR-MP do ofício de diligência de fls. 159/160.

4. A Secretaria de Recursos – Serur - propõe não conhecer do recurso, por entender que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 35 da Lei nº 8.443/92 para admissibilidade como recurso de revisão, quais sejam: erro de cálculo nas contas; falsidade ou

insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida; ou superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.

5. Tampouco é tempestivo como recurso de reconsideração.

6. O procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico manifesta-se de acordo com a unidade técnica (fl. 99).

Ante o exposto, acolho a proposta da unidade técnica, endossada pelo Ministério Público, e Voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação do Plenário.

T.C.U., Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINICIOS VILAÇA

Ministro-Relator

ACÓRDÃO N.º 203/2001 - TCU – PLENÁRIO

1. Processo n.º TC – 399.018/1994-8
2. Classe de Assunto: I – Recurso de Revisão
3. Recorrente: Walyb Ramos Abdalla. CPF n.º 003.272.126-91
4. Órgão: Prefeitura Municipal de Pirapora/MG
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico
7. Unidade Técnica: Serur
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recurso de revisão interposto contra o Acórdão n.º 11/1997, de 30.01.1997, proferido pela 2ª Câmara em processo de tomada de contas especial, que aplicou a multa prevista no art. 58, inciso IV, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), ao recorrente, por não- atendimento a diligência determinada pelo Relator do processo.

Considerando que não foram preenchidos os requisitos de admissibilidade como recurso de revisão previstos nos incisos I a III do art. 35 da Lei n.º 8.443/92;

Considerando que a peça não é tempestiva como recurso de reconsideração; e

Considerando que os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público são uniformes no sentido de não se conhecer do presente recurso;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em:

8.1. não conhecer do presente recurso de revisão, por não terem sido preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos incisos I a III do art. 35 da Lei n.º 8.443/92, mantendo-se em seus exatos termos o Acórdão recorrido; e

8.2. notificar o recorrente desta deliberação, encaminhando-se-lhe cópia dos correspondentes Relatório e Voto.

9. Ata n.º 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

MARCOS VINICIOS VILAÇA

Ministro-Relator

GRUPO II – CLASSE I – Plenário
TC 450.191/1995-8, c/ 06 volumes
Apensado: TC 450.161/1994-3
Natureza: Prestação de Contas do exercício de 1994
Entidade: Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – Sudam
Interessado: Frederico Alberto de Andrade

Ementa: Recurso de Reconsideração. Conhecimento.

RELATÓRIO

Tratam estes autos da prestação de contas da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – Sudam, referente ao exercício de 1994, onde consta como responsável o Sr. Frederico Alberto de Andrade, Superintendente da Entidade.

Mencionadas contas foram julgadas irregulares, com fundamento no art. 16, III, "b", da Lei nº 8.443/92, bem como foi aplicada multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) ao responsável, por meio do Acórdão nº 053/97 – TCU – Plenário.

Inconformado, o Responsável interpôs recurso de reconsideração, no qual ofereceu argumentos e justificativas relativamente às falhas apontadas pela Decisão recorrida.

Em sua análise, quanto à admissibilidade, a Secretaria de Recursos entende que o apelo atende aos requisitos de tempestividade, forma e legitimidade previstos no art. 33 da Lei nº 8.443/92, sendo devido o seu conhecimento.

Examinou a Unidade Técnica os argumentos suscitados pelo recorrente, transcrevendo, outrossim, as falhas constatadas por este Tribunal, que passo a relatar.

I - Inexistência, no processo de prestação de contas, de manifestação relativa à correta utilização dos valores transferidos mediante convênio.

Tendo em vista que a regularização da falha foi providenciada imediatamente, conforme comprova documento protocolado na Secex/PA, entende a Unidade Técnica estar superada esta falha, por ser de natureza formal, além de já ter sido sanada.

II - Aquisição de duas máquinas copiadoras com inexigibilidade de licitação, tendo por base preferência de marca, e, ainda, falta, atraso e duplicidade de publicação de extrato de inexigibilidade de licitação no D.O.U.

A instrução aborda esse tema, inicialmente, dizendo que *“a despeito das vantagens potenciais da padronização, ela não é um fundamento suficiente para excluir a competição entre produtores de marcas diversas. Significa dizer que a escolha de uma marca como parâmetro da padronização deve ser amparada pela demonstração de que os seus produtos possuem maior aptidão para satisfazer o interesse público, em comparação com objetos similares. Só a partir daí a adoção e manutenção da padronização legitimam-se.”*

Conclui, assim, a Unidade Técnica que *“não há dúvida sobre a exclusividade de comercialização dos equipamentos GESTETNER pela empresa contratada GELPAC, pois tal fato é comprovado nos autos.... não há, pois, óbice à escolha de marca, desde que demonstrado, tecnicamente, o interesse público da aquisição. Todavia, observa que “a desnecessidade de treinamento invocada pelo Recorrente inclui-se entre as vantagens potenciais da padronização, qualquer que seja a escolha, por isso não justifica a escolha de uma marca. Assim, faltou fundamento à padronização, razão pela qual a ausência de licitação verificada não encontra amparo legal.”*

III - Formalização dos processos de licitação na modalidade convite sem obedecer à ordem cronológica e aquisição de material com preço superfaturado, sem indicação de que foi feita pesquisa de mercado.

A instrução pondera que *“não foi identificado nenhum processo maculado pela inobservância*

na ordem cronológica dos convites, pois o único mencionado naquele item do Relatório da Ciset está correto quanto a esse aspecto e diz respeito à incompatibilidade de preços ofertados pelos licitantes com os praticados no mercado. O princípio do contraditório exige que as acusações sejam específicas, a fim de que o sujeito passivo possa impugnar objetivamente os fatos a ele imputados. Como a narração da falha é genérica, entende-se que não deve ser considerada para efeito de apreciação das contas, sob pena de se obrigar o Responsável a comprovar a regularidade cronológica de todos os convites realizados no exercício, gravame incompatível com o princípio mencionado.

No que tange ao superfaturamento, esclarece a instrução que foi ele verificado no processo para aquisição de suprimento de almojarifado, nº CUP 06300/002046/94, MEMO nº 24/94, de 13.07.90, relativamente ao item caixas de disquetes 5,1/4" DD. O argumento do Recorrente, no sentido de que foi realizada licitação, pode sugerir que a Ciset relacionou a falha a contratação direta, quando na verdade aquele órgão de controle interno arguiu incompatibilidade entre as propostas e os preços correntes de mercado. É que naquela oportunidade, apesar da licitação, com adjudicação do objeto pelo menor valor proposto (volume 3, fls. 08/12), o objeto foi adquirido, em 29.08.94, ao preço unitário de R\$ 24,90 (Nota Fiscal nº 00765/94, da empresa SISTEMAQ, ao passo que foi adquirido, em 15.12.94, por R\$ 9,48 (Nota Fiscal nº 1301, da EMPRESA EDIMEX), fato que demonstra o excesso de preço na primeira aquisição. Desta forma, contrariamente ao que assevera o Recorrente, os comprovantes de realização de licitação não afastam a constatação de superfaturamento."

Aduz, ainda, em linha de concordância com sua argumentação, que o art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93 determina que a Administração verifique a conformidade dos preços propostos pelos licitantes com os praticados correntemente pelo mercado, e os registre na ata de julgamento, exatamente para evidenciar a conformidade desejada. Como não há provas de que a Administração assim procedeu, não há elementos que possam eximi-la da irregularidade apontada, entende a instrução.

IV - Realização de Tomada de Preços, em 30.12.94, para a aquisição de noventa microcomputadores sem que houvesse prazo exequível para a execução do procedimento, e, ainda, com a utilização de crédito orçamentário cuja liberação ocorreu em 28.12.94. Enumerando, ainda, as seguintes irregularidades:

- a) inobservância do prazo estabelecido no edital para apresentação de recursos;
- b) empenhos e contratos datados antes da publicação do aviso de homologação e da comunicação aos vencedores;
- c) emissão de pareceres e despachos com data retroativa;
- d) rasuras de datas e inclusão de "entrelinhas" em despachos, caracterizando falsidade ideológica;
- e) publicação de extratos de contratos no Diário Oficial fora do prazo, retardando, proposital e injustificadamente, em cinquenta e seis dias o início da vigência dos mesmos;
- f) imprudências administrativas com possíveis conseqüências negativas de caráter administrativo, jurídico e financeiro para a Sudam; e
- g) falta de planejamento e metas bem definidas para o exercício de 1994.

De plano, sublinha a instrução que "as aquisições são compatíveis com a proposta de alocação de equipamentos contida no Plano Diretor de Informática da SUDAM (volume 6, fls. 103/135). Considerando-se também a explicação de que os quantitativos inicialmente previstos para 1994 foram redimensionados em face da não realização das quantidades previstas para 1993, entende-se descaracterizada a falta de planejamento apontado. Assim, é de se dar razão ao Recorrente, neste particular."

Quanto às demais falhas apontadas, a AFCE entende que o Recurso não logra desconstituí-las: "A economicidade da aquisição dos equipamentos, na qual se apega o Recorrente, apenas tangencia o tema enfocado, pois não foi questionada nem justifica a inobservância dos preceitos legais disciplinadores da licitação, evidenciada pela concentração dos eventos e subversão da sua ordem: 30.12.94, data de abertura das propostas, emissão de parecer técnico, homologação, emissão de empenhos e assinatura dos contratos; 05.01.95, publicação do Aviso de Homologação; 10.01.95, comunicação aos vencedores 10.01.95 (sic). Mais grave do que isso é o lançamento de

datas retroativas em peças do processo, que maculou a boa-fé que deve presidir todos os atos jurídicos, mormente aqueles praticados pela administração pública.

Também é de se considerar que, a despeito da tardia aprovação do orçamento anual, não existia tanta urgência na contratação, pois os ajustes na gestão orçamentária, financeira e patrimonial do exercício de 1994 poderiam ser feitos até o dia 20.01.95, por autorização expressa da Secretaria do Tesouro Nacional – STN/MF, conforme asseverou o próprio Responsável em explicações dirigidas à Ciset (volume principal, fl. 198).

A assertiva de que os computadores foram entregues em 07.04.95 é inócua, pois não descaracteriza o atraso na entrega do material, provocado pelo retardamento na publicação do extrato de contrato”, conclui a instrução.

V - Existência de cinquenta e sete convênios registrados no Siafi na conta “aprovados” quando deveriam estar na conta “a aprovar”, tendo em vista que os mesmos foram incluídos no Programa de Fiscalização de 1995.

Embora o responsável tenha alegado que estas são pendências de natureza contábil, que já foram regularizadas pela Autarquia, como informa o próprio Relatório da Ciset/MIR, a instrução entende que *“os fatos detectados evidenciam fragilidade no sistema de controle da autarquia, e não são infirmados pelo recurso. Assim, não há causa para a reformulação do julgado, quanto a essas falhas.”*

VI - Baixo desempenho na transferência de recursos mediante convênios.

O interessado argumentou que o exercício de 1994 foi totalmente atípico, no tocante à administração orçamentária, não só pelo fato de o Orçamento ter sido aprovado em 09.11.94, como também de o PIN/PROTERRA ter tido substancial não-realização de receitas, da ordem de 98,3%; e, assim, que em verdade a não realização dos convênios caracterizou zelo na aplicação dos recursos e não negligência.

Pondera a instrução que esta irregularidade decorreu de questões que estavam fora da alçada da administração da Sudam e que a Autarquia recebeu apenas um pouco mais de 50% das receitas previstas para o exercício. *“Frente a essa realidade, não há como exigir adequação das despesas ao planejamento”, e que é pelo “menos verossímil que a retenção de recursos tenha decorrido do controle realizado”.* Atuando dessa forma, a Administração revelou prudência, conclui a instrução.

VII - Falta de ressarcimento pela cessão de servidores, bem como o não-pagamento pela requisição.

Quanto ao primeiro ponto, entende a instrução que a cessão foi regular e que foi censurado, apenas, o aspecto financeiro da cessão.

No que tange ao pagamento dos servidores requisitados, conclui que não há motivos suficientes para que não tenha sido regularizado ainda no curso do exercício em tela. Primeiro, porque o número de requisitados é inexpressivo em relação ao quadro de pessoal da entidade, bem assim que a Entidade não esteve privada de recursos, pois contou com as necessárias antecipações orçamentárias. Assim, entende que as considerações veiculadas no recurso não são aptas a modificar o julgamento anteriormente proferido.

VIII - O Balanço Patrimonial não que espelha a realidade da Instituição.

Expõe a AFCE que, de fato, *“a integridade dos demonstrativos referentes ao exercício de 1994 foi comprometida, porque a correção se deu apenas no exercício de 1995, conforme demonstram as Notas de Lançamento de fls. 93/95 do volume 2. Entretanto, cabe ponderar que não se trata de mais uma falha a ser incluída no rol das irregularidades, vez que é um desdobramento administrativo-financeiro de falha já enfrentada.”*

IX - Ações trabalhistas julgadas e à espera de pagamento.

Ressalta a instrução que a Ciset não identificou a razão da ressalva e que sua recomendação, no sentido de que fossem providos os recursos financeiros para o respectivo cumprimento, ignorou iniciativa que já estava sendo adotada.

Desta forma, entende que *“não há um fato passível de ser enquadrado como irregularidade ou impropriedade formal, visto que a existência de ações judiciais faz parte da realidade jurídico-administrativa de qualquer pessoa jurídica. Os fatos narrados poderiam ser indicativos de irregularidades caso qualificados por uma descrição de culpa por parte da administração, quer na condução das relações trabalhistas, quer na condução dos processos judiciais, o que não foi*

evidenciado”.

X – Processos de aposentadoria que, reiteradamente, não foram remetidos para exame da Ciset/MIR, o que resultou no pagamento irregular de proventos. Evidências de que as referidas aposentadorias foram concedidas sem atender a todas as formalidades legais e com deficiências nos controles.

Como esse ponto contribuiu largamente para a formação do juízo de mérito, examinou-o a instrução detidamente. Definiu, assim, as questões relevantes para a delimitação da falha: a) pendência de remessa de processos de aposentadoria; b) conseqüente irregularidade de pagamentos; c) inobservância das formalidades legais nas concessões; e d) deficiência nos controles.

Expõe a Unidade Técnica que o recorrente diz ser 28.06.95 a data final para o atendimento da diligência. *“Para tanto, a Instrução Normativa retro-mencionada confere apenas o prazo de 30 dias, cujo termo ‘a quo’ estaria próximo ao dia 07.11.94, e por isso não poderia estender-se até a data alegada pelo Recorrente. Ademais, o termo ‘ad quem’ informado pelo Recorrente, em virtude do qual eventual falha referir-se-ia ao exercício de 1995, não foi comprovado. Assim, está efetivamente configurada a inobservância do prazo para atendimento da diligência.”*

Entretanto, explica a instrução, que, *“contrariamente ao que assevera o Responsável, o comentário acerca da inspeção na área de pessoal veiculado no item 72 do Relatório de auditoria da Ciset (volume principal, fl. 219) não desmente a existência de falhas quanto aos processos de aposentadoria, mas afirma-a categoricamente.*

A reincidência decorre da constatação, pela Ciset, da perseverança de falhas quanto a remessa de processos para exame do controle interno, fato que já havia sido apontado no Relatório de Auditoria do Exercício de 1993. Não diz respeito a uma falha já apreciada por este Tribunal, segundo se infere a partir dos registros informatizados desta Casa, que não exibem nenhuma decisão acerca de impropriedade relacionada à concessão de aposentadorias pela SUDAM.

Os exames precedentes consideraram irregular o pagamento de proventos em decorrência da falha constatada. Não obstante, pondera-se que o pagamento é irregular quando indevido, total ou parcialmente, não podendo ser assim considerado apenas em virtude de atraso no atendimento de diligência. Nesse sentido, em consulta aos normativos, especificamente a já referida IN n° 02/93, não foi encontrado nenhum dispositivo que estabeleça a presunção de irregularidade no pagamento dos benefício em face de intempestividade nos procedimentos de controle.

A Ciset considerou evidente que as aposentadorias foram concedidas sem atender a todas as formalidades legais e que houve deficiências nos controles. Tal afirmação está relacionada à informação, pela SUDAM, de que ‘os respectivos processos carecem de complemento de informações e que a demora deve-se ao fato da reconstituição das planilhas de pagamento, que exigem pesquisas relativas aos períodos de concessões’ (volume principal, fl. 217, item 58).

Ocorre que a informação transcrita não contém elementos que permitam inferir qualquer desatendimento à formalidades legais ou deficiências nos controles. Ao contrário, a entidade enfatiza que as diligências não se tornaram necessárias em virtude de omissão de informações ou deficiência de controle, mas em virtude de novas orientações para uniformização de fichas de concessão de aposentadoria...

Assim, para superar a explicação da entidade seria mister especificar as falhas apuradas. Como isso não ocorreu, não se pode falar em inobservância de formalidades ou eficiência nos controles, em atenção ao princípio do contraditório, conforme exposto no item .3.1 desta Instrução.

Em síntese, no que tange a processos de concessão de aposentadoria conclui-se ter havido inobservância do prazo para atendimento de diligência solicitada pela Ciset. Contudo, não há elementos que permitam inferir irregularidade nos pagamentos, ilegalidade das concessões ou deficiência de controle.”

XI – Inexistência de Inventário ou outro controle patrimonial que possa conciliar os valores registrados no Sifai nas contas: “próprios nacionais”, “obras e andamento” e “instalações”.

Disse o recorrente ser falsa a afirmativa de inexistência de inventário, porquanto este foi levantado em 31.12.94 e contabilizado no Sifai, bem como que a falta de conciliação dos valores das contas mencionadas não é falha atribuível à Sudam, vez que compete exclusivamente à Secretaria do Patrimônio da União a atualização e a reavaliação de todos os bens imóveis pertencentes à União, e somente esta Secretaria tem acesso a tais informações.

Obtempera a informante que a falha não se refere a ausência de conciliação das contas — embora o termo conciliação tenha sido empregado para descrevê-la —, mas, sim, aos controles patrimoniais que pudessem justificar os valores contabilmente lançados. Dessa forma, o recurso, a seu ver, não logrou desconstituir a falha apontada.

A instrução observou, outrossim, o fato de que a Comissão responsável foi designada no dia 29.12.94 e o inventário foi concluído em 31.12.94, dois dias depois, “*não obstante ter sido realizado por apenas três servidores e referir-se a cinquenta e nove imóveis, situados em oito localidades diversas, contendo, inclusive, informações sobre o estado de conservação dos bens*”. Em face disso, inferiu não ser “*verossímil que os servidores encarregados pudessem visitar tal quantidade de imóveis, tão dispersos, em um prazo tão curto*”.

XI - Falta do Plano Anual de Atividades de Auditoria Interna – PAAAI/94; inexistência de relatórios de auditoria interna referentes a inspeções realizados em 1994; e concentração de atribuições na pessoa do auditor-chefe, sem a necessária segregação de funções.

Houve a seguinte manifestação da instrução quanto a esse ponto: “*A afirmação de que a ausência de Plano de Auditoria deve ser atribuída aos dirigentes anteriores provavelmente consiste na transcrição da justificativa apresentada pelo Auditor-Chefe, nomeado em 28.06.94. Efetivamente, demonstra a ausência de culpa daquele servidor. Mas não aproveita ao Sr. Frederico Alberto de Andrade, ora Recorrente, que se encontra à frente da entidade desde 27.10.92 (fl. 001, volume principal)... Não obstante, cabe considerar que o reduzido quadro de pessoal inviabilizou as atividades normais da área. E não se pode imputá-lo à gestão, tendo em vista que a contratação de pessoal não ocorreu por força de orientação do Governo Federal. Sendo assim, restam atenuadas as duas primeiras falhas e afasta a responsabilidade pela última, visto que não havia meios para evitar a concentração de funções na pessoa do Auditor-Chefe.*”

Em conclusão, entende a instrução que o recurso apresentado pelo Responsável possibilitou mitigar algumas falhas, bem assim permaneceram inalteradas outras, notadamente as questões relativas à aquisição das máquinas copiadoras, superfaturamento na aquisição de disquetes, bem como as falhas no procedimento de licitação relativo à aquisição dos noventa microcomputadores, entre outros.

Em face disso, propôs o conhecimento do recurso e o seu provimento parcial, no sentido de diminuir o valor da multa aplicada ao Responsável, em virtude da restrição do rol das irregularidades, combinada com a mitigação de algumas das remanescentes, mantendo-se a irregularidade das contas.

A Senhora Diretora de Divisão diverge da instrução quanto aos seguintes pontos:

a) aquisição de material superfaturado, sem indicação de que foi feita pesquisa para verificar a realidade do mercado.

No entendimento da Diretora de Divisão não há elementos nos autos que comprovem o suposto superfaturamento. No seu entender “*o fato de o mesmo produto (disquete 5, 1/4)* ter sido adquirido em dezembro de 1994 por preço inferior ao verificado em julho daquele ano, ou seja, R\$9,48 (nove reais e quarenta e oito centavos) contra R\$24,90 (vinte e quatro reais e noventa centavos), não significa, necessariamente, que os preços praticados em julho estavam superfaturados. É um indício que deveria ter sido confirmado por outras informações fundamentais, como, por exemplo, uma pesquisa que apontasse, inquestionavelmente, que o valor pago pela autarquia, em julho de 1994, não era condizente com os preços de mercado, à época. Isso porque diversos fatores podem ter contribuído para a distorção de preços verificada entre julho e dezembro de 1994. Deve-se lembrar que, com a implantação do Plano Real em julho de 1994, houve um aumento geral preços, que foram se acomodando, e mesmo se reduzindo, à medida que a economia se estabilizava. Além disso, com a redução na demanda por aquele produto, que foi paulatinamente substituído pelos disquetes 3, 1/2, não seria improvável uma queda nos preços dos disquetes 5, 1/4”. Portanto, a afirmação de superfaturamento só poderia prosperar se viesse embasada em elementos mais sólidos.”

b) Tomada de preços para a aquisição de noventa microcomputadores.

Contrapõe a Senhora Diretora que “*a pressa da autarquia era justificável, uma vez que, em não utilizando a dotação de 1994, seria necessário esperar a aprovação do orçamento de 1995.*

Quanto à não observância do prazo para a interposição de recurso, a desistência expressa

dos inabilitados, na forma do art. 43, III, da Lei nº 8.666/93, é suficiente para descaracterizar qualquer irregularidade.

A entidade admitiu a existência de rasuras, apontadas pela alínea e, no verso da fl. 507 do Processo CUP 06300/02078/94-TP nº 11/94, mas tentou se justificar com o seguinte esclarecimento (vide pág. 12 do vol. IV):

‘Outrossim, esclarecemos que as rasuras identificadas pela Comissão da Ciset/MIR no verso da fl. 507, do mesmo processo, se deve ao fato de que as providências para permitir a aquisição dos equipamentos de informática, foram adotadas a partir de jul/94, quando do pedido formulado pelo Sr. Coordenador de Informática através do MEMO/CI nº 023, de 26.07.94. Como o processo, a contar desta data, seguiu seu trâmite normal, e tendo-se observado que a liberação dos recursos só ocorreu após a descentralização do crédito com a publicação no DOU, em 28.12.94, foi necessário, então, fazer-se as alterações nas datas já mencionadas, pelas razões óbvias, o que com isso afasta a possibilidade de ter havido má-fé ou qualquer outro ato indevido, sem nenhum prejuízo à Administração Federal.’

A afirmação de falsidade ideológica, em virtude da inclusão de ‘entrelinhas’, não foi comprovada pela Ciset/MIR, que não trouxe aos autos elementos para corroborar tão grave imputação... o atraso na publicação do extrato resumido do contrato, de fato, ocorreu. Todavia, não se pode, precipitadamente, concluir que os dirigentes agiram nesse intuito.

A imprudência administrativa atribuída à administração da autarquia não é, por si só, uma falha, mas uma apreciação subjetiva da conduta dos administradores. Quanto à falta de planejamento, conforme salientou a Analista na instrução, as compras de computadores são compatíveis com o Plano Diretor de Informática da SUDAM.”

Assim, considerando que a maior parte das falhas é de natureza formal e que, no seu entender, não houve comprovação de superfaturamento na aquisição de disquetes, propõe que o Tribunal conheça do presente recurso, para, no mérito, dar-lhe provimento, julgando as presentes contas regulares com ressalva.

O Titular da Unidade acompanha o posicionamento da Senhora Diretora.

O Representante do Ministério Público, entende “que as irregularidades motivadoras do anterior entendimento do Ministério Público pela irregularidade das contas e cominação de multa continuam presentes, não tendo sido ilididas pelo responsável, conforme bem exposto na análise empreendida pela instrução técnica (fls. 291/306)”.

Quanto à irregularidade relativa à aquisição de máquinas copiadoras sem licitação, com preferência de marca, entende o Parquet que esta permanece inalterada, “pois a alegação de padronização está desacompanhada de elementos que permitam aferir que a escolha da marca era medida adequada e vantajosa em face das necessidades da administração. De qualquer modo, a simplicidade oferecida na operação das máquinas copiadoras e a variedade de marcas no mercado já permite inferir que a preferência de marca não é admissível, na hipótese”.

No tocante à questão da ausência de pesquisa de mercado, que resultou na aquisição de produtos superfaturados, o Parquet também discrepa do posicionamento da Senhora Diretora. Nesse sentido, lembra que a “equipe de auditoria da Ciset verificou que o mesmo produto (disquete 5,25 pol. DD) foi adquirido em 29.8.94 por R\$ 24,90 (vinte e quatro reais e noventa centavos) e em 15.12.94 por R\$ 9,48 (nove reais e quarenta e oito centavos), o que comprova a ausência de providências visando a resguardar o Erário, pois não se justifica tamanha disparidade em período inferior a quatro meses.”

De outra monta, o Representante do Ministério Público dissente da argumentação da Sra. Diretora, no sentido de que a diferença poderia ser decorrente da implantação do Plano Real, porquanto “houve um aumento geral de preços, que foram se acomodando, e mesmo se reduzindo, à medida que a economia se estabilizava”, argüindo que essa explicação não encontra amparo na realidade da época: “Primeiro, o comportamento geral dos preços não seguiu a tendência de queda sugerida pela Sra. Diretora. Ao contrário, em todos os meses as variações registradas pelos institutos de pesquisa foram positivas, indicando alta dos preços. A título ilustrativo, observa-se que o IGP-M, medido pela Fundação Getúlio Vargas, apresentou as seguintes taxas, no período agosto a dezembro de 1994: 7,56%, 1,75%, 1,82%, 2,85% e 0,84%, respectivamente (dados obtidos na Revista Conjuntura Econômica).

Em segundo lugar, a redução na demanda desse produto, naquela época e em um período inferior a quatro meses, não ocorreu na dimensão aventada pela Sra. Diretora, de molde a impor uma redução de preços da ordem de 61,93%, como verificado no caso em tela.

Para dissipar quaisquer dúvidas remanescentes, acerca da discrepância dos preços pagos pela entidade, buscou-se junto a este Tribunal de Contas, informações sobre suas aquisições desse mesmo produto – disquete de 5,25 pol. com dupla densidade -, tendo sido verificado que em 23.11.94 foi efetuada compra pelo preço de R\$ 2,17 (dois reais e dezessete centavos), muito inferior ao praticado pela autarquia. Mesmo o disquete de 5,25 pol. com alta densidade, que custa mais caro, foi adquirido por esta Corte, em 4.10.94 e 23.11.94, por R\$ 5,45 (cinco reais e quarenta e cinco centavos) e R\$ 4,20 (quatro reais e vinte centavos), respectivamente (cf. notas fiscais em anexo).

Essas circunstâncias revelam inequivocamente que a aquisição foi realizada por valores absurdamente elevados, demonstrando a ausência de providências do responsável no sentido de resguardar e bem administrar os recursos públicos sob sua gestão.

Portanto, permanece inalterada a irregularidade, que, por si, já seria suficiente para justificar a irregularidade das contas.

Quanto às irregularidades incorridas por ocasião da compra de 90 (noventa) microcomputadores (subitem 9.1), o Ministério Público concorda que restaram descaracterizadas as falhas atinentes à falta de planejamento e à inobservância do prazo para interposição de recurso. No entanto, persistem as demais falhas vinculadas à tumultuada tramitação do processo licitatório, conforme detalhado à fl. 137.

No que tange às irregularidades associadas aos processos de aposentadoria (subitem 15.1), não obstante reconhecer a ausência de maiores elementos nos autos para confirmar a existência de irregularidades na própria concessão das aposentadorias, subsiste não ilidida, conforme verificado pela instrução às fls. 302/4, a intempestividade na remessa desses processos, fato de natureza grave, conforme registrado em anterior manifestação deste órgão.”

À vista do que expôs, manifesta-se o Ministério Público no sentido de que as razões apresentadas não são bastantes para modificar o juízo de mérito anteriormente firmado, e, dessa forma, propõe que o recurso seja conhecido para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se, em seus exatos termos, o Acórdão n° 053/97 – Plenário.

É o Relatório.

VOTO

De início, registro que o recurso em exame atende aos requisitos legais de admissibilidade, consoante demonstrado no Relatório que precede a este Voto, razão por que merece ser conhecido.

Quanto ao mérito, alinho-me às argumentações expendidas pelo Representante do Ministério Público.

Muito embora tenha conseguido o responsável esclarecer algumas irregularidades, entendo que remanesceram muitas outras, como aponta a instrução e o *Parquet*. Exemplo disso, encontra-se na aquisição de disquetes a preços que se pode dizer, no mínimo, exorbitantes, porquanto totalmente fora dos parâmetros de mercado, o que deveria ser verificado à época, conforme comprova o Representante do Ministério Público.

No que toca à aquisição dos microcomputadores, também entendo que as falhas no procedimento licitatório não foram afastadas pelas razões trazidas pelo recorrente. Creio que o açodamento em que incorreu a Autarquia maculou patentemente esse procedimento e que várias irregularidades foram perpetradas. Ademais, considero também grave a irregularidade relativa à aquisição das máquinas copiadoras, onde, sob o argumento da padronização, aplicou-se a inexigibilidade de licitação, claramente inadequada para o caso. Tenho, ainda, como outra irregularidade grave, a falta de remessa dos processos de aposentadoria, que infringiu regulamento desta Casa, a Instrução Normativa n° 02/93.

Assim, tendo em vista o número de irregularidades remanescentes, entendo que o recorrente não conseguiu afastar o que, fundamentalmente, foi apontado pelo Acórdão n° 053/97 – Plenário, e, sendo assim, creio que a sanção imposta por este Tribunal está dosimetricamente adequada,

devendo a multa imposta ao responsável permanecer no mesmo patamar anteriormente imposto.

Dessa forma, acolho a proposta formulada pelo Ministério Público, e Voto no sentido de que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

T.C.U., Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 204/2001 – TCU – Plenário

1. Processos TC 450.191/1995-8
2. Classe de Assunto: I – Recurso de Reconsideração
3. Interessado: Frederico Alberto de Andrade
4. Entidade: Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – Sudam
5. Relator: Ministro Adylson Motta
6. Representante do Ministério Público: Dr. Walton Alencar Rodrigues
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos - Serur
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Recurso de Reconsideração interposto pelo interessado contra o Acórdão nº 053/1997 – Plenário, que julgou irregulares as contas da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – Sudam, relativas ao exercício de 1994, aplicando multa ao seu Superintendente.

Considerando que o presente recurso atende aos pressupostos de admissibilidade previstos no art. 33 da Lei nº 8.443/92;

Considerando que os argumentos do recorrente não lograram ilidir as irregularidades enfocadas no Acórdão contestado, notadamente no que se refere ao procedimento licitatório de compra de microcomputadores, à aquisição de máquinas copadoras, sob o argumento da padronização, onde se aplicou a inexigibilidade de licitação, inadequada para o caso, bem como à deficiência na remessa dos processos de aposentadoria para os órgãos competentes, que infringiu Instrução Normativa desta Casa; e

Considerando a proposição da instrução e o Parecer do Ministério Público;

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

8.1. conhecer, com fulcro no art. 33 da Lei nº 8.443/92, o presente Recurso de Reconsideração para, no mérito, negar-lhe provimento;

8.2. dar ciência desta Deliberação ao interessado, enviando-lhes cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 928.358/1998-4 (c/ 08 volumes)

Apensados TC 001.791/1997-4 (c/ 02 volumes e apensado

TC 005.467/1997-7), TC 004.556/1998-4 e TC 007.912/1999-4

Natureza: Embargos de Declaração (Relatório de Auditoria Operacional)

Entidade: Banco Central do Brasil – Bacen

Interessados: Gustavo Henrique de Barroso Franco e José Maria Ferreira de Carvalho

Ementa: Embargos de Declaração contra o Acórdão nº 130/2001-TCU-Plenário, relativo a Auditoria Operacional realizada junto ao Bacen. Provisão parcial dos pedidos formulados pelos embargantes. Ausência de obscuridade ou contradição na Decisão Embargada. Inclusão do inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 c/c inciso II do art. 220 do Regimento Interno desta Corte de Contas na fundamentação da apenação. Manutenção dos demais itens do aludido Acórdão. Ciência aos interessados.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração, de idêntico teor, interpostos pelos interessados supramencionados, com fulcro nos artigos 230 e 235 do Regimento Interno desta Corte de Contas contra o Acórdão 130/2001-TCU-Plenário, proferido por esta Corte em 30/05/2001.

A Decisão prolatada por este Plenário versa sobre Auditoria Operacional realizada junto ao Banco Central do Brasil para apurar o funcionamento, a fiscalização e o controle das contas conhecidas como CC5.

Ouvidos regularmente em Audiência, em cumprimento ao instituto do amplo direito de defesa, os Responsáveis apresentaram razões de justificativa que, após a análise pela Unidade Técnica responsável pelos trabalhos da auditoria, foram rejeitadas, culminando na aplicação da multa prevista no inc. III do art. 58, da Lei nº 8.443/92 c/c inc. III, do art. 220 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

A multa aplicada aos Responsáveis foi decorrente de comprovado descumprimento do art. 65 da Lei nº 9.069/95, do art. 1º da Resolução CMN nº 1.946/92 e do art. 8º da Circular BCB nº 2.677/96, ao ser constatada a “**prática de ato de gestão ilegítimo e antieconômico resultando em injustificado dano ao Erário**”, bem assim a comprovação de “**ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial**”, em função da concessão, pelo então Diretor de Assuntos Internacionais Banco Central do Brasil, Sr. Gustavo Henrique de Barroso Franco, de autorizações especiais a determinadas agências de certos Bancos em Foz do Iguaçu/PR, para que pudessem acolher, em contas de domiciliados no exterior, depósitos em espécie em valores superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a partir do final de abril de 1996, **sem a competente comprovação de origem desses recursos depositados.**

Essas concessões foram implementadas junto aos Bancos por meio de autorizações do então Chefe do Departamento de Câmbio do Bacen, Sr. José Maria Ferreira de Carvalho.

Consoante alegações dos embargantes, haveria contradição e omissão no aludido *Decisum*, uma vez que “*a parte dispositiva do r. Acórdão não se coaduna perfeitamente com o relatório adotado pelo Ex^{mo} Sr. Ministro-Relator nem com a fundamentação por ele externada, havendo, nesse tocante, contradição. Demais, a parte dispositiva contém omissão, já que não se explicita o ato de gestão ilegítimo e antieconômico levado a efeito e não se declina a norma que teria sido infringida.*”

Alegam, ainda, os recorrentes, *in verbis*:

“...
Destarte, esse relatório, adotado na íntegra pelo i. Ministro-Relator, teve por essência a verificação **de pretensa infração a norma legal ou regulamentar na concessão das autorizações**

especiais, ou seja, abordou, basicamente, o aspecto da legalidade do ato praticado, tanto que propôs a aplicação de multa prevista no inciso II, não no III, como acabou constatando no dispositivo, dos arts. 58 da Lei nº 8.443/92 e 220 do Regimento Interno do TCU.

De se notar que o relatório sequer traz menção à prática de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário, como acabou genericamente fixado no r. Acórdão ora embargado. Todo o debate foi centrado na análise do descumprimento de normas pela autoridades, em função da emissão das citadas autorizações especiais, e, por isso, toda a defesa foi produzida de acordo com as considerações trazidas por esse c. Tribunal de Contas sobre o tema.”

Os responsáveis alegaram, ainda, que houve, no Voto exarado em 30/05/2001, apenas mera referência à ilegitimidade, à antieconomia ou à lesividade do ato ilegítimo e antieconômico praticado, com injustificado dano ao Erário, transcrevendo, segundo palavras dos recorrentes, o “único ponto em que é feita essa referência”, a saber:

*“Não obstante o alegado sucesso econômico para efeito de controle do mercado paralelo de câmbio, **questiona-se o aspecto legal do ato praticado pelo então Diretor de Assuntos Internacionais, como também as perdas causadas à economia brasileira com a evasão de divisas, gerando, por conseguinte, dano ao Erário, já que houve perda de receita para os cofres públicos, ao menos do ponto de vista tributário.**”* (grifos dos recorrentes)

Em seu requerimento, os recorrentes alegam, ainda, que a Unidade Técnica também não cogitou em seu Relatório a aplicação da multa com embasamento no art. 58, III, da Lei nº 8.443/92 c/c art. 220, III, do Regimento Interno do TCU, afirmando que todo o debate fora “*centrado na análise do descumprimento de normas pelas autoridades, em função da emissão das citadas autorizações especiais, e, por isso, toda a defesa foi produzida de acordo com as considerações trazidas por esse c. Tribunal de Contas sobre o tema.*”

Os Embargantes alegam, também, que teria havido contradição entre a proposta da Unidade Técnica, acatada por este Relator, as fundamentações do Voto e os dispositivos do Acórdão embargado, **já que haviam desenvolvido suas defesas focalizando a legalidade das autorizações especiais, que era, até então, o tema debatido.**

Alegam, por fim, omissão na parte dispositiva, uma vez que não teriam sido explicitados o ato de gestão ilegítimo e antieconômico praticado pelos Embargantes e o injustificado dano ao Erário dele decorrente, afirmando que, de outro modo, seria impossível a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Da mesma forma, alegam que não houve especificação da norma infringida quando da prolação do Acórdão que atesta ter havido infração à norma legal, caracterizando, no entender dos recorrentes ato de omissão. Afirmam, também, que “*há no relatório e no voto condutor, a referência a diversas normas, de distintas fontes, legais e infralegais, algumas citadas meramente para elucidação, outras tidas por desrespeitadas e outras ainda sobre as quais não se fez juízo de integridade. Diante dessa coleção normativa, mostra-se imperiosa a perfeita identificação da norma legal pretensamente desobedecida, para que seja fixado com exatidão o sustentáculo da imposição da multa, permitindo-se, por conseguinte, o real exercício do direito de defesa.*”

Os requerentes pleiteiam que esta Corte de Contas conheça do presente Recurso, para no mérito dar-lhe provimento, sanando as contradições e as omissões apontadas.

Por fim, informo ao Plenário que deu entrada em meu Gabinete, no dia 15/08/2001, requerimento do Ex^{mo} Sr. Deputado Federal Rubens Bueno, Líder do PPS, solicitando cópia do presente processo a fim de subsidiar estudos daquele Partido relativos à regulamentação do Sistema Financeiro Nacional, consoante disposto no art. 192 da Constituição Federal.

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, registro que os Embargos de Declaração ora interpostos podem ser conhecidos, vez que preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte de Contas.

Passo a analisar os pontos levantados pelos Srs. Gustavo Henrique de Barroso Franco e José

Maria Ferreira de Carvalho, interessados no presente feito.

De plano, há que se esclarecer sobre a composição das decisões exaradas por esta Corte de Contas, quando da análise de qualquer processo, conforme disposto no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.443/92, *in verbis*:

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

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

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

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

É, portanto, de fundamental importância que se entenda ser o conjunto Relatório, Voto e Decisão a composição necessária e, portanto, conjunto indivisível para que exista uma Decisão por parte da Corte, isto é, não há Decisão sem estes três elementos.

Assim, não vislumbro qualquer tipo de contradição na Decisão prolatada, na medida em que os três tópicos que compõem uma Decisão deste Tribunal devem conter informações, esclarecimentos, discussões, teses ou conclusões que se complementem entre si.

De se notar, ainda, que as conclusões exaradas nos pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, não deverão ser obrigatoriamente adotadas pelo Ministro-Relator, que ao presidir a instrução do processo, tem a faculdade de acatar ou não as teses ou pontos de vista abraçados pelos Técnicos deste Tribunal.

Vê-se, portanto, que, embora tenha havido a proposição por parte da Área Técnica de se aplicarem multas individualmente aos responsáveis, tão-somente com fulcro no inciso II do art. 58 da Lei Orgânica desta Casa, que dispõe sobre *ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*, tendo em vista os diversos atos irregulares praticados pelos Responsáveis, com graves infrações aos normativos vigentes à época — como fartamente descrito no Voto proferido na Sessão de 30 de maio do corrente ano —, entende este Relator não haver qualquer contradição na Decisão prolatada, tampouco entre o Voto e as proposições das Unidades Técnicas envolvidas.

No Voto, demonstra-se que as irregularidades perpetradas pelos Srs. Responsáveis foram bem mais graves do que aquelas descritas pela Área Técnica do TCU, com incontestável dano ao Erário.

Ademais, entendeu este Relator ser passível de aplicação ao caso a pena prevista no inciso III do art. 58 do mesmo diploma legal, por mais severa, vez que, como mencionado no já aludido Voto, ficaram claras as elevadas perdas causadas ao Erário em decorrência da evasão de divisas, com a conseqüente perda de receita para os cofres públicos, com descumprimento do art. 685 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1.999, bem como do art. 7º da Lei nº 9.779/99.

De se destacar, ainda, que não procedem as alegações dos Srs. Responsáveis quanto à forma de referência no Voto proferido no que tange ao ato gestão ilegítimo e antieconômico com dano ao Erário. Com efeito, está clara a fundamentação que embasa a pena, sustentada no inciso III do art. 58 da Lei Orgânica desta Corte, como transcrito pelos recorrentes, mostrando que a evasão de divisas gerou elevadíssimas perdas ao Erário.

Somem-se a essas perdas os atos praticados em flagrante contrariedade à legislação e normas vigentes e teremos arrimo no inciso III do art. 58 da Lei nº 8.443/92 c/c inciso III do art. 220 do Regimento Interno desta Corte.

Vale a pena recorrer ao eminente Professor Aurélio Buarque de Holanda para trazer luz ao significado dos termos “**ilegítimo**” e “**ilegal**”, que são sinônimos, senão vejamos:

Ilegítimo:

“*Não legítimo. Que não atende aos requisitos legais.*

Dezarrazoado. Injusto”.

Ilegal:

“*Contrário à lei; ilegítimo; extralegal; extrajurídico”.*

Com efeito, no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92, bem como no inciso II do art. 220 do Regimento Interno desta Corte de Contas, há referência a *ato praticado com grave infração à norma legal*, isto é, ato praticado com ilegalidade, com ilegitimidade, que não atende aos requisitos legais, ou seja, prática de ato ilegítimo.

Dessa forma, estão claros e explícitos todos os atos praticados que ensejaram a aplicação de multa com fulcro no art. 58, inciso III, da Lei Orgânica, c/c art. 220, inciso III, do Regimento Interno desta Casa.

Não obstante, havendo nos *Consideranda* do Acórdão embargado os termos “infração a norma legal”, não vejo óbice à inclusão do inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92 c/c inc. II do art. 220 do Regimento Interno do TCU na fundamentação da multa aplicada aos Responsáveis.

São tão claros os motivos que determinaram a aplicação da apenação com base no inciso III, do art. 58 da Lei nº 8.443/92 (dano ao Erário), destacados em negrito pelos próprios recorrentes, que ratificam a evocação do citado embasamento legal para a aplicação da multa, vez que saíram do Brasil, pela Praça de Foz do Iguaçu/PR, recursos da ordem de US\$ 15,5 bilhões sem que se soubesse sua origem — ou seja, com grave lesão à economia nacional e, conseqüentemente, ao Estado —, que, obviamente não se podia esperar, mesmo sendo do conhecimento dos Embargantes, fosse ser tal fato mencionado em suas defesas prévias.

Ao finalizar, entendo justo e oportuno que seja enviada cópia integral destes autos ao Ex^{mo} Sr. Deputado Federal Rubens Bueno, Líder do PPS, tendo em vista que se trata de tema que merece especial atenção do Congresso Nacional.

Assim, Voto por que sejam adotados o Acórdão e a Decisão que ora submeto à elevada apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 205/2001 – TCU – Plenário

1. Processo TC 928.358/1998-4, c 08 volumes

Apensados: TC 001.791/1997-4 (c/ 02 volumes e apensado TC 005.467/1997-7, TC 004.556/1998-4 e TC 007.912/1999-4

2. Classe de Assunto: I – Embargos de Declaração

3. Interessados: Gustavo Henrique de Barroso Franco e José Maria Ferreira de Carvalho

4. Entidade: Banco Central do Brasil – Bacen

5. Relator: Ministro Adylson Motta

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: não atuou

8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos relativos a de Embargos de Declaração interpostos contra o Acórdão 130/2001-TCU-Plenário, proferido por esta Corte em 30/05/2001.

Considerando que os presentes recursos de embargos de declaração preenchem os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 230 e 235, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal;

Considerando a não ocorrência de obscuridade ou contradição no Acórdão Embargado;

Considerando a existência de ato praticado com grave infração à norma legal;

Considerando, ainda, que os pontos alegados pelos Embargantes já foram exaustivamente discutidos e analisados nos presentes autos; e

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

8.1 conhecer dos recursos de embargos de declaração oferecidos pelos interessados supra, contra o Acórdão nº 130/2001 - TCU- Plenário para, no mérito, dar-lhes provimento parcial;

8.2 alterar o item 8.1 do Acórdão nº 130/2001-TCU-Plenário, que passa a ter a seguinte redação:

“8.1 aplicar multa com fulcro no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/92, c/c art. 220, incisos II e III, do Regimento Interno do TCU, de forma individual, no valor de R\$ 20.267,51 (vinte mil duzentos e sessenta e sete reais e cinqüenta e um centavos), ao Sr. Gustavo Henrique de Barroso Franco, então Diretor de Assuntos Internacionais do Bacen, e de R\$ 8.107,00 (oito mil cento e sete

reais) ao Sr. José Maria Ferreira de Carvalho, então Chefe do Departamento de Câmbio do Bacen, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 165, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional”;

8.3 dar ciência aos interessados da presente Decisão.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

ADYLSO MOTA

Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO

Procurador-Geral

DECISÃO Nº 589/2001 – TCU – Plenário

1.Processo TC 928.358/1998-4, c 08 volumes

Apensados: TC 001.791/1997-4 (c/ 02 volumes e apensado TC 005.467/1997-7), TC 004.556/1998-4 e TC 007.912/1999-4

2.Classe de Assunto: I – Embargos de Declaração

3.Interessados: Gustavo Henrique de Barroso Franco e José Maria Ferreira de Carvalho

4.Entidade: Banco Central do Brasil – Bacen

5.Relator: Ministro Adylson Motta

6.Representante do Ministério Público: não atuou

7.Unidade Técnica: não atuou

8.Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE enviar cópia do inteiro teor do presente processo ao Ex^{mo} Sr. Deputado Federal Rubens Bueno, Líder do Partido Popular Socialista - PPS.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

ADYLSO MOTA

Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE I - PLENÁRIO
TC-025.649/1991-4 (com 7 anexos)

Apenso: TC-004.000/1997-8 (Inspeção, com 1 anexo)

NATUREZA: Recurso de Reconsideração (decisão originada de processo de Prestação de Contas)

ENTIDADE: Companhia de Desenvolvimento de Roraima – Codesaima

INTERESSADO: Guilherme Celso Vilar de Carvalho

EMENTA: Recurso de Reconsideração. Prestação de contas julgada irregular pelo Tribunal, com aplicação de multa aos responsáveis. Conhecimento. O recorrente não tomou posse no Conselho de Administração da empresa. Provimento. Exclusão do rol de responsáveis.

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto por Guilherme Celso Vilar de Carvalho, contra o Acórdão 195/1999 – Plenário, que lhe julgou as contas irregulares e lhe aplicou multa no valor de R\$1.300,00 (um mil e trezentos reais), em virtude de omissão no cumprimento de funções legais e estatutárias, relacionadas ao exercício de função de conselheiro no Conselho de Administração da Companhia de Desenvolvimento de Roraima – Codesaima.

Diversas irregularidades foram verificadas nas contas da Codesaima, relativas ao exercício de 1990, entre elas, com repercussão no exame deste recurso, o fato de o Conselho de Administração não ter se reunido no período de julho a dezembro de 1990, como estabelece o art. 26 do Estatuto da empresa. Com base nesse motivo, o sr. Guilherme Celso Vilar de Carvalho teve suas contas julgadas irregulares e foi condenado ao pagamento de multa.

No exame de admissibilidade, a Serur registra que o prazo para interposição do recurso foi extrapolado em 6 dias, mas considera que esse lapso “*pode ser relevado com base no princípio da busca da verdade material e do formalismo moderado.*” Preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, a unidade técnica propõe que o recurso seja conhecido pelo Tribunal (fls. 5/6, Anexo 7).

Quanto ao mérito, o recorrente apresenta, fundamentalmente, três alegações em suporte ao seu pedido (fls. 1/2, Anexo 7). Primeiro, afirma que nunca assinou “*termo de posse*” que o investisse no cargo de conselheiro, nunca foi notificado de que era conselheiro, nem jamais foi convocado ou participou de reunião do Conselho, devendo, portanto, haver algum equívoco para incluí-lo no pólo passivo do feito. Em reforço a sua tese, lembra que outros envolvidos erroneamente nos autos tiveram seus nomes excluídos do rol de responsáveis (Acórdão 301/2001-Plenário).

O responsável alega também que em momento algum foi notificado deste processo, o que afronta os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, o sr. Guilherme Carvalho aponta que o Acórdão recorrido padeceria de vício, porque a irregularidade que motivou a aplicação da multa se deu em 1990, anteriormente à vigência da Lei 8.443/92, “*época em que era vedado o julgamento em débito do responsável com aplicação simultânea de multa.*”

Em relação ao primeiro argumento, a unidade técnica registra que cabe razão ao recorrente. De fato, não consta nos autos nenhum documento que tenha sido assinado pelo responsável na condição de membro do Conselho de Administração, nem termo de posse do recorrente, diferentemente de outras pessoas eleitas para função de direção na Codesaima. A Serur aponta que existem diversas pessoas ouvidas nos autos, e inicialmente arroladas como responsáveis, em situação equivalente, eleitas para determinadas funções sem que nunca tenham tomado posse, ou que sequer tinham conhecimento de terem sido nomeadas. O Tribunal reconheceu tal falha e, por meio do Acórdão 301/2001, excluiu essas pessoas do rol de responsáveis.

Na impossibilidade de se comprovar a posse do recorrente no Conselho de Administração, a Serur entende não há como prosperar sua responsabilização. “*A única forma de se ter certeza seria diligenciar à Codesaima com o objetivo de se conseguir prova de que o recorrente realmente tomou posse no cargo. Devido ao longo tempo já transcorrido, e ao fato de que a empresa hoje se encontra na esfera estadual, cremos ser pouco provável que tal documentação possa ser obtida. Na dúvida, com a falta de provas cabais, tendo em vista o fato de que houve vários outros casos semelhantes, tendo inclusive o Tribunal admitido essa falha, cremos que não há outra solução que não seja a exclusão do nome do recorrente da lista de responsáveis e sua liberação da obrigação*”

de pagamento de multa.” (fl. 10)

No que diz respeito às demais alegações, entretanto, a unidade técnica entende que não assiste razão ao recorrente. O responsável não apenas foi ouvido em audiência, como compareceu aos autos afirmando “*que jamais exerci qualquer cargo ou função na Codesaima*” e devolveu o ofício de audiência. (fls. 574/580) Quanto às considerações legais do recorrente, a Serur esclarece que ele não foi julgado em débito, mas apenas apenado com a multa prevista no art. 53 do Decreto-lei 199/67.

A unidade técnica propõe, então, em pareceres uniformes, que o presente recurso deve ser conhecido para, no mérito, dar-lhe provimento, excluindo o nome do recorrente do rol de responsáveis, e que lhe seja dada ciência da decisão que vier a ser proferida.

O Ministério Público manifesta-se de acordo com a proposta da Serur.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, conheço do pedido do responsável, como Recurso de Reconsideração.

No mérito, a documentação juntada aos autos efetivamente não comprova que o sr. Guilherme Celso Vilar de Carvalho tomou posse como membro do Conselho de Administração da Codesaima, formalidade imprescindível para que possa ter sua responsabilidade apurada pelo TCU.

A ausência de evidências de que, de fato, o recorrente fazia parte do Conselho de Administração da entidade, não permite responsabilizá-lo por ação praticada ou, no caso, omissão incorrida pelo Conselho.

Por tal razão, como bem colocou a unidade técnica, dou provimento ao recurso, excluindo o nome do recorrente do rol de responsáveis e deixando de aplicar-lhe a multa consignada no item 8.e. do Acórdão 915/1999.

Dessa forma, acolho os pareceres emitidos nos autos e VOTO por que o Tribunal aprove o ACÓRDÃO que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Walton Alencar Rodrigues
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 206/2001-TCU - PLENÁRIO

1. Processo: TC-025.649/1991-4 (com 7 anexos); Apenso: TC-004.000/1997-8 (Inspeção, com 1 anexo)
2. Classe de Assunto: I – Recurso de Reconsideração (decisão originada de processo de Prestação de Contas).
3. Interessado: Guilherme Celso Vilar de Carvalho.
4. Entidade: Companhia de Desenvolvimento de Roraima – Codesaima.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Serur.
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Prestação de Contas da Companhia de Desenvolvimento de Roraima – Codesaima relativa ao exercício de 1990.

Considerando que, na sessão Plenária de 27.10.1999, este Tribunal, ao apreciar o presente processo, julgou estas contas irregulares, condenando o sr. Guilherme Celso Vilar de Carvalho ao pagamento de multa em virtude de omissão no cumprimento de funções legais e estatutárias, relacionadas ao exercício de função de conselheiro no Conselho de Administração da Codesaima (Acórdão 195/1999);

Considerando que, notificado, o responsável interpôs Recurso de Reconsideração;

Considerando que não existem evidências nos autos de que o recorrente tenha tomado posse

como membro do Conselho de Administração da empresa; e

Considerando os pareceres uniformes da unidade técnica e do Ministério Público junto a este Tribunal;

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, inciso I, e 33 da Lei 8.443/92, em:

8.1. conhecer do Recurso de Reconsideração e, dando-lhe provimento, excluir o nome do recorrente do rol de responsáveis e tornar insubsistente a multa que lhe foi aplicada pelo item 8.e. do Acórdão 195/1999 – Plenário; e

8.2. dar ciência ao recorrente.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC-575.505/1994-0

Natureza: Embargos de Declaração

Órgão: Tribunal Regional Federal da 2ª Região/RJ

Interessados: Henry Bianor Chalu Barbosa, Valmir Martins Peçanha, Antônio Cruz Netto, Luiz Antônio Soares, Clélio Ehtal, Rogério Vieira de Carvalho, José Ferreira Neves Neto, André José Kozlowski e José Eduardo Carreira Alvim

Ementa: Embargos de Declaração contra decisão que deu provimento parcial a recurso interposto pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Conhecimento. Rejeição. Ciência ao interessado.

Cuidam os autos originalmente de Relatório de Inspeção Extraordinária realizada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, pela SECEX/RJ, no exercício de 1994.

Em Sessão de 20.11.96, o Plenário, mediante a Decisão nº 754/96 (ata nº 46), determinou ao referido Tribunal a adoção, dentre outras, das seguintes providências:

“8.1.2. tornar insubsistente a concessão da Gratificação de Adicional por Tempo de Serviço amparado em período de trabalho em empresa privada e da Gratificação de Adicional por Tempo de Serviço concedida sob a forma de anuênios aos Magistrados do TRF da 2ª Região, por ausência de amparo legal; (...)

8.1.4. providenciar o ressarcimento, por parte dos beneficiários, dos valores recebidos indevidamente à conta das vantagens acima enumeradas, devidamente corrigidas monetariamente, desde a data do recebimento até a do recolhimento;”

Inconformado com o referido *decisum*, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por intermédio de seu Presidente, interpôs Pedido de Reexame, o qual, mediante a Decisão nº 216/99 – Plenário (ata nº 18), foi conhecido e provido parcialmente, passando os itens 8.1.2 e 8.1.4 a terem a

seguinte redação:

“8.1.2. tornar insubsistente a concessão da Gratificação de Adicional por Tempo de Serviço amparado em período de trabalho em empresa privada, por ausência de amparo legal;

8.1.4. providenciar o ressarcimento, por parte dos beneficiários, dos valores recebidos indevidamente à conta das vantagens acima enumeradas, atualizados monetariamente, nos termos da Súmula TCU nº 235, a partir de 25.07.94, data da publicação da Decisão nº 444/94 no Boletim do Tribunal de Contas da União;”

Essa última deliberação foi retificada pela Decisão nº 295/99 - Plenário (ata nº 21), tendo sido alterada na oportunidade a data de 25.07.94 para 22.08.94 (item 8.1.4).

Alegando omissão do Tribunal, quando da apreciação do Pedido de Reexame, os Srs. Henry Bianor Chalu Barbosa, Valmir Martins Peçanha, Antônio Cruz Netto, Luiz Antônio Soares, Clélio Ehtal, Rogério Vieira de Carvalho, José Ferreira Neves Neto, André José Kozlowski e José Eduardo Carreira Alvim (fls. 76/81), todos magistrados vinculados ao TRF da 2ª Região, solicitaram seu ingresso nos autos, na condição de interessados, para interpor Embargos de Declaração contra a Decisão nº 216/99 – TCU – Plenário.

Parte dos recorrentes teve seu ingresso nos autos deferido pelo então Relator, sendo que a solicitação dos demais ainda não foi submetida à apreciação.

O Analista da então 10ª SECEX encarregado da instrução, após considerar *“perfeitamente cabível o ingresso dos recorrentes nos autos, nos termos do § 1º do art. 6º da Resolução TCU nº 36/95”*, consignou que os presentes embargos de declaração podem ser conhecidos, uma vez preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, a análise empreendida pelo AFCE dos argumentos apresentados pelo recorrente está a seguir reproduzida:

“Solicitam os recorrentes que o Tribunal de Contas da União reconheça a decadência do direito de anulação dos atos de averbação de tempo de serviço e, em consequência, reforme o Acórdão impugnado. Doravante, apresentaremos os argumentos aduzidos, sintetizados e em negrito, seguidos das respectivas análises.

O tempo de serviço prestado à iniciativa privada foi averbado pelo Conselho de Justiça Federal. Com a instalação do TRF 2ª Região, em 1989, as averbações foram reapreciadas por esse Tribunal em Sessão Plenária realizada no dia 05.12.1991. Desta data até o julgamento referente à Decisão nº 216/99, em 12.05.99, decorreram mais de sete anos. Ao se prolatar a decisão impugnada, já vigia a Lei nº 9.784/99, que por meio de seu art. 54 estabelece que a Administração dispõe de cinco anos para anular atos ilegais, contados de sua prática, salvo comprovada má-fé. Dessa forma, o Tribunal de Contas da União não poderia tornar insubsistentes as mencionadas averbações e, ainda, incorreu em omissão quando, ao proferir o decisum impugnado, nada mencionou a respeito do prazo decadencial criado pela Lei nº 9.784/99.

*De fato, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, de 29 de janeiro de 1999, limitou a atuação da Administração Pública, em prol da segurança jurídica. Dispõe o art. 54, **in verbis**:*

‘Art 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.’

Quanto à aplicação do artigo supra ao caso em questão, julgo oportuno tecer algumas considerações.

O decisum atacado pelos presentes embargos, conforme já dito, provém de apreciação de Recurso de Reexame, interposto contra a Decisão nº 754/96 (fl. 96 VP). Foi por meio desta que a Corte de Contas houve por bem, entre outras coisas, determinar ao TRF 2ª Região que tornasse insubsistente a concessão da Gratificação de Adicional por Tempo de Serviço amparada em período de trabalho em empresa privada e que fossem ressarcidos os valores correspondentes.

Com interposição, pelo Sr. Ney Magno Valadares, de Recurso de Reexame, a matéria foi

reapreciada, mantendo-se, por meio da Decisão nº 216/99, as determinações relativas ao cômputo de período laboral na iniciativa privada. Alegam os interessados que o Tribunal omitiu-se ao não se pronunciar sobre a Lei nº 9.784/99, que já produzia efeitos e, por aplicação de seu artigo 54, não mais permitia que se anulassem as averbações.

A nosso sentir, não assiste razão aos recorrentes.

Quando o Tribunal, por meio da Decisão nº 754/96, manifestou seu juízo de valor a respeito da legalidade das ditas averbações, a Lei nº 9.784/99 ainda não pertencia ao mundo jurídico. As normas que limitavam a atuação desta Casa, no que concerne a anulação de atos administrativos, eram outras, das quais não se extrai prazo decadencial de cinco anos. Naquela ocasião, a Corte de Contas, ao considerar ilegais as averbações, determinou, com fulcro no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região anulasse os atos eivados de ilegalidade. Em outras palavras, a ilegalidade fez surgir, com base no citado mandamento constitucional, o poder-dever de o Tribunal de Contas da União determinar ao jurisdicionado que tornasse insubsistentes os atos viciados e que se recuperassem os valores pagos indevidamente.

Ao embargar a Decisão nº 754/96, por meio de Recurso de Reexame, operou-se o efeito devolutivo, inerente a todas as espécies recursais e, segundo o qual, a matéria impugnada é revista pelo órgão **ad quem**. Essa revisão originou a Decisão nº 216/99, de 12.05.99, época em que a nova Lei do Processo Administrativo já possuía eficácia. No entanto, a nosso ver, a Corte de Contas, ao prolatar essa decisão, de forma alguma poderia aplicar o prazo decadencial de cinco anos. Isso porque, caso o fizesse, estaria aplicando a Lei nº 9.784/99 retroativamente. Estaria limitando o poder-dever insculpido no inciso IX do art. 71 da Magna Carta de forma errônea, uma vez que, quando este surgiu, por ocasião do proferimento da Decisão nº 754/96, não estava ainda mitigado como atualmente está pelo art. 54 da Lei nº 9.784/99. Há que se respeitar o princípio **'tempus regit actum'**.

Adentrando brevemente a questão do conflito de leis no tempo, sem a pretensão de analisar de maneira percuciente tema de tamanha complexidade, impende destacar que o Direito Brasileiro, em nome da segurança e da estabilidade social, consagra a irretroatividade das leis. Este princípio, em nossa ordem jurídica, possui resguardo na Constituição Federal, que estabelece, por meio do artigo 5º, incisos XXXVI e XL:

' a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada '

' a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu '

Do acima exposto, depreende-se que somente a lei penal retroage, ainda assim para beneficiar o réu. Quantos às demais, não há falar em irretroatividade. A lei nova não pode, em nome da harmonia social, atingir os efeitos de fatos jurídicos praticados ou de direitos subjetivos adquiridos sob a égide da lei revogada.

No campo processual, o Código de Processo Civil, norma de aplicação subsidiária ao Processo Administrativo do TCU, ao consagrar a teoria do isolamento dos atos processuais, segundo a qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, incidindo tão-somente nos que serão praticados, perfilha o princípio da irretroatividade das leis. De notar que, malgrado em exame norma processual, uma vez que a Lei nº 9.784/99 regula o Processo Administrativo, a questão sob enfoque neste parecer, qual seja, a decadência, afigura-se como matéria de direito substancial, razão pela qual não há razão para aplicar ao art. 54 desse diploma legal a teoria do isolamento dos atos processuais, por nós comentada apenas a título ilustrativo.

Em resumo, consideramos não ter havido omissão por parte do TCU. A um, porque, antes de proferir a Decisão impugnada, não consta dos autos manifestação dos interessados no sentido de que se analisasse a aplicação da Lei nº 9.784/99. A dois, porquanto, em razão de nossa exposição acima, não havia motivo para que o TCU, de ofício, refletisse sobre o tema. Assim, entendemos não assistir razão aos recorrentes.

A impugnação das averbações somente poderia ter partido do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual possui, nos termos do art. 99 da Constituição Federal, autonomia administrativa e financeira, competindo-lhe, via de consequência, a anulação, se for o caso, dos seus atos administrativos.

Essa conclusão decorre da regra do art. 71 da Constituição Federal de 1988, a qual não confere ao Tribunal de Contas da União competência para anular ato administrativo praticado,

por assim lhe competir, por autoridade de outro Poder. O que o artigo 71 da Constituição prescreve, no que se aplica ao caso, é que compete ao Tribunal de Contas, segundo o item IX, 'assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade'.

O fato de ao Poder Judiciário ser assegurado autonomia administrativa não significa que seus órgãos, quando no desempenho de funções administrativas, não se sujeitem à atividade fiscalizatória do Tribunal de Contas da União. No desempenho dessa atividade, pode a Corte de Contas ter a iniciativa de, uma vez constatada ilegalidade, determinar ao órgão que anule o ato viciado. É essa, e não outra, a inteligência conjunta dos arts. 71, inciso IX, e 99 da Lei Maior. Afinal, a interpretação constitucional deve ser realizada sempre visando a evitar contradições entre seus mandamentos.

Assim, com respeito a essa assertiva, também falta razão aos recorrentes”.

Concluindo, propôs o Analista, com a anuência do Diretor-Substituto:

“a) deferir o ingresso dos recorrentes aos autos, nos termos do § 1º do art. 6º da Resolução TCU nº 36/95;

b) conhecer dos embargos de declaração para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se os exatos termos da decisão recorrida;

c) negar solicitação de pedido de sustentação oral, formulado pelos Srs. Luiz Antônio Soares e Antônio Cruz Netto, nos termos do art. 227 do Regimento Interno;

d) dar ciência aos interessados da decisão que vier a ser adotada;

*e) proceder ao sorteio o Relator **ad quem** para efeito de julgamento dos Recursos de Reexame interpostos”.*

Por sua vez, o Titular da Secretaria assim se manifestou:

“Observo que os interessados, às fls. 137/44, 174/8 do VP e 55/8 deste Volume, solicitaram o ingresso nos autos. O Ministro-Relator, à fl. 166 do VP, autorizou o ingresso de parte dos requerentes, sendo que o ingresso dos demais ainda não foi submetido à sua apreciação. Simultaneamente com a solicitação de ingresso, os interessados interpuseram os embargos de declaração em análise. Dessa feita, em sendo autorizado o ingresso de todos os requerentes, a teor do § 4º do art. 6º da Resolução TCU nº 36/95, entendo serem tempestivos os presentes embargos

Assim, estando presentes os demais requisitos de admissibilidade, expostos pelo Sr. Analista à fl. 93, manifesto-me pela conhecimento das peças recursais em comento.

Quanto ao mérito, os argumentos dos recorrentes centram-se em possível omissão da decisão atacada, a qual não considerou a superveniência da Lei nº 9.784/99.

De se destacar que o art. 462 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo no âmbito do TCU, estabelece que cabe ao juiz, ao proferir a sentença, tomar em consideração, inclusive de ofício, fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já se manifestou no sentido de que as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem ser levadas em conta para regular a situação exposta na inicial (RESP 18.443-0/SP). A mesma Corte de Justiça também entendeu que a regra do art. 462 do CPC não se limita apenas ao juiz de primeiro grau, mas também ao Tribunal se o fato é superveniente à sentença (RSTJ 42/352).

Dessa feita, cabe analisar se a Lei nº 9.784/99 teve repercussão nas questões tratadas nos presentes autos. Em ocorrendo essa repercussão, a decisão atacada poderia estar eivada de omissão, em não ocorrendo, os presentes embargos careceriam de razão.

O § 1º do art. 1º da Lei nº 9.784/99 estabelece que os preceitos da referida lei se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa. Ou seja, quanto aos órgãos desses poderes, a lei teria aplicabilidade apenas para suas atividades meio, que são aquelas auxiliares do exercício das atribuições constitucionais desses poderes, de acordo com o sistema de freios e contrapesos, são elas: elaboração legislativa, controle externo e prestação jurisdicional.

Assim, o TCU, órgão auxiliar do Congresso Nacional, enquanto no exercício de suas funções constitucionais de controle externo, não estaria sujeito aos ditames da Lei nº 9.784/99.

Entretanto, o art. 54 da referida lei, o qual estabelece o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular os seus próprios atos, afigura-se como matéria de direito material, o qual poderia, em princípio, ser aplicado ao processo no âmbito do TCU. A análise do disposto

nesse artigo comporta, todavia, outras considerações.

O referido prazo decadencial é aplicável somente para a administração anular os seus próprios atos, ou seja, não está conferindo aos administrados o direito de, após determinado lapso de tempo, terem garantido os efeitos de eventuais atos nulos, visto que os mesmos podem ser anulados, por exemplo, por força de decisão judicial. Assim, salvo melhor juízo, o art. 54 não está incorporando direitos ao patrimônio dos administrados, está, sim, a estabelecer uma regra específica para o processo administrativo de que trata a Lei nº 9.784/99.

Dessa feita, não vejo como possa prosperar a tese dos recorrentes de que o TCU, no exercício de suas funções constitucionais, estaria sujeito aos ditames do art. 54 da Lei nº 9.784/99. Não há, também, óbices, a meu ver, para a adoção desse entendimento, o fato de o TCU não anular diretamente o ato impugnado e sim determinar ao administrador que o faça, pois o administrador, ao dar cumprimento à decisão dessa Corte, o fará em decorrência de mandamento constitucional (inciso IX do art. 70 da Constituição Federal), não se tratando, portanto, de ato de anulação de ofício.

Interpretação diversa da exposta anteriormente poderia inclusive tornar inconstitucional o § 1º do art. 54 da lei em comento, pois a permissão para que efeitos patrimoniais contínuos de atos nulos se prolatem indefinidamente no tempo, sem que o TCU possa atuar para sanar tal vício, colocaria em excessiva preponderância o princípio da segurança jurídica em detrimento dos princípios da razoabilidade, da moralidade e economicidade. De igual forma, estaria comprometida a divisão dos Poderes estabelecida em nossa Carta Magna, visto que somente ao Poder Judiciário seria dado o poder de atuar em matéria que é de competência desse Tribunal. É de bom alvitre recordar ser regra de hermenêutica jurídica, quando há duas interpretações possíveis para um mesmo diploma legal, preferir-se aquela que seja conforme a Constituição.

Feitas essas considerações, embora por motivos diversos, manifesto-me de acordo com a proposta de encaminhamento à fl. 97”.

O Ministério Público, representado nos autos pelo Procurador-Geral, Lucas Rocha Furtado, pronunciou-se da seguinte forma:

“Trata-se de Embargos de Declaração interpostos contra a Decisão nº 216/99 - Plenário, proferida em sede de Pedido de Reexame contra deliberação anterior daquele Colegiado (Decisão nº 754/96), mediante a qual foi mantido o entendimento de que o TRF da 2ª Região deve tornar insubsistente a concessão de Gratificação de Adicional por Tempo de Serviço feita aos Magistrados de seu quadro, amparada em período de trabalho em empresa privada, por ausência de amparo legal.

Quanto à admissibilidade dos Embargos, cremos não haver dúvida sobre sua aceitação, face ao disposto no artigo 6º, § 4º, da Resolução TCU nº 36/95, que fixa o prazo de 15 dias, contado da ciência do requerente, para o exercício das prerrogativas processuais ali previstas.

No mérito, a linha de defesa dos interessados cinge-se, basicamente, a questionar a competência que teria este Tribunal para impingir aos jurisdicionados medidas contrárias ao que dispõe o artigo 54 da Lei nº 9.784/99, que impede a Administração de desconstituir atos que tenham sido praticados há mais de cinco anos e dos quais decorram efeitos favoráveis aos destinatários.

- II -

Procedendo à análise da questão, verificamos que a mesma pode se dar sob duas vertentes. A primeira delas diz respeito à intenção do legislador para com a aplicação da norma supracitada e, a segunda refere-se ao poder-dever do Tribunal de Contas da União para coibir a prática de atos irregulares oriundos de agentes públicos que lhe sejam jurisdicionados.

Quanto à primeira delas, tem-se que o legislador trouxe ao mundo jurídico a referida Lei nº 9.784/99 ‘visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração’ (art. 1º). Para tanto, fixou critérios e condições a serem observados, como forma de garantir a devida condução do processo. Constam de seu artigo 2º como princípios da Administração, o da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do

interesse público e da eficiência.

Dos princípios acima relacionados e com fins de examinar o caso concreto, merece destaque o fato de que o legislador preocupou-se não apenas com o princípio da segurança jurídica, mas também com outros que carecem, igualmente, de atenção por parte da Administração em geral, bem como dos administrados, quais sejam, o da legalidade, da moralidade e do interesse público.

A Segurança Jurídica visa assegurar que atos praticados em conformidade com a legislação vigente à época, com vantagens a beneficiários de boa-fé, não venham a ser desconstituídos com a superveniência de legislação mais recente.

Por outro lado, ao relacionar os três outros princípios citados, o legislador obriga aos administradores a observância da legalidade, da moralidade e do atendimento ao interesse público quando no desenvolvimento de seus misteres, deixando claro, por conseguinte, que a segurança jurídica não é suficiente à sustentação de vantagens, embora recebidas de boa-fé, eivadas de vícios insanáveis em sua origem.

- III -

Quanto à segunda vertente, relativa à competência do TCU, cabe salientar, antes de mais nada, o fato de que as funções precípua deste Tribunal são exclusivamente de controle externo e não meramente administrativas como se poderia eventualmente supor.

*Embora seja o TCU um órgão que presta auxílio ao Poder Legislativo e não ao Judiciário e, portanto, suas deliberações não tenham caráter judicial, as deliberações que dali defluem não podem, sob qualquer hipótese, ser confundidas com a função administrativa **strictu sensu** estabelecida pela Lei nº 9.784/99, uma vez que essa representa, em verdade, a prática da autotutela, característica essa plenamente incompatível com a natureza das atribuições finalísticas deste Tribunal.*

E não poderia ser diferente, visto que o TCU diferencia-se dos órgãos e entidades do Poder Executivo por exercer função de controle externo, que lhe é própria e constitucional, cabendo-lhe, inclusive, a prerrogativa de examinar a constitucionalidade das leis, conforme reconhece o próprio Supremo Tribunal Federal (cf. Súmula nº 347), pela qual afirma-se: ‘O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público’. De tal assertiva, já mencionada inclusive em decisão anterior desta Corte de Contas (cf. Decisão nº 1.020/2000 – Plenário – Relator Min. Marcos Vilaça), depreende-se que notória competência não pode ser desenvolvida por órgão simplesmente administrativo.

A referida Lei, delimitando sua aplicação, estabelece (cf. art. 1º, § 1º) que estão também sujeitos aos preceitos ali insertos os Poderes Legislativo e Judiciário. Contudo, os restringe, exclusivamente, ao desempenho de suas funções administrativas, ou seja, à prática dos atos voltados à sua administração interna, que têm o fito de manter as atividades básicas inerentes a toda e qualquer instituição tais como serviço de vigilância, de transporte, de limpeza, etc.

Também não seria demais ressaltar que o artigo 69 da citada lei estabelece que ‘Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei’. Daí se conclui que, mesmo em se argumentando contrariamente ao entendimento deste Ministério Público de que as funções precípua desempenhadas pelo TCU não possuem caráter meramente administrativo, há de se convir, com base no citado artigo, que este Tribunal possui lei própria que expressamente obriga os órgãos a ele jurisdicionados.

- IV -

Não é nossa pretensão questionar aqui as razões que motivaram o legislador a buscar garantir a segurança jurídica de atos administrativos, nos moldes do artigo 54 da referida Lei.

*Nossa única intenção é demonstrar que tal restrição não é extensiva à **longa manus** da justiça, do Ministério Público Federal, nem tampouco dos órgãos de controle externo. Que fique assente que tal restrição é de aplicação **interna corporis**, ou seja, encontra seus limites na própria corporação, na própria entidade, quando não no âmbito d Poder Executivo como um todo. Em outras palavras, se o ato irregular impugnado é da própria autoria da instituição, essa sim está impedida de proceder à sua anulação caso o mesmo tenha cumprido o prazo decadencial prescrito na citada norma legal.*

Enfim, entendemos que os termos da Lei não constituem fator impeditivo a que o Tribunal de

Contas da União, constatando a ilegalidade do ato, se pronuncie favoravelmente à sua anulação, nem tão pouco a que o ente jurisdicionado, em cumprimento a Decisão do TCU, proceda à sua execução.

Frise-se que, embora a anulação deva ser levada a efeito mediante ato próprio da entidade, isto resulta do cumprimento que deva ser dado, por imposição legal (Lei nº 8.443/92), às determinações emanadas deste Tribunal, não se podendo falar, portanto, em infringência à Lei nº 9.784/99, por não se tratar de ato de ofício.

Face ao que expõe, este Representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União manifesta-se de acordo com a proposta oferecida pela Unidade Técnica à fl. 97, no sentido de autorizar o ingresso dos recorrentes nos autos e conhecer dos presentes Embargos de Declaração para, no mérito, negando-lhes provimento, manter os exatos termos da decisão recorrida, além das medidas complementares ali relacionadas”.

É o Relatório.

VOTO

Consigno, de início, que o ingresso nos autos dos interessados pode ser deferido, ante o que consta no § 1º do art. 6º da Resolução TCU nº 36/95.

Manifesto-me, outrossim, favoravelmente ao conhecimento dos presentes embargos, uma vez que foram preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, assiste razão aos pareceres, uma vez que o art. 54 da Lei nº 9.784/99, que trata de prazo decadencial de atos administrativos, não se aplica aos processos da competência desta Corte.

O Tribunal já se pronunciou, em matéria semelhante, ao apreciar o TC-010.593/1999-3 (Decisão nº 1020/2000 - Plenário, ata 47/2000), quando decidiu “*responder à interessada que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não tem aplicação obrigatória sobre os processos da competência deste Tribunal de Contas, definida pelo artigo 71 da Constituição Federal, de maneira que, em conseqüência, não cabe argüir acerca da inobservância do artigo 54 da mencionada lei em apreciações de atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões (artigo 71, inciso III, da C.F.)*”.

Importa ressaltar que, nada obstante a decisão referir-se tão-somente a atos de concessões, a mesma, por analogia, aplica-se a outros atos sujeitos à fiscalização desta Corte.

Nesse sentido, cabe reproduzir, por oportuno, trecho do Voto proferido pelo Ministro-Relator, Marcos Vileça, naquela oportunidade:

“(…)

Enfim, as coisas começam a tornar-se harmônicas, ao se perceber que o dispositivo questionado da Lei nº 9.784/99 (art. 54), conquanto de reconhecida valia, do ponto de vista formal nada mais é do que um freio ao pleno exercício da autotutela administrativa, a qual, evidentemente, sé está a alcance de quem expediu o ato inquinado, ou seja, a Administração. Basta, por similaridade, ver quem são os destinatários da súmula nº 473 do STF. De outra parte, esse Tribunal, quando afirma a ilegalidade de um ato, em estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, não está praticando autotutela, porque aí inexistente desempenho de função administrativa, mas sim controle da atividade alheia.

E trata-se de um controle externo, no sentido de que está localizado fora da Administração, ou, como se queira, da função administrativa, bem como é exterior o controle a cargo do Judiciário. Ambos são olhos vigiando, a seu modo, a atividade administrativa, agindo sobretudo quando falha a autotutela. (...)

*Não se deve perder de vista, enfim, que as decisões do Tribunal de Contas traduzem o exercício da função de controle externo, de caráter legislativo, sobre a função administrativa, que com aquela não se confunde. Ao apontarem irregularidades quando da fiscalização da atividade administrativa, as decisões do Tribunal exigem um ato posterior da Administração, para a correção d ponto impugnado. Todavia, agindo assim, a Administração Pública não exerce autotutela, como se retirasse do mundo jurídico, **sponte sua**, o ato irregular. Na realidade, está sendo vinculada a esse agir, por força de determinação do órgão de controle externo. Nesses casos,*

inexistindo autotutela, não há que se falar na aplicação da Lei nº 9.784/99”.

Com essas considerações, acolho os pareceres e VOTO por que seja adotada a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 590/2001 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC-575.505/1994-0
2. Classe de Assunto: I – Embargos de Declaração
3. Interessados: Henry Bianor Chalu Barbosa, Valmir Martins Peçanha, Antônio Cruz Netto, Luiz Antônio Soares, Clélio Ehthal Rogério Vieira de Carvalho, José Ferreira Neves Neto, André José Kozłowski e José Eduardo Carreira Alvim
4. Órgão: Tribunal Regional Federal da 2ª Região/RJ
5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado
7. Unidade Técnica: 10ª SECEX (atual Secretaria de Recursos)
8. Decisão: O Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. deferir o ingresso dos recorrentes aos autos, nos termos do § 1º do art. 6º da Resolução TCU nº 36/95;
 - 8.2. conhecer dos presentes embargos de declaração para, no mérito, rejeitá-los, mantendo-se os exatos termos da decisão recorrida;
 - 8.3. dar ciência da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, aos interessados.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Relator), Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE I - Plenário

TC-005.063/1998-1

Natureza: Pedido de Reexame

Entidade: Instituto Nacional do Seguro Social/INSS

Interessado: Erwin Grümwald (servidor)

Ementa: Pedido de Reexame interposto contra o item 8.2.1 da Decisão nº 210/1999-Plenário, que determinou ao INSS a regularização da situação funcional do interessado e o ressarcimento dos valores a ele indevidamente pagos. Apresentação de argumentos incapazes de alterar os fundamentos da deliberação original. Conhecimento. Não-provimento. Ciência ao interessado.

Adoto como Relatório a judiciousa instrução da lavra do AFCE Renato Monteiro de Rezende, lotado na Secretaria de Recursos, com a qual se manifestaram de acordo o Diretor de Divisão, o Secretário e a representante do Ministério Público.

“Cuidam os autos de denúncia relativa a irregularidades no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social. Nesta oportunidade, examina-se recurso de ERWIN GRÜMWALD, servidor daquela autarquia, contra a Decisão nº 210/99 – Plenário (fl. 62 do Volume Principal).

HISTÓRICO

Teve início o processo com a apresentação da peça de fls. 1/7 do Volume Principal, dando conta de infringência, por parte do INSS, de ditames da Lei nº 8.666/93, no tocante a convênios, bem assim da inobservância do art. 117, incisos IX e XVIII, da Lei nº 8.112/90, por parte do Sr. Ervin Grünwald, médico do INSS, entre outras irregularidades aventadas.

Proposta diligência pela Unidade Técnica às fls. 29/32 do Volume Principal, o INSS forneceu os esclarecimentos e documentação de fls. 36/49 do mesmo volume. Depreende-se deles que o servidor Ervin Grünwald exercia função de confiança na Gerência Regional do Seguro Social em São Paulo, cumprindo uma jornada diária de 4 horas, das 7h às 11h, trabalhando como médico credenciado pela Caixa Econômica Federal – CEF e pela Fundação dos Economistas Federais – FUNCEF, em seu consultório, no período das 14h às 18h.

Na Decisão nº 210/99 – Plenário, o Tribunal considerou procedentes as razões apresentadas pela entidade quanto à questão convenial e não se julgou competente para apreciar diversas matérias suscitadas pelo denunciante, por se referirem a aspectos técnicos e éticos, afetos portanto à jurisdição do Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Nada obstante, quanto à jornada de trabalho do servidor multicitado, a Corte, acolhendo as conclusões da Unidade Técnica, considerou irregular a situação. Além da infração aos arts. 19, § 1º (regime de dedicação exclusiva para os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança), e 117, inciso XVIII (proibição de desempenhar atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho), todos da Lei nº 8.112/90, haveria uma presunção de suspeição do servidor, que, sendo Supervisor de Equipe II naquela autarquia, teria poder de homologar laudos por ele emitidos na condição de perito credenciado junto à CEF e à FUNCEF.

A Decisão combatida foi vazada nos seguintes termos:

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

8.1. conhecer da presente denúncia, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 213 do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la, em parte, procedente;

8.2. determinar à Superintendência do INSS em São Paulo que:

8.2.1. regularize a situação funcional do servidor Erwin Grünwald, Chefe de Perícia do Posto de Benefícios do INSS – Glicério/SP, por estar em desacordo com os arts. 19, § 1º, e 117, inciso XVIII, da Lei nº 8.112/90, e proceda ao ressarcimento dos valores a ele indevidamente pagos, relativamente às 4 (quatro) horas diárias remuneradas e não trabalhadas, durante todo o período de sua ocorrência, nos termos do art. 46 da mesma lei;

8.2.2. adote as mesmas providências em relação a outros servidores que porventura tenham incidido em situação análoga à do servidor acima indicado;

8.2.3. dê conhecimento a respeito das medidas objeto dos subitens 8.2.1 e 8.2.2 a este Tribunal, no prazo de sessenta dias da ciência desta deliberação;

8.3. dar notícia desta decisão ao interessado;

8.4. cancelar a chancela de sigiloso do presente processo; e

8.5. juntar estes autos às contas da Entidade referentes ao exercício de 1998, para exame em confronto.” (Decisão nº 210/99 – Plenário, fl. 62 do Volume Principal)

Inconformado com o decisor, o Sr. Erwin Grünwald requereu seu ingresso nos autos como interessado, o que foi deferido por despacho do Ministro-Relator, nos termos do art. 6º, § 4º, da Resolução nº 36/95 (fl. 74 do Volume Principal), seguindo-se a interposição do recurso de fls. 1/4 do Volume 1, analisado a seguir.

ADMISSIBILIDADE

Tem o servidor legitimidade e interesse em ver reformada a Decisão, eis que por ela atingido, sendo esta a primeira vez em que manifesta tal propósito. Havendo tomado ciência em 25.11.99 (fl.

76 do Volume Principal) do despacho que autorizou seu ingresso nos autos, apresentou tempestivamente o recurso em 10.12.99 (fl. 1 do Volume 1).

Embora a peça, redigida por advogado devidamente constituído (procuração à fl. 71 do Volume Principal), não tenha sido nominada, deve-se conhecê-la como pedido de reexame, remédio processual próprio para ver reformadas decisões em sede de denúncia, por se sujeitar essa aos mesmos procedimentos dos processos de fiscalização de atos e contratos, a teor do art. 212, § 3º, do Regimento Interno do TCU.

Em face das considerações **retro**, opina-se pelo conhecimento da peça do recorrente como pedido de reexame, nos termos do art. 48, c/c o art. 33 da Lei nº 8.443/92.

MÉRITO

De início, o recorrente assinala que houve cerceamento de defesa, pelo fato de não ter sido ouvido pelo Tribunal nas etapas processuais anteriores. Cumpre notar, entretanto, que o fato de não ter o recorrente participado do processo em fases anteriores não caracteriza cerceamento de defesa. Sua situação nos autos é a de servidor e não a de responsável. Não lhe foram imputados atos de gestão ilegais ou ilegítimos. Não lhe foi feita determinação alguma. As determinações presentes na Decisão foram formuladas à Superintendência do INSS em São Paulo.

Evidentemente, a deliberação do TCU afeta o interessado. Todavia, afeta-o apenas e na medida em que ele é servidor do órgão, e porque os pagamentos reprochados pelo Tribunal lhe eram feitos. Nisso, seu caso não se distingue de qualquer outro relativo a atos sujeitos a registro, ou a processos de fiscalização do TCU na área de pessoal, quando se verificam pagamentos irregulares e se determina a reposição das importâncias. Oportunidade de tecer as considerações que reputa cabíveis está tendo o recorrente neste momento. Demais, se a Administração pode sanear de ofício irregularidades como a dos presentes autos (o contrário seria negar a auto-executoriedade dos atos administrativos), **a fortiori** o TCU pode determinar a adoção de medidas para regularizar procedimentos ilegais de seus órgãos jurisdicionados, sem que tenha de chamar ao processo cada um dos servidores que serão atingidos pela deliberação. Franqueada está a via recursal para os que se sentirem prejudicados.

Argumenta o recorrente que não assinou 'contrato mudando a sua carga horária, e nunca recebeu qualquer remuneração que não fosse pelas 20 horas semanais'. Diz ainda que, 'mesmo depois de ser nomeado para a função de Supervisão, continuou a receber o mesmo valor que recebia quando médico, nunca tendo recebido salário correspondente a jornada integral'. Com base nisso, não haveria o que devolver ao INSS, e o desconto efetuado em seus estipêndios configuraria locupletamento ilícito da autarquia.

Labora equívoco o recorrente quando afirma que nunca recebeu qualquer remuneração que não fosse pelas 20 horas de jornada semanal. Ele mesmo admite que exerceu a função de Supervisor de Equipe II, e seus contracheques apresentados junto com o pedido de reexame demonstram que percebia a gratificação correspondente ao exercício daquela função. O problema reside exatamente nesse ponto. Como comissionado, estava obrigado a cumprir a jornada semanal de 40 horas, por força do parágrafo único do art. 19 da Lei nº 8.112/90, que soa:

'Art. 19 – Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimos e máximos de seis horas e oito horas diárias respectivamente.

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança é submetido ao regime de integral dedicação ao serviço, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração.'

Ressai do dispositivo legal que, jungido ao regime de integral dedicação ao serviço, deve o servidor ocupante de função de confiança cumprir, pelo menos, a jornada de 40 horas semanais. Não significa dizer que o período excedente a 40 horas não seja remunerado com o adicional por serviço extraordinário. O que não faz sentido é permitir a um servidor ocupante de cargo em comissão ou função de confiança uma jornada reduzida, nos moldes das previstas em leis especiais para determinadas atividades (médico, professor, advogado, entre outros). Se o servidor exerce cargo em comissão ou função, submete-se ao regime estabelecido para esse cargo ou função, não havendo que se falar em manutenção da jornada especial do cargo efetivo, já que está afastado das

atividades típicas deste último, justamente as que ensejam uma jornada de trabalho reduzida. A esse respeito, leia-se o art. 120 da Lei nº 8.112/90:

‘Art. 120. O servidor vinculado ao regime desta Lei, que acumular licitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos.’

Da dicção do artigo pode-se depreender claramente que, se o servidor for titular de um só cargo efetivo, dele também será afastado, a menos que haja compatibilidade de horário e local de trabalho com o cargo em comissão. Em outras palavras, não se pode estender ao cargo em comissão a disciplina relativa à jornada reduzida de trabalho do cargo efetivo do servidor. O que se tolera é a não-interrupção das atividades do cargo efetivo quando isso for possível, sem prejuízo do desempenho das atribuições do cargo em comissão. Com efeito, seria de todo absurdo que um servidor, ao ser investido em cargo em comissão, continuasse apenas e tão-somente a exercer as mesmas atividades que desempenhava relativamente ao cargo efetivo.

Preleciona Wolgran Junqueira Ferreira que a jornada de trabalho dos servidores investidos em cargo em comissão ou função de confiança é a de quarenta horas semanais:

‘Aquele que exercer cargo de confiança não somente terá a jornada de trabalho de quarenta horas, mas poderá ser-lhe exigida dedicação integral, podendo ser convocado sempre que houver interesse da administração.’ (Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 1993. p. 37)

Não seria impossível que o ocupante de cargo em comissão cumprisse uma jornada de vinte horas semanais, desde que isso fosse expressamente previsto em lei, de conformidade com o estatuído no § 2º do art. 19 da Lei nº 8.112/90. Em não havendo previsão legal, vale a regra geral fixada pela Lei nº 8.112/90 e nos regulamentos de cada órgão, como é o caso da Resolução INSS/PR nº 293/95. As disciplinas específicas existem em relação a determinados cargos efetivos e não a cargos em comissão exercidos por titulares de cargo efetivo cuja jornada é reduzida.

A despeito de ser crítico acerbo do modo como foi regulada a jornada de trabalho dos ocupantes de cargo em comissão, Ivan Barbosa Rigolin não deixou de reconhecer que a lei efetivamente estabeleceu as quarenta horas semanais para comissionados:

‘Observa-se que os cargos de provimento em comissão (ou cargos de confiança) também têm carga horária fixada na L. 8.112, que é de quarenta horas, e esta rigidez, francamente, revela-se utópica diante da realidade da Administração, porque as atribuições do cargo em comissão refogem completamente à rígida rotina e à dedicação horária fixa do servidor efetivo. Com efeito, as atribuições dos servidores de confiança não permitem exigir-lhes permanecerem oito horas por dia dentro da repartição onde tenham exercício, numa rotina de trabalho muito própria a servidores burocráticos cuja presença física seja necessária a todo tempo; ou, de outro modo, não existiriam cargos em comissão. Cargos em comissão são aqueles de direção, de chefia, mas também de representatividade da autoridade superior, que exige deslocamentos constantes, comparecimentos a outros órgãos, a festividades, a inaugurações, a conclaves técnicos e muitas vezes políticos, que em tudo excepcionam o regime normal de trabalho do servidor efetivo.’ (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 61)

O principal óbice colocado pelo autor ao regime fixo para cargos em comissão está no fato de haver aqueles nos quais a função de ‘representatividade’ da autoridade superior é relevante. Sabe-se, no entanto, que tal aspecto não é tão importante em muitos dos cargos em comissão. Basta ver o § 3º do art. 1º da Portaria nº 22-GP/91, deste Tribunal, com a redação que lhe deu o art. 1º da Portaria-TCU nº 127/93. Tal ato normativo fixou o horário de trabalho para os ocupantes de Funções Comissionadas: das 9 às 19 horas, com horário para o almoço. A Portaria Normativa nº 41/2000, de seu turno, dispôs:

‘Art. 9º. Os servidores ocupantes de funções comissionadas de níveis FC-09 ou FC-10 devem cumprir horário de 9 às 19 horas, com intervalo regulamentar de almoço.’

§ 1º Ficam os referidos servidores sujeitos ao registro de ingresso e saída previsto no art. 19 desta Portaria, respeitada a jornada semanal de quarenta horas.

(...)

Art. 12. *O servidor com jornada de trabalho reduzida não poderá substituir ocupante de função comissionada, ou ser designado como substituto eventual.*

Ora, percebe-se que a fixação da jornada de trabalho de 40 horas semanais para ocupantes de cargo em comissão não constitui empecilho ao seu exercício, a menos que se repute contrários à lógica os ditames expressos supra.

Mais uma vez reconhecendo que a Lei nº 8.112/90 estabeleceu jornada de 40 horas semanais para ocupantes de cargos em comissão, Rigolin dardeja suas críticas ao diploma legal:

‘A lei naquele momento cuidou, com efeito, apenas de aparência, porque aquela obrigação é muitas vezes impossível de ser cumprida e francamente inconveniente ao serviço público. Seja como for, para dar exequibilidade ao art. 73, considerando-se a redação do parágrafo único do art. 19, precisará a Administração federal controlar e fiscalizar rigorosamente o cumprimento do horário dos servidores ocupantes de cargos em comissão, remunerando como hora extraordinária, com o acréscimo devido, todo aquele trabalho que exceder quarenta horas semanais ou a carga horária diferente que lhes foi fixada em outras leis que não a L. 8.112.’ (op. cit., p. 144)

É certo que, se esta Corte de Contas não considerou descabida a imposição do regime de 40 horas semanais estabelecida na lei para os cargos em comissão, também não deixou de entender possível o pagamento do adicional por serviço extraordinário aos servidores comissionados (cf. Acórdão nº 14/99 – 2ª Câmara, DOU de 18.02.99).

A roborar a tese de que os servidores comissionados sujeitam-se à jornada referida no art. 19 da Lei nº 8.112/90 (desde que lei específica não disponha em contrário), está o Parecer nº 9/92, da Procuradoria da ENAP:

‘Com relação ao servidor público, ocupante de cargo em comissão, dispõe a lei, apenas, que o mesmo é submetido ao regime de integral dedicação ao serviço, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. Entendemos que o legislador quis exigir do servidor público uma dedicação global, plena, ao serviço. Assim, o ocupante de cargo em comissão, além das disposições do art. 19, deve também integral dedicação ao serviço, podendo a Administração convocá-lo sempre que houver interesse. No entanto, isto deve ser entendido nos limites fixados pela Lei, não se ampliando além do que esta dispõe. A integral dedicação ao significa que o servidor trabalhará na atividade decorrente do cargo em comissão, integralmente, para a Administração, podendo ser convocado, sempre que houver interesse desta. Para que isto fosse factível, o Legislador dispôs no art. 120, da Lei nº 8.112/90, o afastamento do servidor público das situações de natureza permanente, a que estiver vinculado, enquanto exercer o cargo em comissão.’ (apud DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. Lei nº 8.112 – Comentada, atualizada e manualizada. 4ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 51)

Dessarte, inexistindo lei que estabeleça jornada de trabalho semanal de 20 horas para o recorrente, na condição de ocupante de função de confiança, suas alegações não procedem.

O interessado afirma que, nos termos da Lei nº 9.436/97, a jornada de trabalho semanal dos médicos é de 20 horas, e que obrigá-lo a cumprir uma jornada de 40 horas frustraria o disposto no art. 37, XVI, da Constituição Federal, segundo o qual é possível a acumulação de dois cargos privativos de médico.

A Lei nº 9.436/97, em seu art. 1º, fixa em 4 horas diárias a jornada de trabalho dos ocupantes dos cargos efetivos de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário. Como já salientado, ao exercer função de confiança, o servidor passou a estar submetido à jornada de trabalho prevista no art. 19 da Lei nº 8.112/90. Demais disso, a garantia constitucional do art. 37, XVI, da Carta de 1988 refere-se à liceidade da acumulação de dois cargos de médico. Tal garantia jamais foi subtraída do servidor. Apenas, no momento em que foi designado para exercer função de confiança (que, por óbvio, não se confunde com um cargo de médico), sua jornada de trabalho passou a ser a de um servidor comissionado. A própria Lei nº 9.436/97, citada pelo recorrente, no § 1º de seu art. 1º, contempla a possibilidade de acumulação de dois cargos de Médico, com jornadas de 4 horas diárias, totalizando 40 horas semanais, demonstrando cabalmente a viabilidade de acumulação de cargos de Médico a que se refere o dispositivo constitucional retrocitado. Entretanto, a partir do instante em que o servidor exerce cargo em comissão, seu regime de trabalho é o das 40 horas semanais, independentemente de ele ser titular do cargo de Médico ou de outro (a menos que lei disponha em sentido contrário).

*Assevera o recorrente que o INSS usa ‘dois pesos e duas medidas’, porquanto permite que, em caso semelhante, outro servidor exerça suas atividades em 4 horas diárias. O exemplo dado, conforme se depreende dos próprios documentos anexados ao recurso (fls. 10/13 do Volume 1), não guarda simetria com o caso **sub examine**. Deveras, o recorrente trouxe aos autos expediente do INSS que dá notícia do cumprimento de decisão judicial em mandado de segurança, garantindo a servidor ocupante do cargo de Supervisor Médico Pericial o direito à jornada de trabalho de 4 horas diárias. O contracheque daquele servidor evidencia que ele não ocupava cargo em comissão ou função de confiança, bem como a parcela descrita como ‘GDE LEI 9620/98 ATIVO’ refere-se à Gratificação de Desempenho e Eficiência, à qual fazem jus os servidores da carreira de Supervisor Médico Pericial. De seu turno, o recorrente, ocupante do cargo de Médico, recebia retribuição pelo exercício de função gratificada FGR-2 (cf. contracheques às fls. 7/9 do Volume 1) e não estava amparado em decisão judicial para, exercendo função de confiança, desempenhar suas atividades numa jornada 4 horas diárias.*

Sustenta o interessado, ainda, não haver no seu caso a incompatibilidade de que fala o inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90. Tal inciso proíbe ao servidor desempenhar quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício de seu cargo ou função e com o seu horário de trabalho.

Ora, restou comprovado que o servidor cumpria 4 horas de serviço no INSS na parte da manhã e clinicava em seu consultório no período vespertino. Do ponto de vista da compatibilidade de horários, está evidente que o servidor incorreu na vedação antes referida. Cumprisse ele as 8 horas diárias no INSS e atendesse a seus pacientes em outro horário, não haveria de se falar em incompatibilidade de horário. Ainda assim, poder-se-ia perquirir acerca do exercício de atividade incompatível com o cargo, pelo fato de, na condição de Supervisor de Equipe II, ser o responsável pela homologação de laudos médicos entre os quais se incluíam os por ele emitidos como perito credenciado junto à CEF e à FUNCEF.

O recorrente enfaticamente assegura que nunca homologou laudo médico feito por ele. Tampouco o Tribunal afirmou isso. Observou o Ministro-Relator tão-somente que a circunstância de o servidor exercer a função de Supervisor de Equipe II e, concomitantemente, trabalhar como perito credenciado junto à CEF e à FUNCEF gerava uma presunção de suspeição. Além disso, ter ou não ter o recorrente homologado laudo feito por ele é completamente irrelevante para o deslinde da questão e absolutamente inócua na tentativa de ver reformada a decisão. Consoante já se expôs, o problema de o servidor trabalhar apenas 4 horas diárias está vinculado ao exercício de função de confiança, a qual está submetida ao regime de integral dedicação, nos termos do art. 19, § 1º, da Lei nº 8.112/90, c/c o Capítulo XV da IN/INSS/DR nº 7/98 – CAN e a RS/INSS/PR nº 293/95.

CONCLUSÃO

*Ante o exposto, não havendo o recorrente logrado demonstrar a necessidade de reforma do **decisum**, encaminhamos os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal que:*

a) conheça do presente pedido de reexame, nos termos do art. 48, c/c o art. 33 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dê ciência ao recorrente da deliberação que vier a ser tomada”.

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, verifica-se que a peça recursal preenche os pressupostos de admissibilidade, dela se podendo conhecer.

No tocante ao mérito, acompanho as conclusões dos pareceres, uma vez que os argumentos oferecidos pelo interessado não foram capazes de alterar os fundamentos da decisão original.

Com efeito, tendo sido comprovado o exercício reduzido da jornada de trabalho, não obstante estivesse obrigado a cumprir a jornada semanal de 40 horas, por estar investido em função de confiança (Supervisor de Equipe II), impõe-se ao servidor a devolução das importâncias percebidas a maior, nos termos já deliberados.

Ante o exposto, Voto por que o Plenário adote a Decisão que ora submeto à sua apreciação.

Sala das Sessões, em 22 de agosto 2001.

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 591/2001 - TCU – PLENÁRIO

1. Processo nº TC-005.063/1998-1
2. Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame
3. Interessado: Erwin Grümwald (servidor)
4. Entidade: Instituto Nacional do Seguro Social/INSS
5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira
6. Representante do Ministério Público: Dra. Cristina Machado da Costa e Silva
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. conhecer do presente Pedido de Reexame, com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhe provimento;
 - 8.2. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamentaram, ao interessado e ao INSS.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Relator), Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC-009.757/1999-6

Natureza: Pedido de Reexame

Entidade: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero

Interessado: Brival Bello de Souza - Superintendente do Centro de Negócios Aeroportuários de São Paulo – CNSP

Ementa: Pedido de reexame contra deliberação desta Corte que assinou prazo para anulação de concorrência pública. Conhecimento. Não-apresentação de elementos suficientes para infirmar os fundamentos do aresto recorrido. Não-provimento. Envio de cópia da decisão, relatório e voto ao interessado.

Cuidam os autos de recurso interposto pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero, nesta feita representada pelo Superintendente do Centro de Negócios Aeroportuários de São Paulo - CNSP, Sr. Brival Bello de Souza, contra a Decisão n.º 559/99-Plenário.

No subitem 8.2 da decisão *supra*, foi assinado o prazo de 15 (quinze) dias para que o ora recorrente promovesse a anulação da Concorrência Pública n.º 016/CNSP-SBGR/99, que tinha por objeto a contratação de empresa especializada para a prestação dos serviços de operação e

manutenção do Estacionamento do Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos-SP, por incluir em seu edital cláusula (subitem 6.1, alínea "d") que impunha aos interessados, para efeito de comprovar a capacidade técnica, exigência de quantidade mínima que restringia o caráter competitivo do certame.

Tendo sido por mim determinado o exame da peça recursal pela SERUR, o Analista encarregado da instrução, no que pertine à admissibilidade, assinalou: *“Como o processo principal trata de denúncia, a peça adequada para esse caso é o pedido de reexame, conforme art. 48 da Lei n.º 8.443/92. Cabe destacar a tempestividade da peça. O recorrente recebeu o Ofício-3ª SECEX n.º 459/99, em 03/09/99, e apresentou o recurso ao TCU em 16/09/99, conforme despacho do Secretário da 3ª SECEX à fl. 38 – vol. I, que acusa o recebimento da documentação. Ademais, preenche a totalidade dos pressupostos de admissibilidade constantes do art. 33 da referida lei.”*

No mérito, examinando as alegações do interessado, o Analista assim se posicionou:

“O recorrente contesta a via eleita pelo licitante para impedir a continuidade da licitação (fls. 11/14 – vol. I). Faz um comparativo entre o mandado de segurança e a representação, querendo fazer crer que para esta faz-se necessário o direito líquido e certo do autor. Pela experiência em processos similares, vemos que para representar não é necessário saber e comprovar todas as irregularidades, bastam apenas os indícios para que os tribunais de contas possam investigar com profundidade necessária para se chegar à verdade dos fatos.

É oportuno dizer que o § 1º do art. 41 e o art. 113 da Lei n.º 8.666/93 permitem a qualquer licitante, contratado ou pessoa física poder impugnar edital de licitação ou representar junto ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno. Nestes dispositivos, não há nenhuma referência sobre direito líquido e certo dos representantes para exercer o seu direito.

O recorrente sustenta a tese de que não feriu o ordenamento jurídico aplicável no que concerne à exigência de comprovação de atestado de capacidade técnico-operacional. Exigência essa que foi vedada na Lei de Licitações (art. 30, §1º), mas que ainda se sujeita a interpretações e construções doutrinárias.

Em suma, o recorrente quer fazer crer que o objeto da licitação é de grande/alta complexidade, por isso fez exigências que julga ser à altura de tal complexidade. Para comprovar sua tese, faz referência ao histórico de movimentação de veículos no período de maio/98 a abril/99 e completa informando que a exigência do edital representa menos de 2% da média mensal de veículos que circula no aeroporto.

Analizando essa ‘alta complexidade’, não vemos onde se encaixa tal adjetivação no objeto licitado. Em consulta ao Caderno de Especificações do Edital, em seu item IV – Operação do Estacionamento (fls. 41/42 – VP), vemos que o sistema será ‘Self Parking’, ou seja, automático, com uso mínimo de mão-de-obra. O motorista-cidadão é quem aciona a cancela automática e retira seu cartão de entrada, devendo pagar o serviço dentro do aeroporto ou na guarita de saída do estacionamento.

Os outros serviços de operação do estacionamento descritos nos itens 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 7.1, 7.2, 7.4, do Caderno de Especificações do Edital (fls. 42/47 – VP), referem-se basicamente à limpeza, segurança, vigilância e manutenção do pátio. Devemos reconhecer que isso não se trata de alta complexidade, ao contrário da construção de hidrelétrica, de metrô, de satélite, ou objeto semelhante.

O recorrente, ao fazer a exigência do item 6.1 – ‘d’ no Edital de Concorrência nº16/CNSP-SBGR/99, restringiu claramente a competição. Isso ele mesmo prova em sua peça (fls. 17/18 – vol. I), ao informar o seguinte:

‘O estabelecimento dos requisitos da Capacidade Técnica foi precedido de pesquisas, não exaustivas pela Internet, das empresas especializadas no ramo de estacionamentos confinados, identificando-se 10 (dez) empresas que atendiam à primeira parte da alínea ‘d’ do subitem 6.1 do Edital, ou seja: ‘que comprove administração, operação e manutenção de, no mínimo, 05 (cinco) estacionamentos, sendo, pelo menos 01(um), com capacidade de 600 (seiscentas) vagas ou mais.’

Na mesma pesquisa na Internet, foram identificadas mais 4 (quatro) empresas que atenderiam à segunda parte do requisito, ou seja: ‘ou 01 (um) estacionamento com uma quantidade mínima de 3.000 (três mil) vagas.’

Em seguida o recorrente afirma que: ‘...57 (cinquenta e sete) empresas adquiriram o Edital, mas somente 10 (dez) delas procederam ao pagamento de caução para garantia de suas propostas, de conformidade com a letra ‘l’ do subitem 6.1 do Edital...’. Claro está a restrição da competição, ou seja, 47 (quarenta e sete) empresas foram excluídas previamente após conhecer as cláusulas abusivas do edital.

No parágrafo intermediário da fl. 18 do vol. I, o recorrente prega que a licitante, ora representante, foi ‘aquinhoada com a decisão proferida’, uma vez que foi inabilitada pela Comissão de Licitação (fl. 36 – vol. I).

Ora, o Tribunal de Contas da União não está aqui desempenhando suas funções constitucionais para aquinhoar alguém especificamente, mas sim para preservar o patrimônio da sociedade e controlar a lisura dos atos de gestão dos administradores públicos.

O recorrente ainda traz dois julgados favoráveis à sua causa, incluindo um Mandado de Segurança contra a concorrência em questão (fls. 21/23 – vol. I).

Todavia, a exigência de capacidade técnico-operacional de que o licitante realiza ou realizou trabalhos compatíveis com o objeto da licitação é, em nosso entendimento, suficiente à comprovação da habilidade do participante.

A matéria relativa à possibilidade de o edital de licitação exigir atestado de capacidade técnica de um modo geral tem se mostrado bastante controversa, haja vista as jurisprudências apresentadas nas preliminares do recurso.

Por um lado, o veto presidencial advindo à alínea ‘b’ do § 1º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, se analisado isoladamente, conduz à interpretação de que não seria lícito à Administração exigir atestados dessa espécie, quando aferindo a capacidade técnico-operacional dos licitantes, haja vista que, ao suprimir do texto legal as disposições referentes à capacidade técnico-operacional, teria restringido a exigência de atestados tão-somente à capacitação técnico-profissional. Sob outra ótica, decorrente de interpretação lógica da Lei n.º 8.666/93, não haveria sentido em exegese que indicasse a impossibilidade absoluta de exigir sobreditos atestados, uma vez que os §§ 3º e 4º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93 fazem menção expressa à possibilidade de exigir atestados com vistas a comprovar a aptidão do licitante.

Tratando objetivamente sobre o caso concreto, o que se constata é que a matéria pode ser resolvida com arrimo na jurisprudência desta Corte. Com efeito, questão similar já foi apreciada no processo TC-004.797/95-7, onde o Plenário, por meio da Decisão n.º 767/98-Plenário, Relator o eminente Ministro Adhemar Paladini Ghisi e Revisor o eminente Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, ao acolher proposta deste último, posicionou-se pela liceidade da exigência de atestados de capacidade técnica, desde que o atestado não seja vinculado à execução de obra anterior. Tendo em vista que a jurisprudência, embora mencione apenas a execução de obra anterior, fundamenta-se no art. 30 da Lei n.º 8.666/93, que se refere tanto a obras quanto a serviços, não há dúvida de que seu alcance estende-se também à não-vinculação dos atestados e declarações a serviços anteriores.

Desse modo, entendemos que a exigência do item 6.1, letra ‘d’ do edital mostra-se dissonante do entendimento jurisprudencial desta Corte acerca da correta interpretação das normas aplicáveis à espécie.”

Após aduzir tais considerações, propôs o Analista, com a anuência do titular da Unidade Técnica e do douto representante do Ministério Público, que este Tribunal conhecesse da peça recursal apresentada como pedido de reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo inalterada a Decisão n.º 559/99-Plenário. Em 29.06.2001, os presentes autos retornaram ao meu gabinete.

É o Relatório.

VOTO

Com efeito, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante nesta Corte acenam no sentido de que a comprovação da qualificação técnica deve jungir-se tanto ao aspecto operacional quanto ao profissional, estando o primeiro relacionado à empresa que intenta executar a obra ou o serviço a ser licitado, ao passo que o segundo aspecto diz respeito às pessoas físicas que prestam

serviços à empresa licitante.

E não poderia ser diferente, eis que a ausência de expressa referência, no art. 30 da Lei n.º 8.666/93, a requisitos de capacitação técnico-operacional não se traduz em proibição à sua previsão. Ademais, o rol das exigências explicitamente vedadas pelo § 5º desse mesmo dispositivo legal, complementado por quaisquer outras que inibam a participação de licitantes no certame, não contempla a capacitação técnico-operacional.

Uma vez admitida a exigência, no instrumento convocatório, de comprovação de capacitação técnico-operacional das empresas licitantes, cabe frisar que a Lei n.º 8.666/93 não proíbe, em relação a essa exigência, que o edital preveja o estabelecimento de quantitativos mínimos, podendo condicionar, dessa forma, a experiência anterior à observância de parâmetros numéricos.

Não é outro o entendimento que se extrai do estatuído no art. 30, inciso II, da Lei de Licitações, que explicitamente autoriza a exigência de experiência anterior compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

À luz do disposto no inciso I (parte final) do § 1º do mencionado art. 30, só se admite que a comprovação da experiência anterior não seja associada à exigência de quantitativos mínimos quando se tratar de capacitação técnico-profissional. Assim sendo, por não fazer expressa alusão à capacitação técnico-operacional, do dispositivo *supra* apenas se podem extrair regras acerca da qualificação técnico-profissional.

Ainda que, a meu ver, esteja autorizada a fixação de parâmetros quantitativos quando se tratar de comprovação de capacitação técnico-operacional, a exigência da Administração encontrará limites no princípio da razoabilidade, *ex vi* do disposto no art. 37, inciso XXI, da Lei Maior, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas sob o argumento de que a Administração necessita de segurança maior do que a efetivamente necessária à execução do objeto a ser contratado, sob pena de ofensa ao texto constitucional, que, como frisei, autoriza apenas o mínimo de exigências, sempre alicerçadas em critérios razoáveis.

Nesse mesmo diapasão, encontramos a manifestação de Marçal Justen Filho:

“Deve considerar-se que incumbe à Administração justificar as exigências de experiência anterior que introduz no ato convocatório. Não é dever dos particulares demonstrarem que as exigências impostas pela Administração são excessivas. Ou seja, não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição.

Mas há outro motivo para isso. É que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico-operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” (in *“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”*, Dialética, 7ª edição, p. 337).

Não é despidendo lembrar que o subitem 6.1, alínea “d”, do edital, que trata da habilitação dos interessados, continha a seguinte redação:

“6.1 – Deverão ser apresentadas em uma única via, inseridos no INVÓLUCRO I, reunindo, obrigatoriamente, o que se segue:

(...)

d) Atestado(s) de Capacitação Técnica, que comprove(m) administração, operação e manutenção de, no mínimo, 05 (cinco) estacionamentos, sendo, pelo menos, 01 (um), com capacidade de 600 (seiscentas) vagas ou mais, ou de 01 (um) estacionamento com uma quantidade

mínima de 3.000 (três mil) vagas;”

Consoante restou consignado no Voto do Ministro-Relator do aresto guerreado, referindo-se ao entendimento perfilhado pela Unidade Instrutiva, a se tomar por base as exigências estipuladas no edital, uma empresa que atestasse a administração, operação e manutenção de 6 (seis) estacionamentos com capacidade de 500 (quinhentas) vagas ou dois estacionamentos com quantidade mínima de 2.500 (duas mil e quinhentas) vagas, não estaria habilitada a participar da licitação *sub examine*, o que se me afigura desarrazoado.

De se concluir que as quantidades mínimas previstas no edital foram excessivas, constituindo-se em exigências de despropositado rigor, razão por que não merecem prosperar.

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

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

DECISÃO N.º 592/2001 – TCU – Plenário

1. Processo n.º TC-009.757/1999-6

2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame

3. Interessado: Brival Bello de Souza - Superintendente do Centro de Negócios Aeroportuários de São Paulo - CNSP

4. Entidade: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero

5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira

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

7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos

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

8.1. conhecer do presente pedido de reexame, com fundamento no art. 48 c/c o art. 33 da Lei 8.443/92, para, no mérito, negar-lhe provimento;

8.2. dar ciência desta Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam, ao interessado e ao Presidente da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Relator), Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

I - RELATÓRIO

GRUPO II - Classe I - Plenário

TC-300.038/1996-8

Natureza: Pedidos de Reexame

Entidade : Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – 17º Distrito Rodoviário Federal

Interessados: Raimundo Tarcísio Delgado (ex-Diretor Geral do DNER) e Aristides

Ementa: Pedidos de Reexame contra o Acórdão nº 127/99-TCU-Plenário, o qual aplicou multa aos interessados, em vista de irregularidades verificadas nas obras de duplicação da BR-262 (no trecho Vitória-Divisa com o Estado de Minas Gerais, subtrecho Alto Lage-CEASA-Entroncamento da BR-101). Conhecimento. Provimento parcial para excluir do rol de irregularidades duas ocorrências, em vista das justificativas apresentadas. Manutenção dos demais termos do Acórdão. Ciência aos recorrentes.

Adoto como relatório o parecer da lavra da Procuradora Cristina Machado da Costa e Silva.

“Em apreciação pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Aristides Navarro de Carvalho Filho e Raimundo Tarcísio Delgado contra o Acórdão nº 127/1999-TCU-Plenário que lhes imputou a multa disposta no artigo 58, inciso III, da Lei nº 8.443/92, em decorrência de atos de gestão julgados antieconômicos e praticados com grave infringência a norma legal concernentes à execução do contrato PG 079/95, firmado com a empresa EMPA SA - Serviços de Engenharia, para as obras de duplicação da BR-262, trecho Vitória-Divisa ES/MG, subtrecho Alto Laje (Km 3,4) – Ceasa – entroncamento BR – 101 (Km 7,3), Saída Sul de Vitória – ES.

2. Em suma, as irregularidades que deram suporte à apenação dos responsáveis em causa foram as seguintes (voto condutor do acórdão impugnado, fl. 294, volume principal):

a) ausência de revisão da alteração no projeto, que determinou a substituição do material de brita previsto por outro mais caro, em maio/95, quando foi autorizada a utilização de uma jazida mais distante, conduzindo à execução de um pavimento desnecessariamente superdimensionado (item II, b, fls. 193/195);

b) início da construção da galeria pré-moldada, em dezembro/95, sem a garantia de liberação de terrenos particulares, não tendo sido seu dimensionamento embasado em estudos técnicos, sendo que a parte do trecho construído, de vinte e dois metros, não será utilizado (item II, d, fls. 196/197);

c) antecipação de pagamentos à contratada, em dezembro/95, submetendo a Administração a um risco desnecessário e favorecendo a contratada (item II, e, fls. 197/199).

II

3. Não há, no âmbito da Unidade Instrutiva, dissensão quanto ao plano da admissibilidade dos recursos. Com efeito, satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos e superadas as questões concernentes à admissibilidade das petições, como bem demonstrou a Sr.^a Analista, devem ser conhecidos ambos os pedidos de reexame (fls. 02/37 e 42/94) e, em homenagem à ampla defesa e à busca da verdade material, ser recebidos, excepcionalmente, os elementos adicionais presentes às fls. 95/124.

4. Há divergência, contudo, quanto ao mérito da matéria. A Sr.^a Analista entende que os responsáveis lograram êxito em justificar as irregularidades consistentes nas alíneas ‘a’ e ‘b’ acima, o mesmo não ocorrendo em relação à irregularidade a que se refere a alínea ‘c’, e sugere, alfim, o provimento parcial dos pedidos de reexame no sentido de se rever o valor da multa estabelecida, em face do princípio da proporcionalidade. O Sr. Diretor, corroborado pelo Sr. Secretário, por seu turno, considerando, em síntese, que as novas alegações aduzidas pelos responsáveis não descaracterizam a antieconomicidade e as graves infringências a norma legal de que se revestem os atos inquinados, propõe seja negado provimento aos recursos, mantendo-se, por conseguinte, os exatos termos do acórdão guerreado.

5. Malgrado as respeitáveis análises antecedentes, cremos que o deslinde da matéria pode comportar posicionamento mais favorável à pretensão dos recorrentes, porquanto não vislumbramos nas falhas presentes nos autos a ocorrência de dano ao erário ou de infringência de norma legal grave o suficiente para ensejar a aplicação da sanção de multa aos administradores em causa. Urge, neste desiderato, perscrutar as questões mais relevantes de fato e de direito que envolvem a matéria.

III

6. É cediço que a apuração levada a efeito pelo Tribunal de Contas busca a apreensão da verdade real dos fatos, sempre que possível levando em conta as peculiaridades vivenciadas pelo

administrador para, daí, emprestar-lhes significação e efeitos jurídicos. Neste contexto, encerra a substancial diferença entre o processo administrativo e, sobretudo, o civil, porquanto neste, fundamentalmente, a apresentação de provas e as alegações de fato e de direito encontram-se bastante limitadas, reservando a elas expressamente a lei as fases processuais próprias, constituindo a preclusão regra prevalente. Diversamente, no processo próprio do TCU, onde não está presente a dualidade de partes contrapostas, pode o jurisdicionado, ao exercer o direito constitucional de ampla defesa, oferecer, mesmo em sede recursal, novos elementos probatórios e argumentos fáticos e jurídicos, que deverão ser sopesados, em conjunto e em confronto com os demais elementos presentes, com vistas ao adequado exercício das competências constitucionalmente atribuídas ao Tribunal de Contas da União.

7. Evidente que o responsável, nos momentos distintos em que exerce a sua defesa, deve guiar-se pelo dever de verdade, pois que o princípio da lealdade processual também é abrigado pelo sistema processual do TCU. Relevante também observar a coerência ou não entre os fatos aduzidos pelo responsável nos diferentes momentos, ainda com vistas à busca da verdade real, o que não importa, por seu turno, na precipitada conclusão de que esteja o jurisdicionado absolutamente condicionado às argumentações fáticas ou jurídicas inicialmente prestadas. Não é defeso à parte, neste desiderato, complementar informações anteriores, clareá-las ou, ainda, desde que fundamentadamente, corrigi-las.

8. No caso sob exame, os elementos ora carreados pelos recorrentes, em alguns casos complementam, bem como em outros clarificam as questões suscitadas. Não vislumbramos a ocorrência de contradição entre as informações presentes e aquelas oferecidas anteriormente em sede de razões de justificativa, o que se verá por diante. Enfim, os novos elementos trazidos não desvirtuam, a nosso sentir, a verdade material que se persegue no processo.

9. Passemos, então, à análise pontual das irregularidades que embasaram a apenação dos responsáveis.

IV

10. Em relação à troca de material constituinte da sub-base da rodovia, vale, neste ensejo, observar que as informações suscitadas pelo responsável Aristides Navarro de Carvalho Filho quanto à previsão, no projeto expedito, de utilização de 'bica corrida', ao invés de solo-brita, já havia sido inclusive aduzida, se bem que de forma menos pormenorizada, pelo Sr. Raimundo Tarcísio Delgado (fl. 243, volume principal). À vista dos elementos constantes dos autos, revela-se-nos a ambigüidade do PROJETO DE PAVIMENTAÇÃO quanto ao material a ser empregado (e aqui se registre que a produção e aprovação do procedimento licitatório, bem como a contratação inicial da empresa vencedora do certame, ocorreram sob a gestão antecedente): nos itens 5.2.3.3 (fl. 133, volume principal) e 5.2.6.3.d (fl. 137, volume principal) constam a expressão '**bica corrida**', enquanto no item 5.2.6.4.d (fl. 138, volume principal) consta dubiamente a expressão '**solo-brita (bica corrida)**, com 20 cm de espessura, adquirido na Pedreira PI – Pedreira Brasília'.

11. É incontestável que a bica corrida (produto da britagem primária) é material diverso do solo brita (mistura de argila e brita, esta com a concentração de apenas 30 %). Demonstrado à saciedade nos autos que este é de custo bastante inferior àquele. Certamente, a questão foi determinante na fase licitatória, pois que intrinsecamente relacionada à especificação do objeto a ser contratado e para a cotação do preço final, ainda que relacionada a apenas uma das parcelas da obra. Ocorre que a cotação dos preços nos processos licitatórios teve por base a expressão solo brita para todos os concorrentes, o que afasta a possibilidade de outros licitantes terem sido prejudicados em face da dubiedade constante do projeto, mesmo porque se tratava de um item do projeto que vinculava a empresa a ser contratada (o material deveria ser adquirido junto à Pedreira Brasília, por motivos de racionalidade técnica e econômicos).

12. A execução dos serviços remanescentes, objeto desta auditoria, veio a ocorrer aproximadamente três anos após a licitação. Detectada a impropriedade do projeto de pavimentação, que subsidiou o procedimento licitatório, frente à solução técnica apropriada para o caso (solo, lençol freático etc.), optou a Administração por levar a efeito a alteração do projeto, mormente na área mais vulnerável, seguindo para isso todos os trâmites técnicos, o que resultou na aprovação, pelos órgãos técnicos competentes, da adequação do projeto. Não há, por outro lado,

nos autos demonstram cabalmente que a utilização de solo-brita na sub-base, pelo menos no trecho onde veio a ser utilizada a brita graduada, revelar-se-ia a opção tecnicamente recomendável que assegurasse o atendimento dos padrões técnicos de durabilidade e de segurança do objeto construído. Tampouco, encontram-se presentes nos autos quaisquer elementos que apontem para a utilização de material inferior ao efetivamente contratado e pago.

13. Importa ainda salientar duas questões: 1ª) a espessura do pavimento de 20 cm e 2ª) a localização da pedra onde deveria ser adquirido o material. Ao manter a espessura de 20 cm da sub-base, mesmo diante da utilização da brita graduada em substituição ao solo-brita, não teria o responsável adotado uma opção incompatível com o projeto, eis que aquele já previa, na hipótese de utilização da bica-corrida, material de característica bastante próxima da brita graduada, a especificação técnica de espessura de 20 cm. Ao informar ao Tribunal, em sede de razões de justificativa, que a aquisição de material em outra pedra condicionara a alteração do material, não teria o responsável apresentado uma inverdade, pois que, com efeito, o projeto previa a aquisição do material junto à Pedreira Brasília, a qual veio a ser posteriormente interdita, como devidamente comprovado nos autos.

14. Demais disso, não nos recai dúvida quanto à plausibilidade técnica das justificativas para a alteração do projeto, notadamente no que diz respeito ao material utilizado e à manutenção da espessura da sub-base, eis que corroboradas pelas diferentes instâncias técnicas e decisórias da Autarquia, tendo sido observada, à luz dos elementos constantes dos autos, a devida segregação de funções. Considerando, ainda, que o resultado final da obra atendera, de forma bastante satisfatória, aos requisitos de segurança e durabilidade do empreendimento, merecem guarida as argumentações dos recorrentes quanto à inexistência de dano ao erário em decorrência do ato em causa.

15. Cumpre agora enfrentar a questão relacionada à construção de vinte e dois metros de galeria para escoamento de águas pluviais que não vieram a ter utilidade imediata. O suposto dano ao erário, aqui representado pelo desperdício dos recursos alocados, tem sua causa na ausência de garantia prévia, efetiva e formal por parte da Prefeitura, quanto à autorização de passagem em terrenos particulares. Com efeito, a circunstância em questão contribuiu decisivamente para que a execução da galeria viesse a sofrer substancial alteração do seu formato e extensão em relação ao inicialmente projetado.

16. Sob pena de se distanciar de uma realidade mais ampla, não se pode olvidar que a própria construção da galeria refere-se a uma adaptação do projeto original de duplicação das pistas, cuja premência de sua efetivação decorria de necessidade inadiável da própria comunidade a que se destinava. Além disso, revela-se nos autos absolutamente evidente, em função da densidade populacional, das características topográficas do local e da necessidade técnica de ligação das galerias com a rede de escoamento local, que o empreendimento requereria a participação concomitante da Prefeitura.

17. Se de um lado, a autarquia federal, segundo os elementos de que se dispõe nos autos, atuou sem a garantia efetiva e formal da Prefeitura, havia uma sorte de fatores que concorriam para a tomada de decisão na direção que efetivamente tomara: a) a solicitação formal da própria Prefeitura para a construção da galeria de captação e condução das águas pluviais (fl. 19); b) a premente necessidade de construção das galerias em face da deficiência do escoamento então existente; c) o comprometimento futuro do próprio empreendimento de duplicação das vias em decorrência justamente da deficiência de escoamento das águas pluviais; d) a pressão da comunidade e e) a presunção de inexistência de interesses contrapostos em face da plausibilidade da existência de convergência dos interesses em se levar a bom termo o sistema de escoamento.

18. E não se olvide que a solução adotada inicialmente, aprovada pelas instâncias técnicas competentes da Autarquia, atendia às necessidades da rodovia e da comunidade, o que certamente envolveu negociações e estudos entre o corpo técnico do DNER local e os representantes da municipalidade, indicando o acerto da decisão quanto ao fim social que se buscava atender.

19. Talvez fosse mesmo o caso de utilização de um Convênio, ou instrumento congênere, por meio do qual se buscasse assegurar a garantia formal da Prefeitura, mas ainda assim não estaria o empreendimento imune à eventualidade de a construção vir a ser obstada por interesses privados.

20. É evidente ainda que as pessoas jurídicas de direito público envolvidas na questão – Município ou o próprio DNER - poderiam até mesmo ter buscado uma solução junto ao Estado-juiz. Entretanto, não se pode perder de vista que aí residia o ponto fulcral: como harmonizar a urgência da construção da galeria com os direitos individuais dos proprietários? A materialidade do empreendimento justificaria tais medidas, sob a perspectiva social, considerando a existência de outras soluções técnicas, ainda que não correspondessem à ideal?

21. Parece-nos que a urgência deveria in casu nortear a ação da Administração, quer em face da deficiência do sistema de escoamento e dos prejuízos daí advindos à comunidade, quer em razão do compromisso social da Autarquia. Diante de uma realidade não prevista, coube à Administração da Autarquia buscar uma solução alternativa. Com efeito, a que veio a ser adotada, ainda que não se revelasse ótima, porquanto tenha resultado na falta de aproveitamento imediato de vinte e dois metros de galeria escavados, pautou-se na observância das limitações orçamentárias e financeiras existentes e na viabilidade técnica do empreendimento, resultando, em última análise em uma redução de dispêndio em relação ao valor inicialmente orçado, sem o comprometimento do fim social do empreendimento.

22. Demais disso, o próprio gestor municipal reconhece a significativa parcela de concorrência da Prefeitura em relação ao ocorrido, bem como assevera o posterior aproveitamento da parte da galeria inutilizada (fl. 20).

23. Revela-se-nos, destarte, de desarrazoado rigor rotular como grave a irregularidade em causa, eis que da ausência da garantia formal da prefeitura não resultou efetivamente dispêndio maior do que o inicialmente previsto, tampouco resultou prejuízo social ao empreendimento.

24. Por derradeiro, urge adentrar na questão relacionada à suposta ‘antecipação de pagamentos à contratada, em dezembro/95, submetendo a Administração a um risco desnecessário e favorecendo a contratada’ (voto condutor da decisão, fl. 294, volume principal).

25. Inquestionável a falha em que incorreu o gestor regional do DNER: atestar a medição de serviços ainda não realizados. E vale registrar que esta falha não abrange a responsabilidade do Sr. Raimundo Tarcísio Delgado, eis que na qualidade de Diretor-Geral da Autarquia não seria evidentemente de sua alçada atestar a medição de serviços de engenharia em estradas. Por meio da medida adotada, empenhou-se significativa parcela de recursos orçamentários somente disponibilizados bem próximo ao encerramento do exercício financeiro e, por conseguinte, inscreveu-se em restos a pagar, processados, os recursos em causa. Com este proceder, não haveria mais a possibilidade de contingenciamento orçamentário.

26. Evidencia-se, in casu, a busca do gestor, ainda que em contrariedade a lei, em assegurar recursos, escassos, para a conclusão de um projeto técnico e socialmente necessário. Não vislumbramos que o ato, per se, tenha submetido a Administração a um risco desnecessário e tenha favorecido única e exclusivamente à contratada, pois efetivamente a antecipação foi eminentemente de natureza orçamentária, já que a efetiva liberação do pagamento, correspondente à última e decisiva fase da despesa, com efeito, somente veio a ocorrer após a concreta realização dos serviços, em março do exercício seguinte. Demais disso, não se deve deslembrar que ainda restaria à Administração a plausibilidade de anulação daquele ato, num contexto de eventual descumprimento, pela empresa contratada, das etapas de medição antecipadamente atestadas. Se efetivamente, a empresa favorecida não pôde, de fato, dispor financeiramente dos recursos, não houve, no plano fático, o seu favorecimento.

27. Parece-nos, assim, que a falha imputada ao dirigente regional da Autarquia não reúne gravidade suficiente para embasar aplicação de sanção aos administradores responsáveis.

28. Considerando, por fim, que em relação ao objeto global da auditoria não restou evidenciada, como sustentam os recorrentes e com o que nos alinhamos, a prática de ato antieconômico, mas que, restaram apenas falhas de natureza formal que não acarretaram dano ao erário, tampouco ao objetivo social do empreendimento objeto da presente auditoria, cremos que possa a egrégia Corte de Contas rever o Acórdão impugnado de sorte a tornar sem efeito a sanção de multa aplicada aos Srs. Raimundo Tarcísio Delgado e Aristides Navarro de Carvalho Filho, desconstituindo-se por conseguinte os itens 8.1 e 8.2 do decisum.V

29. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público, com a devida vênia da Secretaria de Recursos, manifesta-se no sentido do conhecimento dos presentes pedidos de reexame

para, no mérito, conceder-lhes provimento, revendo-se a decisão impugnada, de sorte a tornar sem efeito a sanção de multa aplicada aos Srs. Raimundo Tarcísio Delgado e Aristides Navarro de Carvalho Filho, desconstituindo-se, por conseguinte, os itens 8.1 e 8.2 do v. Acórdão nº 127/1999-TCU-Plenário.”

II - VOTO

Os recursos interpostos devem ser conhecidos por esta Corte, vez que preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no art. 48 da Lei nº 8.443/92 e nos arts. 230 e 233 do Regimento Interno do TCU.

2.Quanto ao mérito, manifesto-me de acordo com o entendimento esposado pelo Ministério Público com relação as ocorrências tratadas nas alíneas “a” e “b” do parecer supra transcrito, tendo em vista as razões técnicas aduzidas e as circunstâncias evidenciadas pelos responsáveis.

3.No entanto, dirijo da manifestação do Ministério Público com relação a matéria destacada na alínea “c”, em vista das considerações abaixo.

4.Alegam os interessados que não houve pagamento antecipado, vez que os serviços relativos a 5ª medição provisória, realizada em 29.12.1995, relativa ao período de 01 a 31.12.95, somente foram pagos em março de 1995, após a conclusão dos mesmos. Assinalam que referida medição registrava serviços ainda não realizados e destinava-se tão-somente a assegurar recursos para a liquidação da despesa no início do ano seguinte. Observe-se que os recorrentes admitem a atestação de serviços não realizados, não havendo nos autos comprovação de que, antes de se efetivar o pagamento em março de 1995 à empresa EMPA S.A. Serviços de Engenharia, tenha sido efetuada nova medição, objetivando comprovar a realização total dos serviços, conforme aduzido pelos interessados.

5.Acrescente-se que o relatório citado pelos recorrentes, elaborado pela Secretaria Federal de Controle/Delegacia Federal de Controle no Espírito Santo, datado de 07.03.96, para comprovar a conclusão dos serviços, registra que *“de acordo com o Cronograma Físico-Financeiro, em janeiro de 1996 deveriam estar prontos 3,70 Km de estradas. Entretanto, constatamos um atraso na conclusão das obras. Questionados ..., o Chefe do 17º DRF afirmou que o atraso aconteceu por vários motivos. (...) Fomos informados ainda que, o Chefe do 17º DRF aguarda o resultado do processo nº..., cujo despacho está datado de 28/12/95, no qual solicita uma prorrogação de mais 90 dias para a conclusão das obras.”* (fls.92/4 do vol. 1).

6.Com efeito, não era competência do Diretor Geral do DNER fiscalizar e acompanhar a execução dos serviços da obra em questão, conforme assinalado pelo Ministério Público. No entanto, verifica-se que o procedimento adotado pelo 17º Distrito Rodoviário Federal, de atestar serviços que não haviam sido executados, objetivando compensar serviços realizados e não previstos anteriormente, era de conhecimento (e contava com a anuência) do Diretor Geral da Autarquia, responsável pela autorização do pagamento da despesa, conforme consignado em suas razões de justificativa.

7.Assim, ainda que tivesse restado comprovado que não houve pagamentos antecipados, penso, que a sistemática adotada pela Autarquia, de, na medição provisória, atestar a execução de serviços não realizados para compensar a realização de outros serviços executados e não previstos, distorce a realidade, trazendo dificuldades aos órgãos de controle para fiscalizar o real estágio da obra. Além disso, tal procedimento coloca a administração numa situação de risco, pois caso surjam problemas na execução do contrato que ensejem a rescisão contratual, poderá o contratante ter dificuldades para reverter os registros das medições, já devidamente atestados, podendo resultar em pendências judiciais.

8.De acordo com o art. 38 do Decreto nº 93872/86, *“não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.”*

9.Ademais os atos praticados contrariaram o disposto nos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64, que

determinam que o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação, a qual consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Segundo o § 2º do citado art. 63, a liquidação da despesa terá por base, entre outros, os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço.

10. Ao tratar da questão do pagamento antecipado, o Prof. Marçal Justen Filho, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª Edição, Dialética, 1998, pag. 477, entende que:

“o pagamento antecipado não pode representar benesse injustificada da Administração para os particulares. A defesa do interesse público conduz a que, como regra, o pagamento se faça após comprovada a execução da prestação a cargo do particular.

O pagamento antecipado depende da existência de dois requisitos.

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

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

11. Dessa forma, e considerando que não restou comprovado que os pagamentos antecipados estavam previstos no ato convocatório ou no instrumento de adjudicação direta e nem que foram adotadas as cautelas previstas em lei, considero tal procedimento uma irregularidade grave, a qual enseja a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/82. Assim, penso que o acolhimento dos argumentos dos responsáveis quanto às duas primeiras ocorrências, não justifica a redução do valor da multa imputada aos recorrentes, pois não considero o valor aplicado excessivo, mantendo-se dessa forma inalterado tal valor.

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

T.C.U., Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

UBIRATAN AGUIAR
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 207/2001 -TCU - Plenário

1. Processo TC nº 300.038/1996-8
2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame
3. Interessados: Raimundo Tarcísio Delgado e Aristides Navarro de Carvalho Filho
4. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER – 17º DRF
Vinculação: Ministério dos Transportes
5. Relator: MINISTRO UBIRATAN AGUIAR
6. Representante do Ministério Público: Cristina Machado da Costa e Silva
7. Unidade Técnica: SERUR
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria de responsabilidade do Sr. Raimundo Tarcísio Delgado e Aristides Navarro de Carvalho Filho, ex-Diretor do DNER e Chefe do 17º DRF/DNER, e outros.

Considerando que o Tribunal, pelo Acórdão nº 127/99-TCU-Plenário, proferido na Sessão de 28.07.99, aplicou ao Sr. Raimundo Tarcísio Delgado e Aristides Navarro de Carvalho Filho, a multa prevista no art. 58, III, da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 220, III, do Regimento Interno do TCU, no valor de R\$ 5.268,00 (cinco mil e duzentos e sessenta e oito reais), em virtude das seguintes

irregularidades verificadas nas obras de duplicação da BR-262 (no trecho Vitória - Divisa com o Estado de Minas Gerais, subtrecho Alto Lage – CEASA – Entroncamento da BR-101): antecipação de pagamentos à empresa contratada em dezembro/95; construção de obra não orçada no contrato inicial com dimensionamento não embasado em estudos técnicos e a execução de pavimentação desnecessariamente superdimensionada;

Considerando que, inconformados, os responsáveis apresentaram Pedidos de Reexame contra a referida deliberação;

Considerando que os argumentos apresentados no recurso bem como os já constantes dos autos lograram justificar os atos relativos às duas últimas ocorrências;

Considerando que as alegações aduzidas com relação ao primeiro ponto não foram suficientes para descaracterizar a antecipação de pagamentos à empresa EMPA S/A – Serviços de Engenharia;

Considerando os pareceres da SERUR e do Ministério Público junto a esta Corte.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

a) nos termos do art. 48 da Lei nº 8.443/92 e nos arts. 230 e 233 do Regimento Interno do TCU, conhecer dos elementos apresentados pelos responsáveis como Pedidos de Reexame, para no mérito dar-lhes provimento parcial, excluindo o segundo “considerando” e dando nova redação ao primeiro “considerando” do Acórdão nº 127/99-TCU-Plenário, que passa a ter o seguinte teor:

“Considerando que, ouvidos em audiência, os responsáveis Srs. Raimundo Tarcísio Delgado e Aristides Navarro de Carvalho Filho não lograram elidir a irregularidade apontada pela equipe de auditoria deste Tribunal, concernente à antecipação de pagamentos à empresa contratada em dezembro de 1995, com relação às obras de duplicação da BR-262 no trecho Vitória-Divisa com o Estado de Minas Gerais, subtrecho Alto Lage (Km 3,4) – CEASA – Entroncamento da BR-101 (Km 7,3), com infringência à legislação específica”;

b) manter, em seus demais termos, o Acórdão recorrido;

c) dar ciência desta decisão aos recorrentes.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

UBIRATAN AGUIAR

Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO

Procurador-Geral

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC-928.789/1998-5 (c/ 01 volume)

Natureza: Pedido de Reexame

Entidade: Superintendência Regional da Receita Federal da 10ª Região Fiscal.

Recorrente: Superintendência Regional da Receita Federal da 10ª Região Fiscal.

EMENTA: Pedido de Reexame interposto contra decisão (Plenário) que expediu determinações à entidade. Processo referente a acompanhamento de contrato de concessão. Conhecimento do Pedido de Reexame. Provimento parcial para dar nova redação à decisão recorrida. Ciência ao recorrente.

RELATÓRIO

Trata-se do acompanhamento do contrato de concessão firmado entre a Superintendência Regional da Receita Federal da 10ª Região Fiscal e a firma Banrisul Armazéns Gerais S/A, visando à prestação de serviços públicos de movimentação de mercadorias importadas e às destinadas à exportação, na Estação Aduaneira de Fronteira – EAF localizada no Município de Uruguaiana – RS.

2. Na sessão de 26/07/2000, mediante a Decisão n. 577/2000 (fl. 40), este E. Plenário decidiu determinar ao Superintendente da Receita Federal da 10ª Região Fiscal que adotasse as providências necessárias ao cumprimento dos incisos III e XI do art. 23 da Lei n. 8.987/95, no prazo de 60 dias, referentes à inclusão, no termo aditivo do referido contrato de concessão, de cláusulas que contemplassem:

a) os critérios, os indicadores, as fórmulas e os parâmetros definidores da qualidade do serviço;

b) os critérios para o cálculo e a forma de pagamento de eventuais indenizações devidas à concessionária, haja vista que a cláusula quarta do termo aditivo prevê tais hipóteses.

3. Inconformado com as determinações exaradas por meio da aludida decisão, o Superintendente Regional Substituto da Receita Federal na 10ª Região Fiscal, Sr. Vito Mário Mandarino Gallo, interpôs o presente recurso (fls. 01/10 – vol. 1), alegando, em síntese, o que se segue:

3.1 – quanto a alínea **a** do item 8 da Decisão n. 577/2000, apontada no item 2 supra:

3.1.1 – a “administração, ao formalizar o Termo Aditivo ao instrumento contratual, tentou adequar suas disposições à legislação vigente e, também, expressar, da melhor forma possível, a relação jurídica que passaria a existir após a prorrogação do contrato entre a União Federal e a concessionária Banrisul Armazéns Gerais S.A.”;

3.1.2 – em que pese a “apreciação do órgão de assessoria jurídica do Ministério da Fazenda, mesmo assim, erros formais podem ter acontecido quando da tentativa do cumprimento integral das disposições legais atinentes à espécie”;

3.1.3 – a “Lei n. 8.987/95, segundo o que se tem conhecimento (...), ainda não foi regulamentada por quem de direito. Contudo, os seus termos devem ser aplicados às situações que se impõem, como por exemplo, na inclusão dos dispositivos ditos essenciais a qualquer evento contratual que trate de concessão/permissão, como no caso em tela”;

3.1.4 – o “cumprimento das disposições constantes do artigo 23 da Lei n. 8.987/95, em especial a do inciso III, está caracterizado e sustentado nos termos do parágrafo quarto da cláusula nona do Termo Aditivo ao contrato”;

3.1.5 – o “entendimento desta Superintendência, à época, foi de que o concedente ao cumprir as suas obrigações de fiscalização do contrato, verificava, também, a perfeita execução das atividades e das obrigações formais da concessionária”;

3.1.6 – “a qualidade do serviço estaria amparada na perfeita execução das atividades desenvolvidas pelo concessionário na Estação Aduaneira de Fronteira de Uruguaiana, as quais estariam sendo controladas e fiscalizadas pelo fiscal de contrato designado”;

3.1.7 – “esta Administração designou, em caráter geral, Comissão de Fiscalização, por intermédio da Portaria SRRF/10ª RF n. 65, de 20 de abril de 2000, cópia anexa, composta pelos titulares dos órgãos jurisdicionados, representantes dos usuários e das concessionárias, cumprindo assim os termos constantes do parágrafo único do artigo 30 da Lei n. 8.987/95.”;

3.1.8 – “os serviços prestados atualmente, nas condições, critérios, fórmulas e normas que teoricamente sejam hoje estipuladas, podem ser classificados e assim aferidos como ótimos. Contudo, devido ao dinamismo do comércio exterior, uma aferição realizada em data futura, com os mesmos critérios, fórmulas e normas anteriormente estipulados, poderia mascarar a aferição posterior, ou seja, o que no passado era ótimo hoje poderia não passar de uma qualidade medíocre”.

3.2 – quanto à alínea **b** do item 8 da Decisão recorrida, consignada no item 2 acima:

3.2.1 – “não é devida à concessionária nenhuma indenização, posto que as obras inerentes e exigíveis quando da licitação, foram realizadas e amortizadas pela concessionária ainda no período de validade do contrato original”;

3.2.2 – “os incisos XIII a XVI do artigo 78 da Lei n. 8.666/93 são inaplicáveis ao caso presente e, quanto aos remanescentes, os incisos XII e XVII também, a nosso ver, não se revestem de condições de aplicabilidade à presente relação contratual”;

3.2.3 – “a argüição levada a efeito no parágrafo anterior, no que diz respeito aos incisos XII e XVII do artigo 78 da Lei n. 8.666/93, sustenta-se no fato de que não há investimentos reversíveis ainda não amortizados pelo concessionário da Estação Aduaneira de Uruguaiana, assim sendo, na ocorrência daquelas hipóteses, de possibilidades remotas, não haveria o que indenizar-se”;

3.2.4 – “a cláusula quarta do Termo Aditivo, com o seu texto que foi indevidamente implementado, será imediatamente alterada, com a finalidade de corrigir a situação criada”.

4. Finalizando, o recorrente expõe que o presente recurso foi interposto com a finalidade de permitir sejam adotados os seguintes procedimentos saneadores (fls. 09/10 – vol. 1):

“a) emissão de novo termo aditivo à pactuação contratual, de forma a alterar a cláusula quarta do termo aditivo, excluindo a ressalva da obrigatoriedade de indenização à concessionária;

b) inclusão no novo termo aditivo delegando à Comissão de Fiscalização, a competência para aferir a ‘qualidade do serviço’ prestado, a qual acolheria pronunciamentos dos usuários, do concessionário e do poder concedente, de forma a permitir a prestação do serviço adequado de que trata a Lei”.

5. Encaminhados os autos à antiga 9ª Secretaria de Controle Externo, atual Secretaria de Fiscalização de Desestatização – Sefid, para verificar os requisitos de admissibilidade, essa unidade técnica propõe o conhecimento do recurso como Pedido de Reexame (fl. 36 – vol. 1).

6. A Secretaria de Recursos – Serur, examinando o mérito da peça recursal, registra, no essencial (fls. 38/40):

6.1 – quanto à alínea **a** do item 8 da Decisão n. 577/2000:

6.1.1 – “que o art. 23 da Lei n. 8.987/95, que estabelece as cláusulas essenciais do contrato de concessão, é um dispositivo de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, não dependendo de qualquer regulamentação infralegal”;

6.1.2 – que “as atividades desenvolvidas em Estações Aduaneiras de Fronteira, basicamente administração de material, não sofrem o dinamismo tecnológico alegado pelo Recorrente. E mesmo que tais atividades sofressem constantemente grandes avanços tecnológicos, isso não inviabilizaria o estabelecimento da cláusula essencial prevista no art. 23, III, da Lei n. 8.987/95, tendo em vista que no contrato firmado entre o poder público e a firma concessionária, além da obrigatoriedade de se estabelecer critérios para definir a qualidade dos serviços contratados, pode-se prever a revisão periódica de tais critérios, em face de supervenientes avanços tecnológicos”;

6.1.3 – no “que se refere à aludida Comissão de Fiscalização, entendemos não haver óbice para delegar-lhe a competência para aferir a qualidade do serviço prestado pela concessionária. Todavia, os critérios de qualidade devem ser definidos no contrato, conforme impõe a legislação vigente. Isto é, à Comissão de Fiscalização caberia verificar se a qualidade dos serviços prestados pela firma concessionária atende aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros estipulados no contrato”;

6.2 – no que se refere à alínea **b** do item 8 da Decisão n. 577/2000, assiste “razão ao Recorrente, tendo em vista que as hipóteses expressamente previstas no § 2º do art. 79 da Lei n. 8.666/93 e na Lei n. 8.987/95 (constantes da cláusula quarta do termo aditivo) não mais se revestem de condições de aplicabilidade à presente relação contratual”.

7. Desse modo, a Serur, com o endosso da Procuradoria (fls. 40 e 42v.), propõe:

“a) seja dado provimento parcial ao recurso interposto pelo Sr. Vito Mário Mandarinio Gallo, Superintendente Substituto da Receita Federal da 10ª Região Fiscal, reformando a Decisão n. 577/2000 – TCU – Plenário, que passaria a ter a seguinte redação:

‘O Tribunal de Contas da União, em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE determinar ao Superintendente da Receita Federal da 10ª Região Fiscal que: a) adote as providências necessárias ao cumprimento do inciso III do art. 23 da Lei n. 8.987/95, no prazo de 60 (sessenta) dias, referentes à inclusão no termo aditivo do contrato de concessão para instalar e administrar a Estação Aduaneira de Fronteira de Uruguaiana/RS, firmado com a empresa Banrisul Armazéns Gerais S/A, de cláusula que contemple os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; b) emita novo termo aditivo à pactuação contratual, de forma a

alterar a cláusula quarta do termo aditivo, excluindo a ressalva da obrigatoriedade de indenização à concessionária.’

b) o Recorrente seja comunicado da deliberação que vier a ser proferida.”

8. É o Relatório.

VOTO

Concordo com os pareceres quanto a dar provimento parcial ao Pedido de Reexame interposto pela Superintendência Regional da Receita Federal na 10ª Região Fiscal, representada pelo Superintendente Substituto, uma vez que os argumentos apresentados pelo recorrente somente lograram demonstrar a desnecessidade da inclusão no termo aditivo ao contrato de concessão em exame de cláusulas concernentes aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento de eventuais indenizações.

Nessas condições, acolho, no essencial, os pareceres uniformes e voto por que seja adotada a decisão que ora submeto a este E. Plenário.

T.C.U., Sala de Sessões, em 22 de agosto de 2001.

JOSÉ ANTONIO B. DE MACEDO
Relator

DECISÃO N. 593/2001 – TCU – Plenário

1. Processo n. TC-928.789/1998-5 (c/ 01 volume).
2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame interposto contra decisão (Plenário) que formulou determinações.
3. Entidade: Superintendência Regional da Receita Federal na 10ª Região Fiscal.
4. Recorrente: Superintendente Regional Substituto da Receita Federal na 10ª Região Fiscal.
5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos – Serur.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 – conhecer, com fundamento no art. 48 e seu parágrafo, c/c o parágrafo único do art. 32 e o art. 33, da Lei n. 8.443/92, do Pedido de Reexame interposto pelo Superintendente Regional Substituto da Receita Federal na 10ª Região Fiscal para, dando-lhe provimento parcial, alterar o teor do item 8 da Decisão n. 577/2000 – TCU – Plenário, que passa a ter a seguinte redação:

“8. O Tribunal de Contas da União, em sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE determinar ao Superintendente da Receita Federal na 10ª Região Fiscal que, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da ciência, adote as providências necessárias no sentido de, mediante termo aditivo:

 - 8.1 – incluir, no contrato de concessão para instalar e administrar a Estação Aduaneira de Fronteira de Uruguaiana – RS, firmado com a empresa Banrisul Armazéns Gerais S/A, cláusula que contemple os critérios, os indicadores, as fórmulas e os parâmetros definidores da qualidade do serviço, em cumprimento ao inciso III do art. 23 da Lei n. 8.987/95;
 - 8.2 – alterar a cláusula quarta do termo aditivo firmado em 22/09/1998, para dela excluir a expressão final: ‘ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no § 2º, do artigo 79, da Lei n. 8.666/93 e na Lei 8.987/95’;”
 - 8.2 – encaminhar cópia desta deliberação, bem assim do Relatório e do Voto que a fundamentam, ao recorrente.
9. Ata nº 34/2001 – Plenário
10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária
11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo (Relator) e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO
Ministro-Relator

GRUPO: I - CLASSE I - PLENÁRIO
TC nº 424.003/1994-5 (c/ 3 volumes)
NATUREZA: Recurso de Revisão.
ENTIDADE: Prefeitura Municipal de Jaraguari - MS.
RESPONSÁVEL: João Martins Vilela, ex-Prefeito.

Recurso de Revisão contra Acórdão que julgou irregulares as contas do interessado em processo de TCE. Não-preenchimento dos requisitos legais de admissibilidade. Não-conhecimento. Ciência ao interessado. Arquivamento do processo.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revisão interposto por João Martins Vilela, ex-Prefeito Municipal de Jaraguari/MS, representado por procuradora legal, contra o Acórdão nº 828/96-TCU-2ª Câmara, por meio do qual o Tribunal julgou irregulares as contas do ora recorrente e o condenou ao pagamento do débito apurado em processo de TCE instaurado em decorrência de omissão no dever de prestar contas de recursos repassados por força do Termo de Cooperação Técnica nº 035/88, firmado com o Ministério da Saúde, com vistas a prestar cooperação para o desenvolvimento de atividades básicas de saúde.

O Analista encarregado de examinar a admissibilidade da peça recursal enumerou os argumentos apresentados pelo responsável, quais sejam:

- o responsável já efetuou o pagamento de R\$ 5.000,00 em Ação de Prestação de Contas que tramitou na Comarca de Bandeirantes/MS, com a conseqüente extinção do processo;
- o advogado da Prefeitura de Jaraguari/MS lhe deu quitação;
- acreditou que o então Prefeito Municipal de Bandeirantes/MS tivesse remetido o valor recolhido ao Ministério da Saúde.

Observa-se que esses mesmos argumentos foram utilizados em Recurso de Reconsideração já apreciado pelo Tribunal, que lhe negou provimento (Acórdão nº 153/98/TCU-2ª Câmara).

Os requisitos de admissibilidade previstos para recursos de revisão estão dispostos nos incisos I a III do art. 35 da Lei nº 8.443/92. Considerando que não ficou evidenciado erro de cálculo nas contas, falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida ou a superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida, a Unidade Técnica, em pareceres uniformes, opinou pelo não-conhecimento do presente recurso. Essa proposta foi endossada pelo representante do Ministério Público junto ao TCU.

É o Relatório.

VOTO

Primeiramente, cabe informar que se trata de processo integrante da Lista de Unidades Jurisdicionadas atribuída ao Senhor Ministro Bento José Bugarin, que me cabe relatar com fundamento no art. 18 da Resolução nº 64/96-TCU e na Portaria/GP nº 167, de 30 de abril de 2001.

Conforme consta do Relatório precedente, o Recurso de Revisão que ora se analisa não deve ser conhecido por não atender a nenhum dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 35 da

Lei nº 8.443/92.

Ante o exposto, acolhendo os pareceres uniformes da Unidade Técnica e do Ministério Público, VOTO no sentido de que Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 208/2001 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo nº 424.003/1994-5 (c/ 3 volumes)
2. Classe de Assunto: I - Recurso de Revisão.
3. Responsável: João Martins Vilela, ex-Prefeito.
4. Órgão: Entidade: Prefeitura Municipal de Jaraguari/MS.
5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha.
7. Unidade Técnica: Secex/MS.
8. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Tomada de Contas Especial, que tratam, nesta fase do processo, de Recurso de Revisão interposto por João Martins Vilela, ex-Prefeito Municipal de Jaraguari/MS, contra o Acórdão nº 828/96-TCU-2ª Câmara.

Considerando que não estão atendidos os requisitos específicos previstos no art. 35 da Lei nº 8.443/92 para que o presente Recurso de Revisão seja conhecido;

Considerando os pareceres uniformes da Unidade Técnica e do Ministério Público.

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

- a) não conhecer do presente Recurso de Revisão, por não atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 35 da Lei nº 8.443/92;
- b) dar ciência desta Decisão ao responsável, enviando-lhe, na oportunidade, cópia do Relatório e do Voto que a fundamentam;
- c) arquivar o presente processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha (Relator).

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

GRUPO: I - CLASSE I - PLENÁRIO
TC-005.552/1999-0 (c/ 1 volume)

NATUREZA: Pedido de Reexame.

ENTIDADE: Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI.

INTERESSADO: Francisco Valdeci de Sousa Cavalcante.

Representação de procurador do trabalho acerca de possível irregularidade em ato administrativo de entidade de ensino superior. Decisão do Tribunal que conheceu e deu provimento à representação e, ao mesmo tempo, determinou ao dirigente da entidade que providenciasse o ressarcimento de importâncias indevidamente pagas. Pedido de ingresso nos autos do interessado atingido pela determinação, cumulado com pedido de reconsideração daquela mesma determinação. Necessidade de esclarecimento de algumas nuances em face de fatos novos. Recurso conhecido e provido, para se determinar diligências necessárias.

Na Sessão Plenária de 01/03/2000, o Tribunal conheceu da Representação encaminhada por procurador da Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região e, considerando-a procedente, decidiu (Decisão nº 126/2000):

“

8.2 determinar ao Magnífico Reitor da Fundação Universidade Federal do Piauí–FUFPI que, sob pena de responsabilidade solidária, no prazo de 60 (sessenta) dias, adote e comunique ao Tribunal de Contas da União as providências necessárias ao desconto na remuneração do Sr. Francisco Valdeci de Sousa Cavalcante das quantias por ele recebidas como aposentado, com fundamento no Ato da Reitoria n. 541/98, observados os limites previstos na legislação pertinente;

8.3 determinar a oportuna juntada deste processo ao das contas da FUFPI relativas ao exercício de 1999, com vistas ao acompanhamento do cumprimento da determinação contida no item 8.2 supra, e dos resultados dela decorrentes;

.....”

Em 18 de maio seguinte, o interessado acima nomeado requereu sua habilitação nos autos, bem como a reconsideração da decisão mencionada.

Entendendo que o requerente preenchia as condições estabelecidas na Resolução/TCU nº 36/95, o então Relator, Exmº Ministro Humberto Souto, determinou a remessa do processo para o necessário sorteio.

Instruindo o feito, a SERUR, em parecer uniforme, com o qual também está de acordo o representante do Ministério Público, após salientar que a admissibilidade do recurso não foi questionada pela SECEX/PI, assinala:

“

3.DO MÉRITO

Argumento

3.10 recorrente solicita que este Tribunal reconsidere a Decisão nº 126/2000–Plenário, encaminhando nesse sentido cópia da sentença proferida pela Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado do Piauí (fls.02/06 deste Vol.I) que suspendeu o ato do Reitor da Universidade Federal do Piauí–UFPI, pelo qual tinha determinado a interrupção de seu benefício previdenciário.

Análise

3.2Com relação à solicitação do recorrente quanto à reconsideração da decisão deste Tribunal, ressalte–se, inicialmente, que o apelante encaminhou cópia da sentença proferida em Mandado de Segurança impetrado junto à Justiça Federal de 1ª instância, Seção Judiciária do Piauí, contra o ato do Magnífico Reitor que determinou a suspensão do seu benefício previdenciário.

3.3O Exmo. Sr. Juiz Federal da 2ª Vara/PI, considerou procedente o pedido do impetrante

suspendendo o ato do Reitor da FUFPI que ensejou o cancelamento da aposentadoria do recorrente, considerando que o referido ato não foi precedido do regular processo administrativo, com inobservância ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, com a ressalva de novo processo administrativo regular.

3.4A Constituição Federal em seu artigo 71, inciso III atribui competência ao TCU para apreciar, dentre outros, a legalidade de atos de concessões de aposentadoria, reformas e pensões ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

3.5No caso concreto, como a matéria diz respeito a irregularidade em ato de concessão de aposentadoria de um servidor público, afeto, pois, a jurisdição deste Tribunal foram efetuadas gestões junto à FUFPI, com o objetivo de se obter informações a respeito do ato concessório (fls.100/104–vol. principal), ensejando, posteriormente, a decisão ora impugnada.

3.6Por conseguinte, ainda que a sentença judicial proferida em 1º grau não tenha o condão de desconstituir matéria de competência constitucional do TCU estabelecida no art. 71, inciso III da Carta Magna, há de se considerar, no entanto, que a determinação deste Tribunal diante da circunstância acima referenciada não alcançará eficácia plena.

3.7Diante disso, entende-se que a redação relativa ao subitem 8.2 da Decisão recorrida deve ser adaptada em vista dos novos fatos.

4.CONCLUSÃO

4.1Diante do exposto, sugere-se:

I– conhecer do pedido de reexame interposto pelo Sr. Francisco Valdeci de Sousa Cavalcante, com fulcro no art. 48, c/c o art. 33, ambos da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

II– dar a seguinte redação ao subitem 8.2 da Decisão nº 126/2000–Plenário: determinar ao Magnífico Reitor da Fundação Universidade Federal do Piauí–FUFPI que informe ao Tribunal de Contas da União, os resultados do processo administrativo instaurado relativo ao ato de concessão da aposentadoria do servidor Sr. Francisco Valdeci de Sousa Cavalcante, tendo em vista os termos da sentença proferida pelo Exmo. Sr. Juiz Federal da 2ª Vara/PI, Dr. Roberto Carvalho Veloso, comunicando a este Tribunal no prazo de 60 dias, o resultado do procedimento administrativo, e que adote, a partir da sua conclusão, sob pena de responsabilidade solidária, as providências relativas aos descontos na remuneração do citado servidor, caso ainda persista a irregularidade;

III– manter inalteradas as demais determinações constantes dos subitens 8.3 e 8.4;

IV– comunicar ao recorrente a decisão que vier a ser adotada.”

É o Relatório.

VOTO

Primeiramente, cabe informar que se trata de processo integrante da Lista de Unidades Jurisdicionadas atribuída ao Senhor Ministro Bento José Bugarin, que me cabe relatar com fundamento no art. 18 da Resolução nº 64/96-TCU e na Portaria/GP nº 167, de 30 de abril de 2001.

No mérito, há sim que ser alterada a decisão recorrida, mas não pelas razões e pelos exatos termos sugeridos nos pareceres.

Não há que se falar, por hora, em ressarcimento por parte do interessado. Primeiro, porque este, ao ter sua aposentadoria “tornada sem efeito”, consoante assinalado no Ato da Reitoria nº 485, de 04 de maio de 1999 (fl. 103 do volume principal), deve ter, deduz-se, retornado à atividade logo a seguir, visto que a Segurança requerida junto à Justiça Federal só lhe foi conferida em 09 de maio de 2000 (fl. 06 do volume I) – não foi deferido o pedido de liminar (fl. 03 do volume I). Segundo, pois, após esta última data, a inatividade do interessado, até o final de novo e regular processo administrativo que “tornou sem efeito sua aposentadoria”, estaria albergada pela Ordem concedida.

De outra parte, não é a hipótese de o Juiz Federal que deferiu a Segurança ter olvidado da competência desta Corte de Contas. S. Ex^a sequer devia ter conhecimento do processo aqui

existente. Note-se que o processo relativo ao Mandado de Segurança leva o nº de 1999.40.00.2817-1 (fl. 02 do volume I), cuja Ordem foi requerida em face do ato da reitoria acima apontado. Portanto, esta ação judicial foi promovida em 1999, mesmo sem a data precisa, no máximo 180 dias após 04 de maio; a decisão deste Tribunal é de março de 2000.

Ademais, não é também o caso de ato sujeito a registro. O ato correspondente à aposentadoria do interessado não estava sendo submetido a exame “para fins de registro” – talvez em virtude da curta duração do ato de aposentadoria (1998), este não tenha sido submetido ao crivo desta Corte, “para fins de registro”, repita-se. Trata-se, na verdade, de fiscalização de um ato administrativo, decorrente de uma representação de quem de direito.

Desta forma, é o caso, sim, de se desconstituir a decisão recorrida, para fins de algumas indagações à entidade de origem, em razão dos novos fatos que ora se apresentam, para só então esta Corte posicionar-se definitivamente quanto à representação apresentada pelo nobre procurador do trabalho.

Ante o exposto, acolho o mérito dos pareceres e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este Plenário.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 594/2001 - TCU - Plenário

1. Processo nº 005.552/1999-0 (c/ 1 volume)
2. Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame
3. Interessado: Francisco Valdeci de Sousa Cavalcante.
4. Entidade: Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI.
5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: SERUR.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE, com fundamento no art. 48 da Lei nº 8.443/92:
 - 8.1. conhecer do presente Pedido de Reexame para adotar as seguintes providências;
 - 8.2. determinar ao Reitor da entidade em questão que, no prazo de 30 (trinta) dias:
 - 8.2.1. informe ao Tribunal o andamento e as providências tomadas visando ao novo ato destinado a tornar sem efeito ou a confirmar a aposentadoria do interessado acima nomeado, em face da Segurança a ele concedida; e
 - 8.2.2. informe ao Tribunal quanto ao resultado do julgamento em 2º Grau da mencionada Segurança.
 - 8.3. determinar à SECEX/PI que acompanhe as determinações constantes do subitem 8.2 supra, submetendo doravante o processo ao sucessor da lista do Relator da decisão recorrida;
 - 8.4. dar conhecimento ao interessado acima nomeado e ao Procurador do Trabalho Marco Aurélio Lustosa Caminha, da Procuradoria Regional do Trabalho – 22ª Região, da presente Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do quorum:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha (Relator).

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Ministro-Relator

GRUPO II - CLASSE III - PLENÁRIO

TC-009.285/2000-0

NATUREZA: Consulta

ÓRGÃO: Ministério dos Transportes

INTERESSADO: Eliseu Padilha, Ministro de Estado dos Transportes

EMENTA: Consulta. Concessão de aposentadoria estatutária em cargo em comissão a servidor sem vínculo efetivo com a Administração Pública. Impossibilidade. A aposentadoria estatutária, por sua perenidade, pressupõe vínculo efetivo com a Administração Pública e é incompatível com a precariedade da investidura em cargo em comissão. Inviabilidade da concessão de mais direitos aos servidores investidos em cargo em comissão do que aos servidores efetivos. Somente a partir da Lei 8.688, de 21.7.93, as contribuições estatutárias passaram a compreender o custeio de aposentadorias, até então inteiramente de responsabilidade do Erário. Nulidade das Decisões 733/94 e 748/98.

Trata-se de Consulta apresentada pelo Exm.º Senhor Ministro de Estado dos Transportes, Dr. Eliseu Padilha, por meio do Aviso 753/GM/MT, examinada, em pareceres uniformes, pela 2ª Secex, atual Sefip, às fls. 23/6, *in verbis*:

“Cuidam os autos de consulta do Ilustre Ministro de Estado dos Transportes, Eliseu Padilha, a respeito da possibilidade de renúncia de aposentadoria previdenciária, por parte de servidor ocupante de cargo em comissão sem vínculo permanente, para fins de consecução de aposentadoria estatutária.

2. Preliminarmente, cumpre observar que todos os requisitos específicos constantes no art. 216 do RITCU foram atendidos (autoridade legitimada, questionamento em tese, sobre matéria de competência do Tribunal, preciso e formulado articuladamente, acompanhado do competente parecer jurídico), motivo pelo qual a presente consulta pode ser conhecida.

3. Os questionamentos ora examinados foram assim colocados pela autoridade consulente:

‘É possível, ao exercente de cargo em comissão, sem vínculo permanente com o serviço público, renunciar à aposentadoria previdenciária obtida antes da edição da Lei n.º 8.112, de 1990, embora já na vigência da atual Constituição, para, computando, também, o tempo de exercício em cargo em comissão, requerer aposentadoria estatutária na forma da DECISÃO N.º 733/94 – TCU – Plenário, uma vez tendo contribuído para o Plano de Seguridade do Servidor Público Federal, no período que medeia as vigências das Leis n.º 8.112, de 1990 e n.º 8.647, de 1993? Ou, considerando, ainda, o contido no Decreto n.º 93.872, de 23/12/1986, é admissível o exercício da opção explicitada na letra ‘d’ da DECISÃO N.º 748/98 – TCU – Plenário, pelo exercente de cargo em comissão que contribuiu para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal no referido período, quando usufruía de aposentadoria previdenciária obtida já na vigência da atual Constituição, porém anteriormente à edição da Lei n.º 8.112, de 1990?’

3.1 Exsurge da consulta dois questionamentos. Analisemos cada um separadamente.

4. Na primeira hipótese ventilada, temos um cidadão que, após obter aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (art. 201 da CF), é chamado a exercer um cargo em comissão na Administração Pública Federal. Quer-se saber se seria possível a renúncia da aposentadoria obtida para, adicionando-se o tempo de serviço como servidor exercente de cargo em comissão, obter aposentadoria estatutária, custeada pelos cofres do Tesouro Nacional.

4.1 A questão da renúncia de aposentadoria previdenciária, embora por vezes contestada pelo INSS, já se firmou no Tribunal Regional Federal da 1ª Região como possível. Mais que isso, trata-se, no entender do mencionado Tribunal, de ato unilateral, independente de aceitação de

terceiros, mormente em se tratando de manifestação de vontade declinada por pessoa na plena capacidade civil, referentemente a direito patrimonial disponível (AMS 1997.01.00.046806-3 /DF; AC 1999.01.00.032520-4 /MG; AMS 96.01.40728-6 /DF e outros).

4.2 Contudo, o aproveitamento de tal tempo de serviço, prestado na iniciativa privada, para fins de aposentadoria estatutária decorrente do exercício de cargo em comissão, sem que seu detentor tenha vínculo efetivo com a Administração Pública, merece algumas considerações.

4.2.1 Esse Tribunal, por meio da Decisão 733/94 – Plenário, firmou o entendimento segundo o qual somente após o advento da Lei n.º 8.647/93, que alterou o parágrafo único do art. 183 da Lei n.º 8.112/90, é que a aposentadoria do titular de cargo em comissão sem vínculo permanente deixou de ser regida pela Lei n.º 8.112/90. Vale dizer, entre a data da vigência da Lei n.º 8.112/90 e a da Lei n.º 8.647/93, o servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão teria direito à aposentadoria nos termos do art. 186 do Estatuto dos Servidores Públicos.

4.2.2 Tal entendimento derivou da interpretação dos dispositivos da Lei n.º 8.112/90, uma vez que, à época, tanto a Constituição, em seu art. 40, quanto a lei, em seu art. 186, referiam-se, ao tratar da aposentadoria dos servidores, simplesmente ‘O servidor será aposentado:’. E como da leitura dos arts. 2º e 3º da mencionada lei restava claro que o ocupante de cargo em comissão sem vínculo permanente também era caracterizado como servidor, concluiu-se que este fazia jus à aposentadoria estatutária. Esta situação somente veio a ser alterada com a Lei n.º 8.647/93, que sujeitou tais servidores ao regime Geral de Previdência Social.

4.2.3 Este tipo de situação foi apenas um das inúmeros inconvenientes ao interesse público que o Estatuto dos Servidores, em sua redação original, proporcionou. A rigor, um cidadão que tivesse trabalhado por 34 anos, 11 meses e 29 dias na iniciativa privada, com colaborações à previdência bem inferiores às pagas pelo servidor com vínculo permanente, e viesse a ser nomeado para assumir um cargo em comissão por apenas 1 dia, teria direito a se aposentar com aposentadoria no valor integral da remuneração do cargo, às custas do Tesouro Nacional. A situação seria legal, embora ofensiva ao Princípio da Moralidade insculpido no art. 37, caput, da Constituição, uma vez que oneraria o contribuinte com uma aposentadoria vitalícia, que ainda poderia gerar uma pensão, sem que se tenha uma contrapartida compatível.

4.2.4 Do ponto de vista legal, porém, e de acordo com a jurisprudência dessa Corte, somente se pode responder afirmativamente ao questionamento. Deve-se ressaltar, contudo, que o servidor deve ter completado TODOS os requisitos para aposentadoria naquele interstício. Em outras palavras, o termo de renúncia à aposentadoria previdenciária, que asseguraria o necessário tempo de serviço, deve estar protocolado em tal interstício, independentemente da aceitação do INSS, nos termos da jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

4.2.5 Esta ressalva se justifica na medida em que não se pode falar em direito adquirido sem que haja a satisfação de todos os requisitos legais. Se era requisito para a aposentadoria contar com 35 anos de serviço, e este tempo estava sendo utilizado para concessão de outro benefício, não podendo, pois, ser utilizado para um outro (art. 4º, III, da Lei 6.226/75), é mister que se tenha requerido o cancelamento da aposentadoria voluntária para que, naquele momento, se possa dizer que os requisitos para aposentadoria estavam satisfeitos, sendo inatacável pela legislação posterior.

4.2.6 É de se ressaltar que o direito não reconhece a renúncia retroativa. Não há como, na data de hoje, renunciar-se a uma aposentadoria previdenciária com efeitos a partir de 1991. O detentor de um direito alternativo deve exercer sua opção enquanto existe permissivo legal. Não mais sendo amparado por lei uma das alternativas, não se pode realizar opção retroativa. Conclui-se que o servidor que não renunciou tempestivamente à aposentadoria previdenciária não faz jus à aposentadoria estatutária, por não contar com o tempo de serviço necessário.

4.3 Convém ressaltar que este termo de renúncia é necessário somente para aposentadoria voluntária. Se o servidor ocupante de cargo em comissão sofreu um acidente de serviço que o deixou inválido, ou completou setenta anos, no período entre as vigências das mencionadas leis, fará jus à aposentadoria estatutária.

5. O segundo questionamento refere-se à possibilidade do exercício da opção explicitada no item 8.1, d da Decisão 748/98 – Plenário (‘deixar assente que é vedada a utilização de idêntico tempo de serviço para a obtenção da aposentadoria estatutária e previdenciária, devendo os

servidores beneficiados fazerem a opção por uma ou outra;') pelo servidor sem vínculo permanente, considerando-se que tanto a aposentadoria estatutária quanto a previdenciária são custeadas pelo Tesouro Nacional (Decreto n.º 93.782/86).

5.1 A resposta a este quesito está implícita na do primeiro questionamento. A Decisão 748/98 – Plenário, em seu item d, apenas veio explicitar que não pode ser computado o mesmo tempo de serviço utilizado para obtenção da aposentadoria previdenciária para fins de consecução da aposentadoria estatutária, com fundamento no mencionado art. 4º, III, da Lei n.º 6226/75. Deve haver, pois a renúncia à previdenciária para fins de aproveitamento do tempo de serviço, para somente então ser possível a obtenção da estatutária.

5.2 O direito de opção somente pôde ser exercido, conforme exposto, no período entre 12.12.90 e 14.04.1993, quando havia possibilidade legal, não se havendo de falar em direito à opção após esta data. Não se diga, da mesma forma, que o direito à aposentadoria é único, pouco importando a fonte pagadora dos benefícios. A aposentadoria estatutária distingue-se da previdenciária por ser mais onerosa ao erário, na maior parte dos casos, além de estarem previstas em dispositivos constitucionais diversos, com diferentes requisitos (art. 40 e art. 201, respectivamente).

Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo que o Tribunal, nos termos do art. 1º, XVII, da Lei 8.443/92:

1. conheça da presente consulta, uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 216 e seguintes do RITCU, para responder ao consulente que:

2. o servidor exercente de cargo em comissão, sem vínculo permanente com o serviço público, pode renunciar à aposentadoria previdenciária obtida antes da edição da Lei n.º 8.112/90 para, computando também o tempo de exercício no cargo em comissão, requerer a aposentadoria estatutária, nos termos da Decisão 733/94, desde que tenha protocolado o termo de renúncia da aposentadoria previdenciária no período entre 12.12.1990 e 14.04.1993, no caso de aposentadoria voluntária;

3. somente os servidores exercentes de cargo em comissão sem vínculo permanente que cumpriram todos os requisitos para a obtenção da aposentadoria no período mencionado no item anterior poderão exercer o direito de opção contido no item 8.1, d, da Decisão 748/98 – Plenário.

4. dê ciência à autoridade consulente da decisão que vier a ser proferida, enviando-lhe cópia acompanhada do Relatório e Voto respectivos;

5. mande arquivar os presentes autos.”

Instado a officiar nos autos, o Ministério Público, representado pelo Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas, manifestou-se nos seguintes termos (fls. 28/9):

“Consulta formulada pelo Exmo. Ministro de Estado dos Transportes Eliseu Padilha, mediante Aviso n.º 753/GM/MT, nos seguintes termos:

‘É possível, ao exercente de cargo em comissão, sem vínculo permanente com o serviço público, renunciar à aposentadoria previdenciária obtida antes da edição da Lei n.º 8.112, de 1990, embora já na vigência da atual Constituição, para, computando, também, o tempo de exercício em cargo em comissão, requerer a aposentadoria estatutária na forma da DECISÃO n.º 733/94 - TCU - Plenário, uma vez tendo contribuído para o Plano de Seguridade do Servidor Público Federal no período que medeia as vigências das Leis n.º 8.112, de 1990 e n.º 8.647, de 1993? Ou, considerando, ainda, o contido no Decreto n.º 93.872, de 23/12/1986, é admissível o exercício da opção explicitada na letra 'd' da DECISÃO n.º 748/98 - TCU - Plenário, pelo exercente de cargo em comissão que contribuiu para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal no referido período, quando usufruía de aposentadoria previdenciária obtida já na vigência da atual Constituição, porém anteriormente à edição da Lei n.º 8.112, de 1990?’

Por atender aos requisitos específicos do art. 216 do RI/TCU, a Consulta pode ser conhecida. A Unidade Técnica destaca a ocorrência de dois questionamentos distintos no corpo da consulta formulada, examinado-os separadamente (itens 4 e 5 da instrução, fls. 24 a 26).

O primeiro questionamento refere-se à hipótese de uma pessoa que, após obter

aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social (art. 201 da Constituição Federal), é chamado a exercer um cargo em comissão na Administração Pública Federal.

Nesse caso, o consulente pretende saber se seria possível a renúncia da aposentadoria obtida para, adicionando-se o tempo de serviço como servidor exercente de cargo em comissão, obter aposentadoria estatutária, custeada pelos cofres do Tesouro Nacional.

O ponto fulcral dessa questão é definir se no período de 12.12.90 a 14.04.93 o servidor preenchia todos os requisitos necessários à aposentadoria com fundamento nas normas legais então vigentes.

Deveria, portanto, ter tempo de serviço, estar no exercício de cargo em comissão e, se já aposentado, renunciar à aposentadoria para aproveitar o tempo na nova inativação.

Não é o que ocorre na situação prevista na consulta, pois o servidor não renunciou à aposentadoria previdenciária em tempo oportuno, conforme ressalta a instrução técnica, em consequência, não há como conceber a hipótese de renúncia retroativa.

O segundo questionamento envolve a possibilidade do exercício da ação explicitada no item 8.1, d, da Decisão nº 748/98 - Plenário.

Quanto a essa parte, cabe razão à instrução técnica, no sentido de que a Decisão nº 748/98 - Plenário, item d, veio esclarecer que não pode ser computado o mesmo tempo de serviço para obtenção da aposentadoria previdenciária e para aposentadoria estatutária.

O direito de opção somente pôde ser exercido no período de 12 de dezembro de 1990 a 14 de abril de 1993, período em que a legislação o admitia.

Pelo exposto, este representante do Ministério Público manifesta-se pelo conhecimento da Consulta para que seja respondido ao interessado nos termos propostos pela Unidade Técnica (fl. 26).”

É o relatório.

VOTO

Conheço da consulta do Ministro de Estado dos Transportes, por atender aos requisitos de admissibilidade, previstos no artigo 216 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

No mérito, considero não corretamente equacionada pelo TCU a questão da possibilidade de concessão da aposentadoria estatutária, integral, a servidores, não titulares de cargo efetivo, ocupantes de cargo em comissão, no próprio cargo em comissão.

Estes servidores, não titulares de cargos efetivos, que desempenham cargo em comissão, na Administração Pública, não podem, em absolutamente nenhuma hipótese, aposentar-se pelos cofres públicos, nos termos previstos pela Lei 8.112/90, para os servidores efetivos, como passarei a demonstrar.

Os ocupantes de cargo em comissão não têm nem jamais tiveram direito, no ordenamento jurídico pátrio, à aposentadoria estatutária, cuja perenidade pressupõe e exige vínculo efetivo com a Administração Pública, incompatível com a precariedade da investidura do cargo em comissão.

Aliás, não seria razoável, ou juridicamente possível, a outorga a servidores titulares de transitório status jurídico, decorrente do exercício de cargo em comissão, de direitos essencialmente permanentes, ou, mesmo, de mais direitos que os conferidos aos servidores estatutários, porquanto o transitório somente pode gerar consequências jurídicas transitórias; apenas o permanente produz “...consequências de caráter permanente, como, por exemplo, o direito à aposentadoria (TC 001.615/96-3, Decisão 196/97, Rel. Min. Humberto Souto).

Relembro que o §2º do art. 231 da Lei 8.112/90 - mantido pelo Congresso Nacional após veto do Presidente da República, - estabelecia que “o custeio da aposentadoria é de responsabilidade integral do Tesouro Nacional”. Isto significa que, até a regulamentação da Emenda Constitucional nº 3, de 17.3.93, que autorizou a cobrança das contribuições aos servidores públicos, as aposentadorias estatutárias não eram contributivas, por serem integralmente cobertas com recursos do Erário.

Foi somente com o advento da Lei 8.647, de 14.4.1993, que se estabeleceu a possibilidade de filiação obrigatória desta especial classe de servidores públicos ao regime geral da previdência social (art.1º), cujo vínculo com o serviço público é sobremodo precário e se revela na possibilidade

de livre nomeação e exoneração, nos termos definidos nas Constituições da República e nas diversas leis atinentes ao tema. Antes, eles não eram acobertados por nenhuma espécie de aposentadoria.

Por sua vez, com a Lei 8.688, de 21.7.93, fixaram-se as alíquotas destinadas às contribuições para o Plano de Seguridade Social do Servidor. É somente a partir desta data, 21.7.93, que as contribuições passaram a compreender o custeio de aposentadorias. Antes, não; podiam voltar-se ao pagamento de outras necessidades, médico-hospitalares, por exemplo; aposentadoria, não. Logo, entre a Lei 8.112/90 e a Lei 8.647/93, é uma falácia falar em contribuições de servidores, efetivos ou não, para efeito de custeio de aposentadoria, pois até então integralmente de responsabilidade do Tesouro.

De natureza ontológica, pois, a impossibilidade jurídica dessas aposentadorias.

Tal entendimento é o único compatível com os princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, que regem toda a atividade da Administração Pública. Ademais, por ocasião do julgamento, a tese adotada na Decisão 733/94 foi fustigada pelo eminente Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, que apresentou voto contrário, tendo sido aprovada com simbólicos “com ressalvas”, no voto de todos os demais Ministros do TCU, exceto o do relator.

Sem embargo da maioria dos votos “com ressalvas”, o Tribunal de Contas da União adotou a Decisão Plenária 733/94, da lavra do Ministro Adhemar Ghisi, na qual, respondendo à Consulta formulada pela Presidência do Senado Federal, estabeleceu o entendimento de que “*somente após a Lei nº 8.647, de 14.4.93, alterando o art. 183 da Lei nº 8.112, de 1990, a aposentadoria do titular de cargo em comissão que não fosse simultaneamente, detentor de cargo efetivo, deixou de ser regida pelo art. 185 da citada Lei 8.112, de 1990.*”

Sobre o alcance da Decisão 733/94, seguiram-se outras decisões, em que a tese foi confirmada, a exemplo da Decisão 748/98, que cuidou de esclarecer que a Decisão 733/94 alcançava os empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, em exercício de cargos em comissão em órgãos da Administração Pública, que, nesse exercício, tivessem implementado todas as condições para a aposentadoria voluntária.

Informou, ainda, tal decisão normativa, ao consulente, que as aposentadorias haveriam de ser requeridas nos órgãos em que estivessem ocupando os cargos em comissão, sendo o valor dos proventos apenas o do cargo em comissão e o tempo de serviço utilizado para aquisição do direito à aposentadoria não poderia ser novamente utilizado para aposentadoria no regime geral de previdência social.

Entendo que, sobre onerarem grandemente os cofres públicos, tais aposentadorias, sempre sucedidas por pensões, são inteiramente incompatíveis com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, consistente no devido processo legal substantivo, pois refogem ao puro bom senso, por admitir a concessão de aposentadorias integrais, em cargo em comissão, sem base em lei, mesmo a pessoas que o tenha exercido, entre 1990 e 1993, por apenas um único dia.

A propósito, o art. 193 da Lei 8.112/90 - somente revogado em 1997, pela Lei 9.527 - exigia dos servidores estatutários, devidamente aprovados em concursos públicos, pelo menos 5 anos de exercício continuado, ou 10 anos intercalados, em cargo em comissão, para que pudessem nele obter a aposentadoria. Logo, afora a falta de amparo legal, é desarrazoado o entendimento que permite, para aqueles servidores, a aposentadoria com apenas um único dia de exercício em cargo em comissão. Seria, em síntese, a outorga pura e simples a estes servidores de mais direitos do que aos estatutários, que passaram a integrar o serviço público após aprovação em concurso.

Ademais, pelo menos a partir de 1994, o TCU tem exigido, como imprescindível, em dezenas de acórdãos, para a aposentadoria de servidores estatutários pelo menos a aprovação no estágio probatório, já que o concurso público é meio de ingresso no serviço público e não veículo para a obtenção de aposentadorias não justificadas.

Ora, se aos servidores efetivos se exige, para a aposentadoria, a estabilidade, ou seja, pelo menos três anos de efetivo exercício, não seria possível admitir, para os ocupantes de cargo em comissão, a aposentadoria estatutária, nos termos latos antes definidos pelo TCU na Decisão 748/98.

Ressalto que esta tese já foi impugnada, por via de mandado de segurança nº 22.947-1,

diretamente impetrado no Supremo Tribunal Federal, que manteve na íntegra a Decisão do TCU, da lavra do E. Ministro Carlos Átila, a qual prestamos merecidas homenagens pelo bom senso com que sempre se houve nesta Corte. A ementa do acórdão de 11.11.98, da lavra do E. Ministro Octávio Gallotti, diz o seguinte: “constituindo o estágio probatório etapa final do processo seletivo para o aperfeiçoamento da titularidade do cargo público, não pode, no curso dele, vir a aposentar-se, voluntariamente, o servidor”.

Sem embargo dos verdadeiros motivos que à época embasaram tal entendimento, volto ao objeto da consulta do Ministério dos Transportes que diz respeito a saber se o servidor - ocupante de cargo em comissão, no período que medeia entre a edição da Lei 8.112/90 e a alteração nela introduzida pela Lei 8.647/93 - que já se encontrava aposentado pelo regime previdenciário, pode renunciar à aposentadoria previdenciária, para averbar o tempo de serviço correlato no órgão em que exercia o cargo em comissão e, em consequência, obter a aposentadoria estatutária, no cargo em comissão, na forma como, na época, havia entendido lícita o TCU.

A resposta é negativa, mesmo na hipótese de que o Plenário, após a análise desses argumentos, considere válida a Decisão 733/94.

Segundo a unidade técnica e o Ministério Público, o servidor já aposentado pelo regime da previdência, ocupante de cargo em comissão, no período de 1990 a 1993, não poderia renunciar retroativamente à aposentadoria previdenciária para obter nova aposentadoria estatutária, no cargo em comissão, segundo leis pretéritas, já revogadas, supostamente concessivas da vantagem.

Apenas os que tivessem à época preenchido *todos* os requisitos para a aposentadoria, no período compreendido entre a entrada em vigor da Lei 8.112/90 e o advento da Lei 8.647/93, teriam esse suposto direito à aposentadoria estatutária no cargo em comissão, nos termos definidos pela Decisão 733/94 do Plenário.

Nestes termos, quem não detinha *todos* os requisitos, na época determinada, não faria jus a esta aposentadoria. É o caso dos que já haviam computado o tempo de serviço para auferir a aposentadoria previdenciária e não dispunham de tempo de serviço passível de averbação no órgão em que exerciam o cargo em comissão, porquanto tal tempo de serviço já havia sido utilizado e impedia a implementação dos requisitos para a aposentadoria estatutária.

Se o servidor, no período em que possível a aposentadoria estatutária no cargo em comissão, como admitida pelo Tribunal, renunciasse à aposentadoria previdenciária e averbasse seu tempo de serviço no órgão em que trabalhava, teria aí implementado - segundo as questionadas decisões do TCU - as condições requeridas para a aposentadoria estatutária.

Portanto, para que o servidor ocupante de cargo em comissão no período entre a edição da Lei 8.112/90 e a alteração introduzida pela Lei 8.647/93, na condição de titular de aposentadoria previdenciária, tivesse direito à aposentadoria estatutária, nos termos da Decisão 733/94, seria absolutamente necessário que ele tivesse renunciado à aposentadoria previdenciária *dentro* do referido período, para que *dentro* dele houvesse implementado *todos* os requisitos necessários à aposentadoria estatutária.

O servidor que assim não procedeu não teria implementado a condição básica de tempo de serviço necessário à aposentadoria estatutária, porquanto seu tempo de serviço já fora utilizado para percepção da aposentadoria previdenciária.

Não se há de cogitar de renúncia e opção retroativas. Como bem assinalou a unidade técnica, *“...o direito não reconhece a renúncia retroativa. Não há como, na data de hoje, renunciar-se a uma aposentadoria previdenciária com efeitos a partir de 1991. O detentor de um direito alternativo deve exercer sua opção enquanto existe permissivo legal. Não mais sendo amparado por lei uma das alternativas, não se pode realizar opção retroativa. Conclui-se que o servidor que não renunciou tempestivamente à aposentadoria previdenciária não faz jus à aposentadoria estatutária, por não contar com o tempo de serviço necessário.”*

Assim, nos termos da Decisão 733/94, a data limite para que a renúncia tivesse sido oficialmente manifesta é 13 de abril de 1993, visto que no dia 14 de abril de 1993 foi publicada e entrou em vigor a Lei 8.647.

O entendimento da unidade técnica e do Ministério Público afigura-se correto, portanto, na hipótese questionável de validade da Decisão 733/94.

Enfatizo, contudo, minha absoluta convicção no equívoco da Decisão Plenária 733/94, que

permitiu a concessão de milhares de aposentadorias a grande número de eventuais ocupantes de cargos em comissão, sem que a ela tenham feito jus ou tenham direito, onerando sobremaneira, por prazo incerto, os cofres públicos federais.

Aproveito, pois, a oportunidade para propor ao Plenário que considere nulas as Decisões 733/94 e 748/98, proferidas em processos de consulta, em virtude da correção do entendimento do TCU, com reflexos em todos os demais casos similares, a propósito da impossibilidade jurídica de concessão de tais aposentadorias.

Assim, divergindo dos pareceres da unidade técnica e do Ministério Público, VOTO por que o Plenário adote a DECISÃO que ora lhe submeto.

Sala das Sessões, 22 de agosto de 2001.

Walton Alencar Rodrigues
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 595/2001 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo TC-009.285/2000-0
2. Classe de Assunto: III – Consulta
3. Interessado: Eliseu Padilha, Ministro de Estado dos Transportes.
4. Órgão: Ministério dos Transportes
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas.
7. Unidade Técnica: Sefip.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. tornar sem efeito as Decisões Plenárias 733/94 e 748/98, e todas as demais com idêntico conteúdo cujas disposições já não poderão ser, em nenhum caso, aplicadas;
 - 8.2. conhecer da Consulta, para responder ao consulente que não se admite, em nenhum caso, a concessão de aposentadoria estatutária a servidor, ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a Administração Pública;
 - 8.3 dar ciência ao consulente desta Decisão, enviando-lhe cópia do Relatório e Voto que a fundamentam; e
 - 8.4. arquivar os presentes autos.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

11.2 Ministro que votou com ressalva: Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

Grupo I - Classe III - Plenário

-TC-036.343/1971-4.

-Natureza: Consulta.

-Unidade: Coordenação de Administração de Pessoal do Ministério das Comunicações.

-Interessado: José Alves Dias (Coordenador de Administração de Pessoal).

-Ementa: Consulta formulada pelo Coordenador de Administração de Pessoal do Ministério das Comunicações quanto à concessão do benefício do Montepio Civil em favor de filha maior solteira e inválida. Montepio civil e pensão da Lei 6.782 são institutos diferentes, regidos por leis diversas. O Montepio Civil é um pacto oneroso que o servidor firmou mediante desconto mensal em seus vencimentos. Não conhecimento. Determinação ao órgão de origem. Ciência ao consulente.

RELATÓRIO

Examina-se, no momento, consulta formulada pelo Coordenador de Administração de Pessoal do Ministério das Comunicações, relativa à concessão de pensão do Montepio Civil, a favor de Juçara Jorge Henrique, filha maior solteira e inválida do ex-servidor Manoel Jorge Henrique Júnior, falecido em 06/11/47.

2. Da análise dos autos, verifica-se que a viúva, falecida em 25/12/91, habilitou-se à pensão da Lei 3.738/60, havendo esta sido considerada legal e registrada por este Tribunal em Sessão de 23/05/72 (f. 49-v). No tocante à filha Juçara Jorge Henrique, à época, solteira, maior de idade, não ocupante de cargo público permanente e inválida, não pleiteou pensão, por ter sido informada por terceiros de que não teria direito por ser maior de idade, consoante expõe à f. 145.

3. A interessada solicitou a pensão de Montepio Civil, em duas oportunidades: na primeira, junto ao Ministério da Fazenda do Rio de Janeiro, em 04/10/84 (f. 82), havendo-lhe sido negada por decurso de prazo; na segunda, ao Ministério das Comunicações, em 20/08/96 (f. 133), com nova negativa, considerando que o ex-servidor contribuíra para o Montepio somente até o mês de fevereiro de 1938, de acordo com a informação de f. 92.

4. A zelosa 2ª SECEX, atual Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP), em sua instrução de f. 166 e 167, assim se manifesta:

“Trata-se de consulta formulada pelo Coordenador de Administração de Pessoal do Ministério das Comunicações, quanto à concessão do benefício do montepio civil em caráter vitalício à filha maior solteira inválida, Juçara Jorge Henrique, na qualidade de herdeira do instituidor Manoel Jorge Henrique Júnior, falecido em 6/11/1947.

Inicialmente, apenas a viúva, falecida em 25/12/1991 se habilitou à pensão da Lei 3.738/60, já apreciada e registrada por este Tribunal em 30/5/1972 (f. 49v).

Quanto à filha Juçara Jorge Henrique, solteira, não ocupante de cargo público permanente, inválida e maior de idade em 1970, ano em que o benefício foi concedido à sua mãe, não pleiteou a pensão àquela ocasião, por ter sido orientada neste sentido por terceiros, conforme depoimento de fl. 145.

Consta, no entanto, às f. 82, requerimento da interessada à pensão de Montepio Civil, datado de 4/10/1984, junto ao Ministério da Fazenda do Rio de Janeiro, negada pelo órgão à f. 88 por decurso de prazo.

Novo requerimento ao benefício do montepio civil é feito em 20/8/1996, conforme f. 133, agora junto ao Ministério das comunicações.

Segundo o Departamento Pessoal deste Ministério, às f. 92, o instituidor contribuiu para o montepio apenas até o mês de fevereiro de 1938, o que sem dúvida, inviabiliza a concessão deste benefício.

Cumprido esclarecer, no entanto, que a postulante sempre fez jus ao benefício da Lei nº 6.782/80, e que esta alternativa deveria ter sido informada pelo órgão desde o seu primeiro requerimento, quando tão-somente lhe foi negado o Montepio sob a alegação entre outras de negligência ou inércia por parte da interessada na defesa do seu direito, fl. 88.

Parece-nos que cabe ao órgão, a informação precisa, a pesquisa que se fizer necessária para informar corretamente o fundamento legal a ser utilizado em um requerimento desta natureza, visto que normalmente o interessado sequer tem condições de entender a lei quando se depara com ela.

Lamentavelmente esta falha acarretou prejuízos severos a uma pessoa desinformada e indefesa.

Diante disso, e tendo em vista que a consulta não preenche os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 216 do Regimento Interno, propomos a esta Egrégia Corte de Contas:

a) não conhecer da consulta formulada ante a falta de atendimento dos requisitos regimentais, nos termos do artigo 217, do RI/TCU;

b) oficiar o órgão de origem, que a interessada poderá se beneficiar da pensão de que trata a Lei 6.782/80, tendo em vista o disposto na Lei 3.373/58, artigo 5º, item II, alínea 'a', e parágrafo único; e

c) dar ciência à interessada das medidas adotadas por este Egrégio Tribunal.”

5.Com essas considerações, a Secretaria Técnica, entendendo que não foram preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 216 do Regimento Interno/TCU, propõe a este Tribunal:

a) não conheça da consulta, à vista da falta de preenchimento dos requisitos regimentais, consoante os termos do artigo 217 do RI/TCU;

b) oficie o órgão de origem, no sentido de que a interessada poderá se beneficiar da pensão de que trata a Lei 6.782/80, em face do disposto na Lei 3.373/58, artigo 5º, item II, alínea “a”, e parágrafo único;

c) dê ciência à interessada das medidas adotadas por este Egrégio Tribunal.

O douto Ministério Público, por sua Procuradora, Dr^a. Maria Alzira Ferreira, ressaltou que não foram cumpridos os requisitos do artigo 216 do Regimento Interno deste Tribunal, quanto à autoridade solicitante, opinando pelo não conhecimento da consulta (f. 168).

V O T O

Conforme os autos noticiam, a interessada solicitou, inicialmente, a pensão de Montepio Civil junto ao Ministério da Fazenda do Rio de Janeiro, em 04/10/1984 (f. 82), havendo-lhe sido negada em virtude de decurso de prazo (f. 88). Num segundo momento, em 20/8/96 (f. 133), solicitou a referida pensão ao Ministério das Comunicações, havendo nova negativa, tendo em vista a informação de f. 92, a qual noticia que a contribuição do ex-servidor ao Montepio teria ocorrido até fevereiro de 1938.

2.Convergem as informações quanto à contribuição realizada pelo ex-servidor para o Montepio Civil, segundo as quais ele teria contribuído até o mês de fevereiro de 1938, não constando em seus assentamentos funcionais registro de que tenha dado continuidade ao título de pensão, assim como a data em que foi inscrito no mencionado Montepio. Assim impõe-se o indeferimento ao montepio.

3.No entanto, acompanho o entendimento da Secretaria Técnica de que a interessada poderá beneficiar-se da pensão de que trata a Lei 6782/80, à vista do disposto na Lei 3373/58, artigo 5º, item II, alínea “a” e parágrafo único, caso se trate de doença especificada em lei a que acometeu o instituidor.

4.Por outro lado, considerando que não foram atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 216 do RI/TCU, no tocante à autoridade solicitante, entendo que não se deva conhecer da presente consulta, transformando, entretanto, o processo em diligência.

Desse modo, em consonância com os pareceres uniformes da SEFIP e do Ministério Público, voto por que se adote a decisão que ora submeto a este E. Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

Ministro-Relator

DECISÃO 596/2001 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo: TC-036.343/1971-4.
2. Classe: III - Assunto: Consulta.
3. Interessado: José Alves Dias (Coordenador de Administração de Pessoal).
4. Unidade: Ministério das Comunicações.
5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.
6. Representante do Ministério Público: Dr^a . Maria Alzira Ferreira, Procuradora.
7. Unidade Instrutiva: 2^a SECEX.
8. Decisão: O Plenário, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no artigo 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. não conhecer da presente consulta;
 - 8.2. determinar ao órgão de origem, no sentido de orientar a Sr^a Juçara Jorge Henrique, caso se trate de doença especificada em lei a que acometeu o ex-servidor, quanto ao seu direito à Pensão da Lei 6.782/80, em face do disposto na Lei 3.373/58, artigo 5º, inciso II, alínea "a", parágrafo único; e
 - 8.3. encaminhar ao consulente cópia da Decisão, do Relatório e do Voto que a precedem.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha (Relator).

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

Ministro-Relator

GRUPO II - CLASSE IV - Plenário

TC-007.556/2000-5 (c/ um volume)

Natureza: Prestação de Contas

Entidade: Escola Agrotécnica Federal de Castanhal – PA

Responsáveis: José Ferreira dos Santos, Clerle Santos Costa e Leonardo Munehiro Shimpo

Ementa: Prestação de contas. Exercício de 1999. Audiência de alguns responsáveis em razão de ocorrências consignadas em relatório de auditoria do Controle Interno. Acolhimento das razões de justificativa. Falhas formais. Contas regulares com ressalva. Quitação aos responsáveis. Determinações.

Trata-se da prestação de contas da Escola Agrotécnica Federal de Castanhal/PA – EAFC/PA relativa ao exercício de 1999.

2.A Secretaria Federal de Controle Interno certificou a regularidade com ressalvas das presentes contas, tendo a autoridade ministerial competente atestado haver tomado conhecimento dessa certificação (fls. 137/138).

3.Ao analisá-las, a Secex-PA, preliminarmente, e em razão de diversas falhas assinaladas no Relatório nº 043681 da Secretaria Federal de Controle (fls. 34/54), propôs a audiência dos Srs.

Leonardo Munehiro Shimpo (Diretor-Geral de 24/4 a 31/12/1999) e José Ferreira dos Santos (Diretor-Geral de 1º/1 a 10/3/1999), bem como do Sr. Fabrício Benício de Carvalho, Presidente da Cooperativa-Escola dos Alunos da EAFC/PA, conforme consignado na instrução de fls. 140/143. As audiências foram autorizadas pelo então Relator da matéria (f. 144).

4. Regularmente notificados, os responsáveis apresentaram as razões de justificativas que julgaram pertinentes (ressalte-se que a Sra. Clerle Santos Costa, que exerceu interinamente o cargo de Diretor-Geral de 11/3 a 23/4/1999, não foi ouvida). Consignando a similaridade entre os elementos encaminhados ao Tribunal, a unidade técnica efetuou a análise integral dos tópicos questionados, em conjunto/confronto com as alegações produzidas, cuja essência transcrevo a seguir (fls. 324/334 do Volume 1):

“.....

2.2.1. Controles internos inadequados no tocante às seguintes gestões: orçamentária, pessoas e suprimento de bens e serviços – subitem 1.2.2, fls. 35;

2.2.1.1. Foi informado, às fls. 167 e 193, item 01, encontrarem-se em andamento as providências para regularização das ocorrências apontadas, como resultado de reuniões mantidas com os departamentos, coordenações e setores responsáveis pelas áreas questionadas.

2.2.1.2. Pertinente avaliação do feito, quando do exame das próximas contas da Escola, em cumprimento à competência prevista no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.443/92 e art. 70 da Constituição Federal.

2.2.2. Contratação de pessoa física para proceder o licenciamento de veículo da Escola, onerando o valor total da despesa em R\$ 552,60 (quinhentos e cinquenta e dois reais e sessenta centavos) – subitem 2.2.2, fls. 36;

2.2.2.1. Foi esclarecido, às fls. 167 e 194, item 02, que a contratação decorreu de o DETRAN/Castanhal não se encontrar cadastrado no SICAF, estando, portanto, inabilitado, sendo que já foi atendida recomendação do Controle Interno, uma vez procedida a designação do Coordenador de Serviços Auxiliares para realizar os licenciamentos dos veículos a partir do exercício de 2000, com recursos via suprimento de fundos, solicitada, afinal, a dispensa da devolução, com base no argumento da inexistência de má-fé.

2.2.2.2. Consideramos frágil a argumentação apresentada, uma vez que a despesa objeto dos documentos 99NL000184 e 99OB000718, ambos emitidos em 16/08/1999, se refere ao licenciamento anual e à atualização do pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA e Seguro Obrigatório de Danos Pessoais previstos em lei, efetuado pelo Órgão Público Estadual, por meio de sistema informatizado, não carecendo de intermediário para implementação do feito, o que fere o princípio da economicidade, uma vez onerados, de forma desnecessária, os recursos públicos destinados a Escola.

2.2.2.3. Considerando, entretanto, a providência adotada, propomos seja acolhido o pedido de dispensa de reposição do valor impugnado, alertando-se a administração quanto à irregularidade do procedimento, haja vista a imunidade recíproca entre Órgãos Públicos, e a necessidade de parcimônia na utilização dos recursos públicos geridos, abstendo-se de efetuar gastos indevidos.

2.2.3. Falta de cadastramento no SIAFI dos Instrumentos de Cooperação Técnica firmados com o Estado do Pará, através da Secretaria Executiva do Trabalho e Promoção Social – SETEPS para execução do Plano de Educação Profissional – PEP, com a participação da Cooperativa-Escola dos Alunos da EAFC, na qualidade de responsável, em nome da EAFC, pela gerência administrativo-financeira dos recursos previstos na avença – subitem 2.3.1, fls. 37/38;

2.2.3.1. A justificativa apresentada, às fls. 167/168 e 194, item 03, foi com relação à participação da Cooperativa Escola dos Alunos da EAFC/PA, na qualidade de responsável, exclusivamente, pela execução financeira dos convênios, nos termos da Cláusula Terceira, da remuneração, subitem 3.1 e Cláusula Oitava, das atribuições, subitem 8.3 do Instrumento de Cooperação Técnica nº 016/99-SETEPS, anexo às fls. 96/100, sem maiores esclarecimentos quanto à omissão cadastral apontada pelo Controle Interno.

2.2.3.2. Na forma do Parecer/AAGS/SETEPS nº 26/99, às fls. 302/304, acolhido às fls. 305, a Escola Agrotécnica Federal de Castanhal está cadastrada junto à Secretaria Executiva de

Trabalho e Promoção Social, como entidade apta a executar as ações de Educação Profissional aos trabalhadores do Estado do Pará, apresentando um projeto de qualificação profissional, com consistência e continuidade, norteados pelas diretrizes do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, através da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE, antiga SEFOR.

2.2.3.3. Concluímos, portanto, que a infra-estrutura e recursos técnicos, humanos e materiais alocados são, em sua maioria, provenientes da Escola, daí a celebração do Instrumento com a autarquia educacional, legalmente obrigada, nos termos do art. 52 do Decreto nº 93.872/86, ao cadastramento e contabilização das avenças no SIAFI.

2.2.3.4. Quanto à participação da Cooperativa-Escola, opinamos pela estrita observância do disposto no art. 27 do Regimento Interno das Escolas Agrotécnicas Federais aprovado pelo Decreto nº 2.548, de 15/04/1998, in DOU nº 72, de 16 seguinte, combinado com o art. 66 do Regulamento Interno da Escola Agrotécnica Federal de Castanhal –PA, aprovado pela Portaria do Ministério da Educação e do Desporto nº 997, de 1º/09/1998, in DOU nº 170-E, de 04/09/1998, às fls. 306/311, concernentes à atuação da Cooperativa-Escola como componente pedagógico, pelo que acompanhamos a conclusão do Controle Interno, registrada às fls. 38. por que seja excluída a participação da Cooperativa-Escola como responsável pela execução financeira dos recursos pactuados.

2.2.4. Pagamentos efetuados a título de diárias, no valor total de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) ao Coordenador do Plano de Educação Profissional – PEP, Professor LEONARDO MUNEHIRO SHIMPO, com recursos do Convênio nº 009/97, assinado entre a Escola Agrotécnica Federal de Castanhal - EAFC e a Secretaria Executiva do Trabalho e Promoção Social do Estado do Pará – SETEPS – subitem 2.3.2, fls. 38/39;

2.2.4.1. Foi ratificado, às fls. 168/169 e 194/195, item 04, o recebimento de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), a título de diárias, pelo Professor LEONARDO MUNEHIRO SHIMPO, na condição de Coordenador do Plano de Educação Profissional no âmbito da Escola, responsável pela organização, planejamento e execução do PEP para atendimento de cerca de 43 municípios do interior do Estado do Pará, mediante a realização de cursos de qualificação e treinamento de trabalhadores de diversos segmentos da economia, havendo necessidade de manter contatos preliminares com as diversas entidades envolvidas, bem como promover a contratação de monitores, instalações dos cursos, monitoramentos, acompanhamento logístico, apoio pedagógico, encerramento e avaliação dos cursos, sendo indispensável a presença do Coordenador no desenvolvimento de tais atividades.

2.2.4.2. Foi considerado que não houve recebimento indevido das respectivas diárias, conforme descrito pela Equipe de Auditores da DFC, reconhecida, entretanto, a falta de detalhamento no preenchimento dos respectivos recibos das diárias e de maiores esclarecimentos junto aos auditores, confirmados os deslocamentos, sendo os trabalhos executados e as despesas arcadas pelo Coordenador, antes do repasse dos recursos financeiros do Convênio.

2.2.4.3. Ressaltamos, de início, tratar-se de recursos oriundos do Fundo de Amparo ao Trabalhador alocados no Programa Nacional de Qualificação Profissional – FAT/PLANFOR repassados ao Estado do Pará, pelos Convênios M.T.E./SEFOR/CODEFAT nº 017/96 e aditivos e nº 021/99 e aditivos, celebrados com a Secretaria de Trabalho e Promoção Social do Estado do Pará, descentralizados à Escola Agrotécnica Federal de Castanhal/PA, na qualidade de entidade executora, com a interveniência da Cooperativa-Escola, esta última como responsável pela gerência administrativo-financeira dos valores recebidos.

2.2.4.4. No mérito, entendemos que o procedimento foi realizado sem observância do princípio da segregação de funções, confundido-se a figura do proponente/proposto, evidenciando auto-concessão de diárias, com emissão duvidosa de documentos a posteriori, pelo que ratificamos o posicionamento do Controle Interno expresso às fls. 38/40 e 253/255, quanto à irregularidade do feito, cabendo o recolhimento dos valores recebidos à conta do convênio para fins de devolução ao Órgão repassador.

2.2.5. Pagamento antecipado de serviços à firma SERVIC – Serviços Imobiliários e Construções Ltda. – subitem 3.1.1, fls. 40;

2.2.5.1. Foi informada, às fls. 169 e 195, item 05, a conclusão dos serviços de recuperação de um tanque de piscicultura da Escola, e procedida a entrega de três aeradores, já instalados e em

funcionamento, ocorrido o atraso verificado pela falta de instalação de rede elétrica, de responsabilidade da Escola, e da necessidade de enchimento dos tanques com água.

2.2.5.2. Pertinente determinação à Escola quanto ao disposto nos arts. 62 e 63, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.320/64, abstendo-se de efetuar pagamento antecipado sem a prestação efetiva do serviço contratado.

2.2.6. Falta de recolhimento no prazo legal de valores relativos ao “IRRF.PAGOS QUALQUER TÍTULO P/ UNIÃO, AUT. FUN.”, regularizada em 07/02/2000, sem o recolhimento dos juros devidos – subitem 3.1.2, fls. 40;

2.2.6.1. Foi suscitado, às fls. 169 e 195, item 06, o desencontro de informações, uma vez feita a apropriação dos valores no dia 31/12/1999, sem o pagamento dos serviços, ocorrido somente no dia 04/02/2000, efetuado o recolhimento do IRRF no dia 07/02/2000, dentro do prazo legal.

2.2.6.2. considerando que o IRRF observa o sistema de caixa, prevalecendo a data de pagamento da obrigação, para fins de contagem do prazo legal de três dias úteis, consideramos imprecendente o registro da ocorrência.

2.2.7. Falta de cobrança da taxa de ocupação dos imóveis residenciais pertencentes à Escola – subitem 4.1.1, fls. 41;

2.2.7.1. Foi esclarecido, às fls. 169 e 195/196, item 07, que o entendimento era pela necessidade de conclusão do processo de regularização dos imóveis ocupados pela Escola, em tramitação na Gerência Regional do Patrimônio da União, sendo que já foi expedida determinação à Coordenação Geral de Recursos Humanos da Escola para efetuar imediatamente a cobrança da respectiva taxa, através da folha de pagamento, inclusive dos débitos em atraso, mediante parcelamento, devendo-se a pendência à demora na liberação da rubrica para esta finalidade.

2.2.7.2. Cabe o acompanhamento das providências saneadoras adotadas pela administração, quando do exame das próximas contas da autarquia educacional.

2.2.8. Desatualização dos dados funcionais cadastrados no SIAFI, ocasionando pagamento indevido de Assistência Pré-Escolar a servidores – subitem 5.1.1 e 5.2.1, fls. 41 e 42/43;

2.2.8.1. Conforme registro às fls. 169/170 e 196, item 08, foi expedida determinação à Coordenação Geral de Recursos Humanos da Escola para efetuar a atualização cadastral dos servidores no SIAPE, com vistas à regularização dos dados funcionais e ao ressarcimento dos pagamentos indevidos.

2.2.8.2. Opinamos pela efetivo gerenciamento das informações funcionais dos servidores da Escola, com vistas ao cumprimento do Decreto nº 977/93 e da Instrução Normativa nº 12, de 23/12/1993, relativos aos aspectos legais do pagamento da Assistência Pré-escolar aos servidores.

2.2.9. Contratação dos Professores CLÁUDIO AMANAJÁS e SÔNIA NAZARÉ FERNANDES RESQUE servidores da Universidade Federal do Pará, em regime de dedicação exclusiva, para ministrarem módulos disciplinares na Escola, em desacordo com a Lei nº 8.745/93 e alterações posteriores – subitem 5.1.2, fls. 41/42;

2.2.9.1. Foi declarado, às fls. 170 e 196, item 09, o desconhecimento do fato pela Direção da Escola, ressaltado o fato de que as contratações de professores especializados, destinaram-se ao atendimento das necessidades imediatas da Escola, para ministrar módulos de disciplinas, com pagamento após a conclusão das ações, justificadas em face do cumprimento da legislação precursora da Reforma da Educação Profissional.

2.2.9.2. A justificativa merece acolhida, devendo, entretanto, a entidade estabelecer os devidos controles para prevenir a ocorrência de situações semelhantes e observar o disposto na Lei nº 8.745/93, quando da contratação temporária de pessoal.

2.2.10. Pagamento de bolsas de estudo da CAPES, objeto dos Convênios 086/98 e 061/99, sem a realização de cursos de aperfeiçoamento por parte dos professores beneficiários – subitem 5.4.1, fls. 44;

2.2.10.1. Foi esclarecido que a bolsa CAPES foi instituída através de acordos firmados entre o Ministério da Educação, através da Secretaria Média de Educação Tecnológica, CAPES e as Escolas Técnicas/Agrotécnicas e Centros Federais de Educação, com o objetivo principal de proporcionar bolsas de estudo para realização de cursos de aperfeiçoamento para Professores de Ensino de 1º e 2º graus, estendida a todos os professores por determinação superior, com prestações de contas realizadas normalmente no final de cada convênio, sempre acatadas pela

CAPES, sem restrições, inexistindo cláusula ou exigência quanto à participação dos professores em cursos de especialização, sendo que os recursos recebidos pelos professores em forma de ajuda de custo foram destinados à aquisição de materiais didáticos e outros materiais destinados ao aperfeiçoamento e a melhoria da qualidade de ensino.

2.2.10.2. Efetuada pesquisa no SIAFI acerca dos Convênios referenciados obtivemos as seguintes informações:

<i>Nº SIAFI</i>	<i>Nº ORIGINAL</i>	<i>OBJETO</i>	<i>CUSTO x BENEFÍCIO</i>
363927	PAP-86/98	<i>Concessão de bolsa a professores nos níveis de lato sensu e estrictu sensu, lotados e em exercício nas Escolas vinculadas às Secretarias de Educação Média e Tecnológica SEMTEC e de Ensino Superior do MEC, com a finalidade de estimular a capacitação da carreira docente do Magistério de 1º e 2º Graus.</i>	<i>R\$ 109.490,00 (cento e nove mil e quatrocentos e noventa reais) x 34 (trinta e quatro) professores beneficiados.</i>
372965	PAP-61/99	<i>Concessão de bolsa de estudo no País, dentro do Programa de Apoio aos Professores de 1º e 2º Graus do Sistema Federal de Ensino, em nível de pós-graduação, em conformidade com as normas de concessão de bolsas previstas no Programa, e as metas estabelecidas anualmente pelo Plano de Atendimento aprovado pela CAPES, que integram o presente instrumento, independentemente de transcrição.</i>	<i>R\$ 54.690,00 (cinquenta e quatro mil e seiscentos e noventa reais) x 33 professores beneficiados.</i>

2.2.10.3. Pela transação CONOB – Consulta Ordem Bancária, verificamos que os recursos foram concedidos a todos os professores, conforme demonstrativos de fls. 320/323, encaminhados pela Direção da Escola em atendimento à solicitação desta Analista, o que induz à conclusão dos Auditores do Controle Interno registrada às fls. 44, de complementação salarial, sem respaldo legal.

2.2.10.4. considerando a existência de prestação de contas à Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, opinamos pela comunicação das ocorrências à entidade concedente referenciada, para conhecimento e emissão de parecer técnico/financeiro previsto no art. 31, § 1º, incisos I e II, da Instrução Normativa STN nº 01/97 constante do inciso I das Condições Essenciais do Termo Simplificado de Convênio anexo às fls. 317.

2.2.11. Ausência da publicação em jornal de grande circulação dos avisos contendo o resumo dos editais – subitem 6.1.1, fls. 44/45;

2.2.11.1. A omissão foi justificada como forma de contenção de despesas, sendo que os processos foram divulgados pela INTERNET e publicados por três dias no Diário Oficial da União, não acarretando prejuízo à Instituição.

2.2.11.2. Contrapondo o feito, pensamos que os meios utilizados são de acesso restrito, não atendendo ao princípio da publicidade previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, sendo que o arbítrio do administrador não pode prosperar frente aos ditames legais norteadores da matéria, cabendo determinação para cumprimento do disposto no arts. 21, inciso III, e 34, §1º, da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores.

2.2.12. Ausência de cláusula permissionária do julgamento das propostas da Tomada de Preços nº 001/99, com base no maior desconto oferecido pelas agências de viagens sobre o valor de suas comissões – subitem 6.1.2, fls. 45;

2.2.12.1. Foi atendida a recomendação do Controle Interno, sendo determinada a realização de novo processo licitatório, a fim de atender a legislação vigente.

2.2.12.2. à vista da providência adotada, resta o acompanhamento do feito nas próximas contas da Escola.

2.2.13. Contratação da Microempresa L.A. PULQUEIRA ME (LINKNET INFORMÁTICA) para execução de serviços de natureza diversa do ramo da atividade da empresa – subitem 6.1.3, fls. 46/47;

2.2.13.1. Foi argumentado que a empresa encontra-se devidamente cadastrada no SICAF, no ramo das atividades contratadas, e que a aquisição de 20 (vinte) cadeiras giratórias para digitador foi efetuada junto à empresa MEGA INFORMÁTICA, sendo que todos os serviços foram executados e os equipamentos entregues, não havendo superfaturamento, nem interesse da Direção em beneficiar a empresa.

2.2.13.2. Como a entidade tem apresentado em suas contas impropriedades diversas na Área de Licitações e Contratos, a exigir acompanhamento dos Órgãos de controle interno e externo, insistimos por que sejam observados os princípios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores, resguardando a Escola quanto ao favorecimento de licitantes, centralização e protecionismo nos processos licitatórios realizados.

2.2.14. Contratação do servidor ALTEVIR HERVEY CARDODO para prestação de serviços na Escola, contrariando a Lei nº 8.666/93, art. 9º, inciso III – subitem 6.1.4, fls. 47;

2.2.14.1. Foi reconhecida, às fls. 171 e 197, a falha cometida quanto à contratação do servidor para execução de serviços de pintura em diversos setores da Escola, realizados em seu período de férias regulamentares.

2.2.14.2. Em que pese o compromisso de que tal procedimento não voltará a ocorrer na Instituição, somos pelo registro de determinação para observância do art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, para fins de registro da impropriedade.

2.2.15. Descumprimento do prazo legal de 05 (cinco) dias úteis entre os protocolos de entrega do Convite nº 004/99 e a data de sua abertura, ferindo o disposto na Lei nº 8.666/93, art. 21, inciso IV – subitem 6.1.5, fls. 47/48

2.2.15.1. Foi esclarecido, às fls. 171 e 197/198, item 15, que as empresas com protocolo datados de 18 e 19/05/1999, não foram convidadas, mas manifestaram seu interesse em participar do processo licitatório, sendo respeitado seu direito, haja vista o aumento do número de participantes, da competitividade e da concorrência.

2.2.15.2. O registro da ocorrência pelo Controle Interno, enseja determinação para o fiel cumprimento dos prazos previstos no art. 21, §§ 2º e 3º, e 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94 e 9.648/98.

2.2.16. Fracionamento de despesas na aquisição de materiais e prestação de serviços por meio de dispensa de licitação – subitem 6.2.1, fls. 48/51;

2.2.16.1. Foram apresentadas, às fls. 172/173 e 198/199, item 16, as dificuldades enfrentadas pela administração no exercício de 1999, destacado o atraso na liberação dos recursos orçamentários, o desinteresse dos empresários locais, as peculiaridades das Escolas Agrotécnicas, a carência de fornecedores no Município de Castanhal, a necessidade de atendimento imediato das solicitações de gêneros alimentícios, a existência de poucos fornecedores cadastrados no SICAF, a inexistência de firmas especializadas e habilitadas na execução de determinados serviços, não existindo favorecimento direto ou indireto a qualquer empresa, nem superfaturamento, uma vez contratados preços compatíveis com o mercado, e visados apenas os interesses e necessidades da Instituição.

2.2.16.2. a modalidade de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas nos arts. 24 e 25 da lei nº 8.666/93 são instrumentos de exceção, devendo, portanto, estar adstritas às situações previstas em lei, devendo a administração proceder ao planejamento criterioso de suas necessidades com vistas à aquisição de materiais e contratação de serviços nas modalidades regulares estabelecidas no art. 22, incisos I a V, conforme o caso, e de acordo com a programação consolidada dos diversos setores da Escola.

2.2.17. Preferência pela contratação direta de fornecedores, em detrimento da realização de processos licitatórios, em desacordo com a Lei nº 8.666/93, art. 3º – subitem 6.2.2, fls. 51/53;

2.2.17.1. Foi esclarecido, às fls. 173/175 e 200/201, item 17, que quanto à empresa SERVIC – Serviços Mobiliários e Construção LTDA. encontrava-se cadastrada no SICAF, habilitada para prestar serviços aos órgãos públicos, sendo que todos os serviços prestados pela empresa, seja com recursos destinados ao custeio da Escola, seja com verba de convênio firmado com a SEMTEC, liberada somente no dia 30/12/1999, foram executados, justificada a dispensa de licitação em decorrência dos escassos recursos orçamentários e financeiros, impedindo a recuperação simultânea dos três tanques. Como a empresa havia realizado os dois primeiros e não havendo tempo para instruir processo licitatório, diante do atraso na liberação dos recursos do convênio, foi adotada a modalidade visando atender as necessidades e o interesse maior da Instituição.

2.2.17.2. Quanto à contratação da empresa Castanhal Peças e Acessórios LTDA. foi justificado o desinteresse das empresas locais em participarem dos processos de licitação da Escola, tendo em vista a exigência legal de cadastramento no SICAF, prevista no art. 27 da Lei nº

8.666/93 c/c a Portaria MARE nº 544, de 26/02/1996, sendo a única, localizada em Castanhal/PA, apta a prestar os serviços necessários à manutenção da frota de veículos que pelo tempo de uso exigem reparos e adaptação constantes, tudo para não sofrer interrupção e prejudicar as atividades pedagógicas da Escola.

2.2.17.3. Quanto à empresa Agromura Comercial LTDA, foi justificado ser a mesma a única firma de Castanhal/PA, habilitada no SICAF, fornecedora de sementes e insumos agropecuários, necessários ao atendimento das partes pedagógicas dos módulos e das disciplinas dos cursos de agricultura/zootecnia/agro-indústria e projetos agropecuários da Escola, sendo que grande parte dos insumos tem prazo de validade e alto risco, não podendo ser adquiridos em grande quantidade.

2.2.17.4. Quanto a empresa Posto São José de Ribamar LTDA., também é a única do município cadastrada no SICAF para fornecimento de combustíveis e lubrificantes automotivos, tendo sido realizado processo licitatório no final de 1998, e nenhuma empresa compareceu ou apresentou proposta, mesmo repetido o convite, não dispondo a Escola de meios apropriados para armazenar os produtos, caso sejam adquiridos em grande quantidade, além dos sérios riscos possíveis de ocorrer.

2.2.17.5. Quanto a empresa Stúdio de Serviços Fotográficos Léo Borges, alega uma vez mais a habilitação no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, estando a empresa habilitada a prestar serviços de reprodução de documentos, revelação de filmes fotográficos, encadernação de documentos realizados em períodos diversificados, informando ao final que em nenhum dos casos houve favorecimento das citadas empresas, cujos preços praticados foram compatíveis aos de mercado, visados apenas os interesses e as necessidades da Instituição e as práticas didático-pedagógicas e ao ensino-aprendizado.

2.2.17.6. Contrapondo os argumentos apresentados, acreditamos que o procedimento adotado pela Escola no tocante à contratação direta de firmas localizadas no município de Castanhal/PA fere o disposto no § 1º, inciso I, do art. 3º da Lei nº 8.666/93, cabendo determinação à Escola, na condição de cadastradora do SICAF, para que busque ampliar o universo de fornecedores, de modo a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, ressaltada a sua responsabilidade pelo planejamento das aquisições de materiais e sua utilização, exercendo os devidos controles para otimização dos recursos empregados, evitando-se desperdícios, na forma prevista na Instrução Normativa SEDAP/PR nº 205, de 08/04/1988, registrando-se, afinal, que a licitação de grandes quantidades, com aprazamento das entregas e do pagamento respectivo, resulta em maior economicidade, descaracterizando as alegações de falta de condições de armazenamento e a ocorrência de riscos.

2.2.18. Ausência de indicadores de desempenho relativos à mensuração qualitativa dos resultados alcançados e de procedimentos de acompanhamento da satisfação dos clientes – subitem 7.1.1, fls. 53;

2.2.18.1. Foi confirmado, às fls. 175/176 e 201/202, o lapso dos dados no Relatório de Gestão do Exercício de 1999, declinados de forma discursiva pelos responsáveis.

2.2.18.2. Somos pelo registro da impropriedade com vistas ao cumprimento do art. 16, inciso II, letra “c”, da Instrução Normativa TCU nº 12/96, devendo o Relatório de Gestão destacar, dentre outros elementos, os indicadores de gestão que permitam aferir a eficiência, eficácia e economicidade da ação administrativa, levando-se em conta os resultados quantitativos e qualitativos alcançados pela entidade;

2.2.19. Contratação da Cooperativa-Escola dos Alunos da EAFC/PA para prestação de serviços alheios aos seus objetivos definidos na Resolução/CNC nº 23, de 09/02/1982 e no Estatuto Social – item 1, fls. 55;

2.2.19.1. Foi informado, às fls. 176 e 202, item 19, que a Cooperativa-Escola dos Alunos da EAFC, entidade de direito privado, fundada em 28/08/1972, com fins educativos e econômicos, encontra-se devidamente cadastrada no SICAF, estando habilitada a prestar serviços a Escola, conforme previsto no seu Estatuto Social, transcrito os arts. 37, alínea “d” e 51, alínea “a” como fundamento da contratação procedida, e ressaltado o fato de que a Cooperativa possui bastante experiência na execução de serviços primários (agropecuários) prestados a Escola.

2.2.19.2. O relacionamento entre a entidade e sua Cooperativa-Escola tem sido objeto de questionamento dos órgãos de controle interno e externo, ante a descentralização de atribuições

próprias da Escola e, conseqüente repasse de recursos, sem o devido respaldo legal, considerando que, de acordo com o disposto no Decreto nº 2.548/98, art. 27, e na Portaria nº 997/98, a atuação da Cooperativa, associada à Escola, está restrita ao componente pedagógico do currículo, observadas a Lei nº 5.764, de 16/12/1971, e seus respectivos atos de regulamentação.

2.2.20. Alteração do Estatuto Social da Cooperativa-Escola com a inclusão da alínea e do artigo 5º pelo qual foi inserido objetivo não previsto nos definidos na Resolução/CNC nº 23, de 09/02/1982 – item 2, fls. 56;

2.2.20.1. Foi esclarecido, às fls. 149, 176/177 e 202/203, que a Cooperativa-Escola foi criada de uma parceria de intenções entre os órgãos, COAGRI/INCRA e a Inspeção Geral de Finanças/MEC, com a finalidade única de solucionar impasses operacionais gerados na implantação do Sistema Escola/Fazenda da Rede Federal de Ensino Agrícola, então coordenado pela COAGRI, estando assegurada, na forma do inciso IV, alínea “c” da Resolução CNC nº 23/82, sua competência para realizar a comercialização dos produtos agropecuários, decorrentes do processo ensino-aprendizagem, bem como a prestação de outros serviços de conveniência do ensino e do interesse dos associados.

2.2.20.2. Acrescentou que uma vez instituído o Plano de Qualificação Profissional, com o advento da Lei nº 9.394/96, foi concluído serem as Escolas Agrotécnicas Federais referências nacionais para execução do Plano, ressaltado o fato de estarem, ante a falta de orçamento, impedidas de gerir os recursos oriundos do referido programa de qualificação profissional, ficando como alternativa a inclusão da Cooperativa-Escola como interveniente da execução, fazendo-se necessários os devidos ajustes legais no seu Estatuto Social.

2.2.20.3. Contrapondo a alegação, ressaltamos a necessidade de observância dos requisitos exigidos no art. 3º e parágrafos da Resolução CODEFAT nº 194/98, alterada pela de nº 234/2000, e das orientações previstas no item 19 do GUIA DO PLANFOR 2000, relativas ao perfil desejado para os executores de ações de qualificação, segundo as diretrizes do Programa, destacando-se ser a Escola Agrotécnica Federal de Castanhal/PA, instituição detentora de infra-estrutura e recursos necessários à execução do objeto conveniado previsto na Cláusula Segunda do Instrumento de Cooperação Técnica nº 016/99-SETEPS, às fls. 96, concernente à prestação de serviços relacionados às ações de qualificação, requalificação e aperfeiçoamento profissional.

2.2.20.4. Insistimos no entendimento de que a interveniência da Cooperativa-Escola, na forma prevista na Cláusula Oitava, subitem 8.3, às fls. 98, fere o disposto no art. 27 do Regimento Interno aprovado pelo Decreto nº 2.548, de 15/04/1998, às fls. 308, c/c o art. 66 do Regulamento Interno da Escola aprovado pela Portaria nº 997/98, às fls. 320.

2.2.21. Falta de repasse pela Cooperativa-Escola da receita proveniente da comercialização dos produtos, conforme demonstrado no item 3, fls. 56/57;

2.2.21.1. Foi informado, às fls. 149/150, 177/178 e 203/204, que decorrente da transformação em autarquia pela Lei nº 8.731, de 16/11/1993, foi excluída do orçamento da Escola, a previsão orçamentária para aquisição de alimentos para os alunos internos, sendo criada a fonte 250 para que a entidade gerasse recursos próprios com aquela finalidade, acrescentando as sucessivas reformas efetuadas no Estatuto da Cooperativa-Escola no sentido de continuar apoiando a Escola em sua atuação educativa, bem como gerar receitas com vistas ao cumprimento de seu papel econômico, contestando os valores demonstrados pela Auditoria da DFC, às fls. 56, por considerar, além dos produtos oriundos dos projetos da escola, outros produtos originários de projetos especiais da Cooperativa, financiados com parte de sua receita e produtos adquiridos de terceiros, exemplificado o mel de abelha.

2.2.21.2. Foi ressaltado, afinal, que a maioria das receitas decorrentes da comercialização dos produtos da Escola é aplicada pela Cooperativa no pagamento, via carteira, de serviços e de materiais necessários à manutenção da Fazenda da própria Escola, utilizada como suporte para as práticas das disciplinas profissionalizantes dos diversos cursos, tais como pagamento de trabalhadores, compra de insumos e prestação de serviços, realizada reunião com o contador da Cooperativa, a fim de corrigir tais distorções, cumpridas as cláusulas contratuais previstas no convênio celebrado com a Escola.

2.2.21.3. Ante as providências declinadas, cabe o acompanhamento dos reflexos do feito nas próximas contas da Escola.

2.2.22. Contabilização do total das vendas como receita da cooperativa, quando é detentora apenas do direito de comissão sobre a venda – item 4, fls. 57;

2.2.22.1. Foi esclarecido, às fls. 150, 178 e 204, que a produção comercializada pela Cooperativa tem três origens: projetos da Escola; projetos especiais desenvolvidos pela Cooperativa; e produção de ex-alunos, adquirida pela Cooperativa, sendo preciso fazer pagamentos diários de serviços, pessoal contratado e compra de insumos para manter a Fazenda em funcionamento, consumindo a renda gerada, sendo que houve reunião da Coordenação da Cooperativa com o Contador, com o objetivo de corrigir tais distorções.

2.2.22.2. Pertinente o exame da ocorrência nas próximas contas da Escola, a fim de acompanhar os resultados das medidas adotadas no sentido de assegurar a observância dos ditames legais e contratuais no relacionamento Escola x Cooperativa.

2.2.23. Falta de registro contábil das obrigações a pagar referentes ao percentual da Escola de 94% sobre a venda realizada – item 5, fls. 58;

2.2.23.1. Foi registrada, às fls. 150, 178 e 204, explicação do Contador, esclarecendo que a conta já faz parte do balanço e foi ajustada identificando o saldo para repassar à Escola, conforme documentação anexa às fls. 159.

2.2.23.2. Ratificamos a conclusão registrada no tópico anterior, no tocante ao acompanhamento do feito.

2.2.24. Comercialização de produtos de não cooperados caracterizando a perda da isenção do IRPJ – item 6, fls. 58;

2.2.24.1. Foi retificada a Declaração do Exercício 99/98, apurado o imposto devido, estendendo-se os trabalhos ao exercício de 2000/1999.

2.2.24.2. Opinamos pelo acompanhamento do feito nas próximas contas da Escola.

2.2.25. Falta de registro contábil das contas a receber por vendas a prazo efetuadas a funcionários da Escola – item 7, fls. 58;

2.2.25.1. Foi informado, às fls. 151, 178 e 204/205, que estava sendo feito o lançamento somente dos recebimentos, sendo o controle do saldo a receber feito através de fichário sem vincular à contabilidade, sendo tomadas providências nesse sentido, já demonstrado no Balanço o saldo de CONTA CLIENTE, conforme documento contábil anexo às fls. 159.

2.2.25.2. Providenciado o saneamento da impropriedade apontada pelo Controle Interno.

2.2.26. Aquisição de 9.001 kg de frangos, sendo 6.500 pela EAFIC e 2.501 kg pela Cooperativa-Escola para manutenção do Economato, considerando que 91% da produção da escola foi destinada para venda pela Cooperativa – item 8, fls. 58/59;

2.2.26.1. Foi argumentado, às fls. 151, que a produção de frango é feita de forma integrada, com cerca de 5 alojamentos por ano, cuja finalidade principal é servir de suporte pedagógico, não coincidindo as retiradas de frango com a necessidade de abastecimento do Economato, estando sob a responsabilidade da Cooperativa-Escola fornecer alimento ao Economato, precisando muitas vezes adquirir frangos para atender essas necessidades; acrescentou que a venda de frangos pela Cooperativa tem a finalidade de manter as despesas do Projeto AVILCULTURA DE CORTE, relativas à aquisição de material de limpeza, medicamentos e ao pagamento dos trabalhadores fixos na atividade, com base em contrato feito a cada alojamento.

2.2.26.2. Foram, ainda, confirmados, às fls. 178/179 e 205, os quantitativos e origens apontados pelo Controle Interno, esclarecendo que existem na Escola quase 300 alunos matriculados no regime de semi-internato, sendo mais de 200 alunos no regime de internato, necessitando de grande quantidade de alimentos para atender ao Economato da Escola e que a Escola não desenvolve projetos de criação de frangos de corte, por conta própria, alegadas diversas dificuldades, mas sim em regime de integração através de contrato por lote realizado entre a Cooperativa-Escola e a empresa Agrolândia-Açailândia-Agroindústria de Minerais de Ração S/A, utilizadas as dependências da Escola, destacando, afinal, que o principal objetivo é a ocupação dos espaços ociosos e os aspectos didático-pedagógicos, visando oportunizar aos alunos as práticas educativas, concernentes ao acompanhamento de todo o processo de criação e a participação na execução dos manejos.

2.2.26.3. Acompanhamos o entendimento expresso na apreciação de fls. 59, nos termos fundamentados.

2.2.27. Divergências na contabilização das taxas de internato, conforme demonstrado no item 9, fls. 59/60;

2.2.27.1. Foi esclarecido às fls. 151, 179 e 205/206, que, conforme explicação do Contador, o valor das taxas de internato foi demonstrado a menor na DRE, efetuado o devido ajuste, conforme documento anexo às fls. 160.

2.2.27.2. Ratificamos o posicionamento do Controle Interno registrado às fls. 60, uma vez que permanece sem explicação o fato de o valor apurado nos recibos ser superior ao registrado no Caixa da Cooperativa, sem comprovação da destinação dos recursos.

2.2.28. contabilização de R\$ 72.102,57 como receitas diversas sem especificação de sua natureza – item 10, fls. 60;

2.2.28.1. Foi reconhecida, às fls. 152, 179 e 206, a falha, efetuado o devido ajuste na Demonstração de Resultados do Exercício – DRE, com o detalhamento da conta Receitas Diversas, mudando-se o histórico para receitas não operacionais, com suas respectivas subcontas, conforme documentação contábil anexa às fls. 153/160.

2.2.28.2. Os balancetes e demonstração de resultados apresentados registram de forma sintética a natureza das receitas, cabendo nova verificação do feito quando do exame das próximas contas.

2.2.29 existência de recibos sem a identificação do favorecido ou do serviço prestado – item 11, fls. 60; e

2.2.29.1. Foi justificado, às fls. 152, 180 e 206, que a atividade operacional da Cooperativa-Escola é desenvolvida por membros da Diretoria, composta por alunos, com o auxílio de servidores da Escola e que tais falhas aconteceram por inexperiência e desatenção de ambos, sendo acatadas as observações do Controle Interno e centralizada a responsabilidade no Coordenador da Cooperativa.

2.2.29.2. Acompanhamos o raciocínio dos auditores da Delegacia Federal de Controle expresso às fls. 60, item 11, nos termos fundamentados, considerando que a responsabilidade administrativa é princípio indelegável, cabendo ao ordenador de despesa autorizar o pagamento somente após sua regular liquidação, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito, na forma prevista nos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64, extensivos ao ente cooperativo haja vista o gerenciamento de recursos federais pertencentes à Escola.

2.2.30. Falta de registro no Balanço Patrimonial dos microcomputadores adquiridos no exercício de 1999 – item 12, fls. 60/61.

2.2.30.1. Foi registrada, às fls. 152, 180 e 206, o registro da aquisição dos computadores na conta DESPESAS, adotadas as providências no sentido da transferência para o permanente (imobilizado), bem como feitos os lançamentos das devidas depreciações, conforme documentação contábil anexa às fls. 159.

2.2.30.2. O registro contábil dos bens permanentes em contas patrimoniais é exigência legal a merecer estrita observância dos ordenadores de despesa, consoante disciplinam os arts. 94 e 95 da Lei nº 4.320/64, de modo que o Balanço Patrimonial possa refletir a realidade do inventário e permitir o controle de cada bem em uso ou em estoque.

2.2.30.3. Faz-se necessária, portanto, a observância dos procedimentos contábeis previstos em lei, efetuando os devidos lançamentos quando da efetiva ocorrência dos fatos, a fim de retratar os bens existentes e facilitar o controle patrimonial.

Conclusão

3.1. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo que:

3.1.1. As presentes contas sejam julgadas **irregulares**, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c” e 19, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, considerando as ocorrências relatadas nos subitens 2.2.2 a 2.2.19 e 2.2.26 desta instrução, cujas justificativas não foram suficientes para elidir a irregularidade registrada no subitem 2.2.3 e as inúmeras impropriedades registradas nos autos;

3.1.2. Sejam os responsáveis Sr. JOSÉ FERREIRA DOS SANTOS e Sr. LEONARDO MUNEHIRO SHIMPO, ambos na qualidade de Diretor Geral nos períodos respectivos de 1º/01/1999 a 10/03/1999 e 24/04/1999 a 31/12/1999, dispensados da multa prevista nos arts. 58, inciso I, e 23, inciso III, alínea “a” da citada Lei c/c o art. 165, inciso III, alínea “a”, do Regimento

Interno/TCU, considerando o caráter facultativo da penalidade pecuniária e a transição administrativa ocorrida no exercício;

3.1.3. Sejam expedidas ao responsável atual, Sr. LEONARDO MUNEHIRO SHIMPO, as seguintes determinações:

3.1.3.1. Aperfeiçoar os controles internos no tocante às gestões orçamentária, pessoas e suprimento de bens e serviços, com vistas à observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no art. 37 da Constituição Federal;

3.1.3.2. Parcimônia na utilização dos recursos públicos geridos, abstando-se de efetuar gastos indevidos, a exemplo da contratação de pessoa física para validade dos licenciamentos anuais dos veículos prevista na Instrução Normativa SAF/PR nº 10/90;

3.1.3.3. Proceder ao cadastramento no SIAFI de todos os acordos firmados pela Escola, nos termos dos arts. 83 e 87 da Lei nº 4.320/64 e do art. 52 do Decreto nº 93.872/86;

3.1.3.4. Efetuar, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.112/90 e art. 8º, Parágrafo único do Decreto nº 343/91, o recolhimento do valor total de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) oriundos do FAT/PLANFOR através do Convênio nº 009/97, assinado entre a Escola Agrotécnica Federal de Castanhal - EAFC e a Secretaria Executiva do Trabalho e Promoção Social do Estado do Pará – SETEPS/PA, recebidos a título de diárias, na qualidade de Coordenador do Plano de Educação Profissional – PEP, uma vez caracterizada nos autos a autoconcessão de diárias, com base em documentos inverídicos, não restando comprovados os afastamentos do servidor.

3.1.3.5. Observar o disposto nos arts. 62 e 63, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.320/64, abstando-se de efetuar pagamento antecipado sem a prestação efetiva do serviço contratado;

3.1.3.6. Promover o gerenciamento das informações funcionais dos servidores da Escola, com vistas ao cumprimento do Decreto nº 977/93 e da Instrução Normativa nº 12, de 23/12/1993, relativos aos aspectos legais do pagamento da Assistência Pré-escolar aos servidores e demais vantagens e benefícios pecuniários;

3.1.3.7. Observar o disposto na Lei nº 8.745/93, quando da contratação temporária de pessoal;

3.1.3.8. Dar ampla divulgação aos processos licitatórios realizados pela Escola, em cumprimento ao Princípio da Publicidade previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, e ao disposto no arts. 21, inciso III, e 34, §1º, da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores;

3.1.3.9. Atentar para o disciplinado no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, concernente à proibição de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação em participar de processo licitatório;

3.1.3.10. Dar fiel cumprimento aos prazos previstos no art. 21, §§ 2º e 3º, e 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94 e 9.648/98;

3.1.3.11. Proceder ao planejamento criterioso das necessidades dos diversos setores e programas, com vistas à aquisição de materiais e/ou contratação de serviços nas modalidades regulares estabelecidas no art. 22, incisos I a V, da Lei nº 8.666/93, conforme o caso, atentando para o caráter especial das exceções previstas nos arts. 24 e 25 da citada norma legal;

3.1.3.12. Envidar esforços para ampliar o universo de fornecedores, de modo a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, na forma prevista no art. 3º da Lei nº 8.666/93, ressaltada a proibição de seu § 1º, inciso I, quanto ao direcionamento às empresas sediadas em Castanhal/PA;

3.1.3.13. Aperfeiçoar os mecanismos de controle para otimização dos recursos empregados, na forma prevista na Instrução Normativa SEDAP/PR nº 205, de 08/04/1988, evitando desperdícios, registrando-se, afinal, que a licitação de grandes quantidades, com aprazamento das entregas e do pagamento respectivo, resulta em maior economicidade, descaracterizando as alegações de falta de condições de armazenamento e a ocorrência de riscos;

3.1.3.14. Fazer constar do Relatório de Gestão, dentre outros elementos, os indicadores de gestão que permitam aferir a eficiência, eficácia e economicidade da ação administrativa, levando-se em conta os resultados quantitativos e qualitativos alcançados pela entidade, com vistas ao cumprimento do art. 16, inciso II, letra “c”, da Instrução Normativa TCU nº 12/96;

3.1.3.15. Cuidar para que o relacionamento entre a Escola Agrotécnica Federal de Castanhal/PA e sua Cooperativa-Escola, seja de acordo com o disposto no art. 27 do Decreto nº

2.548/98 combinado com o art. 66 da Portaria MEC nº 997/98, não procedendo, em consequência, a descentralização de atribuições próprias da Escola e, conseqüente repasse de recursos, sem o devido respaldo legal, a exemplo dos acordos celebrados com a SETEPS/PA;

3.1.4. Seja expedida comunicação à Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessola de Nível Superior – CAPES sobre as ocorrências abaixo relacionadas, para os fins previstos no art. 31, § 1º, incisos I e II da Instrução Normativa STN nº 01/97, constante do inciso I das Condições Essenciais do Termo de Convênio nº 061/99 celebrado com a Escola Agrotécnica Federal de Castanhal/PA:

3.1.4.1. Os professores beneficiários das bolsas de estudo não participaram de cursos de aperfeiçoamento/capacitação, conforme previsto no objetivo do Programa; e

3.1.4.2. Dois professores estão afastados cursando mestrado e percebem cumulativamente duas bolsas, uma do mestrado e outra do PAP.

3.1.5. Quanto às demais impropriedades relacionadas à Cooperativa-Escola, sejam ratificadas as recomendações apresentadas pelo Controle Interno às fls. 61, letras “a” a “l”, dando-se conhecimento da decisão adotada à Direção da Escola e à Cooperativa.”

5. Posteriormente, a Auditoria Interna da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessola de Nível Superior – CAPES, em comunicado dirigido à Secex/PA via correio eletrônico (f. 336 do Volume 1), prestou esclarecimentos adicionais, noticiando a regularização das impropriedades registradas no item 2.2.10.3 da instrução transcrita no item precedente. Dessa forma, a unidade técnica entende dispensável a determinação consignada no item 3.1.4 da referida instrução.

6. Ao apreciar a matéria, assim se expressou o representante do Ministério Público junto ao Tribunal:

“.....

3. Cabe destacar, inicialmente, que a maioria das ocorrências apontadas neste processo são falhas de natureza essencialmente formal decorrentes de inobservância de normas legais e regulamentares sem indícios de que resultaram em dano ao Erário, ou que tenha havido má-fé dos responsáveis quando praticaram os atos questionados.

4. A própria Unidade Técnica descarta a possibilidade de aplicação de multa aos responsáveis, por considerar a transição administrativa ocorrida no exercício um fator determinante para o cometimento das falhas em comento, o que reforça a tese de inexistência de má-fé dos agentes envolvidos.

5. Além disso, observa-se que boa parte das anomalias detectadas foram adequadamente justificadas ou esclarecidas pelos responsáveis, sendo que, em muitos casos, as falhas já se encontram atualmente sanadas ou estão em fase de regularização em virtude das medidas adotadas pela administração da escola.

6. No que tange à questão específica do pagamento de diárias ao Coordenador do Plano de Educação Profissional – PEP – professor Leonardo Munehiro Shimpó, no valor total de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), de fato, não constam nos autos documentos com força probatória suficiente para demonstrar o efetivo deslocamento do beneficiário para exercer a coordenação dos trabalhos nos locais dos eventos relacionados ao aludido programa, no período de recebimento dos recursos, sendo ainda constatada inobservância ao princípio da segregação de funções, caracterizada pela auto-concessão das diárias pelo próprio recebedor das mesmas.

7. Tais ocorrências, portanto, impõem que seja feita determinação ao responsável pela Escola Agrotécnica Federal de Castanhal, que atualmente é o próprio Sr. Leonardo Munehiro Shimpó, no sentido de proceder a restituição do valor integral das diárias impugnadas, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.112/90, conforme proposto no item 3.1.3.4 da conclusão de fls. 333/334, devendo, a propósito, ser orientada a SECEX/PA que acompanhe a efetiva implementação dessa medida e informe sobre o assunto nas contas da Escola relativas ao exercício de 2001.

8. Ante o exposto e considerando tudo o que se contém nos autos, este Representante do Ministério Público, com as vênias de praxe por discordar da proposta de mérito da Unidade Técnica, propugna no sentido de serem estas contas julgadas regulares com ressalva, dando-se

quitação aos responsáveis, sem embargo das determinações elencadas nos itens 3.1.3 a 3.1.5 da conclusão de fls. 333/334 com vistas à correção das impropriedades indicadas de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso, II, e 18, da Lei nº 8.443/92, combinado com o art. 158 do Regimento Interno desta Corte.”

É o relatório.

VOTO

De fato, assiste razão ao representante do Ministério Público ao afirmar que a maioria das falhas constatadas na gestão da Escola Agrotécnica Federal de Castanhal são de natureza formal, insuficientes, por conseguinte, para levar à irregularidade das contas, merecendo determinações corretivas por parte deste Tribunal. Não existem, nos autos, indícios de que os responsáveis tenham atuado com má-fé, ou de que as falhas apontadas tenham provocado injustificado dano ao erário.

2.Dessa forma, acolho o parecer do Ministério Público e VOTO por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto a deliberação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

IRAM SARAIVA
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 209/2001-TCU-Plenário

1. Processo nº 007.556/2000-5 (c/ um volume)
2. Classe de Assunto: IV – Prestação de Contas
3. Entidade: Escola Agrotécnica Federal de Castanhal – PA
4. Responsáveis: José Ferreira dos Santos (Diretor-Geral de 1º/1/1999 a 10/3/1999), Clerle Santos Costa (Diretor-Geral de 11/3/1999 a 23/4/1999) e Leonardo Munehiro Shimpo (Diretor-Geral de 24/4/1999 a 31/12/1999)
5. Relator: Ministro Iram Saraiva
6. Representante do Ministério Público: Dr. Paulo Soares Bugarin
7. Unidade Técnica: Secex/PA
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da prestação de contas da Escola Agrotécnica Federal de Castanhal/PA referente ao exercício de 1999.

Considerando que a Secretaria Federal de Controle Interno certificou a regularidade com ressalvas das presentes contas;

Considerando que os responsáveis ouvidos em audiência pelo Tribunal lograram justificar as ocorrências verificadas nas contas;

Considerando a natureza formal das falhas detectadas;

Considerando a proposição do Ministério Público junto a este Tribunal no sentido da regularidade com ressalva das contas em questão;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

8.1. acolher as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis ouvidos em audiência, para, com fundamento nos artigos 1º, inciso I e 16, inciso II, 19, e 23, inciso II, da Lei nº 8.443/92, julgar regulares com ressalva as presentes contas, dando quitação aos Srs. José Ferreira dos Santos, Clerle Santos Costa e Leonardo Munehiro Shimpo;

8.2. determinar à Escola Agrotécnica Federal de Castanhal que:

8.2.1. aperfeiçoe os controles internos no tocante às gestões orçamentária, de pessoal e de suprimento de bens e serviços, com vistas à observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no art. 37 da Constituição Federal;

8.2.2. atue com parcimônia na utilização dos recursos públicos geridos, abstendo-se de efetuar

gastos indevidos, a exemplo da contratação de pessoa física para validade dos licenciamentos anuais dos veículos prevista na Instrução Normativa SAF/PR nº 10/90;

8.2.3. proceda o cadastramento no SIAFI de todos os acordos firmados pela Escola, nos termos dos arts. 83 e 87 da Lei nº 4.320/64 e do art. 52 do Decreto nº 93.872/86;

8.2.4. observe o disposto nos arts. 62 e 63, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.320/64, abstendo-se de efetuar pagamento antecipado sem a prestação efetiva do serviço contratado;

8.2.5. promova o gerenciamento das informações funcionais dos servidores da Escola, com vistas ao cumprimento do Decreto nº 977/93 e da Instrução Normativa nº 12, de 23/12/1993, relativos aos aspectos legais do pagamento da Assistência Pré-escolar aos servidores e demais vantagens e benefícios pecuniários;

8.2.6. observe o disposto na Lei nº 8.745/93, quando da contratação temporária de pessoal;

8.2.7. dê ampla divulgação aos processos licitatórios realizados pela Escola, em cumprimento ao Princípio da Publicidade previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, e ao disposto no arts. 21, inciso III, e 34, §1º, da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores;

8.2.8. atente para o disciplinado no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, concernente à proibição de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação em participar de processo licitatório;

8.2.9. dê fiel cumprimento aos prazos previstos no art. 21, §§ 2º e 3º, e 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, alterada pelas Leis nº 8.883/94 e 9.648/98;

8.2.10. realize planejamento criterioso das necessidades dos diversos setores e programas, com vistas à aquisição de materiais e/ou contratação de serviços nas modalidades regulares estabelecidas no art. 22, incisos I a V, da Lei nº 8.666/93, conforme o caso, atentando para o caráter especial das exceções previstas nos arts. 24 e 25 da citada norma legal;

8.2.11. envide esforços para ampliar o universo de fornecedores, de modo a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, na forma prevista no art. 3º da Lei nº 8.666/93, ressaltada a proibição de seu § 1º, inciso I, quanto ao direcionamento às empresas sediadas em Castanhal/PA;

8.2.12. aperfeiçoe os mecanismos de controle para otimização dos recursos empregados, na forma prevista na Instrução Normativa SEDAP/PR nº 205, de 08/04/1988, evitando desperdícios, registrando-se, afinal, que a licitação de grandes quantidades, com aprazamento das entregas e do pagamento respectivo, resulta em maior economicidade, descaracterizando as alegações de falta de condições de armazenamento e a ocorrência de riscos;

8.2.13. faça constar do Relatório de Gestão, dentre outros elementos, os indicadores de gestão que permitam aferir a eficiência, eficácia e economicidade da ação administrativa, levando-se em conta os resultados quantitativos e qualitativos alcançados pela entidade, com vistas ao cumprimento do art. 16, inciso II, letra “c”, da Instrução Normativa TCU nº 12/96;

8.2.14. cuide para que o relacionamento entre a Escola Agrotécnica Federal de Castanhal/PA e sua Cooperativa-Escola ocorra de acordo com o disposto no art. 27 do Decreto nº 2.548/98 combinado com o art. 66 da Portaria MEC nº 997/98, não procedendo à descentralização de atribuições próprias da Escola e, em consequência, o repasse de recursos sem o devido respaldo legal, a exemplo dos acordos celebrados com a SETEPS/PA;

8.2.15. no tocante às impropriedades relacionadas à Cooperativa-Escola, observe as recomendações apresentadas pelo Controle Interno, alíneas “a” a “I”, no Anexo ao Relatório de Auditoria nº 043681 – Processo nº 23000.057577/2000-05 elaborado pela Gerência Regional de Controle Interno no Estado do Pará;

8.2.16. adote providências no sentido de que o Sr. Leonardo Munehiro Shimpo efetue, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.112/90 e art. 8º, parágrafo único, do Decreto nº 343/91, o recolhimento aos cofres da Escola Agrotécnica Federal de Castanhal/PA da quantia de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), recebida a título de diárias, na qualidade de Coordenador do Plano de Educação Profissional – PEP, não restando comprovados os afastamentos que fundamentariam a concessão dos recursos;

8.3. orientar a Secex/PA para que verifique o cumprimento das determinações efetuadas, informando as providências adotadas pela Escola para impedir a repetição das falhas verificadas no presente processo e, em especial, sobre a devolução de recursos tratada no item 8.2.16 precedente.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

IRAM SARAIVA
Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC-005.453/1997-6 (com 01 volume)

Natureza: Tomada de contas (exercício de 1996)

Órgão: Cerimonial do Ministério das Relações Exteriores

Responsáveis: Frederico Cezar de Araújo e outros

Ementa: Tomada de contas, exercício de 1996. Identificação de impropriedades que não acarretaram dano ao erário. Regularidade com ressalva. Determinações.

Cuidam os autos da tomada de contas, exercício de 1996, do Cerimonial do Ministério das Relações Exteriores.

No âmbito do Controle Interno, após a adoção das providências a seu cargo, foi certificada a regularidade com ressalva das contas (fl. 30), tendo a autoridade ministerial competente tomado conhecimento do relatório e do certificado de auditoria correspondentes (fl. 32).

Submetidos os autos ao exame da 3ª SECEX, esta, após obter, mediante diligência, informações da unidade gestora acerca das providências adotadas para implementação das determinações formuladas pelo Tribunal no âmbito das contas do órgão referentes ao exercício de 1994, julgadas em abril/96, destacou os seguintes aspectos suscitados pela Ciset/MRE no relatório de auditoria de gestão (fls. 50/58):

- a) falhas na formalização e na tramitação de processos de pagamentos; e,
- b) aquisição de presentes para autoridades estrangeiras, bem como contratação de serviços de decoração, hospedagem, bufê e locação de automóveis, sem licitação.

Relativamente às impropriedades indicadas na alínea “a”, a instrução sugeriu, ante seu caráter formal, fossem direcionadas à unidade, oportunamente, determinações corretivas.

Quanto às ocorrências reportadas na alínea “b”, a Unidade Técnica considerou satisfatórios os esclarecimentos apresentados pelo órgão no tocante aos serviços de hospedagem, sobretudo em face da singularidade das demandas do MRE nessa área, já reconhecidas pelo TCU quando da prolação da Decisão nº 447/97-Plenário. Nos demais casos, todavia, propugnou a audiência do responsável, Sr. Frederico Cezar de Araújo, medida essa autorizada pelo então relator do feito.

Presentes nos autos as razões de justificativa do gestor (fl. 66 e Volume I), o AFCE encarregado da instrução empreendeu a análise abaixo sumariada (fls. 68/75):

Serviços de decoração

Ocorrência: “Não realização de licitação, no curso de todo o exercício de 1996, para contratação de serviços de decoração de arranjos florais, levando à realização de aquisições sucessivas, todas com dispensa de licitação, caracterizando fracionamento de despesas.”

Razões de Justificativa: O contrato anterior, para prestação dos serviços, expirou em 16/06/95. Elaborado o edital para nova licitação, este revelou-se inadequado às necessidades do Ministério, o que ensejou a realização de estudos e levantamentos complementares antes da abertura

do certame. Esse trabalho teve seu desenvolvimento bastante prejudicado em face da aguda carência de pessoal experimentada, no período, pelo Cerimonial, de sorte que apenas em março de 1997 pôde ser realizada a tomada de preços que culminou com a assinatura do novo contrato, em agosto do mesmo ano. Até então, as contratações, para cada evento, eram efetuadas mediante consulta a três fornecedores e seleção da proposta de menor preço.

Análise: *“A unidade deveria ter iniciado as medidas para realização da licitação com tempo suficiente para que se pudesse assinar novo contrato antes do término do anterior. Tal observação, no entanto, diz respeito ao exercício de 1995. O que causa mais estranheza, entretanto, é o fato de que essa situação perdurou por mais de dois anos.”* Ademais, em auditoria realizada em 1999 (TC-003.499/1999-5), constatou-se que as consultas de preços mencionadas pelo responsável, realizadas durante o exercício de 1997, restringiram-se sempre às mesmas três empresas, havendo, ainda, indícios da existência de estreito vínculo entre elas.

Locação de veículos

Ocorrência: Contratação direta de serviços de locação de veículos, mediante declaração de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Razões de Justificativa: Mediante a Concorrência nº 01/95, o Ministério esperava contratar serviços de locação de automóveis em todo o Brasil. Isso, contudo, não foi possível, uma vez que, à exceção de Brasília, todos os demais lotes foram revogados, *“tendo em vista que a única proposta para os lotes correspondentes às outras localidades continha preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional.”* Em vista disso, o Cerimonial, orientado pela Consultoria Jurídica, passou a realizar contratações isoladas, quando necessário, mediante consulta prévia a pelo menos três empresas do ramo, com fundamento no art. 24, inciso VII, da Lei nº 8.666/93. Mais tarde, em 15/08/96, objetivando minimizar o problema, foi solicitada pelo órgão a abertura de convites para a prestação dos serviços fora de Brasília. Entretanto, a comissão de licitação concluiu pela impossibilidade de promoção do certame, nas condições requeridas, nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Foz do Iguaçu, o que ensejou contratações diretas com declaração de inexigibilidade de licitação. Finalmente, em julho de 1997, após a realização de nova concorrência, foi firmado novo contrato de locação, abrangendo, desta feita, todas as capitais brasileiras.

Análise: Em que pese não ter sido encaminhada toda a documentação comprobatória do alegado, *“o Tribunal pode considerar como razoáveis as razões de justificativa apresentadas, levando-se em conta que foi demonstrado efetivo esforço por parte da unidade em realizar os devidos processos licitatórios.”*

Serviços de bufê

Ocorrência: *“Demora na elaboração de edital de licitação para contratação de serviços de bufê, uma vez que a Concorrência nº 04/95 foi anulada em janeiro de 1996 e o novo edital só foi publicado em outubro daquele ano, levando à realização de aquisições sucessivas com dispensa de licitação, caracterizando fracionamento de despesas.”*

Razões de Justificativa: Em novembro de 1995, foi concluída a Concorrência nº 04/95, destinada à contratação dos referidos serviços. Na ocasião, a única empresa habilitada no certame, a Di Gagliardi Buffet Ltda., apresentou preços manifestamente superiores aos do mercado nacional, o que ensejou a revogação da licitação. Enquanto eram realizadas consultas técnicas com vistas ao lançamento do novo processo, o Cerimonial continuou a contratar por dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso VII, da Lei nº 8.666/93, sempre com prévia consulta a três empresas do ramo. Em outubro de 1996, foi aberta a Concorrência nº 05/96, que, após longa batalha judicial, culminou com a assinatura do novo contrato, em 02/06/98, com a empresa vencedora.

Análise: Essa questão foi tratada pelo TCU nos autos do TC-013.087/97-5, originário de representação movida pelo Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. *“Considerando que a Decisão nº 739/98-Plenário, exarada sobre o mencionado processo de representação, determinou a realização de auditoria no Cerimonial, atualmente em tramitação nesta Corte (TC-003.499/1999-5), e, ainda, as dificuldades encontradas pelo órgão para resolver a questão levantada pela empresa Di Gagliardi, que resvalou para a esfera judicial, podem ser relevadas as falhas que originaram a audiência em comento.”*

Aquisição de presentes

Ocorrência: Aquisição direta de objetos para presentes, mediante fracionamento de despesas

e declaração de inexigibilidade de licitação.

Razões de Justificativa: Nos programas de visitas de Chefes de Estado e de Governo estrangeiros ao Brasil, bem como do Presidente e do Vice-Presidente da República ao exterior, é praxe a troca de presentes. Esses presentes devem ser cuidadosamente escolhidos, pois que necessária a observância de diversos critérios, como sua representatividade e sua equivalência com o presente recebido. Nesse sentido, o Cerimonial tem prestigiado a aquisição de objetos de arte confeccionados com pedras brasileiras, por serem bastante apreciados internacionalmente. Essas aquisições têm sido feitas junto ao Grupo GAL (Adriana de Benedictis Marinoni ME), empresa que tem protagonizado inúmeras exposições no Brasil e no exterior, sempre com grande êxito de crítica. No período de junho a dezembro de 1996, não foi possível programar com antecedência a necessidade do Cerimonial no tocante a presentes, daí o alegado fracionamento. Quanto à não-realização de licitação, a Consultoria Jurídica do Ministério manifestou-se pela inexigibilidade do procedimento, considerando tratem-se de “*serviços de atividade singular, sendo que a singularidade, nos casos em tela, se revela por ser produção artística que se define pelo cunho pessoal ou coletivo expressado em características artísticas*”.

Análise: “*Ficou patente o fracionamento das despesas argüido. Mesmo que os valores unitários das contratações fossem inferiores ao limite estabelecido para dispensa, deveria ser licitada a aquisição que, somada às anteriores, atingisse o valor enquadrado na exigência de licitação.*” Quanto à alegada inexigibilidade, “*nota-se que jamais houve contratação da profissional Adriana de Benedictis Maninoni, mas, diferentemente, conforme comprovam os documentos apresentados pelo responsável às fls. 462/481 do Volume I, foram feitas aquisições de objetos colocados à venda por sua micro-empresa. Dessa forma, não seria cabível a aplicação do art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93 para justificar as aquisições de presentes. Além disso, existe exigência legal, consubstanciada nos incisos II e III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, de que, nas contratações por inexigibilidade, seja justificada a razão da escolha do fornecedor ou executante e que seja justificado o preço. As justificativas para a escolha do fornecedor são questionáveis e não foi apresentada nenhuma justificativa para os preços praticados.*”

Conclusivamente, propôs a instrução:

a) a irregularidade das contas, ante as falhas identificadas na contratação de serviços de decoração e na aquisição de objetos de arte para presentes;

b) a aplicação de multa ao responsável, com fulcro no art. 58, incisos I e II, da Lei nº 8.443/92;

c) a autorização para cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação;

d) o endereçamento de determinações ao órgão, no sentido de que:

“*i – nas futuras contratações de arranjos florais e de presentes, obedeça aos limites previstos no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666/93;*

ii – se abstenha de realizar compras de presentes por inexigibilidade de licitação.”

Dissentindo, em parte, do Analista, a Diretora da 2ª Divisão Técnica, com a anuência do titular da Secretaria, assim se manifestou (fls. 76/77):

“*As ocorrências ora examinadas suscitam a retomada das competências do Cerimonial. Como visto à fl. 13, compete ao Cerimonial, entre outras funções, planejar e executar visitas de personalidades estrangeiras ao Brasil, organizar visitas oficiais do Presidente da República, do Vice-Presidente da República e do Ministro de Estado das Relações Exteriores ao exterior; organizar recepções e solenidades oficiais de que esteja incumbido o Ministério; tratar dos privilégios e imunidades das Missões diplomáticas estrangeiras, das Representações de Organismos Internacionais e das repartições consulares estrangeiras sediadas no Brasil e de seus membros; secretariar os Conselhos das Ordens Nacional do Cruzeiro do Sul e do Rio Branco.*

Na organização dos aspectos protocolares das visitas que organiza no cumprimento de sua missão, o Cerimonial necessita contratar serviços de buffet para a realização de evento social (almoço, jantar ou coquetel) com que a autoridade brasileira anfitriã homenageia a visitante. O Cerimonial contrata, também, serviços de decoração floral das dependências do Palácio, por ocasião dos eventos sociais; serviços gráficos para a impressão de programas de visitas, de cartões de convite, de cartões de mesa, de cartões de braço, de menus para os cardápios oferecidos, etc., além de confecção de bandeiras.

Para cumprir a prática internacional na matéria, segundo a qual cabe ao país anfitrião arcar com a hospedagem e o transporte do visitante e de seus acompanhantes, o Cerimonial contrata locação de veículos e hospedagem em hotéis, nas diversas cidades incluídas na programação do visitante. Outra prática internacional observada nessas ocasiões, também administrada pelo Cerimonial, corresponde à troca de presentes e condecorações.

Verifica-se às fls. 15/16 quadro resumo das atividades desenvolvidas pelo Cerimonial no ano de 1996. No mesmo quadro, observa-se a comparação dos resultados obtidos pela Unidade com o ano de 1995. O quadro reflete a dinâmica da política externa brasileira (movimentações oficiais de autoridades brasileiras ao exterior e recepção de personalidades estrangeiras), o que exige um incremento da atividade diplomática brasileira, inserindo-se aí a atuação do Cerimonial.

No cumprimento de suas funções, durante o exercício de 1996, o Cerimonial descumpriu requisitos da Lei n.º 8.666/93, como já mencionado. Essa constatação, porém, não deverá, segundo pensamos, comprometer todo um rol de atividades, que, no conjunto, compõem tarefas atípicas no âmbito da Administração e exigem pronta atuação, com requisitos de excelência na prestação dessas atividades, uma vez que ao Cerimonial cabe abrir as portas do País aos possíveis interessados em fazer negócios aqui.

Por outro lado, é sabido que a verificação da legalidade dos atos de gestão praticados pelo administrador público é tarefa diuturna deste Tribunal. Não tem, porém, se descuidado esta Corte de Contas de avaliar, ao lado dos aspectos da legalidade, o grau de eficiência e efetividade desses mesmos administradores na condução de suas atribuições funcionais.

Assim, é que, reconhecendo o descumprimento de dispositivos legais por parte do Chefe do Cerimonial do MRE, não podemos deixar de reconhecer também que o citado servidor público apresentou o resultado de sua gestão, durante o exercício em tela, demonstrando o cumprimento da missão a seu cargo.

Acrescente-se que das cinco falhas atribuídas ao gestor, duas foram consideradas elididas na análise procedida pelo Sr. Analista. As demais ocorrências, a nosso ver, não encerram intenção deliberada de descumprir a legislação vigente ou de mal gerir os recursos públicos que foram confiados ao gestor, tampouco se comprovou dano ao erário no exame destes autos.

Ante o exposto, entendemos que as ocorrências observadas no presente exame são suficientes para macular a gestão do Chefe do Cerimonial no decorrer do exercício de 1996. Contudo, não vislumbramos motivo suficiente para a aplicação das multas propostas e para a irregularidade das contas, mormente porque, ao observarmos a tomada de contas da Unidade relativa ao exercício de 1997, pudemos verificar que foram adotadas medidas saneadoras com vistas à falha atinente à contratação sucessiva de serviços de arranjos florais (vide TC 002.504/1998-7, julgado na Sessão da Primeira Câmara de 20.01.99, Relação n.º 11/99, Ata n.º 12/99). Dessa forma, dissentimos da proposição de mérito apresentada às fls. 74/75 e propomos que as presentes contas sejam julgadas regulares com ressalva, nos termos dos arts. 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei n.º 8.443/92, dando-se quitação aos responsáveis arrolados às fls. 1 e 2, sem prejuízo de ser determinado ao responsável, ou a quem lhe haja sucedido, que atente para os dispositivos da Lei n.º 8.666/93, especialmente aqueles relativos à contratação com inexigibilidade de licitação, apresentando as devidas justificativas para a escolha do fornecedor e para o preço praticado.”

O Ministério Público, por sua vez, em parecer do Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas, consignou (fls. 80/82):

“.....
Quanto ao item ‘a’ [serviços de decoração], o responsável informa que o Cerimonial manteve contrato com a empresa Flores da Alvorada Ltda. de 17.06.93 a 16.06.95. **Em 28.07.95**, a Comissão Permanente de Licitação encaminhou minuta de edital ao Cerimonial, que a recusou, por entender que não atendia às necessidades da Unidade.

Somente em **março de 1997** teve início o certame licitatório, sendo que o contrato com a vencedora, empresa Flores da Alvorada Ltda., foi firmado em 29.08.97.

O responsável sustenta que enquanto não finalizado o processo de licitação, foi necessário proceder levantamento de preços junto a três fornecedores para cada evento.

Não havendo provas de que tais levantamentos foram efetuados e considerando que esse procedimento não constitui modalidade prevista pela Lei de Licitações, podemos admitir que o

responsável promoveu compra direta em virtude de situação emergencial.

Ou seja, não havendo como deixar de comprar flores, o que se constitui situação de emergência, o Cerimonial efetuou a compra sem a precedência do devido certame licitatório, numa situação que muito se assemelha à de dispensa de licitação.

*Não obstante, **in casu**, a dispensa de licitação seria providência injustificável, porque o Órgão deveria ter promovido a licitação meses antes do término do contrato anterior.*

Segundo informações do próprio responsável, a Unidade enviou memorando à Comissão Permanente de Licitação em 25.05.95, apenas 22 dias antes de expirar o contrato anterior, e, dessa forma, somente em julho de 95 é que a CPL encaminhou minuta do edital à Unidade.

Portanto, no caso das compras de flores sem licitação, resta patente que a situação emergencial decorreu de falta de planejamento ou negligência da Unidade.

Quanto ao assunto, cabe-nos lembrar, por oportuno, que, em diversas ocasiões (v.g. Decisão nº 530/96-Plenário, Decisão nº 811/96-Plenário e Decisão nº 172/96-Plenário), o E. Tribunal de Contas da União determinou aos órgãos e entidades envolvidos que se abstivessem de realizar contratação direta, com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso IV, quando a emergência decorrer de falta de planejamento.

Destacamos o contido na Decisão 347/94 (Ata 22/94, TC 009.248/94-3), em que o Plenário da E. Corte de Contas, ao responder a consulta formulada pelo Exmo. Ministro dos Transportes Rubens Bayma Denys, estabeleceu como uma das condições para a dispensa de licitação em virtude de situação emergencial o seguinte:

‘que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação’.

Quanto ao item ‘b’ [locação de veículos], pelas razões expendidas nos itens 15 e 16 da instrução, pertinentes são as justificativas do responsável, apesar de estarem desacompanhadas de documentos comprobatórios.

Não obstante, tendo passado muito tempo desde a tentativa de realização do certame licitatório, parece-nos oportuno determinar ao Órgão que promova certame licitatório para contratação de locação de automóveis em cidades onde não haja empresa contratada em razão de licitação regularmente realizada.

Quanto ao item ‘c’ [serviços de bufê], perfilhamos entendimento da Unidade Técnica no sentido de que as justificativas podem ser aceitas, embora tenha restado patente certa falta de agilidade na realização de licitações, mormente as levantadas pela empresa vencedora da licitação cancelada, Gagliardi Buffet Ltda., que diminuem a importância das falhas cometidas.

Os itens ‘d’ e ‘e’ do ofício de audiência dizem respeito à aquisição de presentes, em que o responsável afirma que é praxe a oferta de presentes a Chefes de Estado e de Governo Estrangeiros em visita ao Brasil, bem como a oferta de presentes por parte do Presidente e do Vice-Presidente do Brasil quando em viagem ao exterior.

Quanto ao item ‘d’ [fracionamento das aquisições], o responsável alega que havia dificuldade de previsão de eventos na época, o que resultou sucessivas compras da empresa Adriana de Benedictis Marinoni - ME, mas não demonstrou a impossibilidade de prevê-los, caracterizando-se também a falta de planejamento.

*Quanto ao item ‘e’ [declaração de inexigibilidade] do ofício de audiência, o responsável afirma que a compra dos presentes sem a precedência de licitação tinha como fundamento o art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, **in verbis**:*

‘Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

III – para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.’

Como observou a Unidade Técnica (fl. 74), não houve contratação da profissional Adriana Benedictis Marinoni, conforme comprovam documentos (fls. 462/481, vol. I), pois o Órgão adquiriu objetos comercializados pela referida micro-empresa que não foram confeccionados pela artista

Adriana Benedictis Marinoni.

Apesar de que não foi a pessoa física Adriana Benedictis Marinoni a fornecedora e autora da peças de arte, o que, de pronto, afasta a possibilidade de fundamentação da inexigibilidade no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, convém ressaltar que mesmo que assim fosse, não há elementos que indiquem que essa artista é consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O fato de os atos irregulares praticados pelo gestor terem respaldo de pareceres jurídicos não exime o Sr. Frederico Cezar de Araújo de responsabilidade.

Por fim, o Relatório Sintético de Auditoria de Gestão nº 10/97 (fls. 21 a 29), elaborado pela Secretaria de Controle Interno do Ministério das Relações Exteriores, indica a ocorrência de falhas da natureza formal em seus itens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.6, 6.2, 6.4 e 6.5.

Considerando ter havido descumprimento de normas da Lei nº 8.666/93, apesar de não se provar a ocorrência de dano ao Erário; considerando não se ter demonstrado o envolvimento dos demais gestores da Unidade no cometimento das irregularidades pelas quais foi ouvido em audiência o gestor principal; considerando a ocorrência de diversas outras falhas de caráter formal; este representante do Ministério Público manifesta anuência à proposta aduzida pela instrução (fls. 74 e 75), ressaltando o item ‘irregularidade das contas’, que pode indicar a irregularidade apenas para as contas do Sr. Frederico Cezar de Araújo, e acrescentando o seguinte:

‘e.1) com fundamento no art. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei nº 8.443/92, sejam julgadas regulares com ressalva as contas dos demais responsáveis arrolados (fls. 1 e 2), com quitação.

(...)

f) determine ao responsável pela unidade que:

(...)

III - se já não o fez, promova certame licitatório para contratação de locação de automóveis em cidades onde não haja empresa contratada em razão de licitação regularmente realizada;

IV - adote medidas para corrigir as falhas indicadas nos itens 6.1.2, 6.1.3, 6.1.6, 6.2, 6.4 e 6.5 do Relatório Sintético de Auditoria de Gestão nº 10/97, elaborado pela Secretaria de Controle Interno do Ministério das Relações Exteriores.”

É o Relatório.

VOTO

Conforme se verifica no relatório precedente, sobressaem dos autos as questões – afetas ao Cerimonial do Ministério das Relações Exteriores – relativas à ausência de licitação, durante o exercício de 1996, para a contratação de serviços de decoração e para a aquisição de presentes. No primeiro caso, as contratações diretas se deveram à demora na conclusão do respectivo certame. No segundo, ao entendimento de que as aquisições, por recaírem sobre objetos de arte, estariam amparadas pelo instituto da inexigibilidade de licitação.

A propósito, impende observar que ambas as ocorrências foram objeto de detido exame desta Corte na Sessão de 11/07/2001, quando do julgamento do TC-003.499/1999-5, referente a auditoria realizada no órgão (Acórdão nº 165/2001 – Plenário).

Naquela assentada, o Tribunal, em relação aos serviços de decoração, decidiu, nada obstante reprovar o lapso de dois anos com contratações emergenciais, acolher as justificativas apresentadas, considerando “as características típicas da atividade de cerimonial, totalmente compatíveis com tais aquisições”, a “existência de um procedimento licitatório em curso” e, principalmente, “as peculiaridades do mercado de flores”, isso sem prejuízo de “encaminhar determinações à unidade para que planeje suas compras de modo a evitar a realização de despesas que possam caracterizar fracionamento, tendo em vista o disposto no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666/93.”

Aqui, não posso deixar de salientar, como outra atenuante para a falha cometida, a comprovada deficiência de pessoal experimentada pelo órgão no período, o que, inegavelmente, trouxe significativos prejuízos para o bom andamento dos trabalhos a seu cargo.

No tocante à aquisição direta de objetos para presentes, o Tribunal, acompanhando entendimento por mim manifestado na ocasião, entendeu descaracterizada a irregularidade, ante a

efetiva condição, na hipótese, de inexigibilidade de licitação, quer pelas características dos artigos adquiridos – peças de arte confeccionadas em prata e em pedras brasileiras –, quer por sua destinação – cerimônias protocolares de troca de presentes com autoridades estrangeiras, por ocasião de visitas oficiais. Reproduzo, a seguir, trecho do voto que proferi na oportunidade:

“(…) reza [o inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93] que é inexigível a licitação ‘para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública’.

A Lei neste caso não estabelece, como faz crer a Unidade Técnica, que devam ser apresentados documentos que comprovem que se trata de único fornecedor, até porque a existência de mais de um fornecedor pressupõe que os produtos adquiridos são manufaturados, passíveis de comparação com outros de mesma finalidade, circunstância inconcebível para objetos de arte.

Conforme observa o Professor Marçal Justen Filho, em seu livro Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: ‘A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações’.”

A propósito, o fato de os objetos adquiridos pelo MRE terem sido comercializados pela microempresa ‘Adriana Benedictis Marinoni - ME’ não autoriza a conclusão, aventada pela instrução e pelo representante da Procuradoria, de que os mesmos não sejam de autoria da artista. O porte e a natureza do estabelecimento fornecedor indicam precisamente o contrário, ou seja, que a concepção, o esboço e a aprovação final de cada peça – elementos que conferem identidade às obras – são, sim, fruto da criação da Sra. Adriana Benedictis, ainda que a confecção dos objetos tenha sido delegada a terceiros.

Quanto às determinações sugeridas nos pareceres, tenho-as por pertinentes, à exceção daquelas referentes aos serviços de decoração e de locação de automóveis, já formuladas nos autos do referido processo de auditoria.

Ante o exposto, acolhendo, em essência, as conclusões da Unidade Técnica, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 210/2001 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC-005.453/1997-6 (com 01 volume)
2. Classe de Assunto: IV – Tomada de contas (exercício de 1996)
3. Responsáveis: Frederico Cezar de Araújo (ordenador de despesas titular), Luis Henrique Sobreira Lopes, Roberto Colin, Marcos Leal Raposo Lopes e Tarcisio Lumack de Moura
4. Órgão: Cerimonial do Ministério das Relações Exteriores
5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira
6. Representantes do Ministério Público: Drs. Ubaldo Alves Caldas e Paulo Soares Bugarin
7. Unidade Técnica: 3ª Secretaria de Controle Externo
8. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas do Cerimonial do Ministério das Relações Exteriores, exercício de 1996.

Considerando que na gestão dos responsáveis foram identificadas impropriedades das quais não resultou dano ao erário;

Considerando que as falhas apontadas nos autos ensejam a formulação de determinações com vistas à sua correção e/ou prevenção;

Considerando que os pareceres da Diretora da 2ª Divisão Técnica e do titular da 3ª SECEX são no sentido da regularidade com ressalva das presentes contas;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, e 18 da Lei nº

8.443/92, em:

1 - julgar regulares com ressalva as contas dos responsáveis indicados no item 3 *supra*, dando-lhes quitação;

2 - determinar ao Cerimonial do MRE que:

2.1 - atente para a correta formalização dos processos de pagamento, sobretudo no tocante à necessidade de numeração e rubrica de suas peças, de anexação dos comprovantes de regularidade dos fornecedores para com o INSS, FGTS e Fazenda Federal e de anexação dos resultados das coletas de preço efetuadas;

2.2 - indique nos atos de concessão de suprimento de fundos, expressamente, o prazo para comprovação de sua aplicação;

2.3 - atente para a necessidade de designação formal de agente da administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos de interesse do órgão;

2.4 - submeta ao Controle Interno, com a periodicidade prevista em regulamento, a conciliação bancária de suas contas de arrecadação.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Relator), Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

Processo n. TC-013.377/1986-8

Apenso: TC-013.384/1986-4 (Tomada de Contas Especial);

TC-000.245/1987-9 (Pedido de vista);

TC-015.314/1986-3 (Pedido de vista) e

TC-015.424/1986-3 (Pedido de vista e de cópia).

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Entidade: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, sucessora da extinta Companhia Brasileira de Alimentos – Cobal.

Responsáveis: Orlando Loureiro Belota (falecido), Álvaro Augusto Loureiro Belota (falecido) e outros.

EMENTA: Tomadas de Contas Especiais instauradas por determinação do Plenário. Citação. Rejeição das alegações de defesa apresentadas por não elidirem a irregularidade apurada e fixação de novo prazo para recolhimento do débito. Apresentação de elementos adicionais de defesa. Análise dessa defesa complementar, em face do disposto no § 2º do art. 23 da Resolução/TCU n. 36/95. Justificativas insuficientes para comprovar a aplicação dos recursos no objeto do convênio. Contas irregulares com débito. Autorização para cobrança judicial das dívidas. Envio de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis. Determinação à Conab para que inclua o nome de

RELATÓRIO

Tratam os autos de duas Tomadas de Contas Especiais (TCs ns. 013.377/1986-8 e 013.384/1986-4 – Apenso), instauradas por força da Decisão Plenária proferida na sessão de 02/10/1986 (TC n. 002.434/1986-5), visando a apurar a responsabilidade de ex-dirigentes da extinta Companhia Brasileira de Alimentos – Cobal, sucedida pela atual Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, em razão de prejuízos decorrentes da compra de feijão por preço superior ao de mercado e do recebimento de feijão velho, sem a necessária verificação da qualidade.

2. Para melhor exposição das matérias objeto dos processos em foco, passa-se a examiná-los de forma individualizada.

3. TC-013.377/1986-8

3.1 – Na sessão de 28/03/95, a 1ª Câmara deste Tribunal, mediante a Decisão n. 065/95 (fl. 303):

3.1.1 – rejeitou, em parte, as alegações de defesa oferecidas pelos responsáveis solidários – Srs. Caetano Augusto Pan, Celestino dos Santos Cabral, Sylvio Carlos da Silva Assis, Orlando Loureiro Belota e Álvaro Augusto Loureiro Belota (este último na pessoa de seus herdeiros) – por não elidir a irregularidade concernente à compra e venda de feijão em desacordo com as normas da empresa, causando prejuízos à extinta Cobal, no valor de Cr\$ 185.135.000,00;

3.1.2 – rejeitou, em parte, as alegações de defesa oferecidas pelos responsáveis solidários – Srs. Orlando Loureiro Belota e Álvaro Augusto Loureiro Belota (este último na pessoa de seus herdeiros) – por não elidir irregularidades relacionadas à incineração e à falta em estoque de feijão, acarretando prejuízos à extinta Cobal, no valor de Cr\$ 237.896.598,00;

3.1.3 – fixou, em consequência, o prazo improrrogável de 15 dias, a contar da ciência, para que os responsáveis solidários efetuassem e comprovassem o recolhimento à Conab das quantias acima apontadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos, na forma da legislação em vigor;

3.1.4 – determinou a juntada do TC-013.384/1986-4 ao processo em epígrafe para que fossem apreciados em conjunto;

3.2 – A Secex/GO, ao instruir o feito às fls. 421/424, consigna que os Srs. Caetano Augusto Pan, Sylvio Carlos da Silva Assis e Celestino dos Santos Cabral apresentaram elementos adicionais de defesa, às fls. 328/334, 345/350 e 372/379, respectivamente, sem, contudo, trazer qualquer fato novo capaz de modificar o juízo proferido anteriormente pelo Tribunal, mediante a Decisão n. 065/95 – 1ª Câmara.

3.3 – Posteriormente, o Sr. Celestino dos Santos Cabral, uma vez mais carregou ao feito novos elementos (fls. 431/432), acerca dos quais a unidade técnica, em instrução de fls. 515/519, tece as seguintes considerações:

“10.1 a alegação do nominado responsável – ex-Diretor Comercial da Cobal/Matriz – para justificar o preço de aquisição do feijão nos parece sem fundamento, pois no pedido de compra n. 3501/1984 (fls. 382) encontra-se descrito feijão cor carioquinha, novo, saco 60 kg, com preço de Cr\$ 1.800,00/kg. A portaria n. 206, de 27/08/81 (fls. 511/514), do Ministério da Agricultura, que define a característica do feijão destinado à comercialização, classifica o feijão quanto a classe em: branco, preto, cores, rajado e misturado. Sendo o feijão carioquinha da classe ‘cores’, como preceitua a citada Portaria, conclui-se serem os feijões descritos nos pedidos de compra em comento semelhantes. Como não foi especificado o tipo de feijão ‘carioquinha’ adquirido não se pode afirmar ser o mesmo maquinado. Ressalvamos que o próprio recorrente dá a entender (fls. 432) que a Sucre/Amazonas não adquiriu o feijão maquinado, quando diz que, **in verbis**:

‘...se a Sucre/Amazonas adquiriu outro feijão que não o maquinado, cabe-lhe a inteira responsabilidade e o ônus da troca.’

10.2 – a argumentação apresentada já foi objeto de análise por esta Corte em diversas fases processuais (fls. 140, 201 e 422), mostrando-se uníssona em rejeitá-la; e

10.3 – a equipe de Auditoria concluiu em seu relatório (fl. 113) que todas as despesas com a compra do feijão da Central de Produtos Alimentícios Ltda (que engloba os pedidos de compra

055/1984 e 3501/1984) foram pagos pela Matriz. À Diretoria Comercial compete efetuar o processo autorizativo de compra e venda, sendo-lhe esta sua competência. O Sr. Celestino dos Santos Cabral, como Diretor Comercial da Cobal/Matriz, à época, tinha como responsabilidade àquela atribuída a função que exercia, portanto não cabe sua tentativa de imputar a responsabilidade das falhas a Sucre/AM.

11. Sendo assim, nada de novo apresenta o recorrente Sr. Celestino dos Santos Cabral que modifique os termos da Decisão 065/95 – Plenário”.

3.4 – Diante disso, a Secex/GO manifestou-se no sentido de serem julgadas irregulares as contas dos responsáveis solidários a seguir mencionados, com fundamento no art. 16, inciso III, alínea **b**, da Lei n. 8.443/92, pelo valores abaixo indicados:

3.4.1 – Srs. Caetano Augusto Pan, Celestino dos Santos Cabral, Sylvio Carlos da Silva Assis, Orlando Loureiro Belota e Álvaro Augusto Loureiro Belota (na pessoa de seus herdeiros) pela quantia de Cr\$ 185.135.000,00, com os acréscimos legais calculados a partir de 25/05/84;

3.4.2 – Srs. Orlando Loureiro Belota e Álvaro Augusto Loureiro Belota (na pessoa de seus herdeiros) no valor de Cr\$ 237.896.598,00 com os acréscimos legais calculados a partir de 28/02/85.

3.5 – O Ministério Público pôs-se, no mérito, de acordo com a proposta da Secex/GO, salientando, contudo, “que o acórdão condenatório deve alcançar efetivamente a própria pessoa dos herdeiros, mas não como constou da proposta da Unidade Instrutiva que estabeleceu como responsáveis os gestores, na pessoa de seus herdeiros”, pois o julgamento das contas, por ter caráter personalíssimo, não se transfere aos sucessores (fls. 536/538).

3.6 – Considerando que na cópia da Certidão de Óbito do Sr. Orlando Loureiro Belota (fl. 494), consta a informação de que o falecido responsável era casado, não havendo, porém, a identificação do cônjuge, nem de possíveis herdeiros, bem assim se existem bens a inventariar, determinei, por meio do Despacho de fls. 539/541, o encaminhamento dos autos à Secex/GO para que fossem obtidas as seguintes informações sobre o falecido Sr. Orlando Loureiro Belota:

3.6.1 – se foi aberto o inventário e:

3.6.1.1 – em caso negativo, a identificação (nome, endereço, CPF, CI, etc) do administrador provisório do espólio;

3.6.1.2 – em caso positivo, a identificação (nome, endereço, CPF, CI, etc) do inventariante ou, se já tiver havido a partilha dos bens, a identificação (nome, endereço, CPF, CI, etc) dos herdeiros.

3.7 – A Secex/GO, após promover as diligências necessárias, aduz as seguintes observações (fls. 552/553):

“Em atendimento às diligências pertinentes, a Sra. Raimunda de Lima Ambrósio, companheira do Sr. Orlando Loureiro Belota, declara que o falecido não deixou bens a inventariar em nome de seus filhos Orlando Augusto da Silva Belota, Heraldo da Silva Belota, Dayse de Lima Belota e Márcio de Lima Belota, encaminhando como prova certidões negativas de registro de imóveis em nome do Sr. Orlando, expedidas pelos Cartórios de Registro de Imóveis existentes em Manaus.

Encaminha, ainda, a Senhora Raimunda, cópia do contrato de locação do imóvel onde reside, situado à rua 08, casa 98, Conjunto 31 de Março – Japiim I, ou seja, o mesmo para onde foram direcionadas as diligências objeto deste processo, numa indicação de que sempre viveu de aluguel.

Ressalto que ante a ausência da certidão de casamento nos autos, esta Diretora manteve contato telefônico com a referida Senhora, a qual informou sobre sua condição de companheira do Sr. Orlando e não esposa. Informou ainda a Sra. Raimunda, que o Sr. Orlando Belota era viúvo, e que do casamento anterior teve os filhos Orlando Augusto da Silva Belota e Heraldo da Silva Belota”.

3.8 – Conclusivamente, a unidade técnica propõe (fl. 553):

“a) o julgamento das presentes contas, de responsabilidade de Caetano Augusto Pan, Celestino dos Santos Cabral, Sylvio Carlos da Silva Assis, Orlando Loureiro Belota (falecido) e Álvaro Augusto Loureiro Belota (falecido), pela irregularidade, com fundamento no artigo 16, inciso III, alínea **b**, da Lei n. 8.443/92.

b) a atribuição do débito correspondente, solidariamente, às pessoas dos herdeiros de Álvaro Augusto Loureiro Belota [Shirley Belota Pinheiro, Marcelo Augusto Mitoso Belota, Maria de Jesus

Mitoso Belota, Juliana Mitoso Belota, André Luiz Mitoso Belota, Álvaro Augusto Loureiro Belota Júnior, Simone de Menezes Belota, Sônia de Menezes Belota Gomes, Sandra de Menezes Belota e Luiz Augusto de Menezes Belota], às pessoas dos herdeiros de Orlando Loureiro Belota [Orlando Augusto da Silva Belota, Heraldo da Silva Belota, Dayse de Lima Belota e Márcio de Lima Belota], ao Sr. Caetano Augusto Pan, ao Sr. Celestino dos Santos Cabral e ao Sr. Sylvio Carlos da Silva Assis.

c) seja informado aos herdeiros que estes respondem pelo débito no limite do patrimônio recebido como herança, nos termos do artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal”.

3.9 – A douta Procuradoria manifesta-se de acordo (fl. 555).

4.TC-013.384/1986-4 – Apenso:

4.1 – Na sessão de 11/11/92, o Plenário deste Tribunal proferiu a Decisão n. 525/92 (fl. 333), deliberando, em seu subitem 8.2, pela rejeição das “alegações de defesa oferecidas por Orlando Loureiro Belota, por nada acrescentarem aos autos, e – considerando que, pelo débito apurado nestes autos, também responde, solidariamente, o Sr. Álvaro Augusto Loureiro Belota [revel]” – fixou prazo para que esses dois responsáveis recolhessem à Conab a quantia de Cr\$ 1.038.695.889,00, em virtude de prejuízos causados à empresa por operações de compra e venda de feijão em desacordo com as normas da aludida Companhia.

4.2 – A Secex/GO, às fls. 423/424 do TC-013.377/1986-8, fez menção a eventual ocorrência de falha na referida Decisão n. 525/92, razão por que sugeriu a oitiva do Ministério Público, o qual assim se manifestou (fls. 425/426):

“No tocante ao TC-013.384/1986-4, as falhas apontadas pelo Secex/GO são relativas ao fato de que a Decisão n. 525/92 – Plenário foi proferida após o falecimento do Sr. Álvaro Augusto Loureiro Belota e não fez referência à responsabilidade dos seus sucessores (item 21, à fl. 400 do TC-013.384/1986-4), que esses sucessores foram indevidamente citados, ao invés de comunicados da referida Decisão (item 18, à fl. 400 do TC-013.384/1986-4), e que não foi estipulada a data a partir da qual incidiria a atualização monetária e os juros de mora (item 22, à fl. 401 do TC-013.384/1986-4).

Inicialmente, verifica-se que a citação do Sr. Álvaro Augusto Loureiro Belota ocorreu em 28/11/86 (vide fl. 25 do TC-013.384/1986-4) e o seu falecimento em 27/05/92 (cf. fl. 318 do TC-013.384/1986-4), ou seja, sua morte não constituiu empecilho ao exercício da faculdade da ampla defesa, que, aliás, não foi aproveitada, pois, durante todo esse período, o responsável permaneceu silente, caracterizando a revelia.

Ademais, determina a Lei Orgânica desta Corte, em seu art. 12, § 3º, que, caracterizada a revelia, dar-se-á prosseguimento ao processo. Isso implica que os prazos para o exercício das faculdades processuais correrão independentemente de intimação, nos termos previstos pelo art. 322 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente nesta Corte (vide Súmula/TCU n. 103). Nesse sentido, não se aplica a ele a comunicação de que trata o § 1º, do art. 12, da Lei n. 8.443/92, com a concessão de novo prazo para recolher a importância devida, até mesmo porque não foi apresentada defesa, condição indispensável para a aplicação desse dispositivo.

Assim, como não era necessária a comunicação de que trata o § 1º, do art. 12, da Lei n. 8.443/92, a citação dos sucessores, apesar de equivocada, não representou nenhum cerceamento de defesa ou outra falha processual que maculasse o processo. Ao contrário, propiciou que esses tomassem conhecimento do litígio e adotassem as medidas que entendessem apropriadas.

De igual modo, o fato de a Decisão ter sido proferida em momento posterior ao falecimento do responsável, sem que se fizesse alusão ao dever de os sucessores suportarem a dívida no limite do quinhão recebido, não representa falha capaz de comprometer o processo. Isso, porque, nessa fase processual, não se está diante de uma decisão condenatória, de natureza definitiva.

Com efeito, a Decisão n. 525/92 – Plenário cuidou somente da apreciação das defesas apresentadas. Por ter permanecido revel, as contas do Sr. Álvaro Augusto Loureiro Belota já estavam em condições de ser julgadas irregulares e só não o foram em virtude da solidariedade que o une ao Sr. Orlando Loureiro Belota, haja vista que esse responsável, por ter apresentado defesa e essa ter sido rejeitada, teve concedido novo prazo para recolher a importância devida.

Assim, a ausência de referência aos sucessores do Sr. Álvaro Augusto Loureiro Belota no corpo da Decisão n. 525/92 – Plenário poderá ser sanada por ocasião do julgamento definitivo de

mérito.

Tendo por base os mesmos fundamentos, idêntica providência poderá ser adotada no concernente à estipulação da data a partir da qual incidirá a atualização monetária e os encargos legais. Em complemento, considerando que não foi consignada no **decisum** a revelia do Sr. Álvaro Augusto Loureiro Belota, é de bom alvitre que tal seja expressamente declarado”.

4.3 – Reinstruindo o feito às fls. 515/519, a Secex/GO propôs “julgar as contas irregulares, nos termos do art. 16, inciso III, alínea **b**, da Lei 8.443/92, condenando os responsáveis solidários Orlando Loureiro Belota, na pessoa de seus herdeiros, e Álvaro Augusto Loureiro Belota, na pessoa de seus herdeiros, a recolher aos cofres da Companhia Nacional de Abastecimento – Conab a importância, em valor original, de Cr\$ 1.038.695.889,00 (...), acrescida de juros e correção monetária calculados a partir de 12.02.85 até a data do recolhimento, na forma da legislação em vigor”.

4.4 – Após a prolação do Despacho de fls. 539/541, determinando o encaminhamento dos autos à Secex/GO para que fossem obtidas informações sobre o falecido Sr. Orlando Loureiro Belota, consoante consignado no item 7 retro, a Secex/GO, tendo realizado diligência e obtido as informações necessárias, propõe (fl. 553 do TC-013.377/1986-8):

“a) o julgamento das presentes contas, de responsabilidade de Orlando Loureiro Belota (falecido) e Álvaro Augusto Loureiro Belota (falecido), pela irregularidade, com fundamento no artigo 16, inciso III, alínea **b**, da Lei 8.443/92;

b) a atribuição do débito correspondente, solidariamente, às pessoas dos herdeiros de Álvaro Augusto Loureiro Belota (conforme relacionados às fls. 516) e às pessoas dos herdeiros de Orlando Loureiro Belota (conforme relacionado às fls. 545);

c) seja informado aos herdeiros que estes respondem pelo débito no limite do patrimônio recebido como herança, nos termos do artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal”.

4.5 – O Ministério Público manifesta-se de acordo (fl. 555).

5.É o relatório.

VOTO

Ante o que consta nos autos, estou de acordo com as conclusões uniformes da unidade técnica e do Ministério Público no sentido de que as contas devem ser julgadas irregulares, não, porém, com fundamento na alínea **b** do inciso III do art. 16 da Lei n. 8.443/92, e sim na alínea **c** do referido dispositivo legal, porquanto está configurado dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo e antieconômico.

2.Via de consequência, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.443/92, importa determinar a remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

3.Quanto à proposta de atribuição de débito, “solidariamente, às pessoas dos herdeiros de” (ver subitens 3.8, **b**, e 4.4, **b**, do Relatório supra), considero mais apropriado, de conformidade com a jurisprudência predominante deste Tribunal em casos análogos (Acórdãos ns. 353/99; 156, 338 e 630/2000 – TCU – 2ª Câmara) julgar as presentes contas irregulares e condenar os responsáveis solidários, inclusive os espólios dos falecidos, nas pessoas dos respectivos herdeiros.

4.Com efeito, as contas que se julgam e, conseqüentemente, os débitos nelas apuradas são de responsabilidade direta das pessoas que faleceram, estendendo-se aos seus sucessores até o limite do patrimônio transferido a obrigação de reparar o dano, **ex vi** do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, c/c os arts. 1.587 e 1.796 do Código Civil e com o art. 5º, inciso VIII, da Lei n. 8.443/92.

5.Ressalte, em reforço ao entendimento acima expresso, o que dispõe o art. 1.796 do Estatuto Civil acima invocado, **in verbis** :

“Art. 1.796. A herança responde pelo pagamento das dividas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhes coube.”

6.Portanto, se já tiver havido a partilha, os herdeiros não respondem solidariamente entre si.

7.De acrescentar, ainda, que, de conformidade com a Decisão n. 94/2000 – TCU – Plenário, deve-se determinar à Conab que inclua, se ainda não o fez, o nome do Srs. Caetano Augusto Pan,

Celestino dos Santos Cabral e Sylvio Carlos da Silva Assis, no cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal – Cadin.

Ante o exposto, voto por que seja adotada a decisão, sob a forma de acórdão, que ora submeto a esta Câmara.

T.C.U., Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

JOSÉ ANTONIO B. DE MACEDO

Relator

ACÓRDÃO N. 211/2001 - TCU - Plenário

1. Processo n. TC-013.377/1986-8. Apensos:TC-013.384/1986-4 (Tomada de Contas Especial); TC-000.245/1987-9 (Pedido de vista); TC-015.314/1986-3 (Pedido de vista) e TC-015.424/1986-3 (Pedido de vista e de cópia).
2. Classe de Assunto: IV – Tomada de Contas Especial instaurada em decorrência de decisão do Plenário.
3. Responsáveis: Caetano Augusto Pan (ex-Gerente da Divisão de Compras de Produtos Vegetais – Cobal/Matriz), Celestino dos Santos Cabral (ex-Diretor de Compras da Cobal/Matriz), Sylvio Carlos da Silva Assis (ex-Gerente do Departamento de Compras da Cobal/Matriz), Orlando Loureiro Belota (falecido – ex-Gerente de Compras da Sucre-AM) e Álvaro Augusto Loureiro Belota (falecido – ex-Superintendente Regional da Sucre-AM).
4. Entidade: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab (sucessora da Companhia Brasileira de Alimentos – Cobal).
5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representantes do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado, Dr. Walton Alencar Rodrigues, Dra. Cristina Machado da Costa e Silva e Dr. Jatir Batista da Cunha.
7. Unidade Técnica: Secex/GO.
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Tomadas de Contas Especiais, tendo como responsáveis os Srs. Caetano Augusto Pan, Celestino dos Santos Cabral, Sylvio Carlos da Silva Assis, Orlando Loureiro Belota e Álvaro Augusto Loureiro Belota.

Considerando que, na sessão de 28/03/95, a 1ª Câmara proferiu a Decisão n. 065/95, pela qual rejeitou, em parte, as alegações de defesa oferecidas pelos responsáveis solidários – Srs. Caetano Augusto Pan, Celestino dos Santos Cabral, Sylvio Carlos da Silva Assis, Orlando Loureiro Belota e Álvaro Augusto Loureiro Belota (este último na pessoa de seus herdeiros) – por não elidirem a irregularidade consistente na compra e venda de feijão em desacordo com as normas da empresa, causando prejuízos à extinta Cobal, no valor de Cr\$ 185.135.000,00; bem assim rejeitou, em parte, as alegações de defesa oferecidas pelos dois últimos responsáveis solidários acima mencionados por não elidirem irregularidades relacionadas à incineração e à falta em estoque de feijão, resultando prejuízos à extinta Cobal, no valor de Cr\$ 237.896.598,00;

Considerando que, cientificados acerca da deliberação, os Srs. Caetano Augusto Pan, Celestino dos Santos Cabral e Sylvio Carlos da Silva Assis apresentaram elementos adicionais de defesa, recebida como novos elementos de defesa, a teor do art. 23, § 2º, da Resolução/TCU n. 36/95;

Considerando que tais elementos não são capazes de modificar a conclusão expressa no aludido **decisum**, quanto às irregularidades praticadas;

Considerando que o Plenário deste Tribunal, na sessão de 11/11/92, ao apreciar as alegações de defesa oferecidas por Orlando Loureiro Belota nos autos do TC-013.384/1986-4 (apenso), proferiu a Decisão n. 525/92, rejeitando-as e – tendo em vista que pelo débito apurado neste autos também responde, solidariamente, o Sr. Álvaro Augusto Loureiro Belota (revel) – fixou prazo para que os responsáveis recolhessem à Conab a quantia de Cr\$ 1.038.695.889,00, em virtude de prejuízos causados à empresa por operações de compra e venda de feijão em desacordo com as normas da aludida Companhia;

Considerando que, transcorrido o prazo fixado, os responsáveis não recolheram o débito que lhes foi imputado;

Considerando que os pareceres da Secex/GO e do Ministério Público são uniformes no sentido de serem as contas julgadas irregulares, atribuindo-se o débito apurado, no valor original de Cr\$ 185.135.000,00, aos responsáveis solidários Srs. Caetano Augusto Pan, Celestino dos Santos Cabral, Sylvio Carlos da Silva Assis e aos herdeiros de Álvaro Augusto Loureiro Belota e de Orlando Loureiro Belota; e os débitos de Cr\$ 237.896.598,00 e de Cr\$ 1.038.695.889,00, aos herdeiros de Álvaro Augusto Loureiro Belota e de Orlando Loureiro Belota;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, em:

8.1 – com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea **c**, 19, **caput**, e 23, inciso III, da Lei n. 8.443/92, julgar as presentes contas irregulares e condenar solidariamente:

8.1.1 – os Srs. Caetano Augusto Pan, Celestino dos Santos Cabral, Sylvio Carlos da Silva Assis e o espólio de Álvaro Augusto Loureiro Belota, na pessoa de seus herdeiros Shirley Belota Pinheiro, Marcelo Augusto Mitoso Belota, Maria de Jesus Mitoso Belota, Juliana Mitoso Belota, André Luiz Mitoso Belota, Álvaro Augusto Loureiro Belota Júnior, Simone de Menezes Belota, Sônia de Menezes Belota Gomes, Sandra de Menezes Belota e Luiz Augusto de Menezes Belota, e ainda o espólio de Orlando Loureiro Belota, na pessoa de seus herdeiros Orlando Augusto da Silva Belota, Heraldo da Silva Belota, Dayse de Lima Belota e Márcio de Lima Belota, ao pagamento da quantia de Cr\$ 185.135.000,00 (cento e oitenta e cinco milhões, cento e trinta e cinco mil cruzeiros), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 165, inciso III, alínea **a**, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida à Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora devidos, calculados a partir de 25/05/84, na forma da legislação em vigor;

8.1.2 – os espólios de Álvaro Augusto Loureiro Belota e de Orlando Loureiro Belota, na pessoa dos respectivos herdeiros acima indicados, ao pagamento das quantias de Cr\$ 237.896.598,00 (duzentos e trinta e sete milhões, oitocentos e noventa e seis mil, quinhentos e noventa e oito cruzeiros) e de Cr\$ 1.038.695.889,00 (um bilhão, trinta e oito milhões, seiscentos e noventa e cinco mil, oitocentos e oitenta e nove cruzeiros), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 165, inciso III, alínea **a**, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas à Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos, calculados a partir de 12/02/85 e 28/02/85, respectivamente, na forma da legislação em vigor;

8.2 – autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei n. 8.443/92, a cobrança judicial das dívidas a que se referem os subitens 8.1.1 e 8.1.2 supra, caso não atendida a notificação;

8.3 – esclarecer aos herdeiros de Álvaro Augusto Loureiro Belota e de Orlando Loureiro Belota, indicados no subitem 8.1.1, supra, que, por força do disposto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, c/c os arts. 1.587 e 1.796 do Código Civil e com o art. 5º, inciso VIII, da Lei n. 8.443/92, a obrigação solidária de reparar os danos causados ao erário, imposta, nos termos dos subitens 8.1.1 e 8.1.2 supra, limita-se ao patrimônio a eles eventualmente transferido;

8.4 – encaminhar, com fundamento no § 3º do art. 16 da Lei n. 8.443/92, cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis;

8.5 – determinar à Conab que inclua, se ainda não o fez, o nome dos responsáveis solidários Srs. Caetano Augusto Pan (CPF n. 006.124.720-00), Celestino dos Santos Cabral (CPF n. 108.214.907-10) e Sylvio Carlos da Silva Assis (CPF n. 046.009.917-53) no cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal – Cadin, de acordo com a Decisão n. 94/2000 – TCU – Plenário.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo (Relator) e Lincoln

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO

Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO

Procurador-Geral

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-017.185/2000-9 (c/ 02 volumes)

Natureza: Inspeção

Órgão: Gerência Regional do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro – GRPU/RJ

Responsável: Elso do Couto e Silva

Ementa: Relatório de Inspeção. A GRPU/RJ está adotando medidas para a emissão de parecer conclusivo sobre a situação da área em exame. As invasões e ocupações irregulares do imóvel não causaram dano ao erário. Determinações à GRPU/RJ e à Gerência Regional de Controle Interno/RJ. Arquivamento dos autos.

RELATÓRIO

Este processo tem por objeto o relatório de inspeção realizada na Gerência Regional do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro – GRPU/RJ, em cumprimento à determinação contida na Decisão nº 877/2000-Plenário (TC-009.153/1999-3), com a finalidade de avaliar os procedimentos relacionados à regularização de imóvel cedido à 1ª Circunscrição Judiciária Militar-RJ - 1ª CJM.

Parecer da Unidade Técnica

Após a realização de diligências, o analista José Antonio Desimone, com a anuência da Diretora Interina 1ª Divisão Técnica e do titular da SECEX/RJ, assim se manifestou (fls. 198/201):

“.....

Exame de Diligências

Em cumprimento ao despacho do Exmo. Sr. Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça (fl. 168), foram promovidas diligências, a saber:

1) à Junta Comercial do Rio de Janeiro, Ofício n.º 358/2001, de 04.04.2001, (fl. 171) solicitando informações quanto aos dados cadastrais das seguintes empresas:

a-Wall Park Estacionamentos Ltda. CNPJ - 40.275.091/0001-92;

b-Rio Park Lanches Bar Ltda. - CNPJ - 33.050.956/0001-57;

c-Car Park Estacionamentos de Veículos Ltda. - CNPJ - 72.405.996/0001-26; e

d-Copark Ltda. - CNPJ - 74.063.850/0001-75.

O responsável tomou ciência do aludido ofício em 09.04.2001, à fl. 188.

Esclarecimentos Apresentados (fls. 182/198):

Em resposta ao Ofício n.º 358/2001- SECEX-RJ (fl. 171), a JUCERJA - Junta Comercial do Rio de Janeiro encaminhou os documentos de fls. 182/198, onde são fornecidos os dados cadastrais das empresas Rio Park Lanches Bar Ltda., (fls. 184/186), Wall Park Estacionamentos Ltda. (fls. 189/192) e Car Park Estacionamentos de Veículos Ltda. (fls. 194/198), e também a informação de que não consta empresa registrada sob a Razão Social ‘Copark Ltda.’ (fl. 182).

Análise Técnica:

A diligência foi atendida. Foi constatada a participação de parente de vereador do Município

do Rio de Janeiro, na firma Wall Park Estacionamentos Ltda. (docs. de fls. 199/200), confirmando notícia veiculada pela imprensa (fl. 163), sendo, no entanto, que a matéria refoge à competência deste Tribunal, tendo em vista que a firma explorava o terreno, sob o respaldo contratual com o Município e a área desocupada, assim que notificado pela GRPU/RJ.

II) à Gerência Regional do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro – GRPU/RJ, Ofício n.º 359/2001, de 04.04.2001, (fl. 170) solicitando o que segue:

a-resultado da Notificação GRPU/GAB/RJ n.º. 890, de 06.12.2000, à firma Copark Ltda.;

b-cópia do atendimento ao Ofício GRPU n.º 1.150, de 06.12.2000, à Grande Loja Maçônica;

e

c-informações atualizadas sobre a cessão do próprio nacional situado na Rua Projetada, em frente ao n.º 20 da Praça Antenor Fagundes s/n.º (áreas 1 e 2).

Esclarecimentos Apresentados (fls. 169/179)

a e b) Em atenção ao Ofício n.º 359/2001 - SECEX-RJ (fl. 170), o Sr. Gerente Regional do Patrimônio da União encaminhou, à fl. 174, cópia de correspondência da Grande Loja Maçônica do Rio de Janeiro (fl. 176), detentora da posse da área a título precário, na qual aquela entidade admite que permitiu à empresa Copark Ltda., a exploração do terreno como estacionamento, com o objetivo de impedir a invasão da área, esclarecendo que determinou à Copark Ltda. a desocupação do imóvel, comprometendo-se a mantê-lo 'livre e desimpedido, protegido de invasão'.

c) esclareceu, ainda, que o processo administrativo pertinente à cessão do imóvel em causa está sendo instruído para remessa à Secretaria do Patrimônio da União – SPU, com vistas aos procedimentos de exame e obtenção de autorização ministerial, estando prevista a realização prévia de vistoria na área para emissão de parecer conclusivo quanto à efetiva situação ocupacional (fl. 174).

Análise Técnica:

Consideramos atendida e esclarecida a questão.

III) à CET/Rio, Ofício n.º 360/2001, de 04.04.2001, (fl. 169), solicitando endereço completo (logradouro, n.º e bairro), dos estacionamentos rotativos operados/controlados ou cedidos por contratos com as firmas Wall Park Estacionamentos Ltda. e GE Park Estacionamentos Ltda., além da relação dos estacionamentos rotativos no Município do Rio de Janeiro.

Esclarecimentos Apresentados (fls. 177/179):

- Em atendimento ao Ofício n.º 360/2001 - SECEX-RJ (fl. 169), a CET-Rio encaminhou relação dos estacionamentos controlados por contrato (fls. 177/179), esclarecendo que 'no momento não constam estacionamentos rotativos municipais instalados em próprios da União'.

Análise Técnica:

Consideramos atendida e esclarecida a questão.

3.- CONCLUSÃO:

Do resultado dos trabalhos de inspeção restou configurado que a área sob investigação foi objeto de várias invasões e ocupações irregulares como estacionamento de veículos, explorado comercialmente pela Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, por intermédio de contratos administrados pela empresa municipal de trânsito CET-Rio, durante os períodos de responsabilidade da 1ª Circunscrição Judiciária Militar-RJ - 1ª CJM e da GRPU/RJ.

Constatou-se, ainda, que no período sob a responsabilidade da Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro, que detém a cessão da área a título precário, foi permitida por esta a exploração comercial do terreno à firma Copark Ltda., também como estacionamento, para protegê-lo de outras invasões, permissão já revista, após notificação da GRPU/RJ.

Considerando que não foi verificado dano ao erário, somos pelo encaminhamento dos autos ao Exmo. Sr. Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça, com as seguintes propostas:

a- determinar à GRPU/RJ que:

1 - proceda à verificação da existência de próprio nacional envolvido na relação das áreas de estacionamentos fechados no Município do Rio de Janeiro, administrados pela CET-Rio, fornecida mediante o Of. 211/PRE, de 18.04.2001 (fls. 177/179);

2 - informe a este Tribunal o resultado do processo administrativo de cessão das áreas 1 e 2, localizadas em frente ao n.º 20 da Praça Antenor Fagundes, Centro, RJ, por ocasião da apresentação das contas do exercício de 2001, para fins de monitoramento das ações

implementadas pela Unidade; e

3 - proceda a vistorias periódicas nos imóveis com processos de cessão em andamento até a sua conclusão, notificando os responsáveis pela guarda no caso de descumprimento do § 2º, do art. 79, do Decreto-lei n.º 9.760/46.

b- encaminhar cópia das determinações à Gerência Regional de Controle Interno no Rio de Janeiro, para fins de acompanhamento; e

c- arquivar os presentes autos.”

É o relatório.

VOTO

A equipe de inspeção verificou que a Gerência Regional do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro – GRPU/RJ está adotando medidas para a emissão de parecer conclusivo sobre a situação da área em exame e que as invasões e ocupações irregulares do imóvel não causaram dano ao erário.

Assim sendo, acolho o parecer da SECEX/RJ e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Marcos Vinícios Vilaça
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 597/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-017.185/2000-9 (c/ 02 volumes)
2. Classe de Assunto: V - Inspeção
3. Órgão: Gerência Regional do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro – GRPU/RJ
4. Responsável: Elso do Couto e Silva
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/RJ
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. determinar à Gerência Regional do Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro que:
 - 8.1.1. proceda à verificação da existência de próprio nacional envolvido na relação das áreas de estacionamentos fechados no Município do Rio de Janeiro, administrados pela CET-Rio, fornecida mediante o Ofício 211/PRE, de 18/04/2001;
 - 8.1.2. informe a este Tribunal o resultado do processo administrativo de cessão das áreas 1 e 2, localizadas em frente ao nº 20 da Praça Antenor Fagundes, Centro, Rio de Janeiro, por ocasião da apresentação das contas do exercício de 2001, para fins de monitoramento das ações implementadas por aquele órgão; e
 - 8.1.3. proceda a vistorias periódicas nos imóveis com processos de cessão em andamento até a sua conclusão, notificando os responsáveis pela guarda no caso de descumprimento do art. 79, § 2º, do Decreto-lei nº 9.760/46.
 - 8.2. determinar à Gerência Regional de Controle Interno no Rio de Janeiro que acompanhe o cumprimento desta decisão, informando ao Tribunal as providências adotadas pelo órgão; e
 - 8.3. determinar o arquivamento dos presentes autos.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.221/2001-3

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Companhia Docas do Rio de Janeiro - CDRJ

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Levantamento de auditoria nas obras de construção do Terminal de Contêineres do Cais do Caju no Estado do Rio de Janeiro, para subsidiar a proposta orçamentária da União do exercício de 2002, em cumprimento à Decisão nº 122/01-Plenário, de 14.03.2001. Índícios de irregularidades na assinatura do 17º termo aditivo ao contrato original. Promover audiência do responsável. Determinações. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria realizado nas obras de construção do Terminal de Contêineres do Cais do Caju no Estado do Rio de Janeiro, correspondentes ao PT 26.784.0230.3340.0001.

2. O projeto básico foi elaborado em 19.11.1987. O custo estimado do empreendimento era de Cz\$ 2.294.520.712,00. As obras foram iniciadas em 06.10.1989.

3. Na data em que foi efetuada a inspeção pela equipe de auditoria da Secex/RJ (16.04.2001), eram necessários mais R\$ 5.053.044,00 para a conclusão da obra (excluído o reajuste anual aplicado em abril/2001). O Orçamento Geral da União para o exercício de 2001 alocou para o referido Plano de Trabalho o valor de R\$ 13.000.000,00.

4. O objeto da Concorrência nº 003/87 era a construção das obras de Ampliação e Recuperação das Instalações Portuárias/Cais Caju/Terminal de Contêineres, constando basicamente de: a) implantação da obra; b) enrocamento; c) aterro mecânico; d) cais com extensão de 500m e largura de 15,10m; e d) cortina de contenção do terrapleno com 500 m de extensão.

5. Ao longo do tempo, houve várias alterações no objeto e em 25.10.2000 já havia sido firmado o 18º Termo Aditivo ao contrato original. A empresa DM Construtora de Obras Ltda. é a responsável por sua execução.

6. O 2º Termo Aditivo, assinado em 16.05.1991, reduziu à metade as dimensões do cais, passando, o objeto, a 1 berço de 250 m de cais. O valor do contrato passou a ser de Cr\$ 4.926.504.721,45, referido ao mês de janeiro de 1991.

7. Com o desenvolvimento do Projeto Executivo, verificou-se que para a estabilidade da cortina de estacas prancha era necessária a colocação de tirantes adicionais, passando de 10 para 100 unidades no trecho de 250 m de cais. Da mesma forma, o número de estacas SCAC necessárias para suportar a perna do Portainer, aumentou de 32 para 60 no mesmo trecho.

8. O 3º Termo Aditivo, assinado em 01.10.1991, alterou a planilha de quantidades e preços, tendo em vista que, após sondagens, foi revelado solo de alta resistência à penetração. A contratada apresentou proposta com acréscimos de serviço de sondagens geológicas (fls. 247 a 250 - volume I) que deram origem a uma nova planilha de preços incluída no 5º Termo Aditivo.

9. A Companhia das Docas contratou empresa de consultoria para avaliar o projeto executivo, o qual concluiu que o projeto apresentado pela empreiteira não cumpria os requisitos de estabilidade

global. Dessa forma, foi mudada a concepção estrutural inicial, retirando-se as estacas de carga do tipo SCAC e os tirantes de sustentação da cortina e substituindo-os por cavaletes com duas estacas de carga cada.

10. Em consequência, a contratada apresentou proposta de nova planilha, onde também foi incluído o serviço de pavimentação da retroárea, não prevista no objeto inicial. A aprovação da proposta deu origem ao 7º Termo Aditivo, de 10.05.1993, no qual foi incluída a execução da 2ª fase de 250 m de cais, sem, no entanto, ter sido elaborada planilha de cálculo de quantitativos e preços para justificar o valor apresentado na Cláusula Segunda. O valor original de Cr\$ 4.926.504.721,45, passou a Cr\$ 12.656.981.741,08, sendo Cr\$ 6.343.156.843,63 - 1ª fase e Cr\$ 6.313.824.897,45 - 2ª fase (base janeiro de 1991).

11. O 8º Termo Aditivo, assinado em 26.11.1993, aumentou o valor global do contrato, referente à 1ª fase, para Cr\$ 6.457.510.562,22, por força da prorrogação do prazo para conclusão.

12. Em junho de 1995 foi solicitada a inclusão, na planilha dos serviços de pavimentação, redes de drenagem, elétrica, telefônica, água, esgoto, linhas férreas, tendo em vista a exclusão do aterro mecânico da retaguarda do cais. Essa alteração deu origem ao 11º Termo Aditivo, de 30.06.1995, sem mudança do valor global do contrato.

13. O 12º Termo Aditivo, assinado em 24.11.1995, incluiu os quantitativos referentes à 2ª fase, além do acréscimo de itens referentes à prorrogação de prazo e reduziu o valor global do contrato em 9,45 %.

14. Com a necessidade de inclusão de solução estrutural para a região denominada "paleocanal" no trecho III da obra, foram incluídas, na planilha, alterações para a execução da cortina de estacas-prancha metálicas, como também o acréscimo de serviço referente à prorrogação de 24 meses, dando origem ao 13º Termo Aditivo, de 15.10.1996, que acresceu o valor global em 3,68%, passando o contrato ao valor de R\$ 70.312.803,68. Foi aumentado o item referente ao aterro mecânico no 14º Termo Aditivo, assinado em 29.08.1997.

15. Em 07.08.1998, foi firmado o 15º Termo Aditivo, no interesse da administração, visando à adaptação dos trechos VI, VII e VIII de cais contínuo para dois trechos de cais descontínuo RO-RO 1 e RO-RO 2, para atracação de navios roll-on/roll-off, cuja estimativa de custos, elaborada pela própria contratada, objetivou ajustar a planilha de quantitativos e preços da obra, em acréscimos e decréscimos de serviços, sem entretanto alterar o valor contratual.

15.1. A modificação foi feita com respaldo no Parecer do Departamento Comercial de Engenharia e de Desenvolvimento, de 27.04.1998, que defendia a necessidade de se adaptar o projeto anterior, posto que se *“concluirmos a obra da forma que está projetada, não teremos o retorno financeiro desejado, já que a utilização do trecho remanescente de cais (187,5 m) não nos atenderá, pois a utilização das obras assim concluídas, ficará aquém daquela possível de ser alcançada com as modificações agora previstas, ao passo que a alternativa ora apresentada nos trará resultados de melhor amplitude na utilização de sua infra-estrutura, gerando maior movimentação de carga, e conseqüentes benefícios à coletividade.”*

15.2. Argumenta ainda que *“necessidade tecnológica nos levou a adaptar o projeto, e a alternativa apresentada com o melhor aproveitamento dos berços é a que nos dará uma melhor rentabilidade, sendo, técnica e operacionalmente, a solução mais vantajosa para a CDRJ e a que, certamente, atende ao interesse coletivo primário, tendo em vista, repito, que se assim não for procedido, o resultado consistirá em um trecho de cais obsoleto, para o qual despenderíamos os mesmos recursos que vão proporcionar a realização de berços plenamente preparados para atender ao desenvolvimento tecnológico da operação portuária, pondo fim à demanda hoje reprimida.”*

16. Segundo a equipe de auditoria da Secex/RJ:

“... ”

16. *A priori, haveria necessidade de licitação para a realização da etapa final alterada, entretanto, segundo Parecer DICCON nº 046/98, a modificação foi motivada para melhor aproveitamento do projeto, proporcionando, não só a adaptação do terminal de contêineres à utilização por navios mais modernos, tomando-se como referência a época em que a obra foi planejada (1987), como também a ampliação do espaço portuário para a operação de navios roll-on/roll-off, podendo, desta forma, ser enquadrada na hipótese prevista no art. 65, inciso I, alínea*

'a', da Lei nº 8.666/93."

17. Considerando a decisão da CDRJ de cancelar a execução do projeto do cais RO-RO 2, a contratada, atendendo solicitação da empresa, elaborou em 13.04.1999, orçamento no montante de R\$ 19.815.959,97 (valores referidos a abril de 1994), para serviços de ampliação do terminal de contêineres na área do Prolongamento do Cais do Caju - Tecont -, localizada no parte final do Porto do Rio, área essa não-integrante do projeto inicial da obra de 500 m de cais, abrangendo obras de: a) reforço para implantação de Linha de Portainer; b) enrocamento de contenção e fechamento; e c) aterro da retroárea e respectiva pavimentação.

18. O referido acréscimo ultrapassava o limite de 25% permitido pelo art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, estando, dessa forma, a exigir da CDRJ providências no sentido da abertura de licitação para realização da referida obra, nos moldes estabelecidos na Lei de Licitações. Cabe ressaltar que por força do disposto no art. 121 da Lei nº 8.666/93, a despeito de o contrato ter sido celebrado com base no D.L. nº 2.300/86, aplica-se para a hipótese a redação dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93.

19. Todavia, a CDRJ resolveu aprovar planilha de acréscimos e decréscimos de serviços no montante de R\$ 3 605 471,00, em substituição à obra de construção do Cais Ro-Ro 2, mediante assinatura do 17º Termo Aditivo, em 26.08.1999, dando início aos trabalhos no Prolongamento do Cais do Caju.

20. Cabe esclarecer que a referida planilha não engloba todos os serviços aprovados para serem executados e que os serviços nela discriminados não estão compatíveis com o objeto originário do item 1.1, Capítulo I, do Edital de Concorrência 003/87, que estabelece o trecho de 500 m de cais, descrito como a partir do antigo carregador fixo de minério, indo em direção e sentido do Armazém 30, no item 1.2 do título "Especificações para Execução de Obras de Ampliação e Recuperação das Instalações Portuárias" do mesmo Edital.

21. O 18º Termo Aditivo, assinado em 25.10.2000, teve como objeto a re-ratificação da planilha de quantitativos e preços, elaborado "... em decorrência da última versão feita nos quantitativos de projeto ...". A nova planilha de acréscimos e decréscimos de serviços foi devidamente analisada e aprovada e também não abrange todo o custo da obra no Prolongamento do Cais.

22. As obras de reforço para implantação da Linha de Portainer, já objeto de execução, contidas no 17º Termo Aditivo, como também as demais que integram o referido orçamento da Contratada, as quais fazem parte do Cais do Porto do Rio, devem-se ao compromisso assumido pela CDRJ, por força do Edital CI 001/96, referente ao arrendamento do terminal, cuja arrendatária foi a Libra, pois as obras de infra-estrutura são obrigações da Autoridade Portuária, conforme Lei nº 8.630/93, necessárias à operacionalização do Porto.

23. Os obras no Prolongamento do Cais do Caju não foram objeto da Concorrência nº 003/87 e o art. 6º do Decreto-lei nº 2.300/86 estabelecia que as obras só poderiam ser licitadas quando houvesse projeto básico. O art. 45, inciso I, do mesmo Decreto-lei fixava que são cláusulas necessária em todo contrato as que definem, dentre outras, o objeto e seus elementos característicos, considerando que o trecho não fazia parte do objeto licitado, deveria ser objeto de nova licitação, quando poderiam ser definidas as previsões reais no projeto básico ou executivo, incluindo o fornecimento de materiais e serviços

24. A equipe de auditoria assinala que, para o Orçamento de 2001, a CDRJ solicitou no PT 26.784.0230.3340.0001 a aprovação de recursos no valor de R\$ 26.500.000,00, tendo, entretanto, sido aprovado no referido Programa de Trabalho o valor de R\$ 13.000.000,00. Assim, ao que tudo indica, haverá continuidade de obras no Porto, pois a estimativa para conclusão da obra objeto do Contrato de construção de 500 metros de cais é de R\$ 5.053.044,00 (não incluído o índice de reajuste anual que incidiu sobre o valor contratual a partir de abril de 2001).

25. A equipe de auditoria anota que, além da destinação de R\$ 13.000.000,00 no Orçamento Geral da União de 2001 (PT nº 26.784.0230.3340.0001) foi aprovado o valor de R\$ 10.500.000,00 para o mesmo exercício, por Emenda Parlamentar, no PT nº 26.784.0230.1079.0001 (Melhoramento e Ampliação da Infra-estrutura Portuária no Estado do Rio de Janeiro), destinado à CDRJ, o qual trata de projeto genérico, também objeto de fiscalização pelo Tribunal, por intermédio da Secex/RJ (TC-003.222/2001-3), cuja destinação, até o término da auditoria, não havia sido definida pela

Companhia. Os recursos abrigariam ainda a conclusão da obra objeto do contrato com a DM Construtora Ltda., bem como a obra de fechamento, aterro da área do mar, contenção e respectiva pavimentação, que constitui obrigação da CDRJ no contrato de arrendamento celebrado com a Libra.

26. Constatou-se que os termos aditivos re-ratificando planilhas de quantitativos e preços da obra, em acréscimos e decréscimos, não expressam claramente o seu objeto, sendo necessário verificar outras peças do processo que façam alusão as alterações a serem implementadas na execução do referido empreendimento.

27. A equipe de auditoria destaca a questão da ligação entre os arrendamentos realizados pela CDRJ e as obras que são de sua responsabilidade executar, a fim de garantir a operacionalização dos portos. Por contrato, a CDRJ se responsabiliza a realizar obras de infra-estrutura, e se eventualmente, o implemento da obrigação por parte da Companhia se delongar, pode haver risco de comprometimento de receita dos arrendamentos da CDRJ.

28. Por essa razão, a equipe sugere que o Tribunal acompanhe o cumprimento das cláusulas contratuais de arrendamentos, bem como das medidas tomadas no caso de descumprimento e seus possíveis impactos nos negócios portuários.

29. Além disso, foram detectados indícios de irregularidades no pagamento de despesas com combustível, lubrificantes, manutenção e motoristas/tripulantes de dois automóveis Volkswagen Gol, quando deveriam ser pagas para apenas um veículo.

Parecer da Unidade Técnica

30. Em sua conclusão (fls. 31/2), a equipe de auditoria da Secex/RJ propõe que:

“I) seja promovida a audiência do presidente da Companhia Docas do Rio de Janeiro, nos termos do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.443/92 c/c/ o art. 153, inciso III, do Regimento Interno do TCU, para apresentar razões de justificativa ante a inclusão do serviço de reforço para implantação da linha de terra e mar para o portainer na área do Prolongamento do Cais do Caju, Tecont 1, no Contrato DEP JUR nº 41/88, que tem como objeto a construção de 500 m de cais/terminal de contêineres, detalhado no Capítulo I- Objeto, item 1.1, do Edital de Concorrência nº 003/87;

II) seja determinado ao responsável da Companhia Docas do Rio de Janeiro, nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 c/c/ o art. 194, inciso II, do Regimento Interno do TCU, o seguinte:

a) a realização de nova licitação para a execução de obras referentes a enrocamentos de contenção e fechamento, aterro da retroárea e respectiva pavimentação no trecho de mar do prolongamento do Cais, Tecont 1;

b) a promoção de providências quanto à regularização dos pagamentos feitos para dois veículos no item 1.6.2.2 - combustível, lubrificantes, manutenção e motoristas/tripulantes para o Volkswagen Gol, quando deveria ser pago para apenas um veículo;

c) que em novas licitações, o Projeto Básico seja elaborado com nível de precisão adequado de modo que possibilite a correta avaliação do custo da obra e a definição dos métodos de execução, obedecendo ao art.6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93.

III) seja incluída a Companhia Docas de Navegação no próximo plano de auditoria, objetivando verificar o cumprimento das cláusulas contratuais de arrendamentos, bem assim das medidas tomadas no caso de descumprimento das mesmas e seus possíveis impactos nos negócios portuários.

IV) juntada às contas da CDRJ referentes ao exercício de 2001, para exame em conjunto e em confronto.”

31. Em extenso despacho, o diretor-substituto divergiu de parte das propostas da equipe de auditoria, manifestando-se da seguinte forma (fls. 44/6):

“De acordo com os indícios de irregularidades tipificados como ‘outras irregularidades’ – ‘projeto inadequado’ e ‘execução irregular da obra’ (fl. 31).

2. No que pertine à ampliação do terminal de containers em área que se encontra ‘... distante do local de realização da obra de 500 m de cais’, em que o orçamento proposto pela contratada

para a expansão do Tecont I foi de R\$ 19.815.959,97 – representando, dessarte, um acréscimo contratual de 28,18%, superior, portanto ao limite legal estatuído no § 1º, do art. 65, da Lei nº 8.666/93 (fls. 31/2 e 34/5) – dissinto da proposta de audiência formulada no item I, da fl. 31, pelas razões alvitradas na digressão abaixo.

3. A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO – nº 9.995/2000 estabelece em seu art. 86 que ‘ [o] Tribunal de Contas da União enviará à Comissão Mista Permanente prevista no art. 166, § 1º, da Constituição, até 30 dias após o encaminhamento da proposta orçamentária pelo Poder Executivo, informações recentes sobre a execução físico-financeira das obras constantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, inclusive em meio magnético.

§ 1º Das informações referidas no **caput** constarão, para cada obra fiscalizada:

[omissis]

III - a classificação dos eventuais indícios de irregularidades identificados, de acordo com sua gravidade [sublinhamos];

[omissis]

§ 7º A lei orçamentária anual poderá contemplar subtítulos relativos a obras com indícios de irregularidades graves informados pelo Tribunal, [sublinhamos] cujas execuções orçamentárias ficarão condicionadas à adoção de medidas saneadoras pelo órgão responsável, sujeitas à prévia deliberação do Congresso Nacional e da Comissão referida no caput.

4. A Lei Orçamentária Anual – LOA – nº 10.171/2001, concebida a partir das diretrizes da LDO supracitada, no que concerne à existência de irregularidades, prescreve, em seu art. 14, que ‘[é] vedada a execução dos contratos, convênios, parcelas ou subtrechos relacionados a obras ou serviços que apresentem indícios de irregularidades graves apontados pelo Tribunal de Contas da União, constantes do Quadro V, em anexo, até deliberação em contrário da Comissão Mista prevista no art. 166, § 1º, da Constituição Federal, e do Congresso Nacional’. Estatui, ademais, que:

§ 1º A vedação referida no **caput** abrange todos os programas de trabalho incluídos nos Orçamentos Fiscal, da Seguridade Social e de Investimento das estatais.

[omissis]

§ 4º O Tribunal de Contas da União fará o acompanhamento da aplicação dos recursos nos estritos termos deste artigo, certificando-se de que nenhum dos contratos, convênios, parcelas ou subtrechos em que tenham sido apontados indícios de irregularidades graves [sublinhamos] recebam quaisquer recursos orçamentários e informando o Congresso Nacional das ilegalidades eventualmente verificadas, sem prejuízo das providências cabíveis.

[omissis], concluindo, por fim, que:

‘§ 6º O Tribunal de Contas da União remeterá ao Congresso Nacional, em até três dias úteis após a decisão sobre indícios de irregularidades graves identificados em contratos, convênios, parcelas ou subtrechos referentes a obras constantes do Orçamento de 2001, cópia do ato decisório, acompanhado dos respectivos relatório e voto [sublinhamos], inclusive em meio magnético, com o detalhamento exigido pelo art. 86, § 1º da Lei nº 9.995, de 2000’.

5. Desse modo, a LDO prevê que este Tribunal estabeleça um gradiente dos indícios de irregularidades identificados na execução físico-financeira das obras imanentes aos orçamentos fiscal e da seguridade social, ao passo que a LOA, ao receber, em especial, no § 6º de seu art. 14, essa classificação, mediante a expressão ‘indícios de irregularidades graves’, pela sua própria natureza ontológica, abarca, também, o Orçamento de Investimentos.

6. Esse conjunto normativo orçamentário permaneceu silente quanto à definição de ‘indícios de irregularidades graves’, indícios esses que, por conseguinte, foram tipificados no ‘Manual Fiscobras 2001’. Não obstante o § 7º do art. 86 da LDO/2000, em que a **ultima ratio** para a autorização de execução orçamentária de obras em que tenham sido constatados indícios graves de irregularidades, cabe ao Congresso Nacional, observe um grau de elasticidade na classificação de certos atos inquinados como irregularidades graves, consoante as relações constantes dos Anexos I a III, do referido Manual. Sob a perspectiva da interpretação analógica, tomando como paradigma a classificação das contas ínsitas ao art. 16 de nossa LO, os indícios de falhas/impropriedades (Anexo I) equivalem a medidas saneadoras, de caráter pedagógico a serem ulteriormente implementadas, haja vista evidenciarem ‘... impropriedade ou qualquer outra falta de natureza

formal de que não resulte dano ao Erário'. Por sua vez, os indícios de outras irregularidades (Anexo II) poderia refletir a alínea 'b' do inciso III do art. 16, porquanto expressam 'prática de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial'. Por fim, os indícios de irregularidades graves (Anexo III), nessa relação biunívoca, poderiam expressar, **prima facie**, as irregularidades elencadas nas alíneas 'c' e 'd' do inciso III do mesmo art. 16, ou seja, consubstanciaria a suposta existência de dano ao Erário.

7. Entretanto essa analogia suso mencionada não é corroborada pela tipologia constante dos referidos Anexos. Desse modo se, e.g. o início de investimento fora do PPA, e a inexistência de licença ambiental e de processo licitatório com irregularidades relevantes – classificadas como indícios de outras irregularidades – infringem a regulamentação orçamentária ou a norma legal, respectivamente, e, consoante nossa LO, são passíveis de oitiva em audiência e proposição de multa (§ único do art. 19), no modelo constitutivo do Fiscobras, essas irregularidades não se encontram ao alcance do instituto da audiência. De outro modo, a observação de execução orçamentária irregular e as desapropriações ilegais, por exemplo – indícios de irregularidades graves – confrontam, da mesma forma, matéria de natureza orçamentária e legal, sem, entretanto, substantivar, necessariamente, dano ao Erário. Portanto, as obras com indícios de irregularidades graves que serão enviadas ao Congresso Nacional não apresentam subsunção explícita no ordenamento legal.

8. Isso posto, entendo que a diretriz norteadora para a classificação de existência de indícios de irregularidades graves deve ser restrita, além, à gestão danosa ao Erário da condução do PT – não corroborada **in casu** – ao transvio de seu objeto legislativamente concebido. Atinente a essa vertente, aduzo que, não obstante o croquis das obras dos Tecont I e II (Vol. I, fl. 112) evidenciar que as obras de ampliação do Tecont I – para as quais encontra-se em andamento o serviço de reforço para a implantação de portainer – estão sendo executadas extensivamente aos 500 m de cais, o objeto da Concorrência nº 03/97, consubstantivada no Contrato nº 041/88 (Vol. I, fls. 143/4 e 178/9), consistia em enrocamento, aterro mecânico, cais com extensão de 500 m e largura de 15,10 m, e cortina de contenção do terraplano com 500 m de extensão. Desse modo, malgrado a consignação de divergências entre o projeto básico e a execução das obras (fl. 28), o contrato em tela contempla a prestação de serviços de enrocamento e aterro mecânico, serviços esses empreendidos para a obra de extensão do terminal Tecont I. Ademais, o objeto do PT não é transviado, porquanto, prescreve 'construção do terminal de contêineres – Cais do Caju (RJ) / no Estado do Rio de Janeiro'.

8.1. Portanto, apesar da pertinência das irregularidades apontadas no Relatório de Levantamento de Auditoria e, face à concepção dicotômica do Fiscobras, que, com vistas à devida prestação requerida ao processo decisório dessa matéria, instiga implicitamente um **tradeoff** entre promoção de audiência – com possível reflexo na execução financeiro-orçamentária do PT – e reclassificação dos indícios de irregularidade – para a continuidade da execução orçamentária, haja vista, s.m.j., a inexistência de atos suficientemente maculadores – sugiro o encaminhamento destes autos ao Gabinete do Sr. Ministro Relator, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, com as seguintes propostas:

a) **in limine**, determinar à Cia Docas do Rio de Janeiro – CDRJ, que promova, consoante prescrição legal ínsita ao art. 3º da Lei nº 8.666/93, o devido certame licitatório para a contratação das obras de enrocamento, contenção, fechamento e aterro da retroárea com a sua respectiva pavimentação no trecho de mar do prolongamento do Cais do Caju, onde se situa o Tecont I;

b) determinar à CDRJ que:

b.1) adote as devidas providências visando à devolução dos pagamentos efetuados à contratada, a partir da 4ª planilha de medição do Contrato DEP JUR nº 41/88, sob a rubrica de combustível, lubrificantes, manutenção e motoristas/tripulantes de veículo, marca Volkswagen Gol, item 1.6.2.2 da planilha, porquanto esses valores deveriam ser incidentes, apenas, sobre 1 (um) veículo, em vez de 2 (dois), uma vez que o primeiro veículo, adquirido mediante o aludido Contrato, foi incorporado ao patrimônio da CDRJ em abril de 1991, quando, desde então, essa Entidade absorveu os seus custos de manutenção;

b.2) em futuras licitações, o projeto básico seja elaborado com nível de precisão adequado, de modo que possibilite a caracterização da obra, a correta avaliação do seu custo, e a definição dos métodos de execução, em obediência ao inciso IX do art. 6º e **caput** e § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93;

c) determinar à Gerência Regional de Controle Interno/RJ que, por ocasião da análise das contas da CDRJ, exercício 2001, atente para o cumprimento das determinações constantes dos itens acima;

d) juntar estes autos às contas da CDRJ, exercício 2001.”

32. Por sua vez, o secretário da Secex/RJ, divergindo do diretor-substituto e acolhendo a proposta da equipe de auditoria, emitiu o seguinte despacho (fl. 47):

“Considerando que constam dos autos elementos informativos suficientes à caracterização de prática de ato ilegal pelo presidente da CDRJ ao autorizar, por intermédio de Termo Aditivo assinado em 26.08.1999, o início da execução de obra não incluída no objeto originário do Edital de Concorrência nº 003/87, acolho a proposta de encaminhamento formulada pela equipe de auditoria às folhas 31, itens I a IV.

A inclusão de obra nova não consentânea com o objeto originário do procedimento licitatório sob análise, por intermédio de Termo Aditivo, além de constituir prática de ato ilegal pode caracterizar dano ao Erário, considerando que não estão presentes os elementos de convicção necessário à emissão de juízo de valor acerca da justeza do preço final da obra, uma vez que este não foi obtido em virtude de concorrência pública.”

É o relatório.

VOTO

Trago o processo à deliberação do Plenário em vista da materialidade dos recursos destinados à execução das obras de construção do Terminal de Contêineres do Cais do Caju no Estado do Rio de Janeiro e dos indícios de irregularidades apontados no relatório elaborado pela Secex/RJ.

2. O contrato original, firmado em 10.05.1988, já possui 18 Termos Aditivos.

3. A equipe de auditoria aponta impropriedade na assinatura, em 26.08.1999, do 17º Termo Aditivo, no valor de R\$ 3.605.471,00, ao contrato firmado com a empresa DM Construtora de Obras Ltda..

4. Segundo a Secex/RJ, a planilha integrante do aditivo não abrangeria todos os serviços aprovados para execução e os serviços nela discriminados não seriam compatíveis com o objeto originário do Edital de Concorrência 003/87. Em substituição à obra de construção do Cais Ro-Ro 2, foram iniciados trabalhos de Prolongamento do Cais do Caju, que não estariam previstos originalmente.

5. Por considerar que haveria indícios de irregularidade em ato praticado pelo presidente da CDRJ ao autorizar, por intermédio desse termo aditivo, a execução de obra não incluída no objeto originário do Edital de Concorrência nº 003/87, a unidade técnica propõe sua audiência para que apresente razões de justificativa.

6. Estou de acordo com essa sugestão. Discordo, todavia, nesta fase do processo, da proposta de determinação para que seja promovida nova licitação. Ouça-se primeiro o responsável. Se os indícios de irregularidades não forem elididos, aí, sim, pode-se cogitar dessa medida corretiva.

Dessa forma, acolho, no essencial, as propostas da Secex/RJ e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 598/2001-TCU-PLENÁRIO

2. Classe de Assunto: V – Relatório de Levantamento de Auditoria

3. Entidade: Companhia Docas do Rio de Janeiro - CDRJ

4. Interessado: Congresso Nacional

5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: Secex/RJ

8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no artigo 43, incisos I e II, da Lei n.º 8.443/92, DECIDE:

8.1. determinar à Secex/RJ que promova a audiência do presidente da Companhia Docas do Rio de Janeiro – CDRJ - para que apresente razões de justificativa pela inclusão do serviço, não previsto originalmente, de reforço para implantação da linha de terra e mar para o portainer na área do Prolongamento do Cais do Caju, Tecont 1, no Contrato DEPJUR n.º 41/88, cujo objeto era a construção de 500 m de cais/terminal de contêineres, conforme detalhado no Capítulo I - Objeto, item 1.1, do Edital de Concorrência n.º 003/87;

8.2. determinar à Companhia Docas do Rio de Janeiro que:

a) adote as providências necessárias para a regularização dos pagamentos efetuados à contratada, a partir da 4ª planilha de medição do Contrato DEPJUR n.º 41/88, sob a rubrica de combustível, lubrificantes, manutenção e motoristas/tripulantes de veículo, marca Volkswagen Gol, item 1.6.2.2 da planilha, tendo em vista que esses valores deveriam ser incidentes, apenas, sobre 1 (um) automóvel, em vez de 2 (dois), pois o primeiro veículo, adquirido mediante o aludido Contrato, foi incorporado ao patrimônio da CDRJ em abril de 1991, quando, desde então, a entidade assumiu seus custos de manutenção;

b) em futuras licitações, elabore projetos básicos com nível de precisão adequado, de modo a possibilitar a caracterização da obra, a correta avaliação do seu custo, e a definição dos métodos de execução, em obediência ao inciso IX do art. 6º e **caput** e § 2º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93; e

8.3. dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

9. Ata n.º 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.319/2001-0

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER

Responsável: Rogério Gonzalez Alves (Diretor Executivo do DNER, respondendo pela Direção-Geral)

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de duplicação BR-101/RJ e de construção de acessos rodoviários ao Porto de Sepetiba. Estágio de planejamento. Ausência de irregularidades. Determinação interna, com vistas ao aprimoramento das informações dadas pelo sistema. Ciência ao interessado. Arquivamento.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de construção de acessos rodoviários no Corredor Leste, nas imediações do Porto de Sepetiba, no Rio de Janeiro, realizada com o fito de subsidiar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o exercício de 2002, por intermédio do sistema Fiscobras.

2. Inicialmente, a SECEX/RJ menciona que a obra em análise não se constitui de uma ação isolada, pois integra um projeto mais amplo, de cuja idealização participa também o Governo do Estado do Rio de Janeiro. E descreve o empreendimento da seguinte maneira:

“Incluído nos planejamentos do Governo Federal (Programas ‘Eixos Nacionais de Integração e Desenvolvimento’ e ‘Avança Brasil’), esse projeto objetiva, além da melhoria das condições operacionais rodovia BR-101/RJ, a construção de uma nova rodovia (RJ-109) com 2 pistas, 4 faixas e 100km de extensão, ligando Sepetiba às rodovias BR-116 e BR-040. Tal empreendimento, orçado em US\$ 216,4 milhões, tem por meta promover o desenvolvimento do Porto de Sepetiba e o crescimento potencial da região, bem como reduzir o tráfego comercial no centro urbano do Rio de Janeiro.

Considerado prioridade pelo Governo Federal, foi inserido no Plano Plurianual 2000-2003 e consta do Orçamento Geral da União para 2001 (PT nº 26.782.0230.5721.0021), com recursos na ordem de R\$ 22,5 milhões.”

3. Consoante informou o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), a importância socioeconômica do empreendimento relaciona-se à ampliação da capacidade de tráfego (atualmente próxima ao limite), com vistas ao atendimento do esperado aumento de demanda em face da plena operação do Porto de Sepetiba; à melhoria das condições operacionais da rodovia no que tange ao tráfego comercial e turístico; e redução dos índices de acidentes na região.

4. Ressalta-se que as obras ainda não foram começadas, nada obstante já terem sido contratados os serviços relativos ao projeto básico, que se dividem em duas partes: a de realização de estudos preliminares e a de produção do projeto básico propriamente dito, ambos para o segmento da rodovia BR-101/RJ que vai de Santa Cruz a Mangaratiba.

5. Sendo assim, os estudos preliminares, envolvendo o plano funcional e o anteprojeto de duplicação da rodovia BR-101/RJ, entre Santa Cruz e Mangaratiba, km 387,9 a 415,0, fizeram parte do Contrato PD-7-052/98-00, no valor de R\$ 162.031,17, assinado com a Projemax Engenharia e Consultoria Ltda. e findo em 25/10/2000.

6. Por outro lado, o projeto básico mesmo, com objeto ligeiramente diverso do anteprojeto, uma vez que prevê a duplicação do km 385,8 ao 415,0 da referida rodovia, saiu ao custo de R\$ 147.523,30, também havendo sido contratado com a empresa Projemax, que o entregou em 12/03/2001. Por esse projeto, em fase de exame no DNER, estima-se que as obras na BR-101/RJ, entre Santa Cruz e Mangaratiba, consumiriam R\$ 84.960.662,32 em 900 dias consecutivos de trabalho.

7. Vale a pena destacar algumas ponderações levantadas pela SECEX/RJ, as quais, entretanto, não representam irregularidades, até porque existe o indicativo de que o DNER, de moto próprio, já vinha lhes dedicando atenção:

“O cronograma, peça que acompanha o projeto básico em análise no DNER, não contempla a evolução do aspecto físico do empreendimento, dificultando a avaliação prévia da correspondência entre os andamentos físico e financeiro, bem como da determinação contida no artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (segundo informações do gestor, o detalhamento do cronograma será feito antes da divulgação do edital de licitação relativo à obra).

Por encontrar-se em fase de elaboração do projeto básico, o DNER não encaminhou ao IBAMA a solicitação de licença ambiental. Dessa forma, não é possível afirmar ainda se será exigido EIA (Estudo de Impacto Ambiental) ou se bastarão os estudos elaborados juntamente com o projeto básico. De qualquer modo, segundo informações do gestor, somente se promoverá a licitação após a obtenção da licença prévia.”

8. Sobre a execução orçamentária, a Unidade Técnica registra o que se segue:

“Até o encerramento da auditoria (25/06/2001), a dotação orçamentária prevista para 2001

(R\$ 22.500.000,00) encontrava-se integralmente contingenciada. Embora a dotação para a obra em exame tenha sido incluída, pela primeira vez, no orçamento de 2001 (programa de trabalho com descrição específica – 26.782.0230.5721.0021), outros programas de trabalho genéricos foram utilizados para a realização de estudos preliminares e do projeto básico (16.088.0537.1204.1625 e 26.782.0911.5852.0002), a conta dos quais se empenharam despesas da ordem de R\$ 300.000,00.”

9. Ao final, sem constatar quaisquer irregularidades, a SECEX/RJ propõe o apensamento dos autos às contas do DNER relativas ao exercício de 2001, sem prejuízo do seguinte advertência, de aplicabilidade interna, respeita ao sistema Fiscobras:

“Em face da alteração no entendimento da SECOB no que se refere ao preenchimento do campo ‘valor orçado’ da tela ‘calendário de desembolso’, que importou na desconsideração da orientação contida na página 54 do manual do sistema Fiscobras 2001 (v. fls. 68/69), bem como da relevância da matéria no processo de elaboração da legislação orçamentária pelo Congresso Nacional, propomos seja recomendada à SECOB a modificação da dita tela do sistema, fazendo dela constar informações relativas à dotação inicial e suas suplementações, ao crédito contido/bloqueado e ao crédito disponível na ocasião da auditoria.”

É o relatório.

VOTO

Pelo que se apurou até o momento, estando o empreendimento ainda em fase de preparação, não há irregularidades a se tratar ou determinações a se fazer, de modo que o processo pode ser arquivado, dando-se ciência disso ao Congresso Nacional.

2. Antes disso, contudo, acolho a proposta de recomendação formulada pela Unidade Técnica, com vistas à melhoria do sistema Fiscobras e da qualidade das informações prestadas ao Congresso Nacional.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 599/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.319/2001-0
2. Classe de Assunto: V - Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)
4. Responsável: Rogério Gonzalez Alves (Diretor Executivo do DNER, respondendo pela Direção-Geral)
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/RJ
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - determinar à SECOB que estude a conveniência de se alterar a tela “calendário de desembolso” do sistema Fiscobras, para que, nos próximos anos, passe a contemplar informações concernentes à dotação inicial para a obra e suas suplementações, ao crédito contido ou bloqueado e ao crédito disponível quando da realização dos levantamentos de auditoria;

8.2 - dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, à Direção-Geral do DNER e à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional; e

8.3 - arquivar o processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.593/2001-9

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A.

Interessado: Congresso Nacional

Responsável: Rogério Gonzalez Alvez – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de expansão do sistema de trens urbanos de Porto Alegre – trecho Assis Brasil-Centro-Azenha. Obras ainda não iniciadas. Não-constatação de irregularidades ou dano ao erário. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional. Arquivamento.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de expansão do sistema de trens urbanos de Porto Alegre – trecho Assis Brasil-Centro-Azenha, correspondente ao Programa de Trabalho 26.783.0222.5752.0003, com extensão total de 16 km, comportando obras civis, sistemas e material rodante. A auditoria tem o objetivo de subsidiar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o exercício de 2002.

2. Quando entrar em operação, o novo trecho deverá atender a uma demanda por transporte metroviário estimada em 450.000 pessoas/dia na área abrangida pelo empreendimento.

3. Para elaboração do projeto básico, foi contratado em 1/11/97, pelo valor de R\$ 7.024.566,52, o consórcio Ecoplan, Magna-TC/BR- Bourscheid (contrato nº 01.100.807/98). Durante a realização da auditoria, o projeto básico estava em elaboração, com conclusão prevista para 31/5/2001. Não havia previsão de data para início das obras.

4. O outro contrato vinculado à obra (contrato nº 01.104.883/00), no valor de R\$ 273.571,03, foi firmado com a empresa Beck de Souza Engenharia Ltda. em 23/8/2000 e destina-se à execução de serviços de engenharia para realização de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). A minuta do EIA/RIMA está sob análise da Trensurb e da UFRGS (Univ. Federal do Rio Grande do Sul), concluída a qual poderá ser emitida a versão definitiva do documento. Por essa razão o contrato encontra-se suspenso.

5. Segundo informações prestadas pela Gerência de Projetos da Trensurb, o valor total para execução da obra previsto no projeto básico é de R\$ 1.720.000.000,00.

6. O relatório da SECEX/RS não constatou qualquer irregularidade ou dano ao erário e conclui propondo o arquivamento do processo.

7. A proposta foi aprovada pelo Secretário da Secex/RS e validada pela Secob.

É o Relatório.

VOTO

A obra para expansão do sistema de trens urbanos no trecho mencionado ainda não foi iniciada.

2. Encontram-se em andamento apenas os estudos de impacto ambiental e o projeto básico.

3. O levantamento de auditoria não constatou qualquer irregularidade ou dano ao erário nos contratos em execução.

Dessa forma, acolho a proposta da unidade técnica, e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 600/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.593/2001-9

2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria

3. Entidade: Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A.

4.1 Interessado: Congresso Nacional

4.2 Responsável: Rogério Gonzalez Alvez – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

5. Relator: Ministro Marcos Vinicios Vilaça

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: Secex/RS

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

8.1 - remeter cópia desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, para ciência; e

8.2 - arquivar o presente processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.601/2001-2

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidades: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e 10º Batalhão de Engenharia de Construção

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Construção de trechos rodoviários no Corredor Mercosul (BR 285/RS). Impropriedades. Possíveis danos ambientais. Convênio com unidade militar

em valor insuficiente para a conclusão do trecho previsto no instrumento. Descontinuidade da liberação de recursos financeiros com prejuízo para o andamento da obra. Comunicação ao órgão ambiental e ao Ministério dos Transportes. Determinações ao DNER. Remessa de cópia da decisão à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional. Arquivamento.

RELATÓRIO

Cuida-se de levantamento de auditoria realizado pela SECEX/RS, por intermédio do sistema Fiscobras, em obra realizada pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, mediante contratação de empreiteira privada e convênio com o 10º Batalhão de Engenharia de Construção, com vistas à verificação da conformidade e economicidade dos procedimentos referentes à construção do trecho da BR 285/RS compreendido entre a divisa RS/SC e a cidade de São Borja/RS, pertencente ao Corredor Mercosul (Programas de Trabalho nºs 16.088.0537.1204.1631 e 16.088.0537.1201.0001, respectivamente referentes aos Orçamentos Gerais da União para os exercícios de 1998 e 1999), em cumprimento à Decisão nº 122/2001-TCU-Plenário (TC-001.212/2001-5), que aprovou o Plano Especial de Auditoria para subsidiar a apreciação do Projeto de Lei Orçamentária para o exercício de 2002 pelo Congresso Nacional.

2. O Levantamento de Auditoria foi realizado no Distrito Rodoviário Federal/RS e no local da obra, no período de 09.04.2001 a 11.05.2001, por equipe composta pelos AFCEs Carlos Fettermann Bosak e Fábio Andrade Batista.

3. Destaco, do relatório de auditoria de fls. 4/7, as seguintes informações:

“.....
A rodovia tem grande importância para o escoamento da safra da maçã da região, uma vez que cerca de 25% da safra nacional de maçã escoada por essa rodovia, e a quebra causada pelo transporte nas condições atuais é estimada em aproximadamente 15%.
.....

Breve histórico da obra:

JUN/1984 - concluído o projeto final de engenharia.

AGO/1988 a AGO/1993 - executados os trabalhos de construção da rodovia BR-285/RS - trecho Bom Jesus - Vacaria, correspondente a 58,7 km - pelas firmas EMPA S/A e Sultepa S/A. Os contratos com as referidas firmas foram encerrados por terem completado cinco anos consecutivos com a execução de apenas 15,54% e 29% dos contratos, respectivamente da EMPA e Sultepa.

SET/1993 - revisado o projeto para adequar-se à legislação ambiental.

SET/1996 - firmado convênio com o 10º Batalhão de Engenharia de Construção para executar as obras dos contratos encerrados.

SET/1998 - contratada mediante licitação a EMPA S/A para executar trecho de 28,5 km excluído do convênio.

MAIO/2001 - concluída a pavimentação de 30,4 km do total de 58,7 km do trecho.
.....

Projeto básico

(...) Trecho Vacaria - Bom Jesus, com extensão aproximada de 58,7 km, cujo projeto final de engenharia foi concluído em junho de 1984, com o valor de Cr\$27.000.000,00 a preços de outubro de 1982. Esse trecho encontra-se atualmente em obras.

- O EIA-RIMA só foi elaborado em março/1991, três anos após o início das obras (1988). O projeto do trecho Vacaria - Bom Jesus teve de ser revisto em setembro/1993 para se adaptar às exigências da legislação ambiental. - Alterações de projeto: 1) Mudança da capa asfáltica de TSD (Tratamento Superficial Duplo) para CBUQ (Concreto Betuminoso Usinado a Quente), conforme estudo e proposta efetuados pelo 10º Batalhão de Engenharia de Construção e aprovados pelos setores correspondentes do DNER. Ressalte-se que o projeto básico foi elaborado em 1984, tendo o 10º Batalhão de Construção justificado a alteração para adequar a pavimentação à realidade de tráfego de 1996; 2) Inclusão do acesso a Bom Jesus, numa extensão de 1 km, de acordo com pedido da Prefeitura Municipal de Bom Jesus. O referido pedido foi submetido ao DNER e aprovado pelos setores competentes, tendo em vista que a construção do acesso não estava

prevista no projeto original.

(...) Trecho Bom Jesus - Divisa SC/RS, com extensão aproximada de 55,2 km. O projeto básico, dividido em 3 lotes, está concluído, e a construção já foi licitada, aguardando homologação.

A falta de recursos financeiros teve conseqüências em relação ao projeto das obras. O projeto do trecho Bom Jesus - Divisa SC/RS, foi firmado em 11/05/1998, teve os serviços paralisados em 04/09/1998, devido à indisponibilidade de recursos financeiros, retomado em 20/12/1999, paralisado novamente em 14/01/2000 pelo mesmo motivo e reiniciado em 29/06/2000.

Execução física

(...) 30,4 km de pavimentação concluída, entre Vacaria e a Divisa RS/SC

(...) O programa de trabalho auditado contempla obras em dois trechos:

- trecho Vacaria-Bom Jesus (obras em andamento) e

- trecho Bom Jesus-Divisa SC/RS (obras não iniciadas)

O percentual realizado, refere-se, então, ao segmento Vacaria - Divisa RS/SC.

Execução financeira

Primeira dotação: 08/1988 – Valor estimado para conclusão: R\$ 59.122.439,00

Demonstração do cálculo:

Lote	previsto	realizado	diferença
3	4.800.000,00	0	4.800.000,00
2	13.079.045,60	10.253.802,24	2.825.243,36
1	47.797.196,58	0	47.797.196,58
supervisão	3.700.000,00	0	3.700.000,00
TOTAL:			59.122.439,94

Obs: o lote 1 e a respectiva supervisão ainda não foram contratados - refere-se ao trecho Bom Jesus-divisa RS/SC. O lote 2 refere-se ao contrato 180/98, com a EMPA, abaixo descrito. O lote 3 refere-se ao convênio com o Batalhão, abaixo descrito, e o cálculo foi feito com base nos recursos a receber da União.

A primeira dotação referente ao exercício de 1996 corresponde ao reinício da obra a cargo do 10º Batalhão de Engenharia de Construção.

O valor estimado para conclusão foi obtido pela soma dos contratos atualizados das obras com os contratos atualizados das fiscalizações diminuídos dos valores medidos atualizados. Ressalte-se, ainda, que este PT contempla também o trecho Bom Jesus-divisa RS/SC, ainda não contratado, mas cujo valor está incluído acima.

Principal Contrato

Contratada: EMPA S. A. SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Objeto: execução das obras de implantação e pavimentação da rodovia BR/285-RS, sub-trecho Bom Jesus - Vacaria, km 0,00 a 28,5 do projeto.

Valor inicial: R\$ 8.698.323,36 – Data-base: 20/05/1998

Extensão total: 28,5 km

Custo unitário: R\$ 305.204,32/km

Situação atual: em andamento

Observações: 1- Esse contrato engloba apenas 28,5 km do sub-trecho Bom Jesus - Vacaria, cuja extensão total é de 58,7 km. O restante do sub-trecho está sendo construído por meio de convênio com o 10º Batalhão de Engenharia de Construção.

2 - O trecho Divisa SC/RS - Bom Jesus (RS), cuja extensão aproximada é de 55,2 km, encontra-se em fase de homologação da licitação para construção.

3 - A empreiteira, na 1ª revisão de projeto, arrolou os serviços adicionais necessários em decorrência de perdas com a paralisação da obra, tais como correção de erosões, complementação de aterros e camada de bloqueio. Com base nos preços constantes do SICRO - Sistema de Custos Rodoviários do DNER, estimamos esse valor em aproximadamente R\$ 473.885,00.

4 - Valor reajustado: R\$ 13.079.045,60.

Convênio

Conveniente: 10º Batalhão de Engenharia de Construção

Objeto: serviços de construção, pavimentação e coordenação na rodovia BR-285/RS, trecho Vacaria-Bom Jesus, segmento km 88,9 - 119,1 (30,2 km de extensão)

Vigência: de 02/10/1996 a 31/12/2001

Valor total: R\$ 1.340.000,00

Observações:

1- O convênio encontra-se em seu 7º termo aditivo, face a irregularidade no fluxo de recursos, o que determinou a paralisação dos trabalhos em certas épocas. Por exemplo, em 1996, os recursos foram liberados a partir de novembro; em 1997, a partir de agosto; em 1998, não houve liberação de recursos; em 1999, somente em dezembro; em 2000, ocorreu liberação em janeiro e setembro, e, até maio/2001, não houve liberação de recursos.

2- Valor liberado em 2000: R\$ 3.300.000,00.

3- Conforme plano de trabalho apresentado, até maio/2000 tinham sido pavimentados 16,24 km, de um total de 30,2 km.

4 - O termo de convênio não apresenta uma previsão, a preços iniciais, do custo total dos serviços do Batalhão, dificultando a estimativa dos valores necessários para a conclusão do trecho. Daí, também, a necessidade de termos aditivos de reajuste e de acréscimos ao valor conveniado.

5 - Valor reajustado: R\$ 8.859.346,00.

.....
Indícios de irregularidades:

- *Impropriedades na celebração do convênio* - O valor inicialmente conveniado demonstrou ser insuficiente para a execução do objeto, existindo necessidade de sucessivos aditamentos de valor, para adequá-lo à realidade. Mesmo assim, o valor aditado ainda não corresponde ao valor necessário para a conclusão da obra.

- *Falhas na administração do contrato* - A irregular liberação de recursos, com a conseqüente necessidade de paralisações e retomadas dos serviços, está onerando o custo final do empreendimento, havendo necessidade de realização de serviços adicionais para a preservação dos serviços já realizados. A Empa S.A., responsável por 28,5 km do trecho, na 1ª revisão de projeto, arrolou os serviços adicionais necessários em decorrência de perdas com a paralisação da obra, tais como correção de erosões, complementação de aterros e camada de bloqueio. Com base nos preços constantes do SICRO - Sistema de Custos Rodoviários do DNER, estimamos esse valor em aproximadamente R\$ 473.885,00.

- *Falhas referentes ao meio ambiente* - Os limites da pedreira explorada - km 2,5 do projeto - estão avançando sobre área de mata nativa, com exemplares de Araucaria (...).

Conclusões:

A obra em questão teve início em 01/09/1988, há quase 12 anos, sofrendo diversas paralisações e atrasos no cronograma devido à falta de recursos financeiros, situação que persiste até hoje.

Verifica-se que os custos da obra vêm se elevando devido às longas paralisações, com a conseqüente perda de serviços e terraplenagem já executados, necessidade de adequação de projetos que se tornam obsoletos e com a permanência dos equipamentos de terraplenagem no local para manter os trechos ainda não pavimentados em condições de tráfego.

Diante do exposto, a equipe de auditoria entende que o não cumprimento de cronograma de desembolso tem prejudicado o bom andamento da obra, com reflexos negativos nos aspectos de economia e eficiência do empreendimento.

Proposta de encaminhamento:

Diante do relatado, submetem-se os autos ao Sr. Ministro-Relator, com base no art. 11 da Lei nº 8.443/92, com a proposta de que:

a) seja comunicada à Fundação Estadual de Proteção ao Meio Ambiente - FEPAM, para que verifique se a pedreira explorada pela empreiteira, no km 2,5 do projeto referente ao trecho Bom Jesus-Vacaria, encontra-se em conformidade com a licença ambiental concedida, uma vez que se verificou que as atividades da pedreira estão avançando sobre área de mata nativa, colocando em risco exemplares de Araucaria, espécie cujo corte e manejo está vedado por legislação específica;

b) seja determinado ao DNER que, ao firmar convênios com outros órgãos para a realização de obras rodoviárias, faça constar o valor real do objeto conveniado, de modo a refletir o custo

efetivo do empreendimento;

c) seja comunicado ao Sr. Ministro dos Transportes, nos termos do Memorando-Circular nº 55/2000-SEGECEX, que o não-cumprimento do cronograma de desembolso tem prejudicado o bom andamento da obra, com reflexos negativos nos aspectos de economia e eficiência do empreendimento.

.....”
5. O Diretor da 2ª Divisão e Secretário de Controle Externo da SECEX/RS, em parecer de fl. 7, manifestaram-se de acordo com o encaminhamento proposto pela equipe de auditoria, aditando proposta de arquivamento dos autos naquela unidade técnica.

É o relatório.

VOTO

As observações da equipe de auditoria em relação aos malefícios da descontinuidade na liberação dos recursos para a execução da obra em comento corroboram meu entendimento de que o desperdício é, se não o maior, um dos grandes males que assolam a Administração Pública brasileira. Esse desperdício se manifesta de várias maneiras, sendo uma delas a irregularidade na liberação de recursos, que causa paralisações e reinícios de trabalhos, com incorporação de custos financeiros, de mobilização e de refazimento de serviços perdidos em razão do tempo.

As crises orçamentárias, financeiras e políticas não devem, a meu ver, ser justificativa para a manutenção dessa situação. Para se estancar essa verdadeira sangria de recursos públicos, basta haver um mínimo de planejamento e continuidade administrativa, de modo a que somente sejam iniciadas obras em número que seja viável concluir, sem que se perca o que já foi realizado. Se há recursos apenas para a construção de 50 quilômetros de estrada, que se construam esses quilômetros e os entregue para uso da população e não se inicie, como sói ocorrer, 500 quilômetros de rodovia, paralisando os serviços ainda na terraplanagem com o esgotamento dos recursos, para, depois de degradados pelo tempo, retomá-los.

Com ênfase a essa questão, manifesto-me de acordo com o encaminhamento proposto pela Unidade Técnica e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Marcos Vinícios Vilaça
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 601/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.601/2001-2
2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria
3. Entidades: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER e 10º Batalhão de Engenharia de Construção
4. Interessado: Congresso Nacional
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/RS
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. comunicar à Fundação Estadual de Proteção ao Meio Ambiente do Rio Grande do Sul - FEPAM que o material da pedreira existente no km 2,5 do projeto tratado nestes autos (trecho Bom Jesus-Vacaria) está avançando sobre área de mata nativa, colocando em risco exemplares de Araucaria, espécie protegida pela legislação ambiental;
 - 8.2. determinar ao DNER que, ao firmar convênios para a realização de obras rodoviárias, faça constar do termo o valor real do objeto conveniado, de modo a refletir o custo efetivo do empreendimento;

8.3. comunicar ao Sr. Ministro dos Transportes que o não-cumprimento do cronograma de desembolso tem prejudicado o bom andamento da obra, com reflexos negativos nos aspectos de economia e eficiência do empreendimento;

8.4. remeter cópia desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, para ciência; e

8.5. arquivar o presente processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.603/2001-7

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

Interessado: Congresso Nacional

Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

Ementa: Fiscobras 2001. Levantamento de auditoria nas obras de construção de viaduto no corredor do Mercosul/BR-116/RS, situado no cruzamento da Rua Rincão, em Novo Hamburgo, para subsidiar a proposta orçamentária da União do exercício de 2002, em cumprimento à Decisão nº 122/01-Plenário, de 14.03.2001. Audiência do responsável. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

RELATÓRIO E VOTO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria realizado sobre as obras de construção de viaduto situado no cruzamento da Rua Rincão, em Novo Hamburgo, subtrecho entroncamentos RS-239 (p. Campo Bom) e RS-240 (Scharlau), no km 236,5 do corredor do Mercosul/BR-116/RS (PT 26.782.0233.5774.0001). O projeto básico estima o valor da obra em R\$ 9.251.757,72.

2. O relatório da equipe de auditoria da Secex/RS foi concluído em 01.06.2001 e registra que o lançamento do Edital de Concorrência para a construção da obra estava previsto para jun/jul 2001.

3. A equipe aponta como indício de irregularidade o fato de que dos R\$ 335.000,00 desembolsados em 2000, apenas R\$ 70.000,00 foram utilizados no pagamento do projeto de engenharia do viaduto da Rua Rincão. O restante foi empregado na construção de outro viaduto, localizado na interseção da BR-116/RS com a Av. Sete de Setembro, em Novo Hamburgo/RS - km 240,6 ao km 241,6 - (PT 26.782.0663.5394.0041), o que caracterizaria descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000, art. 8º, parágrafo único). Para que sejam apresentadas razões de justificativa, propõe a audiência do responsável pela entidade.

4. As propostas foram aprovadas pelo secretário da Secex/RS.

5. O art. 8º, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal determina que os recursos

legalmente vinculados a finalidade específica devem ser utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

6. Por isso, entendo pertinente a proposta de audiência do responsável pela entidade para que apresente razões de justificativa pela utilização de recursos do PT 26.782.0233.5774.0001 em obras correspondentes ao PT 26.782.0663.5394.0041.

Assim, acolho a proposta da Secex/RS e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 602/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.603/2001-7
2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER
- 4.1. Interessado: Congresso Nacional
- 4.2. Responsável: Rogério Gonsalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral
5. Relator: Ministro Marcos Vinicios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/RS
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no artigo 43, inciso II, da Lei n.º 8.443/92, DECIDE:

8.1 – determinar à Secex/RS que promova a audiência do responsável para que apresente razões de justificativa pela utilização de R\$ 265.000,00 (duzentos e sessenta e cinco mil reais) referentes ao PT 26.782.0233.5774.0001 (viaduto no corredor do Mercosul/BR-116/RS, situado no cruzamento da Rua Rincão, em Novo Hamburgo, subtrecho entroncamentos RS-239 - p. Campo Bom - e RS-240 – Scharlau -, no km 236,5) nas obras de construção de outro viaduto, localizado na interseção da BR-116/RS com a Av. Sete de Setembro, em Novo Hamburgo/RS - km 240,6 ao km 241,6 (PT 26.782.0663.5394.0041); e

8.2 - dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.606/2001-9

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP)

Responsáveis: Fernando Lima Barbosa Vianna (Diretor-Presidente da CODESP) e

Ementa: Fiscobras 2001. Auditoria nas obras de dragagem no Porto de Santos/SP. Aquisição do projeto básico e do estudo de viabilidade técnica e econômica sem que estivessem previstos no procedimento licitatório que levou à contratação de empresa de consultoria. Omissão desses serviços adicionais nos termos do instrumento contratual e em seu aditamento. Inexistência de orçamento detalhado do custo do empreendimento, como parte do projeto básico. Audiência dos responsáveis. Envio de cópia do inteiro teor da decisão aos interessados.

RELATÓRIO

Cuida-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de dragagem no Porto de Santos/SP, a cargo da Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), realizada com a finalidade de subsidiar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o exercício de 2002, por intermédio do sistema Fiscobras.

2. Sobre a importância socioeconômica e a viabilidade do empreendimento, a SECEX/SP registra o seguinte:

“Trata-se de empreendimento previsto no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Santos, objetivando o aprofundamento do canal de navegação e das bacias de evolução. A obra visa propiciar a utilização de navios de maior capacidade, reduzindo os custos de fretes aos usuários e dessa forma incrementar o trânsito de mercadorias, seja para importação ou exportação, possibilitando aumento na competitividade do comércio exterior brasileiro e conseqüente aumento do nível de emprego na região. A viabilidade do projeto respalda-se na desenvolvida infra-estrutura oferecida pelo Estado de São Paulo, considerando a ampla malha rodoferroviária que permeia o Porto de Santos, aliada ao desenvolvimento do município e a estrutura portuária oferecida pela CODESP.

Conforme o estudo de viabilidade feito pela DTA Consultoria S/C Ltda., a taxa interna de retorno do empreendimento é da ordem de 25,63% a.a., considerando o fluxo de caixa até o ano de 2017. O estudo prevê que após dois anos de aplicação de recursos no empreendimento as receitas geradas proporcionarão numerário suficiente para autogerir a obra, concluindo a Consultoria o retorno do capital investido pela CODESP em 8 anos após o início do empreendimento e em 9 anos de todo o investimento realizado.”

3. Todavia, as obras ainda não foram iniciadas, estando prontos apenas o projeto básico, o Relatório Ambiental Preliminar (RAP) e o estudo de viabilidade técnica e econômica, preparados pela empresa DTA, segundo o Contrato PRES/043.98, no valor de R\$ 651.250,00. Também não foi deflagrada a licitação para a escolha da empresa executora das obras.

4. Nesse ponto, a equipe de auditoria aponta uma primeira irregularidade, haja vista que a licitação para contratação da DTA foi idealizada para a produção do RAP, conquanto ainda inexistentes o estudo de viabilidade técnica e econômica e o projeto básico, previamente requeridos. Percebendo o equívoco, afirma-se, *“a CODESP aditou o contrato originário em 25%, incluindo a elaboração daqueles no objeto contratado [que era somente o RPA], mas omitiu essa inclusão no primeiro aditamento ao contrato. O procedimento feriu os princípios da isonomia, da vinculação ao procedimento licitatório e da publicidade.”*

5. Quanto ao próprio projeto básico, que estabelece o aprofundamento do canal do Porto de Santos para até 17m DHN, com previsão de dragagem de 21,2 milhões de metros cúbicos de volume **in situ**, outro problema é destacado pela equipe de auditoria, pois, embora o empreendimento tenha sido adequadamente caracterizado, não houve o detalhamento de seu custo global, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos, contrariamente ao que exige o artigo 6º, inciso IX, alínea “f”, da Lei nº 8.666/93.

6. Anota-se que *“somente no Relatório Ambiental Prévio (RAP) consta informação sobre o custo total do empreendimento, orçado em US\$ 53.248.609,03, embora não tenha sido possível localizar os cálculos que determinaram esse montante. Conforme o RAP, a CODESP apenas*

necessitará dispor de aproximadamente US\$ 20.991.164,26, a serem aplicados durante os dois primeiros anos de execução, quando então a arrecadação proporcionada pelo empreendimento assegurará a continuidade da obra.”

7. Com relação às questões ambientais, a SECEX/SP esclarece que *“a Secretaria de Estado do Meio Ambiente de São Paulo ainda está analisando o RAP, estando pendente a concessão de licença ambiental e a decisão sobre a obrigatoriedade de elaboração do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). Não há previsão de início da obra, tendo em vista que se aguarda a autorização da Secretaria de Estado do Meio Ambiente.”*

8. Mais uma observação importante diz respeito à programação orçamentária. Conforme a Unidade Técnica, a CODESP vem alocando recursos próprios para a realização do empreendimento, de maneira que não há, até o presente exercício, previsão de repasse de recursos do Tesouro Nacional, apesar da existência do Programa de Trabalho nº 26.784.0231.3268.0001. De qualquer forma, a CODESP é uma sociedade de economia mista, com controle acionário da União, sujeita à jurisdição deste Tribunal.

9. Ao final, a SECEX/SP propõe que seja feita a audiência dos responsáveis, para que apresentem as suas razões de justificativa acerca dos seguintes fatos:

“a) ausência no projeto básico elaborado para o empreendimento de aprofundamento e dragagem do canal do Porto de Santos do orçamento detalhado do seu custo global, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, elementos exigidos pelo artigo 6º, inciso IX, alínea ‘f’, da Lei nº 8.666/93;

b) omissão, no primeiro aditamento ao Contrato PRES/043.98, formalizado com a empresa de consultoria em 04/01/1999, de alteração do objeto contratado, ao qual foi acrescida a elaboração do projeto básico e do estudo de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, elementos prévios e necessários à confecção do Relatório Ambiental Preliminar (RAP), objeto originário da avença, em descumprimento aos princípios da isonomia, da publicidade e da vinculação ao procedimento licitatório convocatório, previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93.”

É o relatório.

VOTO

Mesmo não havendo ainda aplicação de recursos diretamente nas obras portuárias em exame, nota-se a ocorrência de graves irregularidades na etapa de planificação do empreendimento, no que diz respeito aos procedimentos estabelecidos pela legislação de licitações e contratos.

2. Em primeiro lugar, há problemas intrínsecos ao contrato para elaboração do Relatório Ambiental Preliminar. São, na verdade, duas questões que indicam desobediência aos ditames da Lei nº 8.666/93: uma delas reporta-se à inclusão no contrato de serviços não licitados, correspondentes ao estudo de viabilidade técnica e econômica e ao projeto básico do empreendimento, o que fere frontalmente os artigos 3º, **caput**, e 54, § 1º, da mencionada lei, no tocante aos princípios da isonomia e da vinculação dos termos contratuais à licitação; a outra refere-se à omissão desses novos serviços no instrumento contratual e em seu aditamento, que também violam os artigos 3º, **caput**, e 54, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos, embora nos aspectos da publicidade e da necessária clareza e precisão das condições de execução, expressadas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes contratantes.

3. Por último, com relação ao produto do contrato acima citado, verifica-se que o projeto básico não contempla o orçamento detalhado do empreendimento, conforme a exigência do artigo 6º, inciso IX, alínea “f”, da Lei nº 8.666/93.

Desse modo, acolhendo a proposta da Unidade Técnica de audiência dos responsáveis, voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 603/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.606/2001-9
2. Classe de Assunto: V - Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP)
4. Responsáveis: Fernando Lima Barbosa Vianna (Diretor-Presidente da CODESP) e Paulo Fernandes do Carmo (ex-Diretor-Presidente da CODESP)
- 4.1 Interessado: Congresso Nacional
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/SP
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - determinar à SECEX/SP que promova a audiência dos responsáveis acima identificados quanto aos seguintes fatos, relativos às obras de dragagem e aprofundamento do canal do Porto de Santos/SP:

a) inclusão, no escopo do Contrato PRES/043.98, firmado com a empresa DTA Consultoria S/C Ltda., originariamente apenas para a elaboração do relatório ambiental preliminar, da aquisição do projeto básico e do estudo de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, sem que tais serviços estivessem previstos no procedimento licitatório, além da sua omissão no instrumento contratual e em seu aditamento, em desrespeito aos artigos 3º, **caput**, e 54, § 1º, da Lei nº 8.666/93, no tocante aos princípios da isonomia, publicidade, e vinculação do contrato à licitação e ao aspecto da clareza e precisão das responsabilidades e condições contratuais;

b) inexistência, no projeto básico, do orçamento detalhado do custo global do empreendimento, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, segundo exigido pelo artigo 6º, inciso IX, alínea “f”, da Lei nº 8.666/93; e

8.2 - dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a acompanham, aos responsáveis e à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO
TC-003.722/2001-8 (c/ 01 volume)
Natureza: Levantamento de Auditoria
Órgão: Ministério dos Transportes
Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Recuperação, retificação e prolongamento do Molhe Sul da Barra do Porto de Laguna/SC. Ocorrências que comprometem a Concorrência nº 104/99-MT. Risco de dano ao erário. Determinações ao Ministério dos Transportes. Audiência dos responsáveis. Remessa de cópia da decisão à Comissão Mista de Planos,

RELATÓRIO

Este processo tem por objeto o levantamento de auditoria relativo à recuperação, retificação e prolongamento do Molhe Sul da Barra do Porto de Laguna/SC, obra pública identificada pelo Programa de Trabalho nº 26.784.0233.7463.0001 e incluída no Plano Especial de Auditoria do exercício de 2001, em atendimento a demanda do Congresso Nacional.

Parecer da Unidade Técnica

2. A equipe de auditoria da SECEX/SC, composta pelos analistas André Kresch e Antonio Machado, emitiu o seguinte relatório (fls. 14/28):

“.....

II – Detalhamento das ocorrências encontradas:

2.1 Formalização do 2º termo aditivo ao Contrato nº 24/2000-MT, em desacordo com as especificações técnicas constantes do Anexo XII ao Edital de Concorrência nº 104/99-MT (substituição de 42.150 toneladas de rochas de pedra de grandes dimensões por 17.536 toneladas de tetrápodes – 2.192 peças):

2.1.1 O segundo termo aditivo ao Contrato nº 24/2000-MT, firmado em 5/6/2001, alterou os quantitativos da planilha de quantidades, sem modificação do preço global do contrato (fls. 266/269 do Vol. 1).

2.1.2 Tais alterações consistiram na **substituição** da extração e classificação, carga e transporte e lançamento de **42.150 toneladas de blocos de rocha**, de 6,75 a 12,5 t (fls. 249 e 268 do Vol. 1), por **2.192 peças de tetrápodes**, mais os serviços de medição, análise e sondagens (fls. 249 e 269 do Vol. 1).

2.1.3 Cronológica e basicamente esses são os fatos:

a) No mês de julho de 1998, o INPH apresentou o projeto nº 54/98, revisado e devidamente atualizado, para retificação e prolongamento do Molhe Sul – Barra de Laguna/SC (fls. 3/52 do Vol. 1).

b) Em 29/9/1998 (2 meses após a elaboração do projeto), o Engº Domenico Accetta – chefe substituto do INPH, por meio do Ofício/CE/INPH nº 265, solicitou a retificação do quantitativo de tetrápodes previstos no projeto original, de 1.250 para 1.530 peças (fls. 53 do Vol. 1).

c) No mês de janeiro de 2001, novamente o Engº Domenico Accetta – Chefe do INPH, encaminha um projeto **alternativo** para retificação e prolongamento do Molhe Sul – Barra de Laguna/SC – INPH – 13/2001 – Código Laguna – 900/2 (fls. 246/263 do Vol. 1).

d) Em 15/2/2001, o Consórcio Molhe Sul encaminhou correspondência (Laguna 1/2001-SC) ao Ministério dos Transportes (protocolo de 15/3/2001) propondo a substituição de blocos de rocha por peças de tetrápodes, ‘...em função da impossibilidade da obtenção de blocos de rocha de grande dimensão...’ (grifamos) – fls. 235/237 do Vol. 1.

e) Em 22/2/2001, o Engº João Aires Pinheiro – Fiscal Residente do Ministério dos Transportes no Porto de Laguna/SC, elaborou documento (CI-3/Fisc/Lag.) ao Engº José Ricardo Ruschel dos Santos – Coordenador Geral de Infra-estrutura Portuária, iniciando-o com os seguintes termos: ‘**Atendendo sua solicitação verbal de análise e parecer sobre a proposição constante da correspondência acima citada...**’ (grifamos) – fls. 238/239 do Vol. 1. Destaque-se que a referida correspondência do Consórcio Molhe Sul foi protocolada em data posterior (15/3/2001) ao parecer do Engº residente.

f) Em 12/4/2001, o Engº José Ricardo Ruschel dos Santos – Coordenador Geral de Infra-estrutura Portuária, assim se pronunciou: ‘...apesar de termos a consciência de que **no futuro novos aditivos far-se-ão necessários com ajustes nos quantitativos** ora propostos, encaminhamos a presente planilha sem alterações no valor contratual para que **somente se altere o valor do contrato quando definidos os quantitativos** realmente necessários.’ (fl. 242 do Vol. 1 - grifamos). Estranhamos esses pronunciamentos ‘antecipados’, pois, até então, não havia sido feita nenhuma argumentação solicitando alteração do valor do contrato. E nem poderia. Nesse caso específico –

colocação de blocos de rocha – sempre foi de responsabilidade da empresa contratada, conforme consta do Anexo XII ao Edital (fl. 100 do Vol. 1), e em diversas manifestações da Comissão de Licitação, quando da análise dos recursos interpostos pelas empresas. Ou seja, agora não se pode alegar a ‘falta’ ou a ‘dificuldade de localização’ dos blocos de rocha necessários à execução da obra, tendo em vista que era condição preliminar à apresentação das propostas, às respectivas empresas interessadas em participar da licitação, a responsabilidade pela localização, transporte e colocação dos blocos de rocha na obra (fl. 100 do Vol. 1).

2.2. Alteração do projeto da obra – CNPH 54/98, após 2 meses da sua elaboração atualizada, resultando em aumento da quantidade de tetrápodes, de 1.250 para 1.530 peças:

2.2.1. O projeto original da obra – INPH 54/98, foi revisado e devidamente atualizado de acordo com a determinação do Exm^o Sr. Eliseu Lemos Padilha – Ministro do Transportes, feita por meio do Ofício/STA n^o 148, de 3/7/1998 (fl. 4 do Vol. 1).

2.2.2. O referido projeto previa, entre outros, o quantitativo de 4.000 m³ de tetrápodes, equivalentes a 1.250 unidades de 8 toneladas cada um (fl. 29 do Vol. 1).

2.2.3. Esse projeto foi elaborado pelo Instituto de Pesquisas Hidroviárias – INPH, do Rio de Janeiro (fls. 3/52 do Vol. 1), no mês de julho/1998. O desenvolvimento do projeto contou com a coordenação geral dos engenheiros Luís Antonio Braga Martins e Domenico Accetta, além do engenheiro José Antonio dos Santos e mais 4 colaboradores (fl. 6 do Vol. 1).

2.2.4. Em 29/9/1998, o engenheiro chefe substituto do INPH – Sr. Domenico Accetta, por meio do Ofício/CE/INPH n^o 265, solicitou a retificação do quantitativo de tetrápodes para 1.530 unidades (fl. 53 do Vol. 1). Isso acarretou, de início, um aumento de 22,4% nessa quantidade. Estranhamos o fato de o projeto ter sido elaborado, revisado e atualizado por uma equipe técnica em julho de 1998 e, dois meses após, somente uma pessoa, por meio de um simples ofício com ‘justificativas’ genéricas, ter solicitado a alteração do projeto, aumentando a quantidade de tetrápodes em 22,4% - de 1.250 para 1.530 unidades. Os motivos alegados para esse aumento foram: ‘a) necessidade de reforço do cabeço, por estar localizado na zona de arrebentação; b) necessidade de obtenção de um melhor embricamento entre os elementos’. Ora, isso só foi ‘detectado’ no mês de setembro de 1998, e somente após 2 meses da elaboração do projeto em julho de 1998, e por um único profissional? Por que razão não teria sido detectado quando da atualização do projeto no mês de julho de 1998?

2.3. Ausência de EIA/RIMA aprovado junto aos órgãos competentes:

2.3.1. A obra encontra-se com a licença ambiental prévia vencida em 31/12/1999, conforme Ofício n^o 1.290/99, emitido pela Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina – Fatma/Pacam/TB (fl. 119 do Vol. 1).

2.3.2. Segundo o Contrato n^o 24/2000-MT, as obras somente poderiam iniciar quando da aprovação do EIA/RIMA junto aos órgãos competentes (Cláusula Terceira, à fl. 209 do Vol. 1). Entretanto as obras estão em andamento e o Consórcio Molhe Sul ainda não cumpriu com aquela exigência.

2.3.3. De acordo com os técnicos do Ministério dos Transportes, a fase atual das obras (fabricação dos tetrápodes), não causa nenhum impacto ambiental, o que só ocorreria a partir do momento em que o molhe sul começasse a ser retificado e prolongado.

2.3.4. Ao nosso ver, tal entendimento não está correto, pois em caso de não-aprovação do EIA/RIMA, todas as fases anteriores da obra estariam perdidas, assim como todos os recursos utilizados no seu pagamento. Mesmo a aprovação do projeto com alterações relativas à redução do comprimento do molhe, por exemplo, resultaria no prejuízo referente à fabricação dos tetrápodes em número superior ao necessário.

2.4. Formalização do § 5^o da cláusula 4^a do Contrato n^o 24/2000-MT, em desacordo com o Edital da Concorrência n^o 104/99-MT, e com a minuta de contrato respectiva:

2.4.1. O item 14 constante do Edital de licitação previa como mês base para as propostas o mês da sua apresentação, ou seja, novembro de 1999 (fl. 75 do Vol. 1).

2.4.2. A minuta de contrato anexa ao edital fazia a mesma previsão (fl. 86 do Vol. 1).

2.4.3. O contrato assinado, entretanto, foi irregularmente modificado, alterando-se o que era previsto na minuta do contrato.

2.4.4. O **caput** da cláusula quarta menciona, laconicamente, ‘novembro/99’, (fl. 209 do Vol.

1), em vez de 'a preços de novembro/99' como previa a minuta (fl. 85 do Vol. 1). Além disso, o parágrafo quinto descreve o 'Io' como '**Índice inicial referente ao mês correspondente à data do Orçamento constante do Edital**' (fl. 210 do Vol. 1), que é agosto de 1999, conforme planilha de fl. 59 do Vol. 1. Tal planilha é o orçamento constante do edital, como se pode observar comparando-se o valor total de fl. 59 do Vol. 1 (planilha de agosto de 1999) com o de fl. 70 do Vol. 1 (subitem 7.4 do edital), que são idênticos.

2.4.5. O Ministério dos Transportes, segundo informação verbal do técnico que esteve no local durante a auditoria, considera como mês-base o mês de novembro de 1999, o que é correto. Entretanto, não constando claramente tal informação no contrato, pode haver, futuramente, por parte da empresa contratada, demandas judiciais que podem ser evitadas tempestivamente com a alteração do contrato, para que conste claramente no parágrafo quinto da cláusula quarta que o índice 'Io' refere-se à data da apresentação da proposta, na forma exata da minuta do contrato anexa ao edital.

2.4.6. A tabela a seguir mostra o prejuízo que pode ser causado se o mês de agosto de 1999 for considerado o mês base:

ITEM DA OBRA	VALOR (R\$)	INDICE DE REAJUSTAMENTO ENTRE AGOSTO/1999 E NOVEMBRO/1999 (%) - fls. 271 e 274 do Vol. 1	VALOR DO REAJUSTAMENTO ENTRE AGOSTO/1999 E NOVEMBRO/1999 (R\$)
Elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental	254.800,00	2,964732713	7.554,14
Elaboração e aprovação do RIMA	39.200,00	2,964732713	1.162,17
Instalação do canteiro de obra	357.700,00	4,854174215	17.363,38
Mobilização	652.292,30	4,854174215	31.663,4
Controle de lançamento	416.885,00	2,964732713	12.359,53
Controle tecnológico	162.456,00	2,964732713	4.816,39
Enrocamento (itens 7, 8, 9 e 10)	13.709.919,90	2,9415989	403.290,90
Fabricação dos tetrápodes	2.967.205,50	5,694995924	168.982,20
Lançamento dos tetrápodes	462.672,00	2,9415989	13.609,95
Desmobilização	293.593,54	4,854174215	14.251,54
TOTAL	19.316.724,24		675.053,60

2.4.7. Desta forma, conclui-se que deve ser determinado ao Ministério dos Transportes que altere o contrato da forma acima mencionada, corrigindo-o nos termos do edital e da minuta de contrato respectiva.

2.5. Certificação irregular de serviços efetivamente não prestados na medição n° 1/2000, período de 10 a 30/11/2000, no que se refere à fabricação de 270 peças de tetrápodes, no valor de R\$ 523.624,50:

2.5.1. No canteiro das obras, onde estão estocadas as peças de tetrápodes, constatamos que, até o dia 2/12/2000, foram produzidas 36 unidades, conforme marcação do número e da data na própria peça (a de n° 37 consta a data de 3/12/2000). No entanto, a planilha/fatura emitida pelo Consórcio Molhe Sul, e atestada pela fiscalização da obra pelo Ministério dos Transportes, no período de 10 a 30/11/2000 (fls. 282/284 do Vol. 1), indica a fabricação de 270 peças de tetrápodes (fl. 284 do Vol. 1).

2.5.2. No entanto, verificamos que essa quantidade foi fabricada posteriormente, não causando danos ao Erário, pois a fatura respectiva somente foi paga em 19/12/2000, quando esse montante já havia sido coberto pela produção.

2.6. Direcionamento do processo licitatório em benefício das empresas Carioca ou Ivaí, utilizando-se de cláusulas restritivas de competitividade no Edital da Concorrência, bem como de interpretações equivocadas dos atestados de comprovação de habilitação técnica apresentados por outras empresas de notória capacitação técnica para a obra:

2.6.1. Os subitens do edital 6.1.2.c1, 6.1.2.c2 e 6.1.2.c3 (fls. 64/65 do Vol. 1) listam a experiência anterior que as empresas licitantes deveriam demonstrar como parte da prova de habilitação técnica exigida para participação do certame.

2.6.2. Em resumo, exigiram-se atestados de que as empresas licitantes demonstrassem já ter executado 140m de molhe em mar aberto com quantidade mínima de 60.000 toneladas de pedras, fabricado no mínimo 500 tetrápodes (peças de concreto de 8 toneladas (...)) e removido, no mínimo, 35.000 toneladas de enrocamento sujeito à ação de correntes de marés.

2.6.3. Além disso, o edital exigiu a apresentação da metodologia de execução como critério para habilitação das empresas (fl. 66 do Vol. 1).

2.6.4. Com base nesses itens, a Comissão de Licitação inabilitou o Consórcio Mendes

Júnior/OAS e as empresas Queiroz Galvão e Bandeirantes.

2.6.5. obra para retificação do Molhe Sul do Porto de Laguna consiste, basicamente, em: extração, classificação, carga, transporte e colocação no molhe de 158.703 metros cúbicos de blocos de rocha, fabricação e colocação de 1.530 tetrápodes no molhe e remoção de 105.000 toneladas de rochas já existentes no molhe. Tais serviços correspondem a aproximadamente 88% do valor a ser pago, sendo o restante serviços complementares, como obtenção do RIMA, mobilização e desmobilização etc.

2.6.6. Como informado no projeto básico de fl. 25 do Vol. 1, tal obra é de simples execução. A fabricação dos tetrápodes consiste apenas em construir formas e fabricar peças de concreto, sem armação. Tais formas podem ser feitas de vários materiais, bastando seguir as medidas fornecidas pelo órgão contratante. Não é preciso sequer ser engenheiro para constatar a simplicidade do processo. A alta resistência requerida para o concreto em nada complica a obra, pois basta utilizar as quantidades adequadas de cimento, brita e demais componentes do concreto para se conseguir a resistência desejada.

2.6.7. Desta forma, parece quase ilógico que construtoras como Mendes Júnior, OAS e Queiroz Galvão, para ficar apenas nas mais conhecidas, tenham sido consideradas **inabilitadas para executar a referida obra**.

2.6.8. No recurso apresentado pelo Consórcio Mendes Júnior/OAS (fl. 168 do Vol. 1), constata-se que houve a inabilitação pelos seguintes motivos: não-comprovação de fabricação e colocação de 500 tetrápodes, não-comprovação de remoção de 35.000 toneladas de enrocamento e falta de coerência na metodologia de execução (indicação de conclusão do lançamento dos tetrápodes antes da conclusão da colocação das pedras de núcleo e sub-carapaça).

2.6.9. Quanto ao recurso apresentado pela empresa Queiroz Galvão, observa-se também que a inabilitação ocorreu por não haver experiência em fabricação e colocação de tetrápodes e por falhas na metodologia de execução (fl. 148 do Vol. 1).

2.6.10. Com relação à não-comprovação da fabricação dos tetrápodes, o Consórcio Mendes Júnior/OAS afirma que apresentou como experiência anterior a colocação de tetraedros no lago de Itaipu. O argumento da Comissão de Licitação foi simplesmente: 'tetraedro não é tetrápode'.

2.6.11. A empresa Queiroz Galvão informou que apresentou atestado comprovando a fabricação, transporte e colocação de 5.488 toneladas de peças pré-moldadas com peso de 11,2 toneladas, além de outros dois atestados de obras marítimas e de pré-moldados. A Comissão de Licitação apenas registrou que a proposta apresentada não atendia ao item 6.1.2, subitem 'c'.

2.6.12. No que se refere à remoção do enrocamento, a Comissão de Licitação também não aceitou como prova de experiência do Consórcio Mendes Júnior/OAS a remoção de enrocamento do desvio do Rio Paraná, na obra de Itaipu, de quantidade equivalente a 2.733.000 metros cúbicos, ou quase 5.000.000 toneladas.

2.6.13. Em relação à metodologia de execução, tanto o Consórcio Mendes Júnior/OAS quanto a empresa Queiroz Galvão foram inabilitadas por apresentar pequenas incoerências (no ponto de vista da Comissão de Licitação), como apresentar no cronograma o término de uma fase antes de outra, que a comissão entendia dever ser anterior, ou deixar de fazer referência a uma balança eletrônica.

2.6.14. Analisando-se as causas de inabilitação mencionadas acima, verificam-se indícios de que havia uma forte tendência da Comissão de Licitação em inabilitar o maior número de empresas possível, utilizando-se, para isso, de cláusulas restritivas no edital de licitação e interpretação errônea da lei e dos fatos no momento de analisar a habilitação das empresas concorrentes. Senão, vejamos:

A Constituição Federal dispõe, no seu artigo 37, que:

'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**' (grifou-se).

O art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93 veda, em seu inciso I:

'1 - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem 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' (grifou-se)

O § 3º do art. 30 do mesmo estatuto é taxativo:

'§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.' (grifou-se).

2.6.15 Conforme os dispositivos constitucionais e legais acima, observa-se que a Comissão de Licitação, tanto na confecção do edital quanto na análise da habilitação das empresas, não interpretou a legislação como devia.

2.6.16 Inicialmente, o edital não poderia exigir atestado em nome das empresas, pois isso infringe o art. 30 do Estatuto das Licitações:

'§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do 'caput' deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos'(grifou-se)

2.6.17 Além disso, parece cristalino que os atestados fornecidos pelas empresas Mendes Júnior, OAS e Queiroz Galvão (repetimos, apenas para ficar nas conhecidas) serviam para comprovar a aptidão dessas empresas para a obra no Porto de Laguna.

2.6.18 A equipe de auditoria acompanhou durante 3 dias a confecção dos tetrápodes. (...)

2.6.20. Trata-se, portanto, de processo de fabricação bastante simples, como consta, aliás, expressamente, no projeto básico (Volume 1, fl. 25), dispensando tecnologias sofisticadas e não justificando o excesso de rigor tanto na elaboração dos itens do edital relativos à habilitação quanto na interpretação dos atestados fornecidos pelas empresas.

2.6.21. No que se refere à metodologia de execução, que também serviu para inabilitar algumas empresas, verifica-se que as razões foram a existência de pequenas falhas na descrição da ordem em que os serviços seriam realizados (falhas, aliás, somente aos olhos da Comissão de Licitação) as quais, além de poderem ter sido evitadas pela Comissão de Licitação com a formulação de um edital mais preciso, poderiam também ter sido esclarecidas facilmente por meio de diligência, como prevê a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 43, § 3º:

'§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta'

2.6.22. Assim, a Queiroz Galvão foi inabilitada simplesmente porque previu a remoção do enrocamento antes do início do lançamento das pedras do prolongamento do molhe antigo, sem que houvesse qualquer proibição nesse sentido no Edital de Licitação. A empresa, no seu recurso, informou que tal ordem dos serviços em nada afetaria as condições hidrodinâmicas, nem a navegação, e tudo o que obteve como resposta no julgamento do recurso foi a lacônica repetição das alegações de que não atendeu ao edital (fl. 147 do Vol. 1), em flagrante descumprimento à Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo:

'Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.' (grifou-se)

2.6.23.O exposto acima serve também para a inabilitação dos seguintes licitantes:

a)Queiroz Galvão – pela falta de referência a uma balança, sem que o edital obrigasse a isso nem que a empresa houvesse se negado a incluir a balança como ferramenta para a obra;

b) Consórcio Mendes Júnior/OAS – por ter este informado que concluiria o lançamento de tetrápodes antes de concluir a colocação das pedras no núcleo, embora tenha havido a oportuna justificativa no recurso e a posterior denegação deste sem qualquer fundamentação;

c) Bandeirantes – pela singela falta de produções mensais acumuladas no cronograma físico, quando bastaria somar as produções mensais para se conseguir as produções acumuladas, bem como por incoerência entre as fases de lançamento dos tetrápodes e o das pedras.

2.6.24.Dizer que a Mendes Júnior, a OAS ou a Queiroz Galvão são empresas que não têm aptidão para realizar esse serviço é uma afirmação absurda, principalmente quando a afirmação parte de uma comissão de licitação, cujo objetivo principal é obter a proposta mais vantajosa para a Administração, como previsto no **caput** do art. 3º da Lei das Licitações.

2.6.25.O resultado prático de todas essas intervenções da Comissão de Licitação é que apenas 2 consórcios foram habilitados, e ambos apresentaram como experiência a mesma obra (Rio Grande/RS) a qual foi executada em consórcio pelas empresas Carioca e Ivaí. Na presente obra (Porto de Laguna), um dos dois consórcios habilitados tinha a empresa Carioca como consorciada e o outro, a empresa Ivaí.

2.6.26.A conclusão parece óbvia: aos olhos da Comissão de Licitação, somente quem houvesse participado das obras no Porto de Rio Grande/RS poderia realizar a obra no Porto de Laguna. Tetraedro em Itaipu não servia. Enrocamento no Rio Paraná também não servia. É gritante a infração ao § 3º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, que obrigava a Comissão de Licitação a aceitar como experiência anterior serviços similares de complexidade igual ou superior.

2.7.Formalização de aditivo contratual com sobrepreço significativo em relação à fabricação dos tetrápodes (aproximadamente R\$ 1.500.000,00):

2.7.1.A proposta vencedora da licitação para retificação e prolongamento do Molhe Sul do Porto de Laguna continha preço unitário para o item 'Fabricação e estoque de tetrápodes de 8 toneladas' igual a R\$ 1.939,35.

2.7.3.De posse de alguns documentos, procedemos à decomposição do custo unitário de fabricação das referidas peças.

2.7.4.Conforme Nota Fiscal de fl. 281 do Vol. 1, verifica-se que o consórcio vencedor adquire o concreto da firma CIMPOR, e que o custo do metro cúbico é de R\$ 167,68. Como cada peça tem 3,2 metros cúbicos, conforme projeto à fl. 29 do Vol. 1, o preço do concreto que vai em cada peça é R\$ 536,58.

2.7.5.O documento de fl. 279 do Vol. 1 lista a relação do pessoal que compõe o consórcio. Os operários diretamente ocupados com a fabricação dos tetrápodes estão listados a seguir, junto com o valor da hora de trabalho, conforme pesquisado no sistema SICRO do Ministério dos Transportes:

Empregado	Quantidade	Valor da hora	Total mensal	Total mais
-----------	------------	---------------	--------------	------------

		(R\$)	(184 horas) (R\$)	encargos de 145,63 % (fl. 192 do Vol. 1)
Pedreiro	3	4.659,7	2.572,15	6.317,98
Mecânico Montador	1	4.659,7	857,38	2.105,99
Ajudante de produção	8	3.417,1	5.029,97	12.355,12
Encarregado de obras civis	1	6.368,3	1.171,78	2.878,21
Mecânico especializado	2	5.747,0	2.114,90	5.194,82
Montador	1	4.659,7	857,38	2.105,99
Carpinteiro	2	4.659,7	1.714,77	4.211,99
TOTAL	18		14.318,33	35.170,11

2.7.6. Os 1.530 tetrápodes contratados inicialmente foram fabricados em 4 meses, tendo em vista que as primeiras unidades estão datadas de 2/12/2000 (ver subitem 2.5.1 deste relatório) e as últimas 56 unidades foram fabricadas em março/2001, conforme item 11 da medição de fls. 297/299 do Vol. 1. Tal informação também é compatível com o cronograma de fl. 309 do Vol. 1, em que o item 'Fabricação e estoque dos tetrápodes de 8t' está reservado aos meses 10, 11, 12 e 13 (4 meses).

2.7.7. Desta forma, a produção mensal efetiva foi de 1.530 dividido por 6, totalizando 382,5 unidades por mês.

2.7.8. Assim, o custo da mão-de-obra, incluindo os encargos sociais, foi de R\$ 35.170,11 divididos por 255, resultando em R\$ 91,95 por unidade.

2.7.9. Os equipamentos utilizados diretamente na confecção dos tetrápodes estão listados à fl. 280 do Vol. 1. (...)

2.7.11. O custo mensal dos equipamentos pode ser observado na tabela a seguir:

Equipamento ** (fl. 280 do Vol. 1)	Quantidade	Valor da hora (R\$)	Total mensal (200 horas) (R\$)
Guindaste s/ pneus 75 ton	1	***110,00	22.000,00
Guindaste s/ pneus 25 ton	1	***60,00	12.000,00
Caminhão Basculante 10m³	2	30,00	12.000,00
Vibradores de concreto	6	5,00	6.000,00
TOTAL	10		52.000,00

* Valor mínimo de horas quando o aluguel é mensal.

** Apenas os equipamentos utilizados diretamente na fabricação dos tetrápodes

*** Informações obtidas em consulta ao Sr. Hélio, da Sul Guinchos, telefone (0**48) 432-0258, em consulta realizada às 16:30 do dia 25/6/2001, em telefonema realizado na SECEX/SC.

2.7.12. Desta forma, o custo relativo aos equipamentos, por tetrápode, equivale a R\$ 52.000,00 divididos por 382,5, o que resulta em R\$ 135,95 por tetrápode.

2.7.13. Abaixo pode-se ver o preço total de cada tetrápode, sem contar com o custo das formas utilizadas na sua fabricação:

Item	Valor(R\$)
Concreto	536,58
Mão-de-obra direta mais encargos sociais	91,95
Equipamentos	135,95
BDI incluindo bônus de 12% (lucro) e todos os custos indiretos, inclusive mão-de-obra (fl. 190 do Vol. 1) = 55,45%	423,90
TOTAL	1.188,38

2.7.14. O preço total da proposta, para o item 'Fabricação e estoque de tetrápodes de 8 toneladas' foi de R\$ 2.967.205,50. O custo encontrado acima, multiplicado por 1.530 unidades, é de R\$ 1.818.221,40, resultando daí uma diferença de R\$ 1.148.984,00.

2.7.15. Caso fosse esse o preço exato das formas para a fabricação das peças, o preço de cada uma seria igual a R\$ 28.724,60, pois há 40 formas no canteiro de obras.

2.7.16. O custo das formas é de difícil obtenção pela equipe de auditoria, devido ao fato desta não ter acesso a todos os documentos que poderiam resultar no cálculo do seu custo. Além disso, a empresa contratada poderia facilmente inflar o custo das referidas formas com informações sobre tecnologias importadas, etc, o que, mesmo não sendo absolutamente necessário para a obra em questão (permitia-se até formas de madeira), poderia ser admitido como custo verdadeiro, por falta de provas em contrário.

2.7.17. Embora a análise superficial das formas de ferro (...) leve a crer que R\$ 28.724,60 seja um custo excessivamente alto, parece-nos difícil questioná-lo, razão pela qual deixamos de calcular um possível sobrepreço e conseqüente superfaturamento dos tetrápodes.

2.7.18. Outro aspecto, entretanto, merece análise mais acurada:

2.7.19. No Aditivo nº 2, houve uma alteração nas planilhas, retirando-se 42.150 toneladas de pedras e adicionando-se 17.536 toneladas de tetrápodes, o que resultou em um aumento na

fabricação destas peças de 1.530 para 3.722, ou seja, um aumento de 2.192 unidades. Embora o valor do contrato tenha continuado o mesmo, o item relativo à fabricação de tetrápodes aumentou de R\$ 2.967.205,50 para R\$ 7.218.260,70.

2.7.20. Neste parágrafo faz-se um parêntesis: embora o reflexo financeiro do aditivo tenha sido nulo, à fl. 242 do Vol. 1, o presidente da Comissão de Licitação adverte que sabe ser necessária, no futuro, uma nova alteração da planilha (talvez pelo fato de o Ministério dos Transportes ter trocado 42.150 toneladas de pedra por apenas 17.536 de tetrápodes). A experiência da equipe de auditoria mostra que tal alteração provavelmente aumentará o valor do contrato em aproximadamente 25%, conforme permitido pela Lei das Licitações, visto que o que era para ser exceção, atualmente parece ser regra.

2.7.21. Voltando aos tetrápodes, constata-se que o preço unitário da fabricação de cada um deles, no segundo aditivo, continuou igual ao inicial, ou seja, R\$ 1.939,35 por peça.

2.7.22. **Entretanto, todo o custo das formas já havia sido absorvido integralmente na fabricação dos 1.530 tetrápodes iniciais. O custo da sua utilização, nas 2.192 unidades acrescidas, com certeza, é muito menor.** Se o custo fosse o mesmo, a diferença de R\$ 750,97 entre o preço proposto e mantido no aditivo e o preço calculado sem a inclusão do custo das formas, conforme subitem 2.7.13, deveria ser resultado, única e exclusivamente, do custo de um aluguel a ser estipulado para as referidas formas.

2.7.23. O aluguel que resulta na mencionada diferença é de R\$ 7.181,15 por forma, pois este valor, multiplicado por 40 formas e dividido por 382,5 unidades fabricadas por mês resulta em R\$ 750,97. Salta aos olhos que R\$ 7.181,15 é um valor altíssimo para o aluguel de uma forma de ferro que praticamente não se deteriora com o uso e, por isso, não pode ser alugada por um valor tal que, em 4 meses, equivale ao valor de uma nova (isso admitindo-se, apenas para argumentar, o preço de R\$ 28.724,60, calculado conforme subitem 2.7.15). Já um aluguel de R\$ 300,00 resultaria em um custo de R\$ 300,00 multiplicados por 40 e divididos por 382,5, ou seja, apenas R\$ 31,37 por peça fabricada.

2.7.24. **Não podemos aceitar que as referidas formas sejam pagas quase 3 vezes para um mesmo serviço (1 vez a cada 1.530 unidades), e isso ‘admitindo-se’ o custo de aproximadamente R\$ 29.000,00 para a produção de cada uma delas, o que, ao nosso ver, deveria ser comprovado perante o Ministério dos Transportes pela empresa contratada, pois não deve ser acatado sobrepreço pela Administração nem mesmo quando o preço é ofertado em licitação pública.**

2.7.25. **Conclui-se, assim, que há sobrepreço no 2º aditivo, e que este é de aproximadamente R\$ 1.500.000,00 (2.192 tetrápodes extras multiplicado pelo sobrepreço de aproximadamente R\$ 700,00 por peça). Diz-se ‘aproximadamente’ porque tal sobrepreço depende do valor do aluguel a ser estipulado para cada forma.**

2.7.26. Ante o exposto, e considerando ainda os indícios de direcionamento da licitação mencionados no item 2.6, os quais reforçam o entendimento de que o valor proposto para a fabricação dos tetrápodes foi excessivamente alto, conclui-se que é imprescindível a renegociação do valor a ser pago pelas unidades de tetrápode fabricadas além do licitado (1.530), antes de que qualquer novo pagamento seja efetuado pelo Ministério dos Transportes.

III – Conclusões:

3.1. As ocorrências verificadas ensejam a adoção urgente das medidas adiante propostas, sob pena de serem causados danos ao Erário, caso sejam efetivamente pagos os valores relativos ao 2º aditivo contratual ou sejam pagos reajustamentos com base no mês de agosto de 1.999.

IV – Proposta de encaminhamento:

4.1. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo que:

4.1.1. Seja determinado ao Ministério dos Transportes que:

a) tendo em vista a negociação feita no 2º TA do Contrato nº 24/2000-MT, relativa à substituição de 42.150 ton. de rochas de pedra por 17.536 ton. de tetrápodes, abstenha-se de promover qualquer aumento de preço até a conclusão da obra, e, caso necessário, comunique o fato a este Tribunal, acompanhado de documentos comprobatórios, com antecedência mínima de 60 dias para análise, com base no art. 113 da Lei nº 8.666/93;

b) quando da necessidade de atualização de projetos, o faça baseado em estudos tão detalhados quanto os originais, utilizando-se de um nº de técnicos condizente com a abrangência

da alteração;

c) paralise as obras relativas ao Contrato nº 24/2000-MT até a aprovação do EIA/RIMA;

d) fiscalize corretamente os serviços apresentados nas planilhas de medição, evitando a aprovação de trabalhos não realizados;

e) abstenha-se de incluir cláusulas restritivas de competição nos Editais de Licitação elaborados, bem como de inabilitar empresas de notória capacidade técnica para participar de certames, quando estas comprovarem experiência anterior em serviços similares e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior;

f) retifique o § 5º, cláusula 4ª, do Contrato nº 24/2000-MT, nos exatos termos do Edital da Concorrência nº 104/99-MT, qual seja: 'Io = índice inicial referente ao mês da data de apresentação da proposta', em cumprimento ao art. 41 da Lei nº 8.666/93.

4.1.2 Com base no art. 45 da Lei nº 8.443/92, tendo em vista a ilegalidade do 2º Aditivo ao Contrato nº 24/2000-MT, seja fixado prazo de 60 dias para que o Ministério dos Transportes:

a) renegocie o preço das 2.192 unidades adicionais de tetrápode, constantes do referido Termo Aditivo, para que tal preço espelhe apenas o custo dos materiais, mão-de-obra e equipamentos diretamente utilizados, os encargos sociais e BDI, e mais um aluguel razoável pelo uso das formas, uma vez que o seu custo de fabricação já foi incluído no preço das 1.530 peças inicialmente licitadas, na forma do art. 58, inciso I e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93; e

b) apresente a este Tribunal a renegociação objeto da alínea 'a' retro, acompanhado dos respectivos documentos comprobatórios, incluindo a composição do custo unitário de fabricação dos tetrápodes, do custo de fabricação das formas utilizadas e do custo do aluguel das referidas formas, na forma do art. 113, **caput**, da Lei nº 8.666/93, mantendo suspensos quaisquer pagamentos relativos ao Contrato nº 24/2000-MT, enquanto não cumprida a presente determinação.”

3. Em seu parecer, o Diretor Técnico, com a anuência do titular da SECEX/SC, manifestou-se da seguinte forma (fls. 33/34):

“Em face do risco iminente de dano ao erário, endossamos as propostas de determinação dos subitens 4.1.1, ‘**a**’, ‘**c**’ e ‘**f**’, e subitem 4.1.2 (fl. 27).

Quanto aos subitens ‘**a**’, ‘**b**’, ‘**c**’, ‘**d**’ e ‘**e**’ do subitem 4.1.1, entendemos que deva-se proceder à audiência dos responsáveis, porém não neste momento, em face da urgência das determinações endossadas. Dessa forma, a realização de audiência deve ser feita quando da comunicação das determinações urgentes aos responsáveis, conforme acima destacado.

Assim, propomos a audiência dos Srs:

1) João Aires Pinheiro, Engenheiro Fiscal Residente; Alexandre A. F. F. Vilaça, Chefe da DIVOS do Departamento de Portos; José Ricardo Ruschel dos Santos, Coordenador-Geral de Infra-estrutura Portuária; Paulo Roberto Kozłowski Tannenbaum, Diretor de Portos e Júlio Domingues, Subsecretário de Assuntos Administrativos Substituto, todos do Ministério dos Transportes, relativamente, quanto à alteração contratual prevista no 2º Termo Aditivo ao Contrato nº 024/2000-MT – substituição de extração, classificação, carga e transporte de 42.150 toneladas de blocos de rocha por 2.192 peças (17.536 toneladas) de tetrápodes – que traz consigo as seguintes conseqüências (subitem 2.1 da instrução):

1.1) suprime obrigações editalícias relativas à obtenção, dos blocos de rocha de maior peso (subitem 2.2 do Anexo XII da Concorrência nº 104/99 - MT), em detrimento de empresas que não participaram ou foram inabilitadas em razão da dificuldade em cumprir tais obrigações;

1.2) introduz risco de aumento no valor contratual, conforme antecipado pelo Engº. José Ricardo Ruschel dos Santos – Coordenador Geral de Infra-estrutura Portuária ‘...apesar de termos a consciência de que **no futuro novos aditivos far-se-ão necessários com ajustes nos quantitativos** ora propostos, encaminhamos a presente planilha sem alterações no valor contratual para que **somente se altere o valor do contrato quando definidos os quantitativos** realmente necessários.’ (fl. 242 do Vol. 1 - grifamos), transferindo para a Administração potencial ônus que está explicitamente previsto no Edital como sendo da contratada;

2) Fernando Antônio C. Baldiotti, Diretor do Departamento de Portos e Evandro Ferreira Vasconcelos, Subsecretário de Assuntos Administrativos, ambos do Ministério dos Transportes, relativamente ao Contrato nº 024/2000-MT, de 10/11/2000, quanto à aceitação de alteração do

projeto, baseado em informações genéricas do Engº. Domenico Accetta (Ofício/CE/INPH nº 265/98, de 29/09/1998), sem embasamento em estudos técnicos mais apurados, aumentando o número de tetrápodes de 1.250 para 1.530 unidades. O número de 1.250 tetrápodes foi obtido quando da elaboração do projeto, pelo Instituto de Pesquisas Hidroviárias, do Rio de Janeiro, em julho de 1998, ou seja, apenas dois meses antes, cujo desenvolvimento contou com a coordenação geral dos engenheiros Luís Antônio Braga Martins e Domenico Accetta, além do Engº. José Antônio dos Santos e mais quatro colaboradores (subitem 2.2 da instrução);

3) Eliseu Padilha, Ministro dos Transportes, quanto à assinatura da Ordem de Serviço nº 01/2000, de 10/11/2000, para a execução das obras de Recuperação e Prolongamento do Molhe Sul da Barra do Porto de Laguna, sem a aprovação do EIA – Estudo de Impacto Ambiental e RIMA – Relatório de Impacto Ambiental, previstos nas cláusulas segunda e terceira do Contrato nº 024/2000 – MT (subitem 2.3 da instrução);

4) José Ricardo Ruschel dos Santos, Coordenador-Geral de Infra-estrutura Portuária e Engº. João Aires Pinheiro, Engenheiro Fiscal Residente, ambos do Ministério dos Transportes, quanto à certificação irregular de serviços efetivamente não prestados na medição nº 1/2000, período de 10 a 30/11/2000, no que se refere à fabricação de 270 peças de tetrápodes, no valor de R\$ 523.624,50. No canteiro das obras, onde estão estocadas as peças de tetrápodes, a equipe de auditoria desta SECEX/SC constatou que, até o dia 2/12/2000, foram produzidas 36 unidades, conforme marcação do número e da data na própria peça (a de nº 37 consta a data de 3/12/2000). No entanto, a planilha/fatura emitida pelo Consórcio Molhe Sul, e atestada pela fiscalização da obra pelo Ministério dos Transportes, no período de 10 a 30/11/2000, indica a fabricação de 270 peças de tetrápodes. Ressalve-se que, por ocasião do pagamento (19/12/2000), já havia sido produzida a quantia atestada, tal fato, contudo, não afasta a irregularidade aqui apontada (subitem 2.5 da instrução);

5) José Ricardo Ruschel dos Santos, Presidente da Comissão de Licitação, Evandro Ferreira Vasconcelos (Subsecretário de Assuntos Administrativos, homologou a licitação), ambos do Ministério dos Transportes, referente à Concorrência nº 104/99 – MT, quanto a indícios de direcionamento do processo licitatório em benefício das empresas Carioca ou Ivaí, utilizando-se de cláusulas restritivas de competitividade no Edital da Concorrência, bem como de interpretações equivocadas dos atestados de comprovação de habilitação técnica apresentados por outras empresas de notória capacitação técnica para a obra (art. 37 inc. XXI da Constituição Federal e art. 3º, § 1º, inc. I e § 1º, inc. I, art. 30 da Lei nº 8.666/93), conforme subitem 2.6 da instrução;

6) Júlio Domingues, Subsecretário de Assuntos Administrativos Substituto do Ministério dos Transportes, quanto a indícios de direcionamento do processo licitatório em benefício das empresas Carioca ou Ivaí, ante a ausência de motivação no julgamento de recurso da Concorrência nº 104/99 – MT – Despacho do Subsecretário, em 10 de dezembro 1999 (inc. I e II e § 1º da Lei nº 9.784/99), conforme subitem 2.6 da instrução.

Propomos, ainda, sejam enviadas cópias da instrução (fls. 14/28) e pareceres (fls. 33/34) aos responsáveis, junto com os Ofícios de audiência e das determinações urgentes.”

É o relatório.

VOTO

A equipe de auditoria detectou várias ocorrências que comprometem os procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes na Concorrência nº 104/99-MT, tais como:

a) assinatura do 2º Termo Aditivo ao Contrato nº 24/2000-MT, em desacordo com as especificações técnicas constantes do Anexo XII ao edital;

b) alteração do projeto de obra após dois meses da sua elaboração atualizada, resultando em aumento da quantidade de tetrápodes;

c) ausência do Estudo de Impacto Ambiental – EIA e do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA aprovados pelos órgãos competentes;

d) formalização do § 5º da cláusula 4ª do Contrato nº 24/2000-MT, em desacordo com o edital da concorrência e com a respectiva minuta de contrato;

- e) certificação irregular de serviços não prestados;
- f) direcionamento do processo licitatório em benefício de duas empresas, utilizando-se de cláusulas restritivas de competitividade no edital, bem como de interpretações equivocadas dos atestados de comprovação de habilitação técnica apresentados por firmas de notória capacitação técnica; e
- g) alteração nas planilhas por meio do Termo Aditivo nº 2, o que causou um aumento de 2.192 tetrápodes.

2. Quanto ao pronunciamento da SECEX/SC, concordo com as medidas propostas, exceto a paralisação das obras até a aprovação do EIA/RIMA e a audiência dos Srs. José Ricardo Ruschel dos Santos e João Aires Pinheiro sobre a certificação irregular de serviços não prestados.

3. Com relação à primeira ressalva, considero adequado aguardar as justificativas do Ministro de Estado sobre a assinatura da Ordem de Serviço nº 01/2000 para a execução das obras sem a aprovação do EIA/RIMA.

4. Quanto à segunda, como a falha não resultou em prejuízo para os cofres públicos, cabe determinar ao Ministério dos Transportes que, no futuro, evite a ocorrência de fatos dessa natureza.

5. Feitas essas considerações, acolho, em parte, o parecer da unidade técnica e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Marcos Vinícios Vilaça
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 604/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.722/2001-8 (c/ 01 volume)
2. Classe de Assunto: V - Levantamento de Auditoria
3. Órgão: Ministério dos Transportes
4. Interessado: Congresso Nacional
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/SC
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. determinar ao Ministério dos Transportes que:
 - 8.1.1. abstenha-se de promover qualquer aumento de preço até a conclusão da obra, e, caso necessário, comunique o fato a este Tribunal, acompanhado de documentos comprobatórios, com base no art. 113 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a negociação feita no 2º Termo Aditivo ao Contrato nº 24/2000-MT, relativa à substituição de 42.150 toneladas de rochas de pedra por 17.536 toneladas de tetrápodes;
 - 8.1.2. retifique o § 5º, cláusula quarta, do Contrato nº 24/2000-MT, nos exatos termos do Edital da Concorrência nº 104/99-MT, com a redação “Io = índice inicial referente ao mês da data de apresentação da proposta”, em cumprimento ao art. 41 da Lei nº 8.666/93;
 - 8.1.3. evite a certificação irregular de serviços não prestados;
 - 8.2. fixar o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministério dos Transportes, com base no art. 45 da Lei nº 8.443/92:
 - 8.2.1. renegocie o preço das 2.192 unidades adicionais de tetrápode, constantes do referido termo aditivo, para que tal preço espelhe apenas o custo dos materiais, mão-de-obra e equipamentos diretamente utilizados, os encargos sociais e BDI, e mais um aluguel razoável pelo uso das formas, uma vez que o seu custo de fabricação já foi incluído no preço das 1.530 peças inicialmente licitadas, na forma do art. 58, inciso I e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93;
 - 8.2.2. apresente a este Tribunal o resultado da renegociação objeto do subitem 8.2.1, acompanhado dos respectivos documentos comprobatórios, incluindo a composição do custo unitário de fabricação dos tetrápodes, do custo de fabricação das formas utilizadas e do custo do aluguel das referidas formas, na forma do art. 113, *caput*, da Lei nº 8.666/93, mantendo suspensos

quaisquer pagamentos relativos ao Contrato nº 24/2000-MT, enquanto não cumprida a presente determinação;

8.3. determinar à SECEX/SC que realize a audiência dos responsáveis relacionados a seguir, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentem razões de justificativa para as ocorrências apontadas no levantamento de auditoria:

8.3.1. João Aires Pinheiro (Engenheiro Fiscal Residente), Alexandre A. F. F. Vilaça (Chefe da DIVOS do Departamento de Portos), José Ricardo Ruschel dos Santos (Coordenador-Geral de Infra-estrutura Portuária), Paulo Roberto Kozlowski Tannenbaum (Diretor de Portos) e Júlio Domingues (Subsecretário de Assuntos Administrativos Substituto), quanto à alteração contratual prevista no 2º Termo Aditivo ao Contrato nº 024/2000-MT – substituição de extração, classificação, carga e transporte de 42.150 toneladas de blocos de rocha por 2.192 peças (17.536 toneladas) de tetrápodes – que suprime obrigações editalícias relativas à obtenção dos blocos de rocha de maior peso, em detrimento de empresas que não participaram ou foram inabilitadas em razão da dificuldade em cumprir tais obrigações, e cria um fator de risco de aumento no valor contratual ao transferir para a Administração potencial ônus que está explicitamente previsto no edital como sendo da contratada;

8.3.2. Fernando Antônio C. Baldiotti (Diretor do Departamento de Portos) e Evandro Ferreira Vasconcelos (Subsecretário de Assuntos Administrativos), quanto à aceitação de alteração do projeto, com base em informações genéricas do Engenheiro Domenico Accetta (Ofício/CE/INPH nº 265/98, de 29/09/1998), sem embasamento em estudos técnicos mais apurados, aumentando o número de tetrápodes de 1.250 para 1.530 unidades;

8.3.3. Eliseu Padilha (Ministro dos Transportes), quanto à assinatura da Ordem de Serviço nº 01/2000, de 10/11/2000, para a execução das obras de Recuperação e Prolongamento do Molhe Sul da Barra do Porto de Laguna, sem a aprovação do EIA – Estudo de Impacto Ambiental e RIMA – Relatório de Impacto Ambiental, previstos nas cláusulas segunda e terceira do Contrato nº 024/2000 – MT;003.722/2001-8

8.3.4. José Ricardo Ruschel dos Santos (Presidente da Comissão de Licitação) e Evandro Ferreira Vasconcelos, quanto a indícios de direcionamento do processo licitatório em benefício das empresas Carioca ou Ivaí, utilizando-se de cláusulas restritivas de competitividade no edital da concorrência, bem como de interpretações equivocadas dos atestados de comprovação de habilitação técnica apresentados por outras empresas de notória capacitação técnica para a obra (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93);

8.3.5. Júlio Domingues, quanto a indícios de direcionamento do processo licitatório em benefício das empresas Carioca ou Ivaí, ante a ausência de motivação no julgamento de recurso da Concorrência nº 104/99 – MT-, em despacho de 10 de dezembro 1999 (art. 50, incisos I e V e § 1º, da Lei nº 9.784/99);

8.4. restituir os autos à SECEX/SC para efetivação da audiência e do envio aos responsáveis, na mesma oportunidade, como medida assecuratória da defesa, de cópias da instrução (fls. 14/28) e dos pareceres (fls. 33/34);

8.5. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que acompanhe o cumprimento desta decisão, informando ao Tribunal as providências adotadas pelo órgão; e

8.6. remeter cópia desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.802/2001-0

Natureza: Levantamento de Auditoria

Interessado: Congresso Nacional

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER

Responsável: Genésio Bernardino de Souza (ex-Diretor-Geral do DNER)

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de duplicação da BR-116/SP. Inexistência de irregularidades, afora as já examinadas no ano anterior. Necessidade, todavia, de se avaliar melhor a questão da variação dos custos de certas obras nesse empreendimento. Determinação para inclusão de auditoria em plano. Apensação. Ciência ao Congresso Nacional.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de duplicação e restauração de trechos rodoviários no denominado corredor transmetropolitano, BR-116/SP, entre a cidade de São Paulo e a divisa com o Estado do Paraná, segundo o programa de trabalho nº 26.782.0231.5743.0001, realizado com o fim de auxiliar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o ano de 2002, por meio do sistema Fiscobras.

2. Destaca-se a importância socioeconômica do empreendimento, que se insere dentro do programa de ampliação da capacidade do corredor São Paulo/Curitiba/Florianópolis, no trecho que vai do km 298,9 ao 568,0 da BR-116/SP, compreendendo a restauração da pista existente e a sua duplicação. De acordo com a SECEX/SP, *“os principais objetivos almejados são o incremento de segurança do tráfego e a redução dos custos de transporte, fatores importante para o desenvolvimento econômico e social dos Estados do Sul e do Sudeste do Brasil, bem como para a integração dessa região com os países do Mercosul.”*

3. Uma primeira observação é feita desde logo pela equipe de auditoria, com relação à configuração do projeto:

“O projeto foi inicialmente dividido em três etapas, abrangendo toda a extensão da BR-116 até a divisa com o Estado do Paraná. Ocorre que a 3ª etapa, referente à construção do trecho de transposição da Serra do Cafezal, km 336,7 a 367,2, passou a constar como um dos objetos da licitação para outorga de concessão da exploração da rodovia em comento (Edital nº 0496/2000). Essa etapa, portanto, deverá ser executada pela futura empresa concessionária, valendo informar que o custo estimado pelo DNER será de aproximadamente R\$ 258 milhões.

Cabe registrar que o processo de concessão foi iniciado; contudo a Decisão TCU nº 1048/2000-Plenário entendeu necessário examinar alguns aspectos da licitação, determinando, cautelarmente, a sua suspensão até o pronunciamento do Tribunal a respeito.

Ante o relato, deixamos de considerar pertinente ao programa de trabalho em exame o citado trecho de transposição da Serra do Cafezal.”

4. Compõem o projeto básico 31 lotes de serviços, dos quais seis encontram-se em fase de licitação, conforme se descreve abaixo. Os outros lotes estão concluídos ou em execução.

Lote	Valor	Data-base	Objeto
26	18.374.185,95	01/07/1999	a) Pavimentação da pista nova e restauração da existente, km 319,3 ao 336,7, serviços esses originariamente previstos no lote 2, mas que não foram concluídos; b) Construção de passarelas (km 323,3 e 326,3); c) Outros serviços complementares
27	7.763.817,60	01/07/1999	Sinalização vertical e horizontal de todos os lotes
28	16.670.176,81	01/06/2000	Projeto de estabilização de taludes – foram contempladas ocorrências de instabilidade existentes, sendo que em dois pontos optou-se pela instalação de dois novos viadutos (km 508 e 511), que irão substituir aterros
29	3.171.936,00	01/07/1999	Engloba o projeto de segurança rodoviária dos lotes 5/6/7/8/9/20/21 – foram projetadas barreiras rígidas,

Lote	Valor	Data-base	Objeto
			tipo "New Jersey", no canteiro central, nos locais onde o desnível da pista é superior a 1 metro
S05	2.356.279,75	01/07/2000	Serviços de supervisão
S06	2.987.428,25	01/07/2000	Serviços de supervisão

5. Dos resultados da vistoria levada a efeito em 10/04/2001, estima-se que 85% da execução física do empreendimento esteja alcançada, devendo a sua conclusão acontecer em 30/09/2002. Essas informações mereceram os seguintes esclarecimentos da equipe de auditoria:

"a) a extensão da BR-116 (São Paulo – Divisa PR) é de 300km, porém 90km já estavam duplicados antes do início do programa e 30km referem-se ao trecho de transposição da Serra do Cafezal a ser feito por empresa concessionária, resultando no total de 180km previstos;

b) embora 90,5% da duplicação já esteja concluída, para o cálculo do percentual realizado (85%) consideramos a necessidade de obras complementares (exemplos: passarelas, sinalização, estabilização de taludes etc.);

c) a data prevista para a conclusão foi estimada considerando o prazo de 360 dias para execução dos lotes 26/27/28/29, que estão ainda em licitação;

d) com relação a alterações de objeto contratual, cabe apenas mencionar a ocorrência de readaptações técnicas na construção de obras de arte especiais dos lotes 12 e 25 (contratos PG-195/97-00 e 079/99, respectivamente); os termos aditivos, de um modo geral, referem-se a prorrogações de prazos, a inclusão de reajustes ou a aumentos de valor contratual por conta de acréscimos quantitativos, isto é, não afetam os objetos contratados;

e) descrição da execução realizada até a data da vistoria: 163km já duplicados do total de 180km previstos;

f) a data de início do empreendimento, 28/05/1996, marca o começo dos serviços de gerenciamento (contrato PG-070/96-00 com a empresa Prodec); as obras propriamente ditas de duplicação e restauração iniciaram-se em 26 e 27/03/1997 – lotes 5 e 1 (contratos PG-026/97-00 e 025/97-00, respectivamente)."

6. Quanto à execução orçamentária, calcula-se faltarem R\$ 70.960.696,19 para o término das obras, de uma previsão inicial de R\$ 395.021.457,80. No entanto, algumas ponderações são feitas pela equipe de auditoria:

"O valor para conclusão foi avaliado com base na diferença entre o valor total previsto – em contratos e nos lotes de licitação – de R\$ 395.021.457,80 e o valor medido até fevereiro de 2001, igual a R\$ 330.511.733,99, fazendo-se incidir sobre a diferença uma estimativa de reajuste médio de 10% (tendo em vista o prazo de 540 dias para a conclusão de todos os lotes).

Importa salientar que o trecho de transposição da Serra do Cafezal, cujo custo estimado pelo DNER significará R\$ 258 milhões, não mais faz parte deste programa e será realizado no âmbito do Programa de Concessão de Rodovias Federais."

7. Para o financiamento das obras, mediante os programas de trabalho n°s 16.088.537.1296.0195 e 26.782.0231.5743.0001 (a partir de 2000), são utilizados recursos provenientes de contratos de empréstimo com bancos internacionais: BR/BID 940-OC-BR, de 26/06/1996, no valor de US\$ 450.000.000,00; BR/BID 296-OC-BR, de 12/12/1974, no valor de US\$ 60.000.000,00, para a ampliação e modernização da BR-116 (inscrição SIAFI n° 500210); BR/EXIMBANK/JAPÃO, de 1997, no valor de até US\$ 450.000.000,00, na forma de co-financiamento com o citado empréstimo BR/BID 940-OC-BR.

8. O cronograma de desembolso segue a seguinte tabela:

Ano	Valor orçado	Valor liquidado	Moeda
1994	13.869.183.777,00	0,00	Cruzeiro Real
1994	14.225.975,00	0,00	Real
1995	44.357.712,00	16.817.814,77	Real
1996	42.295.945,00	4.695.931,79	Real
1997	109.110.000,00	50.347.862,07	Real
1998	97.968.327,17	97.851.731,72	Real
1999	138.691.837,77	136.550.860,77	Real
2000	119.358.000,00	109.795.426,05	Real
2001	90.000.000,00	0,00	Real

9. Relativamente aos contratos firmados para a execução ou gerenciamento das obras, distinguem-se os doze descritos a seguir, que motivaram advertências da equipe de auditoria da SECEX/SP:

a) Contrato PG-175/97-00, findo em 26/08/1999, no valor de R\$ 18.295.806,65

Contratada: CIMCOP S/A - Engenharia e Construções

Objeto: execução de obras de duplicação e restauração do km 319,3 ao 336,7 – lote 2

Observações: *‘É preciso ressaltar a inclusão do item ‘colchão drenante de areia para fundação de aterro’, que não havia sido previsto no projeto básico. Para tanto, foi celebrado o 2º termo aditivo, para a inclusão de 175.110,00m³ do referido item, no valor de R\$ 5.503.707,30. Tal acréscimo constituiu-se em falha gritante do projeto de engenharia, o que impossibilitou a realização dos serviços de pavimentação. Na vistoria do trecho, constatou-se um agravamento dos problemas de erosão. Todavia, esse fato não foi incluído, por esta equipe de auditoria, como falha ou impropriedade, pois se trata de uma consequência direta da pavimentação inconclusa descrita acima. Essa ocorrência, por sua vez, já havia sido observada no levantamento de auditoria realizado no ano de 2000 e foi objeto de exame pelo TCU no processo TC-009.002/2000-6. A conclusão da duplicação e restauração do lote 2 faz parte do lote 26, em licitação.’*

b) Contrato PG-190/97-00, findo em 24/04/2000, no valor de R\$ 19.583.836,24

Contratada: Consórcio Riper Construções e Comércio Ltda./Encalso Construções Ltda.

Objeto: execução das obras de duplicação e restauração do km 367,2 ao 383,8 – lote 4

Observações: *“No que concerne à pista existente, foram realizados somente reparos iniciais, sendo que a restauração foi incluída no lote 26 (em licitação). O DNER constatou defeitos de pavimento e está aguardando os resultados de ensaios de laboratório.”*

c) Contrato PG-026/97-00, findo em 17/07/2000, no valor de R\$ 38.691.219,91

Contratada: Consórcio Construtora Sanches Tripoloni Ltda./Emsater – Empresa de Saneamento e Terraplanagem Ltda./Construtora Triunfo Ltda.

Objeto: execução das obras de duplicação e restauração do km 403,0 ao 411,5 – lote 5

Observações: *“O DNER constatou defeitos de pavimento e está aguardando a manifestação da empreiteira quanto aos resultados dos ensaios.”*

d) Contrato PG-116/97-00, findo em 18/12/1998, no valor de R\$ 1.206.341,33

Contratada: Construtora Tardelli S/A

Objeto: execução das obras de arte especiais do km 403,0 ao 411,5 e do km 415,2 ao 440,7 – lote 7

Observações: *‘No km 439 foi construído o Viaduto do Retorno II. A medição final, de 18/12/1998, considerou a referida obra concluída. Entretanto, no levantamento de auditoria realizado em 2000, verificou-se que o viaduto nunca pôde ser utilizado, pois as alças não haviam sido executadas. Esse caso configura falha na condução das obras, tratada no processo TC-009.002/2000-6. O referido viaduto será disponibilizado após a conclusão das alças, cuja construção foi incluída no lote 28, em licitação.’*

e) Contrato PG-070/96-00, com vigência até 01/05/2001, no valor de R\$ 4.920.229,53

Contratada: Prodec Consultoria para Decisão S/C Ltda.

Objeto: prestação de serviços de consultoria, apoio e assessoria ao DNER no gerenciamento do projeto – km 298,9 ao 568,0

Observações: *“O valor contratual extrapolou o limite legal de 25% do valor original. Essa ocorrência foi observada no levantamento de auditoria realizado no exercício de 2000 e foi tratada no TC-009.002/2000-6.”*

f) Contrato PG-139/97-00, com vigência até 25/07/2001, no valor de R\$ 6.543.993,34

Contratada: SD Consultoria e Engenharia Ltda.

Objeto: serviços técnicos de supervisão, acompanhamento e controle da execução das obras e serviços – km 497,5 ao 568,0

Observações: *“O levantamento de auditoria realizado no exercício de 2000 constatou que o valor contratual extrapolou o limite legal de 25%. Essa ocorrência foi tratada no TC-009.002/2000-6.”*

g) Contrato PG-159/98-00, com vigência até 10/04/2001, no valor de R\$ 4.429.039,35

Contratada: Consórcio Faulhaber Engenharia Ltda./Eccon Engenharia Civil e Consultoria Ltda.

Objeto: execução de obras de arte especiais do km 532,0 ao 568,0 – lote 17

Observações: *“Esse lote abrange somente obras de arte especiais, as quais se encontram bastante atrasadas. O 8º Distrito do DNER, por sua vez, está dando um tratamento adequado à questão, tendo já aplicado à contratada multas pelo não-cumprimento de prazos.”*

h) Contrato PG-151/98-00, suspenso, no valor de R\$ 37.298.171,55

Contratada: Consórcio Galvão Engenharia S.A./Sital Sociedade Itacolomy Ltda./Rodoférrea Construtora de Obras Ltda.

Objeto: execução das obras de duplicação e restauração do km 440,7 ao 450,2, do km 464,5 ao 465,7; e do km 486,7 ao 497,5 – lote 21

Observações: *“As obras da duplicação e restauração estão concluídas. Todavia, resta a execução de pequenos serviços complementares (ex.: encabeçamentos) junto a algumas pontes e viadutos dos lotes 24 e 25, estes ainda em fase de conclusão, daí porque as obras do lote 21 estarem suspensas desde 27/09/2000. O DNER constatou defeitos de pavimento e está aguardando a manifestação da empreiteira.”*

i) Contrato PG-039/98-00, findo em 22/10/2000, no valor de R\$ 2.462.772,06

Contratada: Consórcio Erevan Engenharia Ltda./CTESA Construções Ltda.

Objeto: execução das obras de arte especiais do km 486,7 ao 532,0 – lote 16

Observações: *“No km 527,5 foi concluído o Viaduto do Assentado. Entretanto, verificamos que esse viaduto não pode ser utilizado, pois as alças não foram executadas. Essa ocorrência foi observada no decurso do levantamento de auditoria realizado no ano de 2000 e foi tratada no TC-009.002/2000-6. A conclusão das alças foi incluída no lote 28, em licitação.”*

j) Contrato PG-161/98-00, findo em 11/12/2000, no valor de R\$ 29.264.949,94

Contratada: Consórcio Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A./CSO Construções, Serviços e Obras Ltda./Construtora Triunfo Ltda.

Objeto: execução das obras de duplicação e restauração do km 383,3 ao 403,0 e do km 411,5 ao 415,2 – lote 20

Observações: *“O DNER constatou defeitos de pavimento e está aguardando a manifestação da empreiteira quanto aos resultados dos ensaios.”*

l) Contrato PG-025/97-00, findo em 26/03/1999, no valor de R\$ 24.002.355,96

Contratada: Consórcio Serveng Civilsan S.A./Construtora Ferreira Guedes S.A.

Objeto: execução das obras de duplicação e restauração do km 298,9 ao 319,3 – lote 1

Observações: *“O DNER constatou defeitos de pavimento e informa que o consórcio apresentou solução de restauração do pavimento e que está iniciando os serviços.”*

m) Contrato PG-030/98-00, findo em 30/09/2000, no valor de R\$ 20.897.323,97

Contratada: Consórcio Egesa Engenharia S.A./CMC Engenharia e Construções Ltda.

Objeto: execução das obras de duplicação e restauração do km 497,5 ao 532,0 – lote 8

Observações: *“A extensão do lote é de 34,5km; entretanto, a pista já se encontrava duplicada do km 497,5 ao 523,2 (27,5km). Assim, a área duplicada corresponde a 8,8km, enquanto que a restauração (das duas pistas já existentes) corresponde a 60,2km. O DNER constatou defeitos de pavimento e está aguardando a manifestação da empreiteira quanto aos resultados dos ensaios de campo.”*

10. Outras informações a respeito do empreendimento de que se cuida são prestadas pela equipe de auditoria, de conformidade com a transcrição abaixo:

“No levantamento de auditoria realizado no exercício de 2000 (processo TC-009.002/2000-6) foram constatadas as seguintes irregularidades:

a) falha de projeto e gestão de obras tendo em vista a construção do Viaduto Retorno II, km 439, ao custo de R\$ 591.736,75, e do Viaduto do Assentado, km 527,5, ao custo de R\$ 602.159,07, os quais permaneceram inoperantes devido à ausência das alças de acesso;

b) grave erro de projeto de engenharia que não previu a necessidade de colchão drenante, o que onerou as obras em R\$ 5.503.707,30 e inviabilizou a pavimentação do trecho, lote 2, km 319,3 ao 336,7, causando perda gradativa dos serviços de terraplanagem;

c) aumento de valor contratual, ultrapassando o limite legal de 25% do valor original (empresas SD e PRODEC).

O TCU, ao apreciar o processo TC-009.002/2000-6 (Acórdão nº 289/2001-1ª Câmara), rejeitou as razões de justificativa apresentadas para as ocorrências descritas nas alíneas ‘a’ e ‘b’ acima e aplicou multa ao responsável, nos termos do art. 58, II e III, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 220, II e III, do Regimento Interno. Adicionalmente, determinou que o DNER proceda a rigoroso acompanhamento da execução do Contrato PG-177/98, que trata da permissão especial de uso das faixas de domínio para implantação do sistema de cabos ópticos.

No decurso da auditoria realizada no exercício de 2000, haviam sido observadas, em uma primeira e superficial avaliação, variações de custos unitários entre obras similares deste programa de trabalho.

Inicialmente, ao revisarmos os dados técnicos, verificamos a necessidade de se proceder a algumas correções, das quais convém destacar:

- a) extensão da Ponte de Juquiá, em vez de 40,50m é de 76,70m;
- b) readequação na obra de construção do complexo de viadutos de Cajati, que, por razões técnicas, sofreu a substituição de quatro viadutos antes previstos por dois de maior extensão;
- c) os viadutos Miracatu II e as pontes Rio Ribeira Iguape e Carapiranga (pista esquerda e coletores) já haviam sido parcialmente construídos pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (DER/SP), antes do início deste programa.

Feitas as revisões supramencionadas, passamos a analisar comparativamente os custos unitários de obras similares, tomando como referência as planilhas de medição final do DNER.

Buscando um mínimo de critério de avaliação, os viadutos e pontes foram analisados separadamente, além de agrupados por data-base. Nas obras de duplicação e restauração, foram comparados os custos unitários (valores contratuais/extensão em km) totais, de pavimentação e de material betuminoso. Além disso, no caso específico da pavimentação, foram examinados os custos e quantitativos de sua composição e serviços. Por outro lado, importante frisar que somente foram analisados quatro dos dez lotes de duplicação/restauração executados no programa.

Das variações constatadas, vale destacar as seguintes:

- a) viadutos da Serra, Retorno III e Retorno IV e interligações ER Biguá-Iguape I e II, cujos custos unitários foram superiores em 44 a 68% ao da obra de menor custo;
- b) os custos unitários concernentes às obras de duplicação do lote 21 são significativamente superiores aos da obra de menor custo (custo unitário total – 61%; custo unitário de pavimentação – 102%; e custo unitário de material betuminoso – 169%). Por intermédio de planilhas e quantitativos, verifica-se que, de um modo geral, a utilização de serviços foi significativamente superior a dos outros lotes analisados.

A equipe de auditoria solicitou ao 8º DRF/DNER os esclarecimentos necessários. Em atendimento à referida solicitação, foi-nos encaminhado o Ofício MT/8º DRF/DNER nº 1623/2001. Em síntese, o órgão relacionou uma série de características técnicas das obras que apresentaram os maiores custos unitários, justificando por aquelas razões as variações constatadas.

Entretanto, a nosso ver, restaram não esclarecidas as seguintes questões:

- a) as referidas características técnicas onerosas estavam previstas nos projetos básicos ou resultaram de readequações?
- b) os possíveis casos de readequações justificam-se?
- c) não houve demonstração inequívoca do impacto das peculiaridades técnicas nos custos das obras;
- d) no que tange às obras de duplicação, permanecem obscuras as variações quantitativas (ex.: no lote 21 houve uma utilização significativamente maior de serviços por km de pintura de ligação, base britada graduada etc.);
- e) ainda quanto às duplicações, os responsáveis informam que o BDI utilizado na execução do lote 21 foi de 49,5%, fato em si que, a nosso ver, merece uma detalhada averiguação.

É preciso ressaltar que para analisar as razões técnicas apresentadas pelo órgão seria imprescindível a participação de um perito. O prazo também foi um fator limitante tanto para a equipe de auditoria, no seu trabalho investigativo, quanto para o 8º DRF/DNER, que, para trazer as justificativas, vê-se obrigado a rever uma grande quantidade de documentos técnicos e administrativos.

Oportuno enfatizar que 85% de todas as obras já estão concluídas, restando a executar, de relevante, apenas a pavimentação de 17,2km na região de Jucituba e a finalização de obras de arte especiais dos lotes 17 e 24. Afora isso, há alguns poucos lotes em fase final de execução e outros serviços complementares (ex.: sinalização horizontal e vertical, alças de viadutos etc.). As obras merecedoras de averiguações mais acuradas quanto a possíveis sobrepreços estão entre aquelas já concluídas.

Assim sendo, considerando a magnitude das obras e que as variações de custos constatadas

não configuram ainda indícios de irregularidades, cumpre-nos recomendar a realização de uma auditoria específica, incluindo perícia, para aprofundar as análises de custos. Em nossas estimativas, seriam necessários dois analistas, concedendo-lhes 5 dias para planejamento, 10 dias para execução e 8 dias para elaboração de relatório, bem como a necessária participação de um perito para auxiliar na avaliação das razões técnicas apresentadas pelo DNER.”

11. Além dessa sugestão de auditoria, a Unidade Técnica propõe o apensamento deste autos ao TC-009.002/2000-6, em face da ausência de irregularidades diferentes das tratadas naquele processo.

É o relatório.

VOTO

Como foi salientado pela equipe de auditoria da SECEX/SP, as obras de duplicação e restauração da BR-116/SP, aqui discutidas, já foram objeto de exame nesta Corte, especificamente no TC-009.002/2000-6, do qual resultou a Decisão nº 289/2001-1ª Câmara.

2. No referido processo, as irregularidades detectadas nos projetos de determinados lotes levaram à apenação do responsável, permanecendo por avaliar as questões atinentes às variações dos custos unitários de obras componentes do mesmo empreendimento.

3. Quanto a esse problema, a unidade técnica, baseada em novas informações, sugere a realização de auditoria específica que permita concluir definitivamente acerca da pertinência ou não dessas variações de custos.

4. Em face da alta significância do empreendimento, estou de acordo que os exames referentes aos custos devam prosseguir, segundo a orientação regimental (artigo 206, § 1º), de maneira a se determinar à Secretaria Adjunta de Fiscalização (ADFIS) a inserção da mencionada auditoria no próximo plano.

5. Por fim, creio ser conveniente o envio ao Congresso Nacional de cópia do Acórdão nº 289/2001-1ª Câmara, prolatado nos autos do TC-009.002/2000-6, que também teve por escopo a BR-116/SP.

Diante do exposto, voto por que este Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 605/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.802/2001-0
2. Classe de Assunto: V - Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)
4. Interessado: Congresso Nacional
- 4.1 Responsável: Genésio Bernardino de Souza (ex-Diretor-Geral do DNER)
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/SP
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - determinar à ADFIS que promova a inclusão, no próximo plano de auditorias, de fiscalização específica nas obras de duplicação e restauração da BR-116/SP, no trecho que vai da cidade de São Paulo até a divisa com o Estado do Paraná, com a finalidade de analisar a variação de custos unitários observada ao longo do empreendimento;

8.2 - dar ciência desta decisão e do relatório e voto que a fundamentam, assim como do Acórdão nº 289/2001-Primeira Câmara, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional; e

8.3 - apensar este processo ao TC-009.002/2000-6.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.827/2001-0

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Companhia Docas do Ceará

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de derrocagem no porto de Fortaleza/CE. Obras ainda não iniciadas. Não-constatação de irregularidades ou dano ao erário. Determinação. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional. Arquivamento.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de derrocagem (remoção de rochas do leito de canais) no porto de Fortaleza/CE, correspondente ao Programa de Trabalho 26.784.0235.5490.0001. A auditoria tem o objetivo de subsidiar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o exercício de 2002.

2. A derrocagem, juntamente com as obras civis de reforço do cinturão de contenção do cais, que compõem o PT 26.784.0235.5692.0001, levarão a profundidade média do Porto de Fortaleza para 12,5 m, mantendo-o competitivo no acolhimento de navegação de grande calado. O PT mencionado não foi contemplado com dotação orçamentária em 2001 e foi auditado pelo TCU em 2000, sem que tenham sido constatadas irregularidades.

3. A única iniciativa adotada até o presente momento, relativamente à derrocagem, foi a realização de uma sondagem preliminar. A sondagem foi executada no período de 10 a 25 de outubro de 2000, por intermédio do contrato nº 029/2000, no valor de R\$ 19.305,00. Os recursos para o trabalho não correram à conta do PT, mas da rubrica "estudos e projetos" da Companhia.

4. O valor estimado para a execução da obra é de R\$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais). Segundo a equipe da SECEX/CE, o empreendimento não dispõe de licenciamento ambiental, obrigatório para seu início.

5. A equipe verificou a inexistência de quaisquer obras ou contratações com os recursos do programa de trabalho atual, concluindo pelo arquivamento do processo, ante a não-constatação de falhas, irregularidades ou danos ao erário.

6. A proposta foi aprovada pelo Secretário da Secex/CE.

É o Relatório.

VOTO

As obras para derrocagem do porto de Fortaleza ainda não foram iniciadas.

2. O levantamento de auditoria constatou que não foram efetuadas despesas ou contratações com os recursos do programa de trabalho referente à obra. Consignou, também, a não ocorrência de falhas, irregularidades ou danos ao erário.

3. Quanto à inexistência, até o momento, de licenciamento ambiental, considero cabível determinação para que a Companhia Docas do Ceará adote as providências necessárias à sua obtenção, de modo a assegurar que disponha da aprovação dos órgãos ambientais previamente ao início da obra.

Dessa forma, acolho a proposta da unidade técnica, com o acréscimo sugerido, e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 606/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.827/2001-0
2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Companhia Docas do Ceará
4. Interessado: Congresso Nacional
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/CE

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

8.1 - determinar à Companhia Docas do Ceará que adote, tempestivamente, as providências necessárias à obtenção do licenciamento ambiental da obra de derrocagem no porto de Fortaleza, de modo que antes de iniciá-la disponha da documentação correspondente;

8.2 - remeter cópia desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, para ciência; e

8.3 - arquivar o presente processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-003.866/2001-8

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de adequação de trechos rodoviários no corredor Leste/BR040/MG, compreendendo o trecho Barreira do Triunfo (km 771)-Santos Dumont-Viaduto Vila Rica-Belo Horizonte. Não constatação de irregularidades graves ou danos ao erário. Determinações. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional e ao DNER.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de adequação de trechos rodoviários no Corredor Leste/BR 040/MG, compreendendo o trecho Barreira do Triunfo (km 771)-Santos Dumont-Viaduto Vila Rica-Belo Horizonte (PT nº 26.782.0230.5725.0019). O trabalho tem o objetivo de subsidiar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o exercício de 2002, por meio do Sistema Fiscobras.

2. O trecho, com extensão total de 828,7 km, desempenha papel preponderante no transporte de cargas (40% do volume total da rodovia) e de passageiros, tendo apresentado crescimento geométrico no volume de tráfego nas últimas décadas.

3. Considerou-se como projeto básico o somatório do Projeto Básico do trecho Belo Horizonte-Sete Lagoas-Trevo de Curvelo-acesso ao Ceasa, referente às obras custeadas, em 1999, com os recursos do PT 16.088.0537.1296.7502, e do Projeto Básico do trecho Santos Dumont-Ressaquinha-Belo Horizonte-Sete Lagoas-Curvelo, referente às obras custeadas, em 1999, com o PT 16.088.0537.1296.0191.

4. A obra foi iniciada em 7/5/1996 e, até a data da vistoria (27/4/2001), se encontrava com cerca de 60% concluídos. O valor estimado para sua conclusão é de R\$ 89.516.598,27, baseado em estudos de reformulação do projeto, dotando a plataforma de quatro faixas de rolamento com acostamentos e separação física central. A conclusão está prevista para 31/12/2004. No entanto, como o empreendimento está sendo executado por contratos distintos, alguns dos quais estão suspensos e outros ainda não foram iniciados, a data de conclusão deve sofrer alterações.

5. Os principais contratos e convênios relativos à obra, com os respectivos valores, anos de assinatura e situações, de acordo com o relatório de auditoria, são os seguintes:

Contrato/convênio	Contratado/ conveniente	Valor	Assinatura	Situação
PG-136/94	Carioca Christiani Nielsen	R\$ 2.300.007,34	1994	Suspensão
PG-137/94	Carioca Christiani Nielsen	R\$ 6.907.129,57	1996	Concluído
PG-138/94	Egesa- Engenharia Ltda.	R\$ 10.568.066,64	1994	Concluído
PG-056/96	Empresa Const. Brasil	R\$ 17.803.946,63	1995	Suspensão
PG-069/96	Ivai-Engenharia de Obras	R\$ 13.574.594,48	1996	Em andamento
PG-126/95	Const. Andrade Gutierrez	R\$ 17.092.027,16	1995	Suspensão
PG-153/98	Ivai-Engenharia de Obras	R\$ 1.506.652,26	1998	Concluído
PG-238/99	Ivai-Engenharia de Obras	R\$ 6.498.661,00	1999	Em andamento
PD-60014/00	Serveng Cívilsan	R\$ 349.503,00	2000	Concluído
PD-60044/95	Serveng Cívilsan	R\$ 11.530.488,69	1995	Suspensão
PG-269/92	ESPA	Cr\$ 3.842.374,65	1992	Suspensão
PG-204/00	Egesa- Engenharia Ltda.	R\$ 18.984.459,48	2000	Em andamento
PD-60043/00	Egesa- Engenharia Ltda.	R\$ 9.249.329,07	2000	Suspensão
PG-147/94	Consita Ltda.	R\$ 1.063.689,03	1994	Suspensão
PG-153/94	Consita Ltda.	R\$ 1.051.524,04	1994	Suspensão
PG-047/96	Ecoplan Engenharia Ltda.	R\$ 1.578.891,48	1995	Concluído
PG-143/94	Estável Engenharia Ltda.	R\$ 1.106.047,83	1994	Concluído
PG-60037/99	Erkal Engenharia Ltda.	R\$ 1.250.731,21	1999	Em andamento
PG-60038/99	Consol- Eng. Construtores	R\$ 611.846,33	1998	Suspensão
PD-60055/96	Construtora Pequiá Ltda.	R\$ 2.580.000,00	1996	Em andamento
SIAFI92/054.545	Pref. Mun. de Contagem	Cr\$ 26.000.000.000,00	1992	Concluído

6. A equipe não constatou irregularidades graves ou danos ao erário. Além de impropriedades formais no contrato PG-153/98, que foram objeto de determinação anterior do Tribunal e cuja

correção está sendo providenciada pelo responsável, a equipe da SECEX-MG assinala a ocorrência de deficiências de supervisão da execução do contrato PG-204/00 (fl. 10). Até a realização da auditoria, não havia sido contratada empresa para realizar a supervisão da obra, apesar de a empresa Ecoplan Engenharia haver sido selecionada por meio do Edital de Tomada de Preços 0389/00-6. A tarefa está a cargo da Residência Regional 6/4 (Juiz de Fora), que não dispõe dos recursos técnicos necessários. A equipe entende necessário que, quando da contratação da empresa supervisora, seja determinada a redução no valor inicialmente previsto, de forma a ajustá-la ao volume real de serviços, haja vista que parte das obras já foi executada.

7. Em relação ao Contrato PG-126/95, cujo objeto é a execução da duplicação, terraplenagem, pavimentação e obras de arte especiais em um trecho de 5,9 km da rodovia, a equipe propõe a realização de estudos visando avaliar a conveniência de sua continuidade ou rescisão consensual, tendo em vista o tempo decorrido desde a assinatura (18/10/95), sem o início das obras correspondentes devido à falta de recursos para desapropriação e execução.

8. As propostas foram referendadas pela Secretária-Substituta da SECEX-MG.

9. A equipe constatou, ainda, que o DNER vem tomando providências no sentido de atender as determinações anteriormente formuladas pelo TCU nas auditorias realizadas no mesmo trecho rodoviário.

É o Relatório.

VOTO

Trago o presente processo à deliberação do Plenário em vista da magnitude dos recursos aplicados na obra.

2. Não foram constatadas irregularidades graves ou danos ao erário no trabalho realizado pela SECEX/MG.

3. Observo que esse mesmo trecho de rodovia vem sendo regularmente auditado pelo Tribunal, o que redundou em diversas medidas preventivas e corretivas, com ganhos para a sociedade, aí incluídos usuários e não-usuários da rodovia.

Entendo que as determinações propostas pela Unidade Técnica terão o mesmo efeito e, acolhendo-as, voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 607/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-003.866/2001-8

2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria

3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

4.1 Interessado: Congresso Nacional

4.2 Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: SECEX/MG

8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no artigo 43,I, da Lei n.º 8.443/92, DECIDE:

8.1 - determinar ao DNER que:

a) promova redução proporcional no valor de contratação da supervisão do contrato PG-204/00, a que se refere o Edital de Tomada de Preços n.º 0389/00-06, quando da assinatura do contrato, ajustando-o ao novo volume de serviços, tendo em vista que as planilhas constantes da proposta vencedora contemplam preços totais para os trechos entre os km 637,5 e 756,0, sendo que

já foram realizadas 5 medições para o contrato de execução, perfazendo o percentual de 27% de execução financeira do total dos dois lotes;

b) em relação ao Contrato PG-126/95, assinado em 18/10/95, realize estudos para avaliar, à luz da Lei nº 8.666/93, a conveniência da sua continuidade ou rescisão consensual, tendo em vista que decorreram mais de cinco anos sem execução, por motivos impeditivos provenientes da Administração;

8.2 – determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que acompanhe o cumprimento das determinações supra, dando conhecimento ao Tribunal, no prazo de noventa dias; e

8.3 - dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, ao Diretor-Geral do DNER e à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do quorum:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Relator

GRUPO II - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-004.036/2001-0

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) - 2º Distrito Rodoviário Federal, no Estado do Pará (2º DRF/PA)

Responsáveis: Genésio Bernardino de Souza (ex-Diretor-Geral do DNER) e Manoel Nazareth Sant'anna Ribeiro (Chefe do 2º DRF/PA)

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Obras na BR-316/PA, no município de Belém. Inexistência, até o momento da auditoria, de gastos havidos com recursos federais. Verificação de impropriedades quanto ao licenciamento ambiental e a descrição das obras que consta do Orçamento Geral da União. Determinações. Ciência aos interessados. Arquivamento.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de construção de viadutos no corredor Araguaia-Tocantins, rodovia BR-316/PA, realizada com a finalidade de subsidiar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o exercício de 2002, por meio do sistema Fiscobras.

2. As obras visam ordenar a circulação viária na confluência das avenidas Almirante Barroso, Pedro Álvares Cabral e Augusto Montenegro, em Belém/PA, com a rodovia BR-316, no ponto de entroncamento, racionalizando o fluxo de veículos na entrada/saída do município.

3. De acordo com a equipe de auditoria, o projeto básico, elaborado pela Geométrica Engenharia de Projetos Ltda., para implantação do complexo viário no entroncamento, esboça a construção de passagem inferior (subterrânea), não obstante o objeto para o qual foram dotados recursos da União previsse viadutos (passagens superiores). Informações prévias dão conta de que a modificação buscou evitar a destruição de construções existentes na área do entroncamento, como o

Memorial da Cabanagem e a Praça da Bíblia.

4. Registra-se que as obras ainda não foram iniciadas, embora já esteja em último estágio a licitação para seleção da executora, restando tão-somente a homologação para confirmar a escolha da EIT - Empresa Industrial Técnica S/A, ao custo de R\$ 18.944.999,31, para realizar os serviços de terraplenagem, drenagem, pavimentação, trabalhos complementares e sinalização do complexo viário.

5. No orçamento de 2001 foram consignados, no programa de trabalho nº 26.782.0237.1443.0001, R\$ 8.770.000,00 para fazer frente às obras. Em exercícios anteriores, os créditos orçados acabaram contidos ou contingenciados na totalidade, de modo que inexistiu execução de despesas.

6. Mesmo em 2001, observa a SECEX/PA, não houve gastos com recursos federais, tendo em vista que o projeto básico que serviu de base para a licitação destinada à escolha da executora das obras foi feito com recursos alocados pela Prefeitura de Belém.

7. Assinala ainda a Unidade Técnica a inexistência de licença ambiental para o empreendimento, a despeito de o projeto básico ter sido elaborado com fundamento em estudos técnicos preliminares efetuados pelo órgão municipal de meio ambiente, a quem foi depois submetido para aprovação.

8. Em conclusão, a SECEX/PA propõe a audiência dos responsáveis, para que ofereçam suas razões de justificativa para os seguintes fatos:

“a) desvio de objeto no que tange ao cumprimento do PT nº 26.782.0237.1443.0001, cuja descrição autoriza a construção de viadutos no corredor Araguaia-Tocantins, BR-316/PA – Entroncamento km 0; no entanto o projeto básico elaborado e o processo licitatório realizado prevêm a construção de um complexo viário sem passagem superior (viaduto), incluindo tão-somente passagem inferior e rotatória, sem justificativas técnicas para a alteração efetuada, contrariando o inciso IV do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.666/93;

b) inexistência de Estudos de Impactos Ambientais (EIA) e do conseqüente Relatório de Impacto sobre o meio ambiente (RIMA), necessários ao licenciamento ambiental, relativos à obra licitada (Concorrência Pública, Processo nº 51100.008542/2000-4, Edital nº 0606/00-02, de 22/11/2000), denominada complexo viário do entroncamento, a ser executada no km 0 da rodovia BR-316/PA, em desacordo com o art. 3º da Resolução CONAMA nº 237/97.”

É o relatório.

VOTO

Conquanto ainda não haja emprego de recursos federais no empreendimento examinado, a Unidade Técnica considera necessárias justificativas dos responsáveis acerca de impropriedades que poderiam vir a repercutir negativamente na execução das obras: a desconformidade do projeto básico com o detalhamento do programa orçamentário, quanto à posição das passarelas para travessia de pedestres, e a inexistência de licenciamento ambiental.

2. Relativamente às passarelas, tenho para mim que as informações iniciais prestadas pelo DNER são suficientes, perante o que se apurou, para dispensar maiores explicações. Parece-me acertada a decisão de alterar a posição de travessia, tendo em conta que procurou preservar o projeto arquitetônico do Museu da Cabanagem, assim como a urbanidade da Praça da Bíblia. Basta ver as fotos anexadas ao processo para se convencer de que a implantação de passagens superiores no local causaria, no mínimo, um sério problema paisagístico.

3. Com isso, penso que a melhor solução seja a de determinar ao DNER as providências necessárias à adequação do detalhamento orçamentário à realidade das obras a serem realizadas.

4. No que respeita à ausência de licenciamento ambiental, outra vez, discordo do encaminhamento sugerido pela Unidade Técnica, visto que foram adotadas medidas, junto ao governo municipal, tendentes a garantir a conformidade ambiental do empreendimento.

5. Assim, a inexistência de licenciamento ambiental, a meu ver, perde a conotação de irregularidade grave, não sujeitando o responsável a penação. Mas requer, sem dúvida, determinação ao DNER, a exemplo do que se efetuou em outros processos de minha relatoria, com

vistas à regularização das obras nos termos exigidos pelo CONAMA (v. TC-005.306/2001-1).
Diante do exposto, voto por que o Tribunal aprove a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 608/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-004.036/2001-0
2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) - 2º Distrito Rodoviário Federal, no Estado do Pará (2º DRF/PR)
4. Responsáveis: Genésio Bernardino de Souza (ex-Diretor-Geral do DNER) e Manoel Nazareth Sant'anna Ribeiro (Chefe do 2º DRF/PA)
- 4.1 Interessado: Congresso Nacional
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/PA
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 - determinar ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) que adote as medidas necessárias:

a) à adequação do detalhamento do Programa de Trabalho nº 26.782.0237.1443.0001, constante do Orçamento Geral da União de 2001, para que, em exercícios posteriores, passe a descrever a construção de vias de passagem subterrâneas, em vez de viadutos, no entroncamento da rodovia BR-316/PA, em Belém, ou à criação de Programa de Trabalho apropriado;

b) à obtenção de licenciamento ambiental para o empreendimento supracitado, segundo exige o artigo 2º, § 1º, da Resolução CONAMA nº 237/97;

8.2 - dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, ao Diretor-Geral do DNER e à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional; e

8.3 - arquivar o processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-005.065/2001-6

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Companhia Docas do Estado do Espírito Santo (CODESA)

Responsável: Fábio Nunes Falce (Diretor-Presidente da CODESA)

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de infra-estrutura portuária no Estado do Espírito Santo. Várias irregularidades nos editais de licitação. Assunto já tratado em outros processos. Apensação. Ciência da situação das investigações ao Congresso Nacional e ao Ministro dos Transportes.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de relatório de levantamento de auditoria nas obras de recuperação e melhoramento da infra-estrutura portuária no Espírito Santo, segundo o programa de trabalho nº 26.784.0230.1028.0002, a cargo da Companhia Docas daquele Estado (CODESA), realizado com o objetivo de auxiliar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o exercício de 2002, por meio do sistema Fiscobras.

2. Do ponto de vista socioeconômico, as obras permitirão à CODESA dar continuidade ao processo de arrendamento das áreas e instalações portuárias, além de atender ao aumento da demanda de embarcações e serviços de toda natureza dadas as recentes descobertas de jazidas petrolíferas no mar territorial contíguo ao Estado.

3. Inicialmente, a equipe de auditoria da SECEX/ES esclarece que o referido programa de trabalho fornecerá recursos para duas obras distintas: 1) *“construção de um terminal de granéis líquidos no Porto de Barra do Riacho, localizado no Município de Aracruz, constituído de dois cais e uma retroárea de cerca de 200.000m² para implantação de base de tancagem e apoio operacional”*; e 2) *“melhoria da infra-estrutura na retroárea do Cais de Capuaba, que compreende obras rodoferroviárias, duplicação da ponte de acesso ao cais, pavimentação, iluminação e urbanização de aproximadamente 300.000m².”*

4. A seguir, a equipe de auditoria faz importante observação a respeito da contratação de empresas para a execução das duas obras que compõem o empreendimento:

“As contratações de firmas para a realização das duas obras encontram-se na fase de licitação. Seus editais foram objeto de representações [impugnativas] que estão sendo tratadas nos processos TC-001.660/2001-4 (terminal de granéis líquidos) e TC-003.009/2001-8 (retroárea do Cais de Capuaba).

O TC-001.660/2001-4 trata da representação formulada pelo Sindicato da Guarda Portuária no Estado do Espírito Santo (Sindguapor), relatando irregularidades no edital da concorrência nº 004/2000, cujo objeto é a contratação de empresa para a execução do projeto executivo e das obras e serviços de implantação de um terminal de granéis líquidos em Barra do Riacho/ES. As principais irregularidades apontadas foram as exigências de:

- a) comprovação de capacidade técnico-operacional;*
- b) apresentação de atestados com os serviços de maior relevância e/ou complexidade explicitados conforme discriminados no edital;*
- c) comprovação da execução de todos os serviços de maior relevância e/ou complexidade em, no máximo, dois atestados;*
- d) índice de liquidez superior ao que normalmente é solicitado em concorrências.*

Em cumprimento ao despacho do Ministro-Relator, foi realizada inspeção na CODESA no mesmo período do levantamento de auditoria.

Por sua vez, o TC-003.009/2001-8 versa sobre representação formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Profissões de Nível Superior e demais Trabalhadores que Exerçam suas Atividades nas Áreas Técnica, Administrativa e Financeira da CODESA, Empresas Arrendatárias das Áreas e Instalações Portuárias e Empresas Operadoras e Prestadoras de Serviços nos Portos do Estado do Espírito Santo (Sindesa), dando conta de irregularidades havidas na concorrência nº 001/2001, cujo objeto é a execução de serviços de infra-estrutura na retroárea do Cais de Capuaba. A principal irregularidade apontada foi a exigência de comprovação da execução de todos os serviços de maior relevância e/ou complexidade em um único atestado.”

5. Como antes dito, as obras ainda não foram iniciadas, estimando-se que para a sua conclusão sejam necessários R\$ 64.633.180,00, abrangendo a construção do terminal de granéis líquidos em Barra do Riacho e a melhoria da infra-estrutura da retroárea do Cais de Capuaba. No

Orçamento Geral da União do exercício de 2001, estão consignados R\$ 10.300.000,00 para o empreendimento.

6. Há irregularidade grave apontada em ambas as licitações instauradas (concorrência nº 004/2000, concernente ao terminal de Barra do Riacho, e concorrência nº 001/2001, relacionada ao Cais de Capuaba), consistente no não-parcelamento do respectivo objeto em itens quando era técnica e economicamente viável a sua divisibilidade.

7. Outras irregularidades consideradas relevantes são também mencionadas para as duas licitações:

i) os editais das concorrências:

a) fixaram preço mínimo (artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93);

b) estabeleceram faixas de variação em relação a preços de referência (artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93);

c) deixaram de indicar os limites para pagamento de instalação e mobilização referentes a obras e serviços a serem executados (artigo 40, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93);

d) deixaram de indicar o critério de atualização financeira dos valores a serem pagos (artigo 40, § 4º, inciso II, da Lei nº 8.666/93);

e) deixaram de indicar as condições de recebimento do objeto da licitação (artigo 40, inciso XVI, da Lei nº 8.666/93);

f) estabeleceram condições que comprometeram o caráter competitivo da licitação:

f.1) as licitantes deveriam comprovar toda a diversificada capacitação técnico-operacional por intermédio da apresentação de somente um (concorrência nº 001/2001) ou dois (concorrência nº 004/2000) atestados;

f.2) os serviços de maior relevância ou complexidade deveriam estar explicitados nos atestados conforme discriminados nas cláusulas editalícias;

ii) nas minutas dos contratos não constam cláusulas que estabeleçam:

a) o critério de atualização financeira dos valores a serem pagos (artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93);

b) o recebimento definitivo (artigo 55, inciso IV, da Lei nº 8.666/93);

c) a obrigação de o contratado manter durante toda a execução do contrato todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (artigo 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93).

8. Considerando que nas supracitadas representações que questionam as concorrências nºs 004/2000 e 001/2001 já se apuram as irregularidades aqui enunciadas, a SECEX/ES propõe a apensação do presente levantamento de auditoria e de sua cópia aos TC-001.660/2001-4 e TC-003.009/2001-8, respectivamente.

9. E quanto a essas representações, esclarece:

“A análise das informações e documentos constantes das representações permitiu concluir que as exigências impostas pela CODESA nas concorrências nºs 004/2000 e 001/2001 restringiram o caráter competitivo dos certames. Em observância ao princípio constitucional do contraditório, foi concedido aos responsáveis prazo para que se manifestassem sobre os fatos apurados.

No que concerne à concorrência nº 004/2000 (TC-001.660/2001-4), como as justificativas apresentadas foram consideradas improcedentes, determinou-se ao Diretor-Presidente da CODESA, com base no artigo 209, § 2º, do Regimento Interno c/c o artigo 20, § 2º, da Resolução TCU nº 36/95, que não desse continuidade à licitação até a deliberação do Tribunal a respeito.

Quanto à concorrência nº 001/2001 (TC-003.009/2001-8), até esta data [18/07/2001] o Ministro-Relator não exarou despacho acerca do pronunciamento dos responsáveis.”

É o relatório.

VOTO

Com efeito, conforme exposto pela Unidade Técnica, as licitações relativas às obras do terminal de granéis de Barra do Riacho e da retroárea do Cais de Capuaba, que mereceram atenção neste levantamento de auditoria, já estão sendo investigadas por este Tribunal no TC-001.660/2001-4 e no TC-003.009/2001-8, respectivamente, ambos igualmente de minha relatoria.

2. Nesses processos, adotou-se a suspensão cautelar das mencionadas licitações, para que o Tribunal possa em momento posterior resolver quanto ao mérito.

3. Assim, tal providência foi determinada por meio de despacho fundamentado, para o caso do TC-001.660/2001-4, e por meio da Decisão nº 528-Plenário, para o caso do TC-003.009/2001-8, deliberações essas que, no meu entender, devem ser passadas ao conhecimento do Congresso Nacional e do Ministro dos Transportes, em complementação aos dados constantes deste relatório de levantamento de auditoria.

4. Para terminar, informo que os dois processos acima mencionados acham-se no Ministério Público junto ao Tribunal, a quem solicitei parecer, em regime de urgência, para subsidiar a decisão final acerca de cada uma das licitações aqui tratadas.

Diante do exposto, voto por que esta Corte adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 609/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-005.065/2001-6

2. Classe de Assunto: V - Levantamento de Auditoria

3. Entidade: Companhia Docas do Estado do Espírito Santo (CODESA)

4. Responsável: Fábio Nunes Falce (Diretor-Presidente da CODESA)

4.1 Interessado: Congresso Nacional

5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: SECEX/ES

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

8.1 - determinar o apensamento do presente processo ao TC-001.660/2001-4 e de sua cópia ao TC-003.009/2001-8; e

8.2 - dar ciência desta decisão e do relatório e voto que a fundamentam, assim como da Decisão nº 528-Plenário e do despacho exarado nos autos do TC-001.660/2001-4, que determinou de forma cautelar a suspensão da concorrência CODESA nº 4/2000, ao Ministro dos Transportes e à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-005.316/2001-8

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

Interessado: Congresso Nacional

Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de construção de trechos rodoviários no Corredor Leste - BR 265/MG - Divisa RJ/MG - Ilicínea - Divisa MG/SP, para subsidiar a proposta orçamentária da União do exercício de 2002, em cumprimento à Decisão nº 122/01-Plenário, de 14.03.2001. Determinações ao DNER. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional. Arquivamento.

RELATÓRIO

Trata-se de Relatório de Levantamento de Auditoria realizada no Departamento Nacional de Estrada de Rodagem no Estado de Minas Gerais - DNER/MG - e no Departamento de Estradas de Rodagem/DER-MG, no período de 07.05.2001 a 25.05.2001, tendo como objetivo o acompanhamento das obras de construção de trechos rodoviários no Corredor Leste - BR 265/MG - Divisa RJ/MG - Ilicínea - Divisa MG/SP, correspondentes ao PT 26.782.0230.5704.0029.

2. A equipe de auditoria da Secex/MG registra que, no exercício de 2000, a Lei Orçamentária alocou créditos orçamentários para dois programas de trabalho distintos, porém para a mesma rodovia BR-265/MG e com o mesmo objetivo: implantação e pavimentação de rodovia (PT-26.782.0230.5704.0006 - R\$ 19.000.000,00 - km 100 e PT 26.782.0230.5704.0013 - R\$ 3.500.000,00 - km 12). Para o exercício de 2001, a Lei Orçamentária destinou créditos para um único programa de trabalho (PT 26.782.0230.5704.0029).

Projeto Básico

3. O 6º DRF/DNER/MG executou as obras de pavimentação da BR-265, trecho divisa RJ/MG - divisa MG/SP, subtrecho: Alpinópolis - entrada BR-491/MG-050, segmento Jacuí - São Sebastião do Paraíso, numa extensão de 31,05 km, de acordo com projeto básico elaborado em 1989, quando a rodovia era ainda estadual, com características de rodovia vicinal, com planta sinuosa, greide com rampa máxima de 10% e largura de plataforma de 8m.

4. Alega a equipe que, após a federalização da rodovia, o projeto básico tornou-se inadequado, pois houve a necessidade de adaptá-lo às condições atuais de tráfego e às características de rodovia federal, com planta menos sinuosa, rampa máxima de 8% e plataforma padrão com 7m de pista e acostamentos com 2,5m, numa largura total de 12m de pavimento.

5. A equipe anota que, para os outros dois subtrechos (Ilicínea – Entroncamento MG-184, segmento: km 469,7 - km 517,5 – extensão de 47,8 km; Alpinópolis – Jacuí, segmento: km 538,8 – km 598,9 – extensão de 60,1 km), estão sendo elaborados os respectivos projetos executivos.

Execução Física

6. As obras encontram-se realizadas num percentual de 39%, devendo o empreendimento, segundo o DNER, ser concluído em 720 dias corridos, após o início dos serviços no segmento Jacuí - São Sebastião do Paraíso, finalizando a obra, provavelmente, em agosto/2003.

Execução Financeira

7. Para os 39% das obras executados, foram gastos R\$ 14.200.000,00 no exercício de 2000, e estão previstos cerca de mais R\$ 20.000.000,00 para a construção dos 61% restantes, no trecho Jacuí - São Sebastião do Paraíso.

Contratos

8. O Contrato nº PG-161/2000-00 teve por objeto a cessão e transferência pelo DER/MG para o DNER do Contrato nº PJU-22.135/90, firmado em 26.04.1990, que tinha por base um projeto elaborado pelo DER em 1989 para a pavimentação do mesmo segmento, conforme registrado nos itens 3 e 4 anteriores.

9. Em decorrência da necessidade de adequação da rodovia às condições atuais de tráfego, houve um aumento significativo dos quantitativos previstos no contrato cedido ao DNER (Contrato nº PJU-22.135/90), resultando numa execução física muito inferior à inicialmente prevista de 32 km de rodovia pavimentada.

10. O DNER realizou, também, aditamento do Contrato nº PG-161/2000-00, elevando o seu valor em R\$ 7.449.389,07, sendo R\$ 1.529.389,07 relativos a aumento equivalente a 24,99% de

quantitativos no seu objeto, e R\$ 5.920.000,00, concernentes a reajustamento de preços.

11. A equipe assinala que a formalização do 1º Termo Aditivo ao Contrato nº PG-161/2000-00, em 29.12.2000, ocorreu posteriormente à execução dos serviços, portanto, intempestivamente.

Licença Ambiental

12. A equipe constatou, também, a falta de licença ambiental para a contratação das obras, adiantando esclarecimentos do 6º DRF/DNER/MG no sentido de que à época da vigência do contrato original PJU nº 22.135/90, firmado em 1990, anterior à Lei n. 8.666/93, não havia tal exigência.

13. Todavia, segundo a equipe, as alterações recentes do traçado da rodovia realizadas pelo DNER (cf. itens 3 e 4 acima), constituem fatores de impacto ambiental negativo, havendo a necessidade de o órgão providenciar a licença para a continuidade das obras.

Verificação do Empreendimento

14. Durante a visita às obras, a equipe constatou problemas na conservação de alguns trechos da rodovia, tais como, focos de erosão, assoreamento e obstrução de bueiros, exemplificando com a foto nº 7, tirada à altura da estaca nº 275 (fl. 10). Esses problemas, mesmo que reduzidos e no estágio inicial das obras, exigem a adoção de providências corretivas.

Conclusões

15. O relatório da Secex/MG não registra impropriedades significativas. As falhas apontadas pela equipe (itens 11 a 14 acima) podem ser corrigidas pelo DNER mediante a adoção das providências pertinentes sugeridas pela equipe de auditoria, conforme reproduzidas abaixo:

“...

I - determinar ao DNER:

a) providenciar, para o reinício das obras da BR-265, trecho: Jacuí - São Sebastião do Paraíso, a obtenção da licença ambiental correspondente, em face da obrigatoriedade de tal autorização, conforme disposto no art. 2º da Resolução CONAMA nº 237/97;

b) providenciar, junto à empresa CONVAP Engenharia e Construções S/A, a reparação e conservação do trecho executado da BR-265/MG, nos pontos em que foram encontradas ocorrências de erosão do corpo estradal, assoreamento e obstrução de bueiros, como exemplo pode ser verificado na estaca nº 275, ante o disposto no art. 69 da Lei 8.666/93; e

c) evitar a formalização de termos aditivos contratuais de forma intempestiva, como verificado no 1º TA ao Contrato nº PG-161/2000-00, tendo em vista que os serviços, então executados, ficam sem a devida cobertura contratual, contrariando o disposto no art. 63, § 2º, I, da Lei 4.320/64.”

As propostas foram aprovadas pela secretária-substituta da Secex/MG.

É o relatório.

VOTO

Trago o processo à deliberação do Plenário em vista da materialidade dos recursos destinados à execução das obras de construção de trechos rodoviários no Corredor Leste da BR 265/MG entre as Divisas RJ/MG - Ilíciña - e MG/SP.

2. Trinta e nove por cento das obras já foram executadas e sua conclusão está prevista para agosto de 2003. No ano de 2000, foram gastos R\$ 14.200.000,00 e até o término do empreendimento serão necessários mais R\$ 20.000.000,00.

3. O relatório elaborado pela Secex/MG não registra impropriedades significativas. As falhas apontadas podem ser corrigidas pelo DNER mediante a adoção das providências pertinentes sugeridas pela equipe de auditoria.

Assim acolho a proposta da unidade técnica e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 610/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-005.316/2001-8
2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER
- 4.1. Interessado: Congresso Nacional
- 4.2. Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/MG
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no artigo 43, inciso I, da Lei n.º 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. determinar ao DNER que:
 - a) providencie, para o reinício das obras da BR-265, trecho: Jacuí - São Sebastião do Paraíso, a obtenção da necessária licença ambiental, conforme dispõe o art. 2º da Resolução Conama nº 237/97;
 - b) providencie, junto à empresa CONVAP Engenharia e Construções S.A., a reparação e conservação do trecho executado da BR-265/MG nos pontos em que foram encontradas ocorrências de erosão do corpo estradal, assoreamento e obstrução de bueiros, como pode ser verificado, por exemplo, na estaca nº 275, ante o disposto no art. 69 da Lei 8.666/93; e
 - c) evite a formalização de termos aditivos contratuais de forma intempestiva, como verificado no 1º Termo Aditivo ao Contrato nº PG-161/2000-00, tendo em vista que os serviços, então executados, ficam sem a devida cobertura contratual, contrariando o disposto no art. 63, § 2º, I, da Lei 4.320/64.
 - 8.2. dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional; e
 - 8.3. arquivar o processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-005.393/2001-7

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

Interessado: Congresso Nacional

Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

Ementa: Fiscobras 2001. Trechos rodoviários no Corredor Leste – BR/482/MG – Conselheiro Lafaiete (BR 040) – Piranga – Fervedouro, para subsidiar a proposta orçamentária da União do exercício de 2002, em cumprimento à Decisão nº 122/01-

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria realizado no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem no Estado de Minas Gerais – DNER/MG -, com o objetivo de acompanhar a execução das obras de construção de trechos rodoviários no Corredor Leste BR-482/MG - Conselheiro Lafaiete (BR 040) - Piranga - Fervedouro, correspondentes ao PT 26.782.0230.5704.0024.

2. A equipe assinala que não existe licença ambiental para toda a obra abrangida pelo referido PT, mas apenas para o subtrecho, em andamento, de Catas Altas da Noruega a Piranga, além de ter sido solicitada a licença para o trecho do contorno da cidade de Conselheiro Lafaiete.

3. Ressalta, também, que não existe projeto básico para o subtrecho compreendido entre as cidades de Araponga e Fervedouro, numa extensão de 42 km, nem para as obras de arte especiais do contorno de Conselheiro Lafaiete.

4. O PT-26.782.0230.5704.0024 corresponde a um trecho rodoviário de 226,3 km, ligando Conselheiro Lafaiete (BR-040) a Fervedouro, dos quais 59% estão concluídos, nos subtrechos Conselheiro Lafaiete - Itaverava - Catas Altas da Noruega (40 km), Catas Altas da Noruega - Piranga (4,54 km), Piranga - Porto Firme - Viçosa - São Miguel (74,3 km), São Miguel do Anta - Canaã (4,5 km), e Canaã - Araponga (10,9 km).

5. O valor necessário estimado para o término das obras é de R\$ 24.225.046,13. Esse montante não abrange o trecho de Araponga a Fervedouro e as obras de arte especiais do contorno de Conselheiro Lafaiete, tendo em vista a inexistência de projeto básico. De 1997 até 2000, foram gastos R\$ 21.625.444,88 de recursos da União.

6. A equipe relata que não existem processos de desapropriação dos terrenos adjacentes ao contorno de Conselheiro Lafaiete, necessários ao bom andamento e conclusão do empreendimento. No mais, não apontou outras ocorrências significativas, predominando os fatos examinados no TC-010.432/2000-2, julgado na Sessão de 03.07.2001 (Acórdão n. 404/2001, Ata nº 22), em que a 1ª Câmara do Tribunal decidiu determinar ao DNER a adoção de medidas corretivas, cujos reflexos poderão ser acompanhados em auditorias que porventura venham a ser feitas naquelas obras. A Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional foi cientificada dessa deliberação.

Proposta da Unidade Técnica

7. O diretor da 2ª Divisão Técnica, em parecer aprovado pelo secretário da Secex/MG, propõe o seguinte:

“I - determinar ao 6º DRF/DNER/MG:

a) elaborar os projetos básico e executivo para as obras de arte especiais a serem executadas no contorno da cidade de Conselheiro Lafaiete/MG, da BR-482, tendo em vista o disposto no art. 7º, § 2º, I, da Lei n. 8.666/93; e

b) providenciar os processos de desapropriação de áreas pertencentes a particulares, com vistas a viabilizar as obras de implantação e pavimentação do contorno da cidade de Conselheiro Lafaiete/MG.

II - determinar o apensamento destes autos às contas do DNER relativas ao exercício de 2001, para exame em conjunto e em confronto.”

É o relatório.

VOTO

Trago o processo à deliberação do Plenário em vista da materialidade dos recursos destinados à execução das obras. De 1997 a 2000, foram gastos R\$ 21.625.444,88 de recursos federais. Estima-se que são necessários mais R\$ 24.225.046,13 para a sua conclusão.

2. Em vista das impropriedades registradas pela equipe de auditoria, acolho as determinações sugeridas; as quais, por sua natureza, podem ser feitas diretamente ao 6º DRF/DNER. Discordo apenas do pensamento deste processo às contas do DNER, visto que os fatos, ainda que relevantes, não devem influir na avaliação geral da gestão da entidade.

Assim, acolho a proposta da Secex/MG e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 611/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-005.393/2001-7
2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER
- 4.1. Interessado: Congresso Nacional
- 4.2. Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/MG
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 43, inciso II, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. determinar ao 6º Distrito Rodoviário Federal do DNER em Minas Gerais (6º DRF/DNER/MG) que:
 - a) elabore os projetos básico e executivo para as obras de arte especiais a serem executadas no contorno da cidade de Conselheiro Lafaiete/MG, da BR-482, tendo em vista o disposto no art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei nº 8.666/93; e
 - b) dê início aos processos de desapropriação de áreas pertencentes a particulares, com vistas a possibilitar a execução das obras de implantação e pavimentação do contorno da cidade de Conselheiro Lafaiete/MG.
 - 8.2. dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional; e
 - 8.3. arquivar o processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-005.497/2001-1

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)

Interessado: Congresso Nacional

Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de adequação de contornos rodoviários no Corredor Mercosul BR-116/PR – em Curitiba. Irregularidades em convênio. Audiência do responsável. Determinação. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria elaborado pela Secex/PR nas obras de adequação de contornos rodoviários no Corredor Mercosul BR-116/PR – em Curitiba (Leste) -, correspondentes ao PT 26.782.0233.5737.0001.

2. As obras do Contorno Leste em conjunto com as do Contorno Sul compõem o anel viário de Curitiba, que faz parte do Corredor São Paulo-Curitiba-Florianópolis nas rodovias BR-116 e BR-277.

3. Nos exercícios de 1996 a 1999, os recursos destinados à execução das obras do Contorno Leste de Curitiba foram consignados na Lei Orçamentária Anual sob o PT 16.088.0537.1296.0694.

4. O projeto básico foi elaborado em 01.12.1994 e estimava o valor da obra em R\$ 70.867.619,00. Abrangia a ampliação da capacidade rodoviária do Corredor São Paulo/Curitiba/Florianópolis na Rodovia BR-116, trecho da Divisa SP/PR, subtrecho Acesso Curitiba (Norte) - Acesso Curitiba (Sul), segmento km 72,8 - km 93,1; nas Rodovias BR-116/277/PR, trecho das Divisas SP/PR e PR/SC, subtrecho Divisa SP/PR - acesso BR-376/476, segmento km 93,1 - km 116,9.

5. A obra foi iniciada em 01.12.1996 e sua conclusão está prevista para 31.03.2002. No momento da auditoria, que foi concluída em 22.05.2001, os serviços estavam paralisados conforme ordens de paralisação nºs 06/2000, 11/2000, 12/2000 e 13/2000, em função da suspensão e posterior extinção do contrato de supervisão nº PG-166/94-00 a cargo da empresa Esteio Engenharia e Aerolevantamentos S.A. Aguardava-se a homologação do resultado da concorrência destinada a contratar empresa para os serviços de supervisão, acompanhamento e controle das obras e serviços de engenharia do Contorno Leste de Curitiba.

6. Estima-se que são necessários R\$ 36.873.262,24 para a conclusão do empreendimento. O custo unitário atual é de R\$ 2.325.146,20/km de rodovia duplicada.

Indícios de irregularidades

7. Foram identificadas as seguintes irregularidades na execução do Convênio nº 98/349.587 firmado entre o DNER e a Prefeitura Municipal de Curitiba, por meio da Companhia de Habitação Popular de Curitiba (COHAB) e a Prefeitura Municipal de São José dos Pinhais, representada pela Secretaria Municipal de Habitação, destinado à implantação de loteamentos habitacionais populares, relocação de famílias e regularização fundiária, para atender a necessidade de desocupação da área onde será implantada a Rodovia do Contorno Leste de Curitiba:

a) Inclusão de cláusula (Cláusula 6ª) que prevê remuneração do conveniente executor em percentual de 10% do custo total do empreendimento, remuneração essa estipulada em R\$ 454.545,45 (4º termo aditivo), dos quais R\$ 447.292,27 já foram recebidos pela COHAB até 06.03.2001, em desacordo com o inciso I do art. 8º da Instrução Normativa STN nº 01, de 15.01.1997, que disciplina a celebração de convênios;

b) Inclusão de dispositivo (parágrafo único da Cláusula 6ª) que prevê cobrança de percentual de 10% sobre o valor arrecadado correspondente às prestações pagas pelas famílias reassentadas, relativas ao valor do lote oferecido para reassentamento, em desacordo com o inciso I do art. 8º da Instrução Normativa STN nº 01, de 15.01.1997, que disciplina a celebração de convênios;

c) Não-inclusão de contrapartida obrigatória no termo de convênio, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, no mínimo de 20% e máximo de 40%, em desacordo com a Lei nº 9.473, de 22.07.1997, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 1998;

d) Inclusão de dispositivo (item "c" do inciso "6" da Cláusula Quarta) admitindo o repasse pela COHAB dos valores arrecadados, correspondentes às prestações pagas pelas famílias reassentadas, ao Fundo Municipal de Habitação do Município de São José dos Pinhais, sem previsão legal.

Impropriedades

8. Registrou-se deficiência no controle patrimonial consistente na ausência de registro em nome do DNER de imóveis desapropriados e com indenizações já pagas pelo órgão nos exercícios de 1998 a 2000 nos processos administrativos 51190.002325/97-19, 51190.001773/97-04, 003956/79, 20109.419519/78, 51190.001199/98-01, 51190.002321/97-50, 20190.010097/79 e 51190.000563/99-80.

Parecer da Unidade Técnica

9. A equipe de auditoria da Secex/PR, com a aprovação dos dirigentes da unidade, propõe que seja realizada audiência do responsável pela entidade para que apresente razões de justificativa em relação às irregularidades registradas no item 7 deste relatório e determinada a correção da impropriedade indicada no item 8 (fls. 06 e 128).

10. Além disso, registra que foram detectados indícios de irregularidades em processos de desapropriação de imóveis situados na faixa de domínio da rodovia do Contorno Leste de Curitiba, consistentes em pagamentos de indenizações mediante acordos administrativos em processos judiciais com precatórios já emitidos, em desacordo com as disposições da Lei nº 9.469/97 e do art. 100 da Constituição Federal; e superfaturamento de indenizações pagas mediante acordos administrativos.

11. Tais indícios de irregularidades estão sendo analisados em Representação autuada na Secex/PR (TC-003.459/2001-1).

É o Relatório.

VOTO

Dada a relevância da obra em exame, que exige R\$ 36.873.262,24 para sua conclusão até março do próximo ano, trago este processo à deliberação do Plenário.

2. A equipe de auditoria da Secex/PR aponta indícios de irregularidades no convênio firmado entre o DNER e as Prefeituras de Curitiba e São José dos Pinhais, destinado à implantação de loteamentos habitacionais populares, relocação de famílias e regularização fundiária, decorrente da necessidade de desocupação da área onde será implantada a Rodovia do Contorno Leste de Curitiba.

3. Foi incluída cláusula que prevê remuneração da COHAB/PR no valor de 10% do custo total do empreendimento e cobrança de 10% sobre o valor arrecadado correspondente às prestações pagas pelas famílias reassentadas, relativas ao valor do lote oferecido para reassentamento. Ambas as disposições estariam em desacordo com o inciso I do art. 8º da Instrução Normativa STN nº 01, de 15.01.1997, que disciplina a celebração de convênios.

4. De outra parte, não foi incluída a contrapartida obrigatória no termo de convênio, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, no mínimo de 20% e máximo de 40%, em desacordo com a Lei nº 9.473, de 22.07.1997, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 1998.

5. Além disso, o item "c" do inciso "6" de sua Cláusula Quarta admite o repasse pela COHAB dos valores arrecadados, correspondentes às prestações pagas pelas famílias reassentadas, ao Fundo Municipal de Habitação do Município de São José dos Pinhais, sem que haja previsão legal.

6. A equipe registra também deficiência de controle patrimonial consistente na ausência de registro em nome do DNER de imóveis desapropriados e com indenizações já pagas pelo órgão, nos exercícios de 1998 a 2000.

Dessa forma, acolho as propostas da Secex/PR e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Relator

DECISÃO Nº 612/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-005.497/2001-1
2. Classe de Assunto: V – Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER
- 4.1 Interessado: Congresso Nacional
- 4.2 Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/PR
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no artigo 43, incisos I e II, da Lei n.º 8.443/92, DECIDE:

8.1 - determinar à Secex/PR que promova a audiência do Sr. Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral do DNER -, para que apresente razões de justificativa em relação aos seguintes fatos apontados no levantamento de auditoria realizado nas obras de adequação de contornos rodoviários no Corredor Mercosul BR-116/PR – em Curitiba (Leste), correspondentes ao PT 26.782.0233.5737.0001 e no Convênio nº 98/349.587 firmado pela entidade:

a) inclusão de cláusula (Cláusula 6ª) que prevê remuneração do conveniente executor em percentual de 10% do custo total do empreendimento, remuneração essa estipulada em R\$ 454.545,45 (4º termo aditivo), dos quais, R\$ 447.292,27 já recebidos pela COHAB/PR até 06.03.2001, em desacordo com o inciso I do art. 8º da Instrução Normativa STN nº 01, de 15.01.1997, que disciplina a celebração de convênios;

b) inclusão de dispositivo (parágrafo único da Cláusula 6ª) que prevê cobrança de percentual de 10% sobre o valor arrecadado correspondente às prestações pagas pelas famílias reassentadas, relativas ao valor do lote disponibilizado para reassentamento, também em desacordo com o inciso I do art. 8º da Instrução Normativa STN nº 01, de 15.01.1997;

c) não-inclusão de contrapartida obrigatória no termo de convênio dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, no mínimo de 20% e máximo de 40%, em desacordo com a Lei nº 9.473, de 22.07.1997, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 1998;

d) inclusão de dispositivo (item "c" do inciso "6" da Cláusula Quarta) admitindo o repasse pela COHAB/PR dos valores arrecadados, correspondentes às prestações pagas pelas famílias reassentadas, ao Fundo Municipal de Habitação do Município de São José dos Pinhais, sem que haja previsão legal.

8.2 - determinar ao DNER que providencie o tempestivo registro em nome da autarquia dos imóveis desapropriados e cujas indenizações já foram pagas aos expropriados.

8.3 - remeter cópia desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, para ciência.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-005.690/2001-1

Natureza: Relatório de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) – 6º Distrito Rodoviário Federal (6º DRF), em Minas Gerais

Responsável: José Élcio Santos Monteze (Chefe do 6º DRF)

Ementa: Auditoria em cumprimento da Decisão nº 806/2000-Plenário, que determinou o acompanhamento da efetivação de recomendações formuladas à unidade do DNER no Estado de Minas Gerais. Verificação do acatamento das recomendações, exceto quanto aquelas que refogem à competência da unidade ou que dependem de recursos financeiros. Sugestão de adoção das providências pelas entidades competentes. Determinações. Ciência aos interessados. Apensamento.

RELATÓRIO

Tratam os autos de auditoria realizada no 6º Distrito Rodoviário Federal (6º DRF) do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), em Minas Gerais, para cumprimento da Decisão nº 806/2000-Plenário, que determinou à SECEX/MG o acompanhamento de recomendações expedidas naquela ocasião à referida entidade, assim como à Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal (DPRF).

Parecer da Unidade Técnica

2. De início, a SECEX/MG observa que a CBTU e o DPRF cumpriram inteiramente o que lhes foi recomendado, de acordo com a documentação por eles encaminhada que integra o TC-004.632/2000-5, do qual decorre a Decisão nº 806/2000-Plenário.

3. Quanto à verificação do acolhimento das recomendações dirigidas ao 6º DRF/DNER, objeto desta auditoria, a Unidade Técnica analisa as informações obtidas junto à entidade da seguinte maneira, segundo a ordem definida pelo subitem 8.1 da decisão deste Tribunal:

“8.1.a) estabeleça as gestões necessárias junto ao DER para que seja concluída a Via Expressa da região metropolitana de Belo Horizonte, ligando os Municípios de Contagem e Betim

Análise: Efetivamente, o DNER manteve gestões junto ao DER/MG (Departamento Estadual de Estradas de Rodagem) para a conclusão da Via Expressa, mesmo porque esta termina junto ao viaduto da Krupp, km 432 da BR-381, sendo que essa obra de interligação é de responsabilidade do DNER. Ainda sobre esse item, cumpra-nos informar que as obras da chamada Via Expressa (oficialmente denominada ‘Via Urbana Ceasa-Krupp’) foram retomadas pelo DER, tendo sua conclusão prevista para outubro do corrente ano.

8.1.b) providencie a instalação de posto de serviço do DNER na Rodovia Fernão Dias, trecho Contagem-Betim, tendo em vista a necessidade imperiosa de atender tempestivamente à demanda dos usuários do mais movimentado e importante segmento rodoviário do Estado de Minas Gerais

Análise: Tal recomendação deixou de ser atendida, tendo em vista que, por escassez absoluta de recursos orçamentários e humanos, o DNER, há vários anos, foi obrigado a fechar a residência 6.5, em Contagem. No entanto, no entendimento do órgão, não houve prejuízos para o usuário da rodovia, já que qualquer providência referente a contratação de serviços de manutenção e conservação é efetuada pela administração do distrito, em Belo Horizonte. Apenas a título de ilustração, na década de 80, somente na residência de Contagem trabalhavam 200 funcionários, enquanto que, atualmente, em todo o 6º Distrito, não há mais que 100 servidores.

8.1.c) execute, no prazo mais rápido possível, todas as ações necessárias para propiciar as melhores condições possíveis de tráfego para a BR-381, km 420-441, compreendendo execução e/ou recuperação e manutenção de acostamentos, encostas, separadores de pista em concreto, placas, sinalizações e pistas de rolamento, bem como assunção da responsabilidade pela limpeza das margens da rodovia

Análise: Sobre essa recomendação, informamos que se encontra pronto o projeto básico da completa restauração do trecho compreendido entre os km 420-441, ultimando-se, por ora, o projeto executivo, para que, até 31 de julho deste ano, seja publicado o edital de licitação dessas obras, na modalidade Concorrência Pública. Sobre o projeto básico, temos a informar que ele já contempla todas as questões técnicas acima solicitadas, prevendo duas faixas de rolamento em cada sentido de direção, com terceiras faixas nos trechos de aclave, além de pistas marginais ao longo de todo o trecho.

8.1.d) autue no prazo mais rápido possível, consoante normas de legislação de trânsito, os acidentes rodoviários ocorridos na BR-381, km 420-441

Análise: O órgão auditado considera-se desonerado do atendimento dessa recomendação, uma vez que, pela legislação de trânsito (CTB) e pela Constituição Federal, compete à Polícia Rodoviária Federal o exercício do policiamento ostensivo nas rodovias federais, aí compreendida a função de autuar os acidentes rodoviários nelas ocorridos, o que, aliás, vêm sendo feito rotineiramente dentro do funcionamento administrativo daquele órgão.

8.1.e) aparelhe-se com os recursos necessários para promover a imediata remoção dos veículos acidentados no supracitado trecho rodoviário, liberando as pistas para o tráfego no prazo de tempo mais curto possível

Análise: Da mesma maneira que no item anterior, entende o DNER que tal providência deve estar a cargo da Polícia Rodoviária Federal, que é a detentora da competência legal para tanto. Dessa forma, entendemos que ambas recomendações devam ser encaminhadas à 4ª Superintendência da Polícia Rodoviária Federal.

8.1.f) adote as medidas necessárias para a rápida conclusão das obras de modernização e duplicação do lote 01, utilizando a atual pista asfáltica que liga o viaduto Krupp 1 ao viaduto Moreira Caldas como alternativa ao contorno de Betim

Análise: No tocante a essa questão, o DNER, embora reconheça encontrar grandes dificuldades em obter os respectivos recursos orçamentários, informa que, na restauração de trecho comentada na resposta ao item 8.1.c, foi preconizado o aproveitamento da atual pista asfáltica, em atendimento a esta recomendação, como alternativa ao contorno de Betim, uma vez que este se encontra paralisado por força de embargos judiciais às desapropriações de terrenos no trecho no qual se construirá a chamada alça de Betim.

8.1.g) realize a construção de passarela para pedestres entre os km 436-438, em local definido como ideal pelas autoridades e população de Betim

Análise: No tocante à questão de passarelas no trecho, temos a informar que, no decorrer do ano de 2000, foram construídas duas passarelas: uma, em concreto pré-moldado, pela Prefeitura Municipal de Betim (PMB), com a anuência do DNER, à altura do km 437 (foto 1 do relatório fotográfico); e, da mesma forma, foi construída uma passarela em estrutura metálica, pelo próprio DNER, no km 420 (foto 2), através do contrato PD 0064/00, nos meses de novembro e dezembro de 2000, sendo inaugurada em janeiro de 2001. Essas ações se coadunam no sentido de atender assim à presente recomendação.

Em visita *in loco*, fizemos o levantamento das passarelas em todo trecho, cuja situação é a seguinte:

- 1ª passarela - km 437, construída pela PMB, em concreto pré-moldado (nova);
- 2ª passarela - km 435, construída pelo DNER, em concreto armado;
- 3ª passarela - km 434, construída pela PMB, em concreto pré-moldado;
- 4ª passarela - km 430,7, construída pelo DNER, em concreto armado;
- 5ª passarela - km 429,2, construída pelo DNER, em concreto pré-moldado (curta);
- 6ª passarela - km 424, construída pela PM de Contagem, em concreto armado;
- 7ª passarela - km 422, construída pelo DNER, em concreto pré-moldado (curta);
- 8ª passarela - km 420,5, construída pela PM de Contagem, em concreto armado (curta);

9ª passarela - km 420, construída pelo DNER, em estrutura metálica (nova).

Pelo demonstrado, três das passarelas, as cognominadas 'curtas', não alcançam as pistas marginais e não permitem a travessia segura da via, o que será comentado adiante. Todas as demais alcançam toda a largura das pistas, apresentando também obstáculos à travessia em nível por pedestres, na forma de gradil ou barreira New Jersey.

8.1.h) adote as medidas necessárias para promover a iluminação da rodovia Fernão Dias, km 424-441, no prazo mais rápido possível

Análise: Sobre essa questão, o órgão informa que, recentemente (outubro de 2000 a janeiro de 2001), foi realizada a obra de implantação de iluminação pública da rodovia por todo o trecho citado, por meio de convênio entre a Prefeitura Municipal de Betim e o Governo do Estado de Minas Gerais, através da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), com a anuência do DNER. A obra está concluída e entregue à população, atendendo pois à presente recomendação.

8.1.i) execute as obras necessárias para a complementação das passarelas existentes no trecho Contagem-Betim da BR-381, no sentido de aumentá-las para possibilitar a entrada e saída de pedestres além das pistas marginais

Análise: O órgão informou que, no projeto da restauração comentado no item 8.1.c, está contemplada a complementação das passarelas curtas para além das pistas marginais, quais sejam aquelas elencadas no comentário ao item 8.1.g, além de também prever a instalação de mais passarelas para pedestres, em locais a serem definidos no projeto executivo.

8.1.j) adote as medidas necessárias para implementar um anel rodoviário que atenda à região metropolitana de Belo Horizonte, situado fora de seus limites geográficos, no prazo mais rápido possível

Análise: Nessa questão, o DNER já realiza há tempos estudos para a implantação do referido anel. A proposta mais atual, datada de dezembro do ano passado e já conformada como estudo preliminar para servir de base ao projeto básico, contempla uma rodovia de pista dupla, começando no atualmente inacabado trevo da Krupp, km 432 da BR-381 (foto 3), em Betim, desenvolvendo-se em arco sobre a área norte da região metropolitana de Belo Horizonte, entroncando-se com as rodovias BR-040, MG-424 e MG-010, terminando na BR-262/381, no trevo de Ravena, no Município de Sabará, já na área leste da região metropolitana. Tal obra, que servirá não só a Minas Gerais, mas ao País, recolheria todo o tráfego entre o Sudeste e o Nordeste do Brasil, enfeixando as cargas que circulam diariamente pelas BR-135, BR-215 e BR-116 (Rio-Bahia). No entanto, essa importante obra não tem ainda previsão orçamentária, nem data para conclusão dos estudos ou confecção do projeto básico. Dada a importância da obra, consideramos necessária formulação de recomendação ao DNER - 6º Distrito para que ultime os estudos e elabore o projeto básico do anel metropolitano.

8.1.k) promova a fiscalização do transporte de cargas na rodovia Fernão Dias, utilizando-se de balanças e demais equipamentos necessários para aferir e coibir excesso de peso

Análise: O órgão informa que, devido à enorme restrição orçamentária, só há uma balança em operação em todo o Estado, a localizada na BR-153, no Município de Frutal. Assim, nenhuma das duas balanças existentes na Fernão Dias encontra-se em funcionamento, precipuamente devido à falta de pessoal apto a operá-las. O órgão reconhece ser essa uma situação indesejada, tendo já feito solicitações à Direção-Geral do DNER para que promova a liberação de recursos necessários para tais contratações, não encontrando, entretanto, amparo aos seus pleitos. Tal situação de descabro enseja formulação de determinação à Direção-Geral do DNER para que libere os recursos necessários à operação das balanças fixas no Estado de Minas Gerais, especialmente as da rodovia Fernão Dias.

8.1.l) utilize-se de materiais asfálticos de qualidade adequada, evitando a formação de trincas superficiais, por expansão térmica, no pavimento [da Fernão Dias]

Análise: Segundo a direção do órgão, essa é uma preocupação constante do DNER em todas as obras sob sua responsabilidade. Reconhece ser também um problema difícil de evitar, pois, muitas vezes, a mistura asfáltica já vem com defeito na composição desde a usina processadora. Todavia, o DNER afirma que sempre orienta a supervisão das obras para que proceda aos testes de qualidade da mistura asfáltica, bem como dos demais materiais utilizados em pavimentação. No entanto, são patentes as trincas existentes na via, pelo que somos pela formulação de determinação

ao DNER - 6º Distrito para que utilize materiais asfálticos de qualidade adequada, fiscalizando rigorosamente sua composição e emprego, quando da restauração da BR-381, km 420-441.

8.1.m) corrija os defeitos verificados no pavimento [da Fernão Dias] relacionados a trincas e fissuras e estabeleça procedimento para sua correção imediata, à medida que ocorram

Análise: Dentro da ótica administrativa do órgão, a máxima prioridade na aplicação dos recursos destinados para conservação de vias é a recomposição dos pavimentos, a chamada operação 'tapa-buraco', por nós verificada **in loco**. Isso se deve ao fato de que as irregularidades no piso são as principais causas de acidentes no trânsito, depois das falhas humanas. Portanto, vige o princípio da busca de segurança na via. Também devido a essa filosofia, registramos que foi instalado equipamento de aferição de velocidade (o chamado 'radar fixo'), no km 423 (foto 4), limitando assim a velocidade dos veículos em 70km/h num trecho que, anteriormente, apresentava grande número de sinistros (colisões e atropelamentos).

8.1.n) tome as providências necessárias destinadas a agilizar o processo de concessão de operação e manutenção da rodovia [Fernão Dias]

Análise: Segundo o órgão, a responsabilidade por tais providências refoge à sua competência administrativa, localizando-se na esfera funcional da Direção-Geral do DNER. E mais, diante do quadro de extinção próxima do DNER, e criação do DENIT (Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes), a competência para gerir as concessões de rodovias federais passará para a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres)."

4. Em conclusão, a SECEX/MG, com base em pareceres uniformes, oferece as seguintes propostas:

"a) recomendação à Polícia Rodoviária Federal - 4ª Superintendência/MG, no sentido de que:

a.1) autue no prazo mais rápido possível, consoante normas de legislação de trânsito, os acidentes rodoviários ocorridos na BR-381, km 420-441;

a.2) aparelhe-se com os recursos necessários para promover a imediata remoção dos veículos acidentados no supracitado trecho rodoviário, liberando as pistas para o tráfego no prazo de tempo mais curto possível;

b) determinação ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - 6º Distrito Rodoviário Federal, no sentido de que utilize materiais asfálticos de qualidade adequada, fiscalizando rigorosamente sua composição e emprego, quando da restauração da BR-381, km 420-441;

c) determinação ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – Direção-Geral, no sentido de que adote as medidas necessárias para imediata liberação dos recursos necessários à operação das balanças fixas no Estado de Minas Gerais, especialmente as da rodovia Fernão Dias.

d) após a efetivação das medidas retro, sejam os presentes autos arquivados nesta Unidade Técnica."

É o relatório.

VOTO

Por meio de verificações **in loco** e de informações colhidas perante o 6º DRF/DNER, esta auditoria confirma o acatamento de grande parte das recomendações efetuadas à mencionada entidade, restando sem providências apenas os aconselhamentos que lhe escapam a competência ou que dependem da liberação de recursos por parte de outros órgãos.

2. Em face disso, algumas das recomendações presentes na Decisão nº 806/2000-Plenário precisam ser redirecionadas às instâncias competentes, quais sejam, o Departamento de Polícia Rodoviária Federal e a Direção-Geral do DNER, conforme assinala a Unidade Técnica.

3. Quanto às determinações propostas pela SECEX/MG, uma a respeito da exigência de fiscalização da qualidade dos materiais asfálticos empregados na restauração de trecho da rodovia Fernão Dias e outra sobre a necessidade de obtenção de recursos para a operação de balanças rodoviárias, com certeza cuidam de medidas pertinentes, dado que a situação atual de deficiência nessas atividades implicam a deterioração rápida do asfaltamento, com conseqüências danosas para o erário.

4. Existem ainda duas anotações da Unidade Técnica, feitas ao longo do relatório de auditoria, que, apesar de não constarem da proposta final, reclamam a atuação das instâncias apropriadas: a primeira trata de recomendação ao 6º DRF para que finalize o projeto básico relativo à construção do anel rodoviário na região metropolitana de Belo Horizonte; a segunda reporta-se a recomendação já expedida ao 6º DRF, por intermédio da Decisão nº 806/2000-Plenário, acerca da agilização do processo de concessão da operação e manutenção da rodovia Fernão Dias, assunto que na verdade compete à Direção-Geral do DNER.

Diante do exposto, acolhendo o parecer da SECEX/MG, voto por que o Tribunal aprove a Decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 613/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-005.690/2001-1
2. Classe de Assunto: V - Relatório de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) – 6º Distrito Rodoviário Federal (6º DRF), em Minas Gerais
4. Responsável: José Elcio Santos Monteze (Chefe do 6º DRF)
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/MG
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com base no artigo 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 c/c o artigo 194, inciso II, do Regimento Interno, DECIDE:
 - 8.1 - determinar ao 6º DRF que, quando da restauração da BR-381/MG (rodovia Fernão Dias), km 420-441, adote providências para a utilização de materiais asfálticos de qualidade adequada, fiscalizando rigorosamente sua composição e emprego;
 - 8.2 - determinar à Direção-Geral do DNER que adote todas as medidas a seu alcance com vistas à imediata liberação dos recursos necessários à plena operação das balanças rodoviárias fixas no Estado de Minas Gerais, especialmente as da rodovia Fernão Dias;
 - 8.3 - recomendar ao 6º DRF a finalização dos estudos e do projeto básico referente à construção do novo anel rodoviário na região metropolitana de Belo Horizonte;
 - 8.4 - recomendar à Direção-Geral do DNER a adoção das medidas destinadas a conferir agilidade ao processo de concessão da operação e manutenção da rodovia Fernão Dias, de conformidade com a Decisão TCU nº 806/2000-Plenário;
 - 8.5 - recomendar ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal (DPRF), de acordo com a Decisão TCU nº 806/2000-Plenário:
 - a) a atuação, no prazo mais rápido possível, consoante as normas de legislação de trânsito, dos acidentes rodoviários ocorridos na BR-381/MG, km 420-441;
 - b) o aparelhamento desse órgão com os recursos necessários para promover a imediata remoção dos veículos acidentados no supracitado trecho rodoviário, liberando as pistas para o tráfego no prazo de tempo mais curto possível;
 - 8.6 - dar ciência desta decisão, assim como do relatório e voto que a fundamentam, ao Ministro dos Transportes, ao Diretor-Geral do DNER, ao Chefe do 6º DRF e ao Diretor-Geral do DPRF; e
 - 8.7 - apensar este processo ao TC-004.632/2000-5.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios

Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-005.700/2001-0

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Obras de adequação de trechos rodoviários no corredor Leste/BR 101/ES. Obra ainda não iniciada. Não constatação de irregularidades graves ou danos ao erário. Determinação. Ciência. Arquivamento.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de adequação de trechos rodoviários no corredor Leste/ BR 101/ES – trecho Perímetro Urbano de Linhares-Contorno de Vitória. No programa de trabalho correspondente (PT 26.782.0230.5725.0002) estão previstos desembolsos para duplicação do Contorno de Vitória - km 288,1 ao 294,3, para implantação de ruas laterais no perímetro urbano de Linhares - BR-101 entre os km 143,7 e 145,7 e para elaboração de projeto básico e executivo da duplicação do restante do Contorno de Vitória - trecho da BR-101 entre os km 268,8 e 288,1. O levantamento de auditoria (registro SPA 030013/2001-1/00013) tem o objetivo de subsidiar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o exercício de 2002, por meio do Sistema Fiscobras.

2. O Contorno de Vitória é o principal corredor de transporte do Estado, ligando o Sudeste ao Nordeste Brasileiro. Apresenta volume médio diário de 12.000 veículos, sendo 60% de veículos pesados. O rápido crescimento de indústrias, pátios e estabelecimentos comerciais aumentou consideravelmente o contingente diário de veículos que transita no local, o que gerou reflexos negativos sobre a sua segurança.

3. O projeto básico é resultante da consolidação pelo DNER-17ª DRF dos Projetos de Engenharia de Duplicação da Rodovia BR 101/ES, km 288,1 a 293,8, e do Plano Funcional da Rodovia BR-101/ES com o projeto de Construção da Interseção do CEASA no km 294,3. Segundo a equipe de auditoria, o DNER promoveu ajustes nos quantitativos de alguns serviços quando realizou a consolidação dos projetos.

4. Para execução de obras de melhoramentos com duplicação da pista e obras de arte especiais do Contorno de Vitória na BR-101, com extensão de 6,2 km, foi assinado contrato, em 27/12/2000, com o Consórcio Contek – Teceng, no valor de R\$ 15.173.424,32. O consórcio é formado pelas empresas Contek Engenharia S/A e Teceng - Tecnologia e Engenharia Ltda. O valor estimado para a execução da totalidade das obras é de R\$ 19.228.627,25. No entanto, a obra ainda não foi iniciada em virtude de o DNER estar aguardando o término da licitação n.º 52/2001, cujo objeto é a contratação de empresa para elaboração de seu projeto executivo e supervisão.

5. Não foi autorizada a abertura de procedimento licitatório para a parte da obra relativa à implantação de ruas laterais em Linhares. Já a licitação para elaborar os projetos básico e executivo da duplicação do restante do contorno de Vitória foi vencida pela empresa ECR Sociedade Civil de Engenharia e Consultoria Ltda. No entanto, o contrato não havia sido assinado até o término da auditoria.

6. Apesar de não constatar irregularidades graves ou danos ao erário, a equipe aponta a

inexistência de licenciamento ambiental do empreendimento, tendo sido informada de que o documento será solicitado em data próxima ao início da obra. Conclui, então, com as seguintes propostas (fl. 3):

“a) nos termos do art. 31, inciso II, da IN/TCU nº 09/95, que seja determinado ao 17º DRF/DRF que providencie a licença ambiental referente à obra de duplicação do Contorno de Vitória - Km 288,1 ao 294,3;

b) nos termos do art. 31, inciso I, da IN/TCU nº 09/95, sua juntada às contas da entidade, exercício de 2000.”

7. As propostas receberam parecer favorável do Secretário-Substituto da SECEX/ES.

É o Relatório.

VOTO

Trago o presente processo à deliberação do Plenário em razão da magnitude dos recursos públicos a serem empregados e da importância sócio-econômica da obra.

2. Apesar de já existir consórcio contratado, as obras ainda não foram iniciadas, nem tampouco foram liberados recursos financeiros.

3. Nos procedimentos realizados pelo DNER não foram constatadas pela equipe de auditoria irregularidades graves ou danos ao erário até o presente momento.

4. Em consonância com o posicionamento defendido pela Unidade Técnica, considero que empreendimentos do porte do ora examinado não devem ser iniciados sem que haja o licenciamento ambiental correspondente. Como a obtenção do licenciamento ambiental muitas vezes é demorada, penso que as providências necessárias devem ser iniciadas desde logo.

5. No entanto, não vislumbro nenhum ganho para o Tribunal em se determinar, como proposto, o apensamento dos autos à prestação de contas do DNER, exercício de 2000. Os assuntos abordados no presente processo não gerarão, a princípio, reflexo sobre as contas da entidade, principalmente se considerado que as obras ainda não se iniciaram. Dessa forma, entendo que a medida mais adequada ao atual estágio do processo é o arquivamento.

Dessa forma, acolho as propostas da unidade técnica, com a alteração mencionada, e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 614/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-005.700/2001-0

2. Classe de Assunto: V – Relatório de Levantamento de Auditoria

3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

4.1 Interessado: Congresso Nacional

4.2 Responsável: Rogério Gonzalez Alves – Diretor-Executivo respondendo pela Diretoria-Geral

5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: SECEX/ES

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

8.1 - determinar ao DNER que providencie a licença ambiental referente à obra de duplicação do Contorno de Vitória - km 288,1 ao 294,3;

8.2 - dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, ao Diretor-Geral do DNER e à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso

Nacional;

8.3 – arquivar o presente processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-007.970/2001-4

Natureza: Levantamento de Auditoria

Órgão: Ministério dos Transportes

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Construção de eclusas de Tucuruí no Pará. Ocorrências na execução do projeto. Determinações ao Ministério dos Transportes e à Secretaria Federal de Controle Interno. Audiência do Ministro dos Transportes. Remessa de cópia da decisão à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

RELATÓRIO

Este processo tem por objeto o levantamento de auditoria relativo à construção de eclusas de Tucuruí no Estado do Pará, obra pública identificada pelo Programa de Trabalho nº 26.784.0237.5750.0001 e incluída no Plano Especial de Auditoria do exercício de 2001, em atendimento a demanda do Congresso Nacional.

Parecer da Unidade Técnica

2. A equipe de auditoria da SECEX/PA esclareceu que o projeto tem licença ambiental e não está sujeito ao Estudo de Impacto Ambiental – EIA.

3. A equipe acrescentou que 44% do projeto já foram realizados (70% da eclusa 1, 17% do canal intermediário e 12% da eclusa 2), que o término dos trabalhos está previsto para 09/03/2003 e que o valor estimado para conclusão é igual a R\$ 277.512.038,55.

4. Em seguida, a equipe mostrou que os principais contratos foram assinados com as seguintes empresas:

4.1. Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. – Contrato nº 009/98-MT para execução das obras civis das eclusas e do canal de navegação do rio Tocantins, destinados à transposição do desnível criado pela barragem de Tucuruí, com valor atual de R\$ 366.153.182,33 – em andamento;

4.2. TENENGE - Técnica Nacional de Engenharia Ltda. – Contrato nº 037/99 para execução de projeto, fabricação, fornecimento, transporte, montagem e testes na obra dos equipamentos mecânicos e eletromecânicos para as eclusas de Tucuruí, com valor atual de R\$ 99.684.601,74 – em andamento;

5. Mais adiante, a equipe apontou as seguintes ocorrências na execução do projeto:

5.1. pagamento antecipado de todos os canteiros (R\$ 14.030.751,00), apesar de ter sido

construído apenas 43% do contratado, cujo valor equivale a R\$ 5.973.167,70;

5.2. atraso no cronograma da obra do Contrato nº 037/99, com o conseqüente aumento do ônus da União com o pagamento de reajustes;

5.3. “Os valores que a empresa Construtora Camargo Corrêa orça para a Planilha P2 (vila residencial), e também para a P2 (canteiro de obras), em sua Planilha de Preços (Anexo I do contrato 009/98-MT) são quantificados por verba, não existindo discriminação por custos unitários”;

5.4. “pagamento de taxa de administração de 27% sobre parte dos bens e serviços adquiridos pela empreiteira no âmbito do item 2 da Planilha de Preços (vila residencial, acabamentos gerais, outros serviços, serviços extras e eventuais)”;

6. Na conclusão, a equipe de auditoria, com a anuência do Secretário Substituto, manifestou-se no sentido de que:

“1 - Seja determinada a adoção das seguintes medidas, com fulcro no inciso I do art. 43 da Lei nº 8.443/92, em razão das impropriedades detectadas:

a) renegocie junto à empresa Camargo Corrêa (Contrato n.º 009/98-MT) o remanejamento dos valores pagos para construção dos canteiros e que ainda não foram executados para outros itens do referido contrato, de forma a minimizar o atraso no cronograma da obra que vem ocorrendo;

b) envide esforços para melhor administrar o Contrato n.º 037/99, de modo a minimizar o atraso no cronograma da obra e, conseqüentemente, reduzir o ônus da União com o pagamento de reajustes;

c) exija da empresa Camargo Corrêa (Contrato n.º 009/98-MT) que detalhe os serviços constantes das Planilhas P1 (canteiro de obras) e P2 (vila residencial) de sua Planilha de Preços (Anexo I), os quais são quantificados por verba ou unidade, e orce-os por custos unitários, para que se estabeleça a transparência necessária a um contrato público.

2 - Audiência, com fulcro no inciso II do Art. 43 da Lei nº 8.443/92, para que, relativamente ao Contrato n.º 009/98-MT, justifique:

a) pagamento de valores à empresa Camargo Corrêa a título de ‘operação e manutenção dos canteiros’ desproporcionalmente ao que foi efetivamente construído dos canteiros;

b) manutenção do índice de 27% a título de taxa de administração originado no contrato inicial firmado em setembro/81, considerando o momento econômico atual diverso do existente à época da contratação inicial, bem como demonstre a base de cálculo que o sustenta.

3 - Acompanhamento da obra pelo TCU até sua conclusão.”

É o relatório.

VOTO

Ante as ocorrências detectadas pela equipe de auditoria na execução do projeto, acolho o parecer da SECEX/PA e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Marcos Vinícios Vilaça
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 615/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-007.970/2001-4
2. Classe de Assunto: V - Levantamento de Auditoria
3. Órgão: Ministério dos Transportes
4. Interessado: Congresso Nacional
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: SECEX/PA

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

8.1. determinar ao Ministério dos Transportes que:

8.1.1. no prazo de 60 (sessenta) dias, renegocie junto à empresa Camargo Corrêa (Contrato nº 009/98-MT) o remanejamento dos gastos com canteiros que ainda não foram construídos para outros itens do referido contrato, de forma a minimizar o atraso no cronograma da obra;

8.1.2. envide esforços para melhor administrar o Contrato nº 037/99, de modo a minimizar o atraso no cronograma da obra e, conseqüentemente, reduzir o ônus da União com o pagamento de reajustes;

8.1.3. exija que a empresa Camargo Corrêa (Contrato nº 009/98-MT) detalhe os serviços constantes das Planilhas P1 (canteiro de obras) e P2 (vila residencial) de sua Planilha de Preços (Anexo I), os quais são quantificados por verba ou unidade, e passe a orçá-los por custos unitários, para que se estabeleça a transparência necessária a um contrato público;

8.2. determinar à SECEX/PA que realize a audiência do Ministro Eliseu Padilha (Ministro dos Transportes), para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente razões de justificativa para as seguintes ocorrências, relacionadas ao Contrato nº 009/98-MT:

8.2.1. pagamento do valor integral do item “operação e manutenção dos canteiros”, embora a empreiteira não tenha construído todos os canteiros;

8.2.2. manutenção do índice de 27% a título de taxa de administração originado no contrato inicial firmado em setembro/81, considerando o momento econômico atual diverso do existente à época da contratação, bem como demonstre a base de cálculo que o sustenta;

8.3. restituir os autos à SECEX/PA para efetivação da audiência e do envio ao responsável, na mesma oportunidade, como medida assecuratória da defesa, de cópia do relatório de levantamento de auditoria;

8.4. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que acompanhe o cumprimento desta decisão, informando ao Tribunal as providências adotadas pelo órgão; e

8.5. remeter cópia desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA

Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-008.564/2001-0

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) – 14º Distrito Rodoviário Federal, no Rio Grande do Norte (14º DRF/RN)

Responsável: Walter Fernandes de Miranda Júnior (Chefe do 14º DRF/RN)

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras 2001. Construção da BR-101 no Estado do Rio Grande do Norte. Inexistência de irregularidades, diante do que restou apurado. Arquivamento. Ciência ao interessado.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria nas obras de construção de trechos rodoviários no Corredor Nordeste, rodovia BR-101/RN, entre os municípios de Natal e Touros, consoante o programa de trabalho nº 26.782.0235.5708.0003, realizada com o fim de auxiliar o Congresso Nacional na elaboração da lei orçamentária para o ano de 2002, por meio do sistema Fiscobras.

2. Da importância socioeconômica do empreendimento destaca-se a melhoria do fluxo rodoviário e o escoamento do trânsito para a Zona Norte e para o Distrito Industrial de Natal, assim como a viabilização do desenvolvimento turístico do Litoral Norte do Estado.

3. Assim, o projeto básico tem por objeto a implantação e pavimentação da BR-101/RN, no trecho Natal-Touros, incluindo o contorno de Natal e os acessos às Praias de Rio do Fogo, Pititinga e Maracajaú, num total de 112,9km. De acordo com a equipe de auditoria da SECEX/RN, “*o projeto básico inicialmente previsto para as obras relativas ao contorno de Natal deverá sofrer alterações em face do tempo decorrido desde a data de sua elaboração (01/07/1989) e da ocupação urbana do trajeto antes considerado.*”

4. Sobre a execução física do empreendimento, estima-se estarem prontos 82% das obras, prevendo-se a conclusão para 31/12/2001. Todavia, informações obtidas pela equipe de auditoria dão conta de que o prazo para a conclusão deve ser alterado, pois se mostra insuficiente em virtude de a dotação disponível no Orçamento Geral da União para o presente exercício não corresponder à necessidade financeira dos serviços remanescentes.

5. As etapas finalizadas correspondem ao trecho Natal-Touros (85,35km) e ao acesso à Praia de Rio do Fogo (6,66km), perfazendo um total de 92,01km.

6. Quanto à execução orçamentária, calcula-se que faltam R\$ 7.000.000,00 para o término das obras, que tem o seu cronograma de desembolso conforme descrito a seguir.

Ano	Valor orçado	Valor liquidado	Moeda
1991	1.800.000.000,00	4.765.116,77	Cruzeiro
1992	12.000.000.000,00	12.000.000.000,00	Cruzeiro
1993	0,00	0,00	Cruzeiro/Cruzeiro Real
1994	0,00	0,00	Cruzeiro Real/Real
1995	4.050.000,00	799.950,54	Real
1996	5.850.000,00	7.799.463,81	Real
1997	5.285.000,00	4.765.116,77	Real
1998	15.000.000,00	13.555.116,35	Real
1999	2.000.000,00	1.999.766,31	Real
2000	0,00	0,00	Real
2001	2.700.000,00	0,00	Real

7. Para a execução dos serviços de implantação, pavimentação, obras de arte correntes e drenagem do empreendimento foi contratada, em 31/08/1993, a Construtora Queiroz Galvão S/A, estando o contrato em seu 13º aditivo, com vigência até 31/12/2001, ao custo atual de R\$ 27.598.250,18 referente aos 112,9km de extensão do trecho.

8. Registra-se a existência do convênio SIAFI nº 023438, de 26/11/1987, celebrado entre o DNER e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Norte, com vistas à cooperação nos serviços e recursos necessários ao empreendimento.

9. Depois de apresentar a situação atual das obras, segundo relatado, a SECEX/RN, “*considerando a inexistência de irregularidades que maculem a sua execução*”, propõe o arquivamento deste processo.

É o relatório.

VOTO

Do que restou apurado da vistoria levada a efeito pela SECEX/RN, não há qualquer irregularidade nas obras de construção da BR-101/RN, no trecho que interliga as cidades de Natal e Touros. Os problemas concernentes ao andamento dos serviços, que já duram mais de dez anos, dizem respeito ao descompasso do fluxo financeiro em relação ao cronograma inicialmente previsto.

Sendo assim, acolho a proposta de arquivamento dos autos, que deverá ser comunicada ao Congresso Nacional, e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 616/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC-008.564/2001-0
2. Classe de Assunto: V - Levantamento de Auditoria
3. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) – 14º Distrito Rodoviário Federal, no Rio Grande do Norte (14º DRF/RN)
4. Responsável: Walter Fernandes de Miranda Júnior (Chefe do 14º DRF/RN)
- 4.1 Interessado: Congresso Nacional
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX-RN
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 - arquivar o presente processo; e
 - 8.2 - dar ciência desta decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINICIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC nº 003.862/2001-9

Natureza: Levantamento de Auditoria

Entidade: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF

Interessado: Congresso Nacional

Ementa: Fiscobras. Construção e recuperação de obras de infra-estrutura hídrica/obras de infra-estrutura em municípios da região do Baixo São Francisco (Canal de Xingó). Irregularidades. Audiência dos responsáveis. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, ao Ministro de Estado da Integração Nacional, e à CODEVASF.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de levantamento de auditoria realizado em obras de construção e recuperação de infra-estrutura hídrica em municípios da região do Baixo São Francisco (Canal de Xingó). A obra está identificada pelo Programa de Trabalho nº 18.544.0515.1851.1326 e, em

atendimento a demanda do Congresso Nacional, foi incluída no Plano Especial de Auditoria do corrente exercício.

Transcrevo a seguir partes do Relatório da SECEX/SE, elaborado pelo AFCE Adriano de Souza César:

Importância sócio-econômica do empreendimento:

O empreendimento Xingó constitui-se de uma obra de construção de estações de bombeamento e de sucessivos canais e barramentos, com início nas margens do reservatório da Usina Hidrelétrica de Xingó, região noroeste do estado de Sergipe. Tem por objetivo proporcionar, por meio do aumento da disponibilidade de água na região do semi-árido sergipano, especificamente nos municípios de Canindé do São Francisco e Poço Redondo, o desenvolvimento regional advindo do uso múltiplo da água, tendo por âncora o desenvolvimento da agricultura irrigada, porém potencializando outras atividades econômicas e sociais, como o desenvolvimento da pecuária, da apicultura, da avicultura, da carcinicultura (camarão), da piscicultura, da agroindústria (produtos lácteos, carne, polpa e doce de frutas), do turismo e da educação e saúde da população daqueles municípios, bem como da capacidade de geração de empregos.

O Empreendimento Xingó encontra-se na fase de pós-estudo de pré-viabilidade. O referido estudo contemplou 03 alternativas do traçado inicial do canal principal, porém concentrou a avaliação econômico-financeira sobre a alternativa 1, para a qual foi estimado um custo de construção de R\$ 140.915.000,00. Para essa alternativa, a avaliação econômico-financeira efetuada no citado estudo concluiu que o projeto é viável, fundamentando-se nos seguintes indicadores:

a) a partir do 5º ano após a conclusão das obras de construção dos barramentos e dos canais de condução da água bombeada, o investimento atingiria a estabilidade nos rendimentos líquidos, com um Custo Anual de manutenção, operação, energia elétrica e assistência técnica de R\$ 5.985.624,00, uma Receita Anual de produção agropecuária, agroindústria e turismo de R\$ 81.824.011,00 e, em consequência, uma renda líquida anual de R\$ 74.838.387,00;

b) o Valor Presente Líquido - VPL - dos rendimentos líquidos obtidos, descontados à taxa mínima de atratividade de 12% ao ano, no horizonte de planejamento de 20 anos, seria de R\$ 258.783.240,00;

c) o prazo de retorno do investimento seria de 06 (seis) anos;

d) a Taxa Interna de Retorno - TIR - seria de 27,4% no prazo de 20 anos;

e) a Análise de Sensibilidade mostrou que:

- se a taxa de juros do mercado se elevasse a 15%, o VPL passaria a ser de R\$ 176.463.956,00;

- se ocorresse variação de mercado ou quebra de safra que provocassem uma redução de 20% dos rendimentos líquidos, o VPL passaria a ser de R\$ 170.509.362 e a TIR, 22,79%;

- se houvesse uma redução de 40% dos rendimentos líquidos, o VPL passaria a ser de 82.299.000,00 e a TIR, 17,64%.

Esclarecimentos adicionais da Equipe:

Descrição da Alternativa 1 do Empreendimento Xingó (objeto da análise econômico-financeira): Iniciar-se-ia o empreendimento com uma estação de bombeamento EBP-1, na margem esquerda do braço do reservatório da Usina Hidrelétrica de Xingó - UHE, onde se situa a foz do riacho Curituba. A EBP-1 elevaria a água, numa vazão de 40,877 m³/s, por uma tubulação de abastecimento TA-1, de 1200m de extensão, do nível 137m no reservatório até a cota 200m, em que se desenvolveria o canal principal CP-1, cuja extensão, neste trecho, seria de 21,944 km, podendo irrigar 5.168 ha com uma vazão de 6.485 m³/s. Ao longo deste CP-1 partiriam 02 canais laterais CL-1 e CL-2, respectivamente, de 5,023 km e 3,788 km. O canal CP-1 descarregaria no reservatório Lajedinho I, a partir do qual, mediante uma estação de bombeamento e recalque EBR-1 e uma tubulação de recalque de 1300m, seria elevada uma vazão de 34,392 m³/s à cota 250m. A partir deste ponto, o traçado do canal seria comum a todas as 03 alternativas contempladas no estudo de pré-viabilidade.

No patamar de elevação 250m, partiria o canal CP-2 para interligar 04 reservatórios. No 1º trecho, de 31,633 km, atingiria o reservatório da Barragem do Braz, podendo irrigar, nesse percurso, 7.010 ha com uma vazão de 8,684 m³/s. No 2º trecho, de 3,788 km, atingiria o reservatório da Barragem Jacaré, podendo irrigar, nesse percurso, 1.500 ha com uma vazão de 1,500 m³/s. No 3º

trecho, de 23,742 km, atingiria o reservatório da Barragem São Clemente, podendo irrigar, nesse percurso, 8,200 ha com uma vazão de 10,291 m³/s. No 4º trecho, de 4,860 km, atingiria o reservatório da Barragem Craibeiro, podendo irrigar, nesse percurso, 1.500 ha com uma vazão de 1,500 m³/s. Até este ponto o canal já teria atingido uma extensão total de 85,967 km. A partir desta barragem, o canal se estenderia por mais 12,535 km até um ponto de início do canal lateral CL-6, para irrigar uma área de 7.300 ha, com uma vazão de 9,162 m³/s. A partir da derivação para CL-6, haveria uma prolongação do canal principal por mais 10,755 km até a divisa dos municípios de Poço Redondo e Porto da Folha, onde seria possível irrigar mais 3000 ha com uma vazão de 3,255 m³/s. Até o final desse trecho, o canal de Xingó já teria um traçado de 109,257 km e teria possibilitado a irrigação de 33.678 ha. Tanto o canal principal quanto o canal lateral CL-6 teriam a possibilidade de, mediante prolongações de seu trajeto, abastecer as demandas dos municípios de Porto da Folha e Monte Alegre de Sergipe.

Além das barragens citadas, também estariam previstas a construção de barragens secundárias denominadas Curituba, Campo Grande, Paladina e Poço Redondo, além dos canais laterais CL-3, CL-4, CL-5 e CL-6, com extensões respectivas de 10,678 km, 16,924 km, 15,887 km e 16,575 km.

A figura constante da fl. 11 possibilita uma visualização do traçado do Canal de Xingó e das diversas barragens a serem construídas, segundo as 03 alternativas contempladas no Estudo de pré-Viabilidade.

A estimativa de custo para as 03 alternativas contempladas, segundo o estudo de pré-viabilidade, é a seguinte:

Valores em R\$ x 1000,00			
ITEM	Altern.1	Altern.2	Altern.3
Barramentos	30.856	30.856	33.200
Sistema de Bombeamento	36.727	34.760	33.360
Tubulações de Recalque	2.520	2.520	2.520
Canais de Condução e distribuição	70.812	62.770	58.990
TOTAL	140.915	130.906	128.070

Execução física

O Empreendimento Xingó encontra-se ainda em fase de pós-estudo de pré-viabilidade. Assim, até a data da vistoria nenhuma execução física da obra havia sido iniciada.

Indícios de irregularidade

a) Estudo de pré-viabilidade:

As falhas referem-se aos seguintes achados:

1) Erros de cálculo aritmético nos diversos quadros do Relatório de Estudo de pré-Viabilidade que compõem a avaliação econômico-financeira do empreendimento.

2) Subestimativa do custo de energia elétrica, estimado em tão-somente 15% do que seria efetivamente necessário. O Relatório do Estudo de pré-Viabilidade apontou um custo anual de energia elétrica da ordem de R\$ 4.210.424,00 após a estabilidade da produção. No entanto, segundo cálculos efetuados durante a auditoria, a potência consumida nas Estações de Bombeamento necessária para elevar, num primeiro momento, 40,877 m³/s de água a 63 m de altura e, num segundo momento, 34,392 m³/s a mais 50 m de altura será de 45.894 kW, sendo necessária, para isso, para cobrir as perdas localizadas nos barriletes, uma potência instalada em torno de 15% superior à consumida, ou seja, de 52.778 kW. Com essa potência e com os custos unitários médios de consumo de energia e de demanda de potência à razão respectiva de R\$ 0,12/(kW.h) e R\$ 5,67/(kW.mês), chega-se à conclusão de que, se as bombas viessem a operar durante 4.380 horas/ano (equivalente a 12 horas/dia), o consumo anual de energia elétrica seria de 201 GW.h (GigaWatt.hora), a um custo total anual de energia elétrica de R\$ 27.712.848,23, ou seja, o valor estimado pelo estudo representa, tão somente, 15% do custo de energia elétrica que efetivamente será necessário para manter as vazões de água estimadas para o empreendimento.

3) Utilização, no cálculo estimativo da receita da produção agrícola, de produtividades elevadas das culturas, se comparadas às obtidas nos perímetros irrigados da CODEVASF. Observando-se os dados abaixo, vê-se que as produtividades utilizadas no estudo de pré-viabilidade

são, na maioria das culturas, bastante elevadas se comparadas com aquelas encontradas pela CODEVASF em seus perímetros irrigados. Se estas produtividades fossem utilizadas no estudo de pré-viabilidade, a margem bruta projetada para a produção agrícola no perímetro irrigado do empreendimento seria reduzida de R\$ 67.973.911,00 para R\$ 39.005.629,08.

Produtividade (t/ha)

CULTURA ECOPLAN CODEVASF (Relatório de Produção de 1999)

Manga	25	15,40
Mamão	10	15,67
Goiaba	25	18,53
Banana	25	15,74
Maracujá	20	8,00
Graviola	15	4,65
Pinha	10	8,40
Tomate	35	18,33
Milho	2,5	3,05
Feijão	1,6	1,05
Melancia	45	17,33
Mandioca	20	9,07

b) Execução orçamentária

O início de irregularidade na execução orçamentária decorre do desvio de recursos para objeto distinto do Programa de Trabalho 20.607.0379.1836.0082 - Construção de obra de infraestrutura de irrigação no estado de Sergipe (Projeto Canal de Xingó) - , relativo ao exercício de 2000, cujo Programa de Trabalho Resumido é 153141. Os recursos alocados a esse programa de trabalho, sob a responsabilidade da Unidade Orçamentária 53201 - Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco, foram utilizados em diversas despesas que não possuíam qualquer correlação com o empreendimento previsto no referido programa de trabalho, qual seja, o Projeto Canal de Xingó.

Contabilizando somente as notas de empenho emitidas com valores individuais acima de R\$ 10.000,00 para cobrir essas despesas, chega-se a um total de R\$ 1.353.598,41.

A realização dessas despesas com imputação a dotação imprópria constitui prática que é expressamente vedada pelo art. 73 do decreto-lei nº 200/67 e pelo art. 23 do Decreto nº 93.872/86.

Esclarecimentos adicionais da Equipe:

A Relação de fls. 12 a 14 contempla a descrição de todas essas despesas realizadas com dotação imprópria, cujos valores das notas de empenho, já com reforços ou anulações, ultrapassaram individualmente a quantia de R\$ 10.000,00. Estas Notas de Empenho foram as emitidas pela UG 195003 - CODEVASF-SE, Gestão 11201, com as seguintes numerações: 1101, 1222, 1248, 1277, 1464, 1468, 1494, 1541, 1570, 1571, 1574, 1648, 1649, 1650, 1651, 1652, 1665, 1694, 1724, 1727, 1728, 1746, 1751, 1927, 1951, 1952, 2014, 2016.

Oportuno destacar que a responsabilidade pela execução orçamentária do Programa de Trabalho 20.607.0379.1836.0082 está a cargo da UG/Gestão 195007, Unidade essa, inclusive, que emitiu os empenhos decorrentes da contratação do Estudo de pré-Viabilidade do Projeto Xingó. Por outro lado, também foi essa Unidade Gestora que providenciou as provisões de descentralização do crédito daquele programa de trabalho para as UG's 195003 -CODEVASF/SE; 195004 - CODEVASF/BA; e 195006 - CODEVASF/DF.

Portanto, s.m.j., a responsabilidade pela irregularidade na execução orçamentária aqui aventada, se confirmada, deve ser atribuída aos responsáveis pela execução orçamentária da UG 195007 no exercício 2000, Srs. AMARO GOMES PEDROSA NETO, no período de 07Jan2000 a 27Set2000, e PLÁCIDO CARDOSO DE MELO JUNIOR, a partir de 28Set2000.

Conclusões

Parecer/proposta de encaminhamento

A análise dos indícios de irregularidade atinentes ao estudo de pré-viabilidade recomenda que o estudo de viabilidade do empreendimento realize, mais precisamente, estimativas relativas aos pontos críticos aqui abordados, quais sejam, custos de energia elétrica para operação do empreendimento e produtividade das culturas selecionadas, de forma a evitar que altos índices de retorno do investimento estejam mascarados por superestimativas da receita da produção agrícola no perímetro irrigado e subestimativa do custo de potência instalada e de consumo de energia

elétrica nas estações de bombeamento necessárias para proporcionar as vazões de água demandadas.

É importante ressaltar que são indubitáveis os benefícios, mormente sociais, que tal empreendimento traria para o desenvolvimento da região semi-árida do noroeste do estado de Sergipe, principalmente pelas diversas finalidades a que se destina (irrigação, abastecimento, desenv. da pecuária, da apicultura, da avicultura, etc.). Porém, para que isso efetivamente aconteça, torna-se necessário assegurar que o empreendimento em vista tenha, ao menos, capacidade de auto-sustentação econômica e financeira ao longo dos anos, principalmente pelo fato de sua operação ser estritamente dependente de energia elétrica, insumo esse de elevado percentual nos custos totais.

Ante o exposto e diante dos indícios de irregularidade detectados, proponho ao Tribunal que:

a) alerte os órgãos e entidades responsáveis pelo Empreendimento Xingó sobre pontos críticos que não foram devidamente tratados por ocasião do estudo de pré-viabilidade e que, em função disso, deverão ser devidamente analisados quando da elaboração do estudo de viabilidade, dando-lhes ciência das falhas constatadas, das observações complementares e das conclusões acima.

b) determine a audiência dos responsáveis, face a utilização de dotação do PT 20.607.0379.1836.0082 para realização de despesas não relacionadas ao Projeto Canal de Xingó.

Benefícios esperados

Evitar que seja levada a termo um investimento público da ordem de R\$ 140.000.000,00, sem que sejam devidamente analisados, nos estudos de viabilidade, os pontos críticos que possam conduzir, após a conclusão das obras, à inviabilidade econômica e financeira de sua operação.

Observações complementares

DETALHAMENTO DOS REFLEXOS DAS FALHAS APONTADAS SOBRE OS INDICADORES DE AVALIAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Se forem consideradas as produtividades dos perímetros irrigados da CODEVASF em lugar das contempladas pela ECOPLAN, bem assim o custo de energia elétrica calculado em R\$ 27.712.848,23 em vez de R\$ 4.210.424,00, os indicadores econômicos e financeiros seriam os seguintes:

a) com a estabilidade dos rendimentos líquidos a partir do 5º ano após a conclusão das obras, o Custo Anual de manutenção, operação, energia elétrica e assistência técnica seria de R\$ 29.488.048,23, a Receita Anual de produção agropecuária, agroindústria e turismo de R\$ 52.726.079,08 e, em conseqüência, a renda líquida anual (RLA) passaria a ser de R\$ 23.238.030,86, ou seja, de apenas 31% do valor previsto no Estudo de pré-Viabilidade;

b) o Valor Presente Líquido - VPL - das RLA descontadas à taxa de 12% a.a. e no prazo de 20 anos, seria negativo e de (- \$44.435.184,27), ou seja, mesmo nesse longo prazo, à taxa de mínima, o sistema ainda não teria ainda retornado o investimento;

c) o prazo de retorno do investimento não aconteceria nem mesmo num prazo de 20 anos, ao contrário do prazo de 06 anos previsto no estudo;

d) a Taxa Interna de Retorno - TIR - no prazo de 20 anos seria de 8,49%, ou seja, abaixo da mínima de atratividade (12%) e bem abaixo da de 27,4% prevista no estudo;

e) uma nova Análise de Sensibilidade mostra que o quadro econômico se agravaria bastante, pois:

- se taxa de juros do mercado se elevasse a 15%, o VPL passaria a ser (- R\$70.981.748,14);

- variação de mercado ou quebra de safra que provocassem uma redução de 20% dos rendimentos líquidos, o VPL passaria a ser (- R\$ 107.373.703,23) e a TIR, 2,10%;

- uma redução de 40% na RLA, o VPL passaria a ser (- R\$ 170.312.222,19) e a TIR seria negativa, indicando inexistir a menor possibilidade de retorno do investimento.

- redução de 44,08% na RLA selaria a insustentabilidade da operação do empreendimento.

Esclarecimentos adicionais da Equipe

CÁLCULO DO CUSTO DE ENERGIA ELÉTRICA NECESSÁRIA PARA PROPORCIONAR AS VAZÕES EXIGIDAS NA ALTERNATIVA 1

Conforme demonstrativo de cálculo em anexo (fls. 05 a 08), a potência total consumida nas estações de bombeamento do empreendimento Xingó para elevar, num primeiro momento, 40,877 m³/s de água a 63 m de altura e, num segundo momento, 34,392 m³/s a mais 50 m de altura seria

de 45.894 kW; e a potência instalada, já incluída uma carga adicional de 15% para cobrir as perdas localizadas nos barriletes, seria de 52.778 kW. Com estes valores de potência, pode-se calcular o custo de energia elétrica na forma seguinte:

Cálculo do Custo de Energia Elétrica

O custo de energia é a soma do custo de demanda com o custo do consumo. O custo de demanda é calculado em função da potência instalada e do custo unitário médio de demanda nos perímetros irrigados da CODEVASF em Sergipe, que é de R\$ 5,67/(kW.mês).

O custo do consumo é calculado em função da potência efetivamente consumida e do custo unitário médio de consumo nos perímetros irrigados da CODEVASF em Sergipe, que é de R\$ 0,12/kW.h.

Os valores deste custos unitários médios de demanda e de consumo foram obtidos junto à Superintendência da CODEVASF em Aracaju-SE, conforme Relatório de Consumo de Energia Elétrica em anexo (fls. 09/10).

Custo Anual de Demanda (CAD)

$$\text{CAD} = 52.778 \times 5,67 \times 12$$

$$\text{CAD} = \text{R\$ } 3.591.014,14$$

Custo Anual de Consumo (CAC)

Para esse cálculo, será adotado um tempo médio diário de operação de bombeamento em torno de 12 horas, o que representa um tempo anual de 4.380 horas.

$$\text{CAC} = 45.894 \times 0,12 \times 4.380$$

$$\text{CAC} = \text{R\$ } 24.121.834,09$$

Custo Total com Energia Elétrica (CTEE)

$$\text{CTEE} = 3.591.014,14 + 24.121.834,09$$

$$\text{CTEE} = \text{R\$ } 27.712.848,23$$

OUTRAS OBSERVAÇÕES SOBRE O PROJETO XINGÓ

O elevado custo de energia elétrica para bombear água para o Projeto Xingó serve de alerta, inclusive, para um outro projeto que se tem denominado Transposição do Rio São Francisco. A grande diferença está em que o Projeto Xingó visa a usos múltiplos da água, inclusive para abastecimento de cidades, e não traz prejuízos ao Rio São Francisco, considerando que as águas bombeadas retornariam, de qualquer forma, à sua bacia hidrográfica, ao passo que no Projeto da Transposição, os custos de energia elétrica seriam extremamente maiores, destinando água exclusivamente para irrigação e em prejuízo da bacia do Rio São Francisco, cujas águas lhe seriam retiradas definitivamente.

Conclui o Relatório propondo a adoção das seguintes providências por parte do Tribunal:

a) dar ciência das falhas constatadas, das observações complementares e das conclusões do Relatório ao Sr. Ministro da Integração Nacional, ao Sr. Presidente da CODEVASF e ao seu Superintendente em Aracaju/SE;

b) ouvir em audiência os responsáveis pela execução orçamentária da UG 195007, Srs. Amaro Gomes Pedrosa Neto, responsável no período de 07 de janeiro a 27 de setembro de 2000, e Plácido Cardoso de Melo Júnior, responsável a partir de 28 de setembro de 2000, tendo em vista que, “sob a responsabilidade de ambos, foram descentralizados créditos da dotação do PT 20.607.0379.1836.0082 para a realização de despesas não relacionadas com o Projeto Canal de Xingó, fato que constitui infringência ao art. 73 do Decreto-lei nº 200/67 e ao art. 23 do Decreto nº 93.872/86”.

É o Relatório.

VOTO

Como se verifica do Relatório precedente, foram utilizados recursos de dotação orçamentária destinada a finalidade sem qualquer relação com o Projeto Canal de Xingó, o que justifica proposta preliminar de audiência dos responsáveis.

Outras ocorrências foram relatadas no processo, tais como as relacionadas aos cálculos utilizados no estudo de pré-viabilidade que compõem a avaliação econômico-financeira do empreendimento, à subestimativa dos custos de energia elétrica e ao cálculo estimativo da receita de

produção agrícola, que podem comprometer o próprio estudo de pré-viabilidade.

Assim, acolho também a proposta da Unidade Técnica quanto à ciência das ocorrências ao Sr. Ministro de Estado da Integração Nacional e à CODEVASF, para as providências cabíveis.

Ante o exposto, Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à deliberação desta Câmara.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

IRAM SARAIVA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 617/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC- 003.862/2001-9
2. Classe de Assunto: V - Relatório de Levantamento de Auditoria
3. Órgão: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF
4. Interessado: Congresso Nacional
5. Relator: Ministro Iram Saraiva
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/SE
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 – determinar a audiência dos Srs. Amaro Gomes Pedrosa Neto e Plácido Cardoso de Melo Júnior, em virtude da utilização, no Projeto Canal de Xingó, de recursos de dotações orçamentárias relativas a programas de trabalho sem qualquer relação com o empreendimento;
 - 8.2 – remeter cópia desta Decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.;
 - 8.3 – dar conhecimento desta Decisão e do Relatório e Voto que a fundamentam, para as providências cabíveis:
 - a) ao Sr. Ministro de Estado da Integração Nacional;
 - b) ao Sr. Presidente da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF; e
 - c) ao Sr. Superintendente da CODEVASF em Aracaju/SE.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

IRAM SARAIVA
Ministro-Relator

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC nº 010.185/2001-5

Natureza: Relatório de Auditoria

Entidade: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – CODEVASF

Interessado: Tribunal de Contas da União

Ementa: Relatório de Auditoria realizada no Perímetro de Irrigação do Vale do Iuiu, no estado da Bahia. Não constatação de irregularidades. Inclusão do projeto no plano de auditorias para o 2º semestre de 2001. Ciência à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional. Inclusão em próximo Plano de Auditoria. Arquivamento.

RELATÓRIO E VOTO

Trata-se de relatório de levantamento de auditoria realizado nas obras do Perímetro de Irrigação do Vale do Iuiu, em cumprimento à Decisão nº 237/2000 – 2ª Câmara.

2. Realizados os trabalhos, registrou a equipe de auditoria que o perímetro de irrigação “encontra-se em fase de elaboração de projeto básico para a implantação da primeira fase, correspondente a cerca de 9.000 ha. Para tal, foi contratada a empresa Ecoplan Engenharia Ltda. A previsão inicial de conclusão do projeto básico era para 27/03/2001. Entretanto, foi firmado aditivo contratual (fls.15/16) que prorrogava o aludido prazo para 23/09/2001. A extensão do prazo deveu-se a razões de ordem financeira – ausência de repasse da totalidade dos recursos previstos – técnica – chuvas que interromperam os serviços de campo: áreas inicialmente destinadas ao projeto que, após ensaios de drenabilidade, tiveram de ser descartadas, com a conseqüente mudança e adequação do lay-out projetado”.

3. Não foram constatadas irregularidades. Com vistas ao acompanhamento do empreendimento, a equipe propõe a inclusão do projeto na programação de auditorias para o primeiro semestre de 2001.

4. Diante do que consta dos autos, acolho as propostas uniformes e VOTO por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

IRAM SARAIVA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 618/2001-TCU-PLENÁRIO

1. Processo nº TC- 010.185/2001-5
2. Classe de Assunto: V - Relatório de Levantamento de Auditoria
3. Órgão: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF
4. Interessado: Tribunal de Contas da União
5. Relator: Ministro Iram Saraiva
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/BA
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 – determinar à SECEX/BA que inclua o Perímetro de Irrigação do Vale do Iuiu no planejamento de auditoria do primeiro semestre de 2002.
 - 8.2 remeter cópia desta Decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional.; e
 - 8.3. arquivar os presentes autos.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do quorum:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

IRAM SARAIVA

Ministro-Relator

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 929.817/1998-2 (1 Volume)

Natureza: Relatório de Auditoria

Entidade: Banco do Nordeste do Brasil S/A – BNB

Responsáveis: Byron Costa de Queiroz e outros.

Ementa: Relatório de Auditoria. Irregularidades em contrato para evento promocional, no âmbito do PRODETUR, realizado em Nova Iorque/EUA. Contratação direta sem licitação de serviços afetos a publicidade. Audiência dos responsáveis. Rejeição das razões de justificativa. Multa. Determinação para instauração de TCE e recomendações à SPC/MPAS. Envio de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado do Ceará. Ciência das deliberações aos Ministros de Estado da Fazenda e da Previdência e Assistência Social, bem como à Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados.

RELATÓRIO

Versa a espécie sobre Relatório de Auditoria realizada em cumprimento à Decisão nº 210/98-TCU-Plenário, proferida nos autos do TC-015.389/1997-9, decorrente de Solicitação da Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados.

O escopo original dos trabalhos foi: 1) verificar a legalidade, legitimidade e economicidade da realização de despesas com feira e evento promocional em Nova Iorque, nos Estados Unidos, em 1996; 2) apurar a ocorrência de possíveis desperdícios e gastos decorrentes da mudança da logomarca do BNB; 3) averiguar os negócios entre o BNB e a Caixa de Previdência do BNB-CAPEF, objeto de suspeição pela SPC/MPAS na Nota 32/TGOF-CRE, de 23/07/97, e a operação de compra de ações do Banco pela CAPEF, relativo ao último aumento de capital do mesmo.

Foram detectadas as ocorrências resumidas a seguir:

a) irregularidades na realização do evento *Brazilian Northeast Festival*, no período de 18 a 23.06.96, envolvendo:

- ausência de estudo/avaliação do BNB acerca dos seus reflexos no Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste – PRODETUR, em cujo contexto se inseria o evento;

- contratação direta, com verba de publicidade, no valor de US\$ 500.000,00, da empresa *New York City Entertainment* – NYCE, com base no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações, sem a comprovação dos requisitos para tal espécie de dispensa;

- ausência de estudos convincentes acerca da compatibilidade dos preços contratados junto à NYCE, conforme exigência do art. 26, parágrafo único, inciso III, da mesma lei, incluindo o acolhimento, pelo BNB, de orçamento genérico e não detalhado pela contratada, inviabilizando análise pormenorizada dos preços propostos na planilha integrante do contrato;

- realização de pagamentos diretos a empresas não contratadas, pertinentes ao evento *The Brazilian Music Festival*, incluído no contexto do *Brazilian Northeast Festival*;

- efetivação de pagamentos sem a existência de elementos comprobatórios da efetiva realização do evento;

b) celebração de contrato de prestação de serviços técnicos para a elaboração do Programa de Identidade Visual do Banco do Nordeste com a Cauduro/Martino Arquitetos Associados Ltda., em 01/08/96, no valor de R\$ 101.588,00, sob alegação de inexigibilidade de licitação, sem que se comprovassem os pressupostos legais da contratação direta com base no art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Diante dessas irregularidades, autorizei a realização de audiência dos seguintes responsáveis:

NOME	CARGO
Byron Costa de Queiroz	Presidente do BNB
Ernani José Varela de Melo	Diretor do BNB
Jefferson Cavalcante de Albuquerque	Diretor do BNB
Osmundo Evangelista Rebouças	Diretor do BNB
Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho	Diretor do BNB
Almir Alves Fernandes Tavora Filho	Ex-Diretor do BNB
Sergio Nogueira da França	Ex-Diretor do BNB
Francisco das Chagas Farias Paiva	Coordenador do Comitê de Apreciação de Processos de Investimentos e de Despesas Administrativas BNB
Jenner Guimarães do Rego	Gerente da CENAL do BNB
José Alan Teixeira da Rocha	Gerente do GEROF do BNB
Francisco Xavier Ribeiro	Gerente do CPD do BNB
Carlos Alfredo Lazary Teixeira	Diretor Geral do Depto de Promoção Comercial do Ministério das Relações Exteriores

Devidamente notificados, todos os agentes apresentaram suas razões de justificativa, cujos teores e respectivas análises, pela Secex/CE, registro a seguir, com base no conteúdo principal das instruções de fls. 96/114 (Vol. Principal – v.p.). Os argumentos apresentados tiveram semelhança de conteúdo, sendo alguns apresentados em peça única, razão por que receberam análise conjunta.

RESPOSTAS DOS DIRETORES DO BNB A RESPEITO DO EVENTO EM NOVA IORQUE

(...)

a) ausência de estudo/avaliação do Banco acerca dos reflexos do evento Brazilian Northeast Festival sobre o PRODETUR, relacionando, dentre outros, o público alvo do evento que aderiu aos benefícios e atrativos que o Programa está proporcionando para a região, possibilitando uma análise dos resultados/retorno do evento e da sua repercussão com relação ao desenvolvimento do turismo no Nordeste, imprescindíveis para o pleno estudo dos efeitos positivos e negativos dessa iniciativa e de eventos similares futuros, além do reflexo sobre a captação de investimentos externos para o turismo dessa região.

5. Entendem que a falta de documentos específicos não pode ser entendida como ausência de estudo por parte do BNB e de todas as instituições governamentais engajadas na implementação do PRODETUR. Consideram os investidores norte-americanos como alvo mais cobiçado e que assegurar a presença desse público foi um dos principais pontos acordados (...). Afirmam que houve testemunho de técnicos e diretores do Banco presentes ao evento de que o objeto do contrato foi plenamente atingido. Citam que se recorreu à empresa EDELMAN com o intuito de atrair para o evento um número maior de potenciais investidores do que o previsto, razão pela qual houve aumento de despesa.

5.1. (...) como resultados concretos da promoção, são evidenciadas iniciativas já concluídas e em andamento, num valor aproximado de US\$ 300 milhões, dentre as quais destacam-se os hotéis Choice Hotels (CE), Club Mediterranée em Porto Seguro (BA), Holliday Inn (PE e CE), Intercontinental (PE), Porto Sauípe (BA) e Sol Meliá (CE e AL). Acrescentam que houve, nos últimos três anos, um aumento de 2 milhões de turistas na Região.

(...)

ANÁLISE

6. Embora os responsáveis tenham sido enfáticos na abordagem sobre o resultado do evento, tem-se a compreensão de que a mensuração do feito é de difícil visualização. Entretanto, do ponto de vista da nossa auditoria, restou uma enorme lacuna a ser comprovada, haja vista a falta de uma análise dos resultados/retornos do evento e da sua repercussão com relação ao desenvolvimento do turismo no Nordeste (...).

b) aceitação pelo BNB do preço de US\$ 630.824,00, proposto pela New York City Entertainment, para a realização do evento Brazilian Northeast Festival, calcada exclusivamente em informação do Ministério das Relações Exteriores, sem relação de preços praticados no mercado norte-americano para eventos similares (Informação 1998/944-662, de 10.10.98, fls. 116, volume I).

7. Respondem que coube ao Ministério das Relações Exteriores agendar o evento e identificar os fornecedores dos serviços necessários naquela cidade. Reportam-se ao Ofício GAB/SECOM/PR nº 756 da lavra do Secretário de Comunicação da Presidência da República, no qual consta que o preço estava compatível com o mercado dos EUA para o tipo de promoção. Ressaltam, ainda, a

inclusão de espetáculos musicais sem custos para os patrocinadores brasileiros.

7.1.Mencionam que o Ministério das Relações Exteriores tem credibilidade e que não cabia ao BNB exigir relação de preços comparativos, até porque, nenhum dispositivo de norma ou lei estava sendo infringido.

ANÁLISE

8.Ao contrário do argumento apresentado, houve descumprimento do art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, pois, nos casos de dispensa de licitação, é exigida a justificativa do preço contratado. Em vez disso, o BNB simplesmente exime-se da responsabilidade, alegando que o Ministério das Relações Exteriores tem credibilidade (...).

(...)

8.2.(...) Consta no referido ofício que seriam desenvolvidas atividades como: seminários, exposições de arte sacra/popular/contemporânea, exibição de filmes promocionais, mostra gastronômica e eventos musicais. No item eventos musicais, o Secretário de Comunicação menciona que seriam realizadas apresentações de (...) [diversos artistas brasileiros]. Porém, não há indicação nos autos de que houve essas apresentações.

8.3.Em seu Ofício, o Secretário de Comunicação Social menciona apenas que a empresa tem tradição na organização de eventos promocionais da cultura brasileira e que os preços são compatíveis com o mercado dos EUA para eventos dessa natureza, estando, inclusive, incorporados à proposta espetáculos musicais sem custo para os patrocinadores brasileiros. No entanto, consta do orçamento o valor de US\$ 55.000,00 relativo a cachê de artistas.

8.4.O Secretário de Comunicação registra que a decisão sobre a implementação da proposta da empresa deveria ser tomada com rapidez (...). De fato, a celeridade proposta foi prontamente cumprida pelo BNB. Foram necessários exatos seis dias para que o BNB firmasse um contrato com dispensa de licitação e sem qualquer justificativa de preço.

8.5.Muito embora mencionem com frequência a atuação do Ministério das Relações Exteriores para justificar a despesa realizada, dito Ministério, em expediente enviado ao TCU esclareceu que sua participação no evento foi de mero apoio logístico e que não firmou nenhum convênio com o BNB para a realização do mesmo (fls. 86). O Ministério não se responsabilizou por pagamentos nem pela fiscalização do evento. Nem podia ser diferente, pois tal competência é do BNB, que firmou o contrato com a empresa norte-americana.

(...)

c)apresentação de orçamento genérico e não detalhado pela empresa New York City Entertainment (EXIBIT B), não permitindo uma análise pormenorizada dos preços propostos na planilha orçamentária integrante do contrato para realização do evento (fls.20/22, volume 1) (...).

9.Limitam-se a informar que:

“atribuímos a origem dessa argüição ao formato do orçamento (fls. 20/23) [, que] apresenta na descrição dos itens (lado esquerdo) os custos unitários e quantidades que formam os subtotais (lado direito), a nosso ver suficientemente discriminados para permitir avaliação”.

ANÁLISE

10.Contrariamente à resposta dada, a origem do questionamento não se limita à mera disposição de dados no orçamento, pois discernir o conteúdo existente no lado esquerdo ou direito daquela peça, como sugerem os responsáveis, significa analisar com **superficialidade** os poucos elementos disponíveis do contrato.

10.1.Discordamos da afirmativa de que o orçamento esteja *“suficientemente discriminado para permitir sua avaliação”*, pelos seguintes motivos: consta no citado orçamento a despesa no valor de US\$ 100.000,00 destinada a propaganda, sem que haja, nos autos, qualquer vestígio de que realmente houve a publicação de página inteira no *The New York Times* nem que tipo de anúncio foi efetuado no item anúncios adicionais:

Descrição	Valor US\$
Anúncio de página inteira no <i>The New York Times</i>	63.312,48
Anúncios adicionais	34.387,52
Cartazes	2.300,00
Total	100.000,00

10.2.Igualmente enigmática é a realização de despesa da ordem de US\$ 131.500,00 para a produção de um vídeo/brochura de 20 minutos sobre o Nordeste. Ademais, após o evento, foram

cobrados do BNB mais US\$ 39.000,00 para o mesmo fim.

10.3. Em que pese os responsáveis terem dito que os espetáculos musicais foram custeados pela empresa contratada, há indicação de pagamento de US\$ 55.000,00 referentes a cachê de artistas, sem que se saiba qual cantor brasileiro se apresentou no evento. Também não se sabem quais películas foram apresentadas no festival de filme, orçado em US\$ 34.950,00.

10.4. Outra incógnita é o item “relações públicas” (...), em que consta uma conferência para imprensa no valor de US\$ 5.000,00 e outros no valor de US\$ 25.000,00.

10.5. No orçamento, consta o valor de US\$ 27.150,00 referente a despesa com “hotel”, sem qualquer discriminação do número de pessoas nem da quantidade de diárias incluídas nesse montante. Consta, também, a elevadíssima taxa de administração de US\$ 80.000,00 (12,68% sobre o valor total inicialmente orçado), além de despesas não previstas da ordem de US\$ 35.000,00.

10.6. Enfim, as respostas fornecidas pelos diretores e ex-diretores não foram suficientes para comprovar a realização das despesas constantes no orçamento (...). (...) Foi firmado contrato com base apenas nesse genérico orçamento (...). (...) [Há] uma série de elementos nesse orçamento que comprometem a [afecção da] boa e regular aplicação dos recursos públicos. (...)

(...)

d) redução do valor orçado pela NYCE de US\$ 630,824.00 (...) para o valor de US\$ 500.000,00 (...), devidamente autorizado pelo Banco, mas sem qualquer fundamentação da redução e sem redefinição dos valores previamente orçados no Exhibit B – Budget, às fls. 20/22 do volume I.

11. Afirmam que a fixação do investimento do BNB foi de US\$ 500.000,00, independentemente do orçamento. Esse valor representou o limite de aprovação da Diretoria do Banco. Ressaltam que o art. 1º do contrato consigna que o seu objeto tem por base a proposta apresentada no orçamento, “**ficando entretanto ressalvado que, no que se refere ao valor constante da mencionada proposta, o Banco somente será responsável pelo pagamento de US\$ 500.000,00**”. Com isso, entendem que o BNB não reduziu o orçamento.

ANÁLISE

12. A ressalva que se faz é que o material apresentado não é suficiente para preencher as lacunas duvidosas que a negociação desse contrato ensejou. (...)

(...)

e) realização de pagamentos às empresas EDELMAN (US\$ 39.000,00) e Windows On The World (US\$ 18.500,00), não contratantes, extrapolando o preconizado no artigo 4º do Contrato de Produção e Promoção, de 29.05.96, firmado com a New York City Entertainment, tendo como objeto a promoção cultural e turística (...), no período de 18 a 23 de junho de 1996, sob o título The Brazilian Music Festival, conforme quadro abaixo, sendo as duas últimas remessas financeiras efetuadas em benefício de empresas não contratantes:

Custos conforme art. 4º do Contrato BNB/NYCE		Custos Reais	
Data	Pagamento US\$	Data da Remessa Financeira (Customer Transfer)	Pagamento US\$
29.05.96	200.000,00	04.06.96	200.000,00
10.06.96	150.000,00	11.06.96	143.540,00
17.06.96	100.000,00	24.06.96	130.000,00
19.06.96	50.000,00	10.09.96	39.000,00
		10.09.96	18.500,00
Total	500.000,00	Total	531.040,00

13. Informam que, após o evento, remanesceram pendentes pagamentos de serviços prestados por duas empresas e que o Ministério das Relações Exteriores propôs que fossem aportados recursos adicionais para saldá-los.

13.1. Argumentam que a área técnica apreciou o pleito e a Diretoria o aprovou, ante a justificativa de que as despesas complementares não excederam a 11,5% do limite anteriormente autorizado.

ANÁLISE

14. A justificativa é inconsistente, pois o parágrafo único do art. 5º do Contrato estabelecia que todas as outras despesas incorridas seriam suportadas pela (...) NYCE (fls. 17/19 do Volume I). O Ministério das Relações Exteriores, por sua vez, isenta-se de responsabilidade, alegando que não foi firmado convênio com o BNB para a realização do evento e que sua participação limitou-se a dar o apoio necessário.

14.1.A despesa, no valor de US\$ 57.500,00, haveria sido respaldada no fax enviado pelo Ministério das Relações Exteriores (...) (fls. 26/28 do Volume I), registrando que os gastos adicionais referem-se a (...) [despesas decorrentes do aumento do número previsto de pessoas que compareceram ao evento; gastos com aluguel de equipamentos; serviços de postagem e comunicações; e deslocamento de representantes da empresa EDELMAN pelo Nordeste, para a produção de vídeo e brochuras]. (...).

14.2.As empresas *EDELMAN* (US\$ 39.000,00) e *Windows On The World* (US\$ 18.500,00) sequer foram contratadas pelo BNB e tais valores extrapolaram o preconizado no art. 4º do Contrato.

14.3.Ademais, como se observa no orçamento traduzido, a *New York City Entertainment* registrou que US\$ 131.500,00 seriam gastos no vídeo de 20 minutos e na brochura colorida para a apresentação de oportunidades de investimento na Região Nordeste do Brasil, incluindo todas as despesas com equipe de filmagem, funcionários e todas as despesas com a produção. Assim, não há como justificar que, além dos US\$ 473.540,00 pagos à empresa contratada, tenham sido realizadas despesas adicionais já contempladas no orçamento.

f) realização dos pagamentos acima, sem a existência de relatórios, prestações de contas, documentações ou outros elementos comprobatórios da efetiva realização do evento que pudessem detalhar os itens constantes do orçamento apresentado a nível de contrato, o qual não contém, inclusive, cláusula contratual balizadora de como devem ser prestadas as contas dos serviços atinentes ao evento.

15.Consideram que a ausência de relatório e de cláusulas contratuais reguladoras da prestação de contas não trouxe prejuízo à certificação do cumprimento dos itens contratados, pois a execução foi acompanhada por três técnicos do BNB encarregados de viabilizar o evento. Afirmam que a esses funcionários foi delegada a responsabilidade de aprovar ou rejeitar os serviços executados à medida que iam sendo realizados.

15.1.Novamente ressaltam a competência da coordenação dos trabalhos pelo Ministério das Relações Exteriores, envolvendo serviços e fornecedores no exterior, sob regras e praxes americanas, que o BNB seguia sob a orientação daquele Ministério.

ANÁLISE

16.A resposta apenas ratifica o já identificado pela Equipe, ou seja: o BNB não exigiu contratualmente que fosse apresentada prestação de contas que comprovasse a execução do orçamento apresentado nem o valor de cada uma das várias atividades do evento.

g) contratação dos serviços da (...) [NYCE], para divulgação do Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste – PRODETUR, durante o evento Brazilian Northeast Festival (...) a débito da verba de publicidade, no valor de US\$ 500.000,00, sem a realização do devido procedimento licitatório, contrariando os arts. 1º, 2º e 23 da Lei nº 8.666/93.

17.Alegam que o BNB estava, na ocasião, sem agência de publicidade habilitada, devido a pendências de processo de licitação e que existe parecer jurídico respaldando a decisão da Diretoria.

ANÁLISE

(...)

18.1.O inciso IV do referido art. 24 só permite a dispensa da licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública plenamente caracterizada. (...) [Não] há como enquadrar um evento para promover o turismo na Região Nordeste como tal. A menção que se faz sobre a urgência partiu do Secretário de Comunicação, ao dizer que os locais existentes em Nova Iorque para eventos dessa natureza encontravam-se reservados até o final de 1996. (...) [Tal informação, por si só, não caracteriza emergência].

(...)

RESPOSTA DOS GERENTES SOBRE A CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA PARA A MUDANÇA DE LOGOMARCA DO BNB.

a) assinatura de Contrato de Prestação de Serviços Técnicos para a Elaboração de Programa de Identidade Visual do Banco do Nordeste com a Cauduro/Martino Arquitetos Associados Ltda., em 01.08.96, no valor de R\$ 101.588,00, sob alegação de inexigibilidade de procedimento licitatório, calcada em notória especialização, em desacordo com o art. 25 da Lei nº 8.666/93, o qual veda expressamente a inexigibilidade para serviços de publicidade e

divulgação, infringindo, ainda, os arts. 1º, 2º e 23 da mesma Lei, tendo em vista a não singularidade do serviço a ser prestado, existindo outras empresas aptas para a sua realização (...).

19.A resposta dada pelos quatro funcionários foi ratificada pelo presidente do BNB, portanto, a análise será conjunta. Alegam que as ponderações do TCU são incabíveis, notadamente nos seguintes pontos: (1) o contrato não é de publicidade e divulgação; (2) foi igualado o conceito jurídico de singularidade do serviço a ser prestado com o conceito de fornecedor exclusivo.

19.1.Esclarecem que a elaboração de um programa de identidade visual de uma empresa é um trabalho artístico, de criação. É uma atividade antecedente à de publicidade e de divulgação. Esta última torna público o trabalho técnico especializado desenvolvido na primeira etapa.

19.2.Admitem que um trabalho técnico exige notória especialização, não é um trabalho massificado, que possa ser desenvolvido por qualquer um. É um trabalho que exige habilidade artística de natureza intelectual, de cunho personalíssimo.

19.3.Continuam citando doutrinadores, como Marçal Justen Filho, Eros Roberto Grau e Vera Lúcia Machado D'Ávila, para justificar o entendimento de que os serviços de criação artística e intelectual não se comparam entre si. (...)

19.4.Entendem que, quando se trata de contratação de serviços artísticos e de criação intelectual, o poder da administração é discricionário. A administração apenas tem que se ater ao seu próprio convencimento de que a escolha recaia em profissional que, na sua opinião, é o mais indicado para desenvolver o trabalho que pretende realizar.

19.5.Argumentam que, ao preferir o trabalho da Cauduro/Martino Arquitetos Associados Ltda., para criar o seu projeto de Identidade Visual, o BNB optou por uma empresa que demonstrou experiência e notória especialização para realizar trabalhos da espécie, comprovando ter realizado o mesmo serviço para quase uma centena de empresas que atuam no mercado financeiro, caracterizando-se como serviço de natureza singular, não cabendo a tese de vedação do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

19.6.Concluem que não tiveram intenção de burlar a lei e que, justamente visando a seu cumprimento, submeteram a informação ao jurídico, cujo parecer claramente autoriza a contratação e que o Comitê de Avaliação de Investimentos e Despesas Administrativas não é instância deliberativa, tendo a sua posição sido submetida à instância superior.

ANÁLISE

20.Inicialmente, destacamos que a denúncia sugere ter havido desperdício de recursos na mudança da logomarca do BNB, entretanto, entendemos que a decisão faz parte do poder discricionário do administrador público. Todavia, o poder discricionário abrange apenas a decisão de mudar a logomarca, jamais a decisão de contratar sem licitação a empresa prestadora do serviço.

20.1.Nesse item, limitamo-nos a questionar a legalidade do procedimento administrativo utilizado (...).

20.2.(...) O parecer da Superintendência Jurídica (fls. 226/230 do Volume I) refere-se ao art. 13 da Lei nº 8.666/93, mas não indica qual o inciso está enquadrado o serviço da contratada.

20.3.O art. 13 discrimina exatamente os serviços técnicos profissionais especializados, entretanto, nenhum deles coaduna-se com o contratado (...).

20.4.O Programa de Identidade Visual do BNB consiste na “criação, desenvolvimento, implantação e normalização de uma nova linguagem visual, manifestada por nome, símbolo, cores, características comuns de seus produtos e instalações, sistemas de identificação e sinalização, material impresso, *stands, displays* e outras mensagens onde estejam presentes a assinatura da empresa, implícita ou implicitamente”. Indubitavelmente, trata-se de serviços de publicidade e divulgação, estando, portanto, vedado o instituto da inexibibilidade.

(...)

20.6.Porém, o serviço contratado não se enquadra no art. 13 nem foi caracterizada a inviabilidade de licitação exigida pelo art. 25, haja vista (...) que os serviços prestados não são de natureza singular na especialização do contratado, existindo outras empresas aptas para a sua realização, dentre elas a NCS Design Rio, que estava, à época, realizando trabalho semelhante junto à Caixa Econômica Federal, como bem demonstrou *in loco* AFCE desta SECEX/CE (fls. 16).

No que se refere à apuração dos negócios entre o BNB e a Caixa de Previdência do Banco do

Nordeste – CAPEF, objeto de suspeição pela Secretaria de Previdência Complementar do MPAS, em sua Nota 32/CGOF-CRE, de 23/07/97, bem como à compra de ações do Banco pela CAPEF, relativo ao último aumento de capital do mesmo, a instrução em tela registra as seguintes considerações:

Negócios BNB/CAPEF

21.A análise deste item está desenvolvida nas fls. 18/19 e não restou caracterizada irregularidade. A conclusão é no sentido de determinar à SPC que verifique, em futuras fiscalizações, se a CAPEF vem subscrevendo corretamente as debêntures de empresas com notas de compra em nome do BNB, em especial as debêntures da Mesbla S/A, caso já não tenha implementado medidas nesse sentido.

Aumento do Capital Social – Aquisição de Ações pela CAPEF

22.O presente tópico refere-se ao final do item 8.2, letra “d”, da Decisão 210/98-TCU-Plenário, atinente à operação de compra de ações do Banco pela CAPEF, relativo ao último aumento de capital do mesmo.

(...)

22.4.Não foram constatadas impropriedades quanto às aquisições retro, entretanto concluiu-se pela comunicação à Secretaria de Previdência Complementar acerca de referidas subscrições, no sentido de que aquela Caixa de Previdência acompanhe o cumprimento dos limites impostos pela Resolução BACEN nº 2324/96, mormente no que concerne ao requisitos de diversificação do seu artigo 4º, inciso VI.

22.5.Outrossim, que se determine à SPC/MPAS que observe, quando da análise retro, (...) a evolução dos créditos em liquidação do Banco, fundamentais para uma escolha sólida do momento certo de investir em ações da Patrocinadora.

Em face dessas ponderações, a Analista informante apresenta as seguintes proposições:

I – com fulcro no art. 43, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.443/92, aplicar multa no Presidente do Banco, Sr. Byron Costa de Queiroz, [em face das irregularidades verificadas no Contrato firmado entre o BNB e a empresa *New York Entertainment* para a realização de evento em Nova Iorque em junho de 1996] (...)

II – que seja aplicada a multa aos **diretores** Ernani José Varela de Melo, Jefferson Cavalcante de Albuquerque, Osmundo Evangelista Rebouças, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho e os **ex-diretores** Almir Alves Fernandes Távora Filho e Sergio Nogueira da França, face aos itens relacionados ao evento de Nova Iorque e aos **gerentes** Jenner Guimarães do Rego, José Alan Teixeira da Rocha, Francisco Xavier Ribeiro e Carlos Alfredo Lazary Teixeira face à contratação sem licitação da empresa *Cauduro/Martino Arquitetos Associados Ltda.* (art. 43, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.443/92).

III – o presente processo seja juntado às contas do exercício de 1996 que estão sobrestadas.

IV – seja comunicado à Secretaria de Previdência Complementar [SPC/MPAS], para as providências cabíveis [quanto a]:

a) [adequação das] contribuições repassadas pela Patrocinadora (BNB) à CAPEF incidentes sobre o 13º salário, [que estão sendo feitas conforme a] tabela de fls. 509 do Volume I;

b) o cumprimento dos limites impostos pela Resolução BACEN nº 2324/96, mormente no que concerne ao requisitos de diversificação do seu artigo 4º, inciso VI, face às recentes subscrições de ações do BNB implementadas pela CAPEF, observando a evolução dos créditos em liquidação do Banco (...).

V - determinar à SPC/MPAS que:

a) verifique, em futuras fiscalizações, se a CAPEF possui debêntures de emissão de outras empresas, mas com notas de compra em nome do BNB, em especial as debêntures da Mesbla S/A, caso já não tenha implementado medidas corretivas quanto a este aspecto.

VI – seja dada ciência à Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados da decisão que vier a ser tomada.

O Assessor da Secex/CE, com pleno endosso da Secretária de Controle Externo – Substituta, aquiesce parcialmente com as propostas retro, registrando ressalvas quanto às apenações alvitadas no item II suso. Defende a não imputação do Sr. Carlos Alfredo Lazary Teixeira, Diretor do Departamento de Promoção Comercial do Ministério das Relações Exteriores. Sugere-se, por outro

lado, a inclusão no rol de responsáveis a serem multados do Sr. Francisco das Chagas Farias Paiva, Coordenador do Comitê de Apreciação de Processos de Investimentos e de Despesas Administrativas do BNB, por haver atuado na contratação direta da empresa Cauduro/Martino Arquitetos Associados Ltda.

Outrossim, propõe-se o encaminhamento de cópia do presente processo à Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda, determinando-se àquela unidade, que, no prazo de 15 dias, instaure tomada de contas especial, em virtude da ausência de prestação de contas e da não comprovação da aplicação dos recursos atinentes ao *Brazilian Northeast Festival*, com vistas à apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano, nos termos do disposto no artigo 8º da Lei nº 8.443/92.

As conclusões finais da Secex/CE basearam-se, em suma, nas seguintes irregularidades, segundo consigna o Assessor responsável pela última instrução:

a) o Banco do Nordeste do Brasil efetuou pagamentos (remessas financeiras) às empresas *New York City Entertainment, Windows on the World e Daniel J. Edelman Inc.*, no valor de US\$ 531.040,00, **sem a elaboração da prestação de contas** da efetiva realização do *Brazilian Northeast Festival*, no período de 18 a 23.06.1996, em Nova Iorque;

b) os pagamentos retrocitados não estão devidamente correlacionados com os itens constantes do orçamento, às fls. 20/22, Volume I, bem como são **insuficientes para detalhar a aplicação dos recursos** previstos, no valor de US\$ 630.824,00, apresentado quando da celebração do Contrato BNB/NYCE, de 29.05.1996, às fls.17/19, Volume 1, sem qualquer cláusula balizadora de como deveriam ser prestadas as contas dos serviços atinentes ao evento;

c) o dimensionamento da materialidade das **despesas não comprovadas** e constantes do orçamento demonstra diversos senões atinentes a vários itens: anúncios de página inteira no *The New York Times*, anúncios adicionais, vídeo/brochura sobre o Nordeste, cachê de artistas, conferência para imprensa, hospedagem, taxa de administração e despesas não previstas, entre outros;

Instado por mim a manifestar-se nos autos, o Representante do Ministério Público, Dr. Jatir Batista da Cunha, produziu percuciente parecer, cujo conteúdo principal reproduzo na seqüência:

A maioria das irregularidades constatadas, e que foram objeto de audiência dos responsáveis, dizem respeito ao evento *Brazilian Northeast Festival*, realizado em junho de 1996, na cidade de Nova Iorque, com o objetivo de promover o turismo no Nordeste brasileiro.

Para a realização do evento, foi contratada, com dispensa de licitação, a empresa *New York City Entertainment*, pelo valor de US\$ 500.000,00. A justificativa para a contratação direta foi de que a oportunidade para a promoção do festival surgiu com pouca antecedência em relação à data disponível para que ele pudesse ocorrer. A Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República remeteu ao BNB, em 23.05.1996, expediente em que dizia ter recebido proposta da *New York City Entertainment* para a realização de uma semana cultural e promocional do Nordeste, no período de 18 a 23.06.1996. Menciona que os locais existentes em Nova York para esse tipo de evento “estariam reservados, pelo menos, até o final de 1996 e que o não aproveitamento dessa oportunidade implicaria adiar, para 1997, o lançamento do PRODETUR-NE junto ao relevante mercado norte-americano de investidores e operadores de turismo ...” (fls. 117/118, volume I). Dessa forma, foi feita a contratação da empresa, dispensada a licitação, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93. A justificativa do preço, necessária nesse tipo de contratação, teria sido esse mesmo expediente da Secretaria de Comunicação Social que mencionava estarem os preços compatíveis com o mercado norte-americano.

O referido dispositivo da Lei n.º 8.666/93 estabelece ser dispensável a licitação “nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens ...”. A alegação dos responsáveis é que a não-realização do evento poderia trazer prejuízos para as ações de promoção do turismo no Nordeste.

Em razão dos elementos contidos nos autos, entendemos que o evento, nas condições em que

ocorreu, pode, até mesmo, ter acarretado prejuízos ao Banco. A realização de um acontecimento dessa magnitude, em que foram despendidos recursos significativos, requer uma preparação adequada, em que sejam estabelecidos claramente os objetivos a serem atingidos, o público-alvo, os resultados esperados etc. Esse aodamento fez com que se aceitasse de imediato uma proposta, sem que conste ter havido qualquer ingerência do Banco em relação ao seu conteúdo. Ressalte-se que, entre o mencionado expediente da Secretaria de Comunicação Social e a assinatura do contrato com a empresa, decorreram somente seis dias. A alegação de compatibilidade de preços com o mercado baseou-se meramente em informação do Ministério das Relações Exteriores, não constando, dos autos, que tenha sido efetuada uma pesquisa de preços.

Observa-se, outrossim, que o orçamento anexo ao contrato assinado (fls. 17/22, volume I) é genérico, não especificando exatamente quais os eventos que iriam ocorrer e as despesas correspondentes a cada um deles. Por sua vez, o contrato não estabelece qualquer obrigação da empresa de comprovar as despesas efetivadas. O orçamento que consta do contrato, inclusive, refere-se à proposta inicial da empresa, no valor de US\$ 630.824,00. O Banco propôs-se a pagar somente US\$ 500.000,00, quantia essa que consta do contrato. Não houve, todavia, a necessária readequação da proposta, para que se soubesse exatamente a importância destinada a cada tipo de despesa.

Deixaram de ser elaborados, ainda, relatórios, prestações de contas e outros instrumentos, que pudessem comprovar a realização dos eventos estabelecidos e das despesas previstas no orçamento. Os membros da diretoria do Banco afirmaram que uma equipe de funcionários acompanhou os serviços executados, garantindo a boa aplicação dos recursos. Certamente isso não é suficiente para comprovar a regularidade na execução do contrato. Existiam eventos previstos em contrato, tais como shows de músicos brasileiros e festival de cinema, e não há registro de que esses eventos tenham acontecido. Ademais, estava prevista em contrato a realização de propaganda de página inteira no *The New York Times*, não havendo comprovação de que isso tenha sido cumprido.

Não se concebe que um acontecimento dessa natureza, com o montante de recursos envolvidos, não possua sequer um relatório, onde não só possa ser demonstrada a realização das despesas estabelecidas, mas que também proporcione uma avaliação do evento, se os objetivos foram atingidos, que tipo de retorno ele pode ter trazido etc.

Ainda em relação ao *Brazilian Northeast Festival*, foi detectado o pagamento de quantias fora daquelas fixadas no contrato e para outras empresas, que não a *New York City Entertainment*, no valor total de US\$ 57.500,00. As despesas foram pagas às empresas *Edelman* e *Windows on the World* sob a justificativa de que teriam ocorrido gastos adicionais não previstos inicialmente. A importância de US\$ 18.500,00 seria referente ao aumento do número de pessoas que compareceram aos seminários e almoços, à utilização de sistema de circuito fechado de televisão, à aquisição de envelopes e papel xerox para a duplicação do programa do seminário, à expedição de 10.000 convites e à transmissão de cerca de 3.000 fax. Os outros US\$ 39.000,00 foram decorrentes da ampliação do período de permanência, no Brasil, de equipe da *Edelman* encarregada da produção do vídeo e de brochuras.

O parágrafo único do artigo 5º do contrato do BNB com a empresa era claro e dizia:

“Todas as outras despesas incorridas no cumprimento do presente contrato serão suportadas pela Companhia” (fls. 18, volume I).

Só esse dispositivo já seria suficiente para caracterizar a ilegalidade dessas despesas.

Além disso, no orçamento anexo ao contrato, na parte referente a vídeos e brochuras, menciona-se que estão incluídas todas as despesas com a equipe de filmagens, funcionários e despesas de produção (fls. 22, volume I). Não consta que o período adicional que os funcionários da *Edelman* teriam passado no Brasil haja sido causado por algum problema relacionado com o Banco. Acrescente-se que o BNB aceitou fazer o pagamento do adicional baseado meramente numa relação de despesas, sem qualquer comprovação de que elas tenham de fato acontecido.

No que se refere à realização do *Northeast Brazilian Festival*, entendemos que ficaram configuradas as irregularidades levantadas na auditoria, razão pela qual é pertinente a proposta, feita pela Unidade Técnica, de aplicação de multa aos membros da diretoria da empresa à época da realização do evento (fls. 109/111).

Tendo em vista a existência de pagamentos de despesas adicionais no montante de US\$

57.500,00, realizados sem amparo contratual, e a não-comprovação da realização de eventos previstos em contrato, tais como shows de artistas brasileiros, publicação de anúncios, e considerando, ainda, o fato de que, de uma forma geral, não existiu qualquer relatório de prestação de contas dos recursos desembolsados, entendemos que deva ser determinada a instauração de Tomada de Contas Especial, tal como proposto pelo Sr. Assessor da SECEX/CE, às fls. 113.

Outra irregularidade apontada no Relatório de Auditoria diz respeito à contratação, por inexigibilidade de licitação, com base no artigo 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, da empresa “Cauduro/Martino Arquitetos Associados”, para elaboração de Programa de Identidade Visual do Banco.

O mencionado comando legal veda, explicitamente, a contratação de serviços de publicidade e divulgação por inexigibilidade de licitação. Os membros do Comitê de Avaliação de Investimentos e Despesas Administrativas – CODAD, em suas razões de justificativa, alegam que a elaboração de um programa de identidade visual “é um trabalho artístico, de criação. É uma atividade antecedente à de publicidade e de divulgação. Esta última torna público o trabalho técnico especializado desenvolvido na primeira etapa.” (fls. 68).

Não podemos concordar com essa linha de argumentação.

A publicidade, segundo Carlos Alberto Bittar (in Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 62, p. 480), é a “atividade que consiste em despertar o interesse do consumidor para a aquisição ou a utilização de produtos e serviços que anuncia, por meio de mensagens, escritas ou faladas. Embasa-se no trabalho de criação intelectual, constituindo ora um dos maiores instrumentos de comunicação”.

A publicidade – prossegue o autor – “se vem afirmando, nos dias atuais, como atividade complexa e de enorme importância, dotada de organização especial – em que se mesclam anotações de arte, de ciência e de meio de comunicação” (idem, p. 481).

“As criações publicitárias – que se espraiam por formas e suportes múltiplos (*jingles*, filmes, *filmlets*, *outdoors*, cartazes, *slogans* etc.) – alcançam, por meios diversos, os seus destinatários” (idem, p. 482).

Publicitário é aquele que exerce função de natureza técnica na publicidade (idem, p. 487). Ao publicitário competem atividades e funções artísticas e técnicas, consistentes em estudo, concepção, execução e distribuição de propaganda (Lei n.º 4.680, de 18.06.1965, e Decreto n.º 57.690, de 1º.02.1966).

No documento de fls. 196/198, volume I, o próprio BNB, ao apresentar o Programa de Identidade Visual, assevera que o programa consiste “na criação, desenvolvimento, implantação e normalização de uma nova linguagem visual, manifestada por nome, símbolo, cores, características comuns de seus produtos e instalações, sistemas de identificação e sinalização, material impresso, stands, displays e outras mensagens onde estejam presentes a assinatura da empresa, implícita ou explicitamente”.

Observa-se, assim, que a própria natureza do programa leva à conclusão de que se trata de serviços de publicidade e divulgação.

No mesmo documento, são enumerados, entre os benefícios que poderiam resultar da implantação do Programa de Identidade Visual, os seguintes (fls. 196 do volume I):

1. fixação de uma nova imagem;
2. reposicionamento do Banco no mercado;
3. melhoria na reputação financeira;
4. motivação e fidelidade dos funcionários;
5. redução de custos e tempo de execução das mensagens do Banco;
6. diferencial na prestação de serviços padronizados;
7. melhoria na comunicação interna do Banco.

Todos esses benefícios adviriam de uma origem comum: uma maior difusão da imagem do Banco junto ao público externo e interno, com o propósito de criar atitudes favoráveis à entidade junto aos destinatários da comunicação. Ora, esse é precisamente o objeto da publicidade.

Ademais, entre os trabalhos a serem desenvolvidos no programa, são mencionadas determinadas atividades que se enquadram em serviços típicos de publicidade e divulgação, como a definição de formulários, cartões de visita, identificação externa de agência e publicações (fls. 196

do volume I). Esses instrumentos, indubitavelmente, visam dar publicidade ao Banco.

Os serviços em questão são, portanto, efetivamente de publicidade, caracterizando-se a irregularidade de sua contratação com inexigibilidade de licitação, por força de vedação expressa contida no artigo 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93. A contratação foi irregular, razão pela qual deve ser aplicada multa aos membros da CODAD que a aprovaram (fls. 29).

Por todo o exposto, manifestamos anuência às propostas apresentadas pelo Sr. Assessor, nos itens I e II da instrução de fls. 113 e 114, com o aval da Sra. Secretária Substituta.

Cumpre-nos registrar, por fim, que, diante da ocorrência da conduta tipificada no artigo 89 da Lei n.º 8.666/93, faz-se necessária a remessa das cópias e dos documentos pertinentes ao Ministério Público do Estado do Ceará (Súmula n.º 42 do STJ), nos termos do disposto no artigo 102 da mesma lei, para as providências cabíveis.

Em virtude da Solicitação de Informações n.º 13/01, do Deputado Federal Wellington Dias – Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados –, encaminhada a este Corte de Contas pela Presidência daquele órgão, este Tribunal prolatou a Decisão Plenária n.º 447/2001, em 11/07/2001, deferindo o encaminhamento de cópia dos presentes autos ao interessado.

É o Relatório.

V O T O

O presente Relatório de Auditoria demonstra a ocorrência de irregularidades que, além de ferir princípios licitatórios, denotam a realização de pagamentos sem a comprovação de que os serviços contratados foram efetivamente realizados.

Em linha de concordância com as posições lançadas pela Unidade Técnica e pelo Douto Representante do Ministério Público, entendo que as razões de justificativa dos responsáveis não se mostraram eficazes para elidir *in totum* as faltas em exame, razão por que se fazem pertinentes a propostas finais da Secex-CE, devendo ser acrescidas de determinações preventivas ao BNB.

Ressalvo, apenas, que a contratação direta da *New York City Entertainment – Nyce* –, a despeito de não se enquadrar nos requisitos legais previstos no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, encontraria, segundo entendo, amparo no instituto da inexigibilidade de licitação, com base no *caput* do art. 25 da mesma lei, diante da inviabilidade de competição para o objeto pretendido.

O Ofício/GAB/Secom/PR n.º 756, de 23/05/1996, do Secretário de Comunicação Social da Presidência da República, que motivou o BNB a efetuar o mencionado contrato, traz informações que endossam esse entendimento. Até o final de 1996, não havia espaços disponíveis em Nova Iorque, principal cidade norte-americana, para a realização de eventos que divulgassem o Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste – Prodetur. Somando-se a isso, a Nyce detinha exclusividade de uso dos locais adequados ao evento no período programado. Outrossim, a divulgação do Prodetur nos Estados Unidos era considerada premente. Caso não aproveitada a oportunidade, o lançamento do Programa no mercado norte-americano deveria ser adiado para 1997, com prejuízos à sua efetividade.

Infere-se, portanto, que a Nyce era a única empresa capaz de realizar, no ano de 1996 e na cidade mais apropriada, o evento desejado. Sopesados o período e o local almejados, segundo a discricionariedade do contratante, vejo caracterizada a inviabilidade de competição, admitindo, no presente caso, a contratação direta por inexigibilidade, nos termos do art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93. Assim sendo, o enquadramento do contrato em foco no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações, reduz-se a falta de natureza formal, requerendo determinação preventiva ao BNB.

Todavia, a possibilidade da contratação direta não dispensava o cumprimento das demais exigências legais, requeridas pela prudência administrativa. Tais medidas não ocorreram a contento, conforme descrevo na seqüência.

O acolhimento da proposta da empresa *New York City Entertainment – NYCE*, para a realização do evento promocional em Nova Iorque/EUA, ocorreu com base em um orçamento não detalhado suficientemente e sem uma comparação efetiva dos preços ofertados com os praticados no mercado. A temeridade desse procedimento agrava-se diante do significativo preço pactuado, de US\$ 500.000,00. É fato que, segundo ofício lavrado pelo então Secretário de Comunicação Social

da Presidência da República, o Consulado-Geral do Brasil em Nova Iorque informou estarem os referidos preços compatíveis com o mercado norte-americano. Todavia, entendendo que aquela informação possuiu caráter meramente sinalizador da viabilidade do evento, em nada dispensando a segurança de uma pesquisa formal de preços por parte do BNB, responsável pela contratação e pela despesa decorrente.

A realização de pagamentos à contratada sem a devida comprovação da realização dos serviços também é fato credor de sanção. Causa espanto a ausência, nos autos, de elementos probantes da execução de alguns serviços com expressivos valores, que, a meu ver, seriam facilmente atestados, quais sejam: publicação de anúncio de página inteira no periódico *The New York Times*, no valor de US\$ 63.312,48, e de anúncios adicionais, no total de US\$ 34.387,52 (cerca de 20% do preço total do contrato); produção de vídeo/brochura sobre o Nordeste, no valor de US\$ 170.500,00; cachês de artistas, no montante de US\$ 55.000,00, não se informando sobre quem se apresentou no evento; mostra de filmes orçada em US\$ 34.950,00; despesas com hospedagem, no valor de US\$ 27.105,00. Só essa amostra de serviços não comprovados totaliza US\$ 385.255,00, ou seja, 72,5% do preço efetivo do contrato, já contabilizada a extrapolação de US\$ 31.040,00 no valor originalmente pactuado.

Outra irregularidade foi a efetivação de pagamentos diretos a duas empresas não contratadas – *Windows on the World* e *Daniel J. Edelman Inc.* –, no valor total de US\$ 57.500,00. Essas despesas relacionar-se-iam com: aumento do número previsto de pessoas que compareceram ao evento; gastos com aluguel de equipamentos; serviços de postagem e comunicações; e com o deslocamento de representantes da empresa Edelman pelo Nordeste, para a produção de vídeo e brochuras. Não obstante os aludidos pagamentos haverem decorrido de solicitação do Ministério das Relações Exteriores, é forçoso notar que essas despesas foram autorizadas pelo BNB sem nenhum procedimento razoável de controle. Nada há, nos autos, que comprove a realização dos mencionados serviços. Essa irregularidade avulta-se diante do fato de que as empresas sequer foram contratadas pelo Banco para a realização do evento. Trata-se de uma liberalidade na gestão dos recursos públicos, a meu ver, inadmissível.

Neste ponto, importa consignar que, segundo os autos, o Ministério das Relações Exteriores – MRE, por meio do seu Departamento de Promoção Comercial – DPR, atuou no *Brazilian Northeast Festival* e no *Brazilian Music Festival* (este último realizado no âmbito do primeiro), apenas no apoio à sua organização, juntamente com o Consulado-Geral do Brasil em Nova Iorque e o Secom/NY. O Ministério não despendeu nenhum recurso de seu orçamento, tampouco firmou qualquer convênio com o BNB, que ensejasse a percepção de recursos financeiros advindos do Banco. Essa informação é registrada no Despacho s/n, de 15/06/99, do Diretor-Geral do DPR/MRE, em resposta a diligência formulada pela então Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda. Por conseguinte, o nível de participação do Ministério das Relações Exteriores nos eventos em exame não permite responsabilizar, nestes autos, seus agentes pela realização das despesas ora criticadas.

A responsabilidade dos gestores chamados à audiência decorre da sua atuação como membros da Diretoria que autorizaram os atos inquinados.

No que se refere ao contrato celebrado com a Cauduro/Martino Arquitetos Associados Ltda., trata-se de questão sobre a qual não pairam dúvidas quanto à adoção indevida do instituto da inexigibilidade de licitação. Os serviços atinentes ao Programa de Identidade Visual do BNB inseriam-se na área de publicidade, gênero de objeto para o qual a inexigibilidade é expressamente vedada no inciso II do art. 25 da Lei de Licitações. Ademais, havia outras empresas habilitadas ao objeto pretendido, a exemplo da NCS Design Rio, que prestava serviços similares à Caixa Econômica Federal, à época. Diante do detalhado exame da questão contido no parecer do Ilustre Representante do Ministério Público, entendo desnecessário aprofundar análises, acolhendo, como razões de decidir, os apontamentos ali registrados.

Friso que, por esta irregularidade, respondem não só os membros do Comitê de Avaliação de Processos de Investimentos e de Despesas Administrativas – Codad/BNB, que aprovaram a referida avença, mas também o Sr. Byron Costa de Queiroz, como Presidente do BNB, por haver ratificado a contratação. O ofício de audiência endereçado a esse gestor incluiu a questão em destaque, limitando-se o responsável a chancelar as razões de justificativa oferecidas pelos membros do

Codad. Logo, cabe ponderar essa irregularidade na quantificação da multa a ser imposta ao dirigente máximo da Instituição.

Insta dizer que a proposta do Assessor da Secex/CE, no sentido de não se apenar o Sr. Carlos Alfredo Lazary Teixeira, Diretor do Departamento de Promoção Comercial/MRE, e de aplicar-se multa ao Sr. Francisco das Chagas Farias Paiva, Coordenador do Codad, trata-se, na verdade, de mera retificação do encaminhamento anterior, da Analista informante. Anoto que o primeiro responsável sequer foi chamado à audiência, por não haver se envolvido diretamente nas irregularidades sob exame; ao passo que o segundo, devidamente provocado por este Tribunal, apresentou razões de justificativa que não lograram sanar a falta que lhe foi imputada.

No que pertine às duas outras questões apuradas na Auditoria – os negócios entre o BNB e a CAPEF a compra de ações do Banco pela CAPEF, relativa ao último aumento de capital do mesmo –, abraço as conclusões da Unidade Técnica, ratificadas pelo *Parquet* especializado. Ressalvo, apenas, que as questões pertinentes à ação fiscalizadora da Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social – SPC/MPAS devem ser-lhe endereçadas mediante recomendação.

Diante do exposto, acolho, no essencial, as conclusões da Unidade Técnica, endossadas pelo Ministério Público junto a este Tribunal, e Voto por que sejam adotados o Acórdão e a Decisão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

TC 929.817/98-2

VOTO REVISOR

Na Sessão Plenária realizada em 08.08.2001, valendo-me de previsão regimental, solicitei vista dos presentes autos para que pudesse melhor posicionar-me com relação a dois aspectos aqui discutidos.

O primeiro deles refere-se à natureza do contrato firmado com a empresa Cauduro/Martino Arquitetos Associados Ltda. para a elaboração do Programa de Identidade Visual do Banco do Nordeste e o conseqüente enquadramento na Lei nº 8.666/93, uma vez que, em se tratando de serviços de publicidade e propaganda, é vedada a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, conforme dispõe o inciso II do art. 25 da mencionada Lei, posição defendida pelo Relator, Ministro Adylson Motta.

A discussão suscitada pelos responsáveis, quando ouvidos em audiência, bem como os argumentos apresentados pelo Superintendente Jurídico do Banco, em Memorial distribuído na data da Sessão de 08.08.2001, tendentes a enquadrar o referido serviço como um dos serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei de Licitações, contratado com empresa de notória especialização, não se sustenta diante dos fatos. Na verdade, buscaram os dirigentes do Banco a contratação de serviços de promoção/marketing da instituição, objetivando melhor difundir a imagem do Banco junto ao público, de modo a ampliar seus negócios e divulgar a idéia de modernidade e arrojo, com especial ênfase em sua área de atuação, o nordeste do País. Vê-se, pois, que se trata, de fato, de serviço de publicidade, não sendo permitida a sua contratação por inexigibilidade de licitação, conforme vedação expressa da Lei.

O segundo deles relaciona-se à extensão da participação do Banco do Nordeste no evento Brazilian Northeast Festival. Segundo salientado pelos responsáveis e no Memorial já citado, tal evento teria sido conduzido pelo Ministério das Relações Exteriores, de acordo com orientações da Secretaria de Comunicação da Presidência da República. Isso, a meu ver, não interfere no exame

que se faz do caso. Efetivamente o que restou constatado foi que o Banco do Nordeste contratou, por US\$ 500.000,00, empresa norte-americana para a realização do evento, deixando de observar as cautelas exigidas do administrador público na execução da despesa com recursos públicos. Assim, ainda que o objetivo do serviço contratado estivesse inserido em um programa do Governo Federal, o Banco, na condição de contratante, e seus gestores submetidos à observância do princípio da legalidade, não se pode aceitar como correto o procedimento adotado.

Nesse sentido, e agora com convicção para proferir meu Voto, manifesto minha inteira concordância com as conclusões do Relator, Ministro Adylson Motta.

T.C.U., Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

UBIRATAN AGUIAR
Ministro-Revisor

ACÓRDÃO Nº 212/2001 – TCU – Plenário

1. Processo TC 929.817/1998-2 (1 Volume)
2. Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria
3. Responsáveis: Byron Costa de Queiroz, Ernani José Varela de Melo, Jefferson Cavalcante de Albuquerque, Osmundo Evangelista Rebouças, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho, Almir Alves Fernandes Tavora Filho, Sergio Nogueira da França, Francisco das Chagas Farias Paiva, Jenner Guimarães do Rego, José Alan Teixeira da Rocha e Francisco Xavier Ribeiro.
4. Entidade: Banco do Nordeste do Brasil S/A- BNB
5. Relator: Ministro Adylson Motta
6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha.
7. Unidade Técnica: Secex/CE
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria no Banco no Nordeste do Brasil S/A – BNB, relativa a atos de gestão ocorridos em 1996;

Considerando que no processo devidamente organizado constatou-se a ocorrência de irregularidades na contratação da empresa norte-americana *New York City Entertainment* – Nyce, para realização do evento *Brazilian Northeast Festival*, bem com na respectiva execução contratual, no período de 18 a 23.06.96, envolvendo: ausência de estudos convincentes acerca da compatibilidade dos preços contratados junto à Nyce, conforme exigência do art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93; realização de pagamentos diretos a empresas não contratadas; e efetivação de pagamentos sem a existência de elementos comprobatórios da efetiva realização dos serviços pertinentes; atos de responsabilidade dos Srs. Byron Costa de Queiroz, Ernani José Varela de Melo, Jefferson Cavalcante de Albuquerque, Osmundo Evangelista Rebouças, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho, Almir Alves Fernandes Tavora Filho, Sergio Nogueira da França;

Considerando que foi constatada, também, irregularidade caracterizada pela contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da empresa Cauduro/Martino Arquitetos Associados Ltda., em 01/08/96, para a prestação de serviços técnicos voltados à elaboração do Programa de Identidade Visual do BNB, afetos à área de publicidade, ao arrepio das disposições contidas no art. 25, *caput* e inciso II, da Lei de Licitações; fatos que ensejam a responsabilização dos Srs. Byron Costa de Queiroz, Francisco das Chagas Farias Paiva, Jenner Guimarães do Rego, José Alan Teixeira da Rocha e Francisco Xavier Ribeiro;

Considerando que as razões de justificativa dos responsáveis não elidiram as irregularidades examinadas nos autos;

Considerando não haver sido comprovada a efetiva realização de diversas despesas pagas no âmbito do contrato celebrado com a *New York City Entertainment* – NYCE;

Considerando os pareceres finais da Unidade Técnica e do Ministério Público especializado;
ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

8.1 nos termos do art. 43, parágrafo único, e art. 58, inciso III, da Lei nº 8.443/92, aplicar as seguintes multas individuais aos responsáveis abaixo indicados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem perante este Tribunal (art. 165, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, acrescida de correção monetária calculada a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado até a data do recolhimento, na forma da legislação em vigor:

8.1.1. ao Sr. Byron Costa de Queiroz, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

8.1.2. aos Srs. Ernani José Varela de Melo, Jefferson Cavalcante de Albuquerque, Osmundo Evangelista Rebouças, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho, Almir Alves Fernandes Tavora Filho, Sergio Nogueira da França, no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais);

8.1.3. aos Srs. Francisco das Chagas Farias Paiva, Jenner Guimarães do Rego, José Alan Teixeira da Rocha e Francisco Xavier Ribeiro, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais);

8.2 autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas a que se refere o subitem 8.1, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, caso não atendida a notificação;

8.3 determinar à **Secretaria Federal de Controle Interno** que adote providências para a instauração de tomada de contas especial no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência, em função da realização de pagamentos pelo BNB, no âmbito do *Brazilian Northeast Festival*, às empresas *New York City Entertainment – Nyce*, *Windows on the World* e *Daniel J. Edelman Inc.*, sem a existência de elementos comprobatórios da realização dos respectivos serviços; devendo, para tanto, ser enviados àquela Secretaria, por cópia, os presentes autos, incluindo este Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam;

8.4 determinar o envio de cópia dos presentes Acórdão, Voto e Relatório, ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, em complemento à Decisão Plenária nº 447/2001; ao Ministro de Estado da Fazenda, para supervisão ministerial; e, juntamente com a cópia integral dos presentes autos, ao Ministério Público do Estado do Ceará, para a adoção das providências cabíveis, nos termos do art. 89 e 102 da Lei nº 8.666/93;

8.5 determinar a juntada do presente processo à Prestação de Contas do BNB, relativa ao exercício de 1996.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

11.2 Ministro com voto vencido em parte: Lincoln Magalhães da Rocha (quanto ao valor das multas).

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

DECISÃO Nº 619/2001 – TCU – Plenário

1.Processo **TC 929.817/1998-2** (1 Volume)

2.Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria

3.Responsáveis: Byron Costa de Queiroz, Ernani José Varela de Melo, Jefferson Cavalcante de Albuquerque, Osmundo Evangelista Rebouças, Raimundo Nonato Carneiro Sobrinho, Almir Alves

Fernandes Tavora Filho, Sergio Nogueira da França, Francisco das Chagas Farias Paiva, Jenner Guimarães do Rego, José Alan Teixeira da Rocha e Francisco Xavier Ribeiro.

4.Entidade: Banco do Nordeste do Brasil S/A- BNB

5.Relator: **Ministro Adylson Motta**

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

7.Unidade Técnica: Secex/CE

8.Decisão: O Tribunal de Contas da União, em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 recomendar à Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social – SPC/MPAS – que verifique, em futuras fiscalizações na Caixa de Previdência dos Funcionários do BNB S/A – Capef:

a) se a Capef possui debêntures de emissão de outras empresas, mas com notas de compra em nome do BNB, em especial as debêntures da Mesbla S/A, caso já não tenha implementado medidas corretivas quanto a este aspecto;

b) a regularidade da sistemática de contribuições repassadas pelo BNB à Capef incidentes sobre o 13º salário, que estão sendo feitas conforme disposto na tabela de fls. 419 do Volume I dos autos do TC 929.817/1998-2, em anexo;

c) o cumprimento dos limites impostos pela Resolução Bacen nº 2324/96, mormente no que concerne ao requisitos de diversificação do seu artigo 4º, inciso VI, face às recentes subscrições de ações do BNB implementadas pela Capef, observando a evolução dos créditos em liquidação do Banco;

8.2 determinar ao Banco do Nordeste do Brasil S/A – BNB que:

a) restrinja as contratações diretas, sem licitação, feitas com base no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, aos casos em que forem efetivamente preenchidos os requisitos legais ali definidos, em especial, às situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

b) cumpra rigorosamente as exigências do art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, nas eventuais contratações diretas que realizar;

c) abstenha-se de realizar pagamentos de serviços sem amparo contratual;

8.3 determinar o envio de cópia da presente Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, em complemento à Decisão Plenária nº 447/2001; aos Ministros de Estado da Fazenda e da Previdência e Assistência Social, para supervisão ministerial; e, juntamente com cópia das fls. 18 a 21 do Volume Principal e 419 a 501 do Volume I destes autos, à SPC/MPAS, para conhecimento e adoção das providências que julgar necessárias.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

I - RELATÓRIO
GRUPO II - Classe V - Plenário
TC-005.708/1994-0

Natureza: Relatório de Auditoria Operacional

Entidade: Fundo de Investimentos da Amazônia - FINAM

Responsáveis: Alcyr Boris de Souza Meira (ex-Superintendente da SUDAM) e Fernando Antônio Vieira (ex-Superintendente Adjunto de Operações da SUDAM)

Ementa: Relatório de Auditoria Operacional. Audiências prévias determinadas pela Decisão nº 610/96 - Plenário. Acolhimento das razões de justificativa apresentadas por um dos responsáveis e não-acolhimento daquelas apresentadas por um segundo. Aplicação de multa. Remessa de cópias.

Na Sessão de 25.09.1996, o Tribunal, ao apreciar Relatório de Auditoria Operacional realizada na Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM e no Banco da Amazônia S.A., instituições supervisora e operadora, respectivamente, do Fundo de Investimento da Amazônia - FINAM, com vistas a avaliar as operações do citado Fundo, em razão de solicitação da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, prolatou a Decisão nº 610/96 - Plenário, vazada nos seguinte termos:

"1 - deixar assente que a vedação contida no inciso II, alínea "a", do art. 54 da Constituição Federal não alcança o instituto da isenção e/ou da redução de impostos usufruídas por parlamentares haja vista ser o ato administrativo de reconhecimento da existência do direito e autorizativo do gozo da isenção e/ou da redução, meramente declaratório de uma situação jurídica preexistente prevista na lei, sem conteúdo discricionário;

2- Determinar à Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM que:

2.1. identifique de forma precisa e completa os acionistas dos empreendimentos a serem atendidos com recursos do Finam, com vistas a evitar a concessão de incentivos fiscais a empresas integradas por pessoas inidôneas ou impedidas de ser beneficiárias dessas renúncias de receitas, conforme disposto no § 6º do art. 9º da lei nº 8.167/91; no § 6º do art. 11 do Decreto nº 101; e no art. 12 da Resolução nº 7.077/91 do Condel (item 6.2.4, do relatório da equipe - fls. 65/66);

2.2. instaure processo administrativo disciplinar com o objetivo de apurar a participação de servidores ativos da Sudam como procuradores ou sócios de escritórios de representação de empresas incentivadas pelo Finam, contrariando o art. 46 do Decreto-lei nº 756/69, caracterizando, assim, crime de corrupção passiva ou de advocacia administrativa, previstos nos arts. 317 e 321 do Código Penal (item 6.4 do relatório da equipe - fls. 68/69);

2.3. proceda, sob pena de responsabilidade solidária, à uma intensa fiscalização dos projetos incentivados, notadamente aqueles citados no relatório da equipe deste Tribunal, com vistas a apurar as evidências de desvio de recursos de incentivos fiscais para outras finalidades, priorizando os casos em que o percentual de recursos recebidos pela empresa for superior ao fisicamente realizado, nos termos do art. 13 da Lei nº 8.167/91 e Decisão nº 445/92 - Plenário, de 16.09.92 (item 6.6 do relatório da equipe - fls.70/71);

2.4. adote providências, no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do § 1º do art. 8º da Lei nº 8.443/92, com vistas à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano causado, instaurando as tomadas de contas especiais para todos os processos relativos a cancelamento dos projetos de empresas beneficiadas com liberações de recursos que se encontram em tramitação na Comissão Permanente de Apuração, a qual se destina a averiguar as irregularidades constatadas durante as fiscalizações dos projetos incentivados (item 5.15.1 do relatório da equipe - fls.58/59);

2.5. adote providências no sentido de alocar os recursos humanos e materiais necessários para que a Comissão Permanente de Apuração - CPA e a Procuradoria-Geral solucionem definitivamente as pendências relacionadas com as empresas que não solicitaram enquadramento na nova sistemática de Incentivos Fiscais implantada pela Lei nº 8.167/91, cancelando, se for o caso, tais projetos (item 3.2 do relatório da equipe - fls. 37);

2.6. vede a participação como membro do Conselho Deliberativo da Sudam, com direito a voto, de sócios, diretores, empregados, procuradores de empresas incentivadas pelo Finam ou por quaisquer outros benefícios fiscais, tais como os do Decreto-lei nº 756/69, ou mesmo de sócios,

diretores ou empregados de firmas de consultoria responsáveis pela elaboração de projetos dessas empresas junto à Sudam, em observância ao princípio da moralidade, contido no art. 37, "caput", da Constituição Federal (item 6.12 do relatório da equipe - fls. 73);

2.7. efetue um rigoroso acompanhamento e controle do orçamento do Finam, em conformidade com sua competência legal- § 2º do Art.10 da Lei nº 8.167/91 (item 5.9 do relatório da equipe - fls. 51/53);

2.8. regulamente de forma clara e objetiva os critérios para análise e aprovação de projetos e para liberação de recursos aos projetos incentivados, com vistas a garantir a obediência aos princípios da igualdade, moralidade e probidade na condução da administração pública, nos termos estabelecidos no Art. 37 da Constituição Federal, evitando assim, o tráfico de influência e favorecimentos pessoais na utilização de recursos públicos (itens 2.7, 5.5 e 5.9 do relatório da equipe - fls. 34, 44/47 e 51/53);

2.9. adote rigorosa observância da ordem cronológica de entrada das cartas-consultas e dos projetos submetidos à apreciação e análise do Departamento de Administração de Incentivos - DAI, de modo a tornar impessoais os procedimentos para aprovação dos mesmos em obediência ao referido princípio administrativo (itens 2.6, 2.7 e 5.5 do relatório da equipe - fls. 34 e 44/47);

2.10. torne obrigatória a elaboração de relatórios de avaliação dos resultados da política de incentivos fiscais e dos procedimentos adotados pela Sudam e pelo Basa, contendo, pelo menos: síntese das fiscalizações realizadas; acompanhamento das exigências e recomendações feitas às empresas fiscalizadas; síntese das liberações de recursos efetuadas a cada projeto; ordem cronológica de apresentação das cartas-consultas e projetos, bem como das liberações realizadas para os projetos para fins de melhoria de gestão dos recursos do Fundo (item 5 do relatório da equipe - fl. 41);

2.11. realize um acompanhamento minucioso dos projetos incentivados mediante fiscalizações com a adoção imediata das providências sugeridas pelas equipes de fiscalização e com a tempestiva comunicação às empresas das ocorrências verificadas, bem como promova a cobrança das exigências e recomendações constantes dos laudos de fiscalização às mesmas empresas, recorrendo ao concurso do Banco Operador e de auditorias independentes, se for o caso - § 2º do Art. 10 da Lei nº 8.167/91 (itens 2.10 e 5.10 do relatório da equipe - fls. 35 e 53/54);

2.12. proceda à uma revisão criteriosa e detalhada de todos os projetos paralisados ou com acentuado atraso de implantação, de modo a identificar as causas dos problemas e tomar decisões quanto às responsabilidades por eventuais irregularidades, bem como sobre as formas de recuperação, quando possível, do empreendimento incentivado (itens 2.9, 5.9 e 6.6 do relatório da equipe - fls. 35, 51/53 e 70/71);

2.13. dê cumprimento ao disposto no art. 49 da Resolução nº 7.077/91 do Condel, elaborando modelo de relatório anual a ser apresentado pelas empresas, titulares de Certificados de Empreendimento Implantado, à Sudam, durante o prazo de dez anos, discriminando pormenorizadamente a real situação operacional do respectivo empreendimento, o atendimento às características de seu enquadramento original e às condições requeridas para uma avaliação individual e agregada das mesmas no que diz respeito a seus efeitos e impactos à luz dos objetivos, metas, diretrizes e prioridades dos Planos de Desenvolvimento da Amazônia (itens 4 e 5.17 do relatório da equipe - fls. 39/41 e 61);

2.14. proceda a um controle efetivo dos valores concernentes à renúncia de receitas decorrente da concessão do benefício de isenção parcial ou total do imposto de renda devido para empresas da região amazônica prevista no Decreto-lei nº 756/69 (itens 4, 5.16 e 5.17 do relatório da equipe - fls.39/40, 60/61);

2.15. comunique à Comissão de Valores Mobiliários - CVM, relação contendo o nome de todas as empresas incentivadas pelo Finam que tiveram seus projetos cancelados, conforme dispõe o art. 50 da Resolução nº 7.077/91 do Condel, para a eventual aplicação das penalidades previstas no art. 11 da Lei nº 6.385/07.09.76 (item 3.4 do relatório da equipe - fl. 38);

2.16. aperfeiçoe os mecanismos de controle existentes para a aprovação dos projetos a serem incentivados com recursos do FINAM de forma a evitar o seu superfaturamento, tendo em vista as limitações da Tabela de Preços utilizada como referência pela Divisão de Análise de Projetos Agropecuários, Industriais e de Serviços Básicos - DAP do Departamento de Administração de

Incentivos - DAI na análise dos empreendimentos (itens 2.7 e 5.6 do relatório da equipe - fls.34 e 48);

2.17. observe os critérios para seleção dos projetos a serem colocados em pauta para aprovação do Conselho Deliberativo da Sudam, nos termos da Portaria/SDR nº 64 de 10.07.90 (itens 2.8, 5.7 e 6.2.5 do relatório da equipe - fls. 34/35, 48/50 e 66/68);

2.18. dispenda esforços, quando da elaboração e reformulação do seu orçamento anual, no sentido de contemplar a rubrica "Diárias e Passagens" com dotação suficiente ao desempenho da atribuição legal de acompanhamento e fiscalização dos projetos (Lei nº 8.167/91, art.20, inciso III, e Decreto nº 101/91, art.24, § 3º), tarefa essencial ao bom êxito da política de incentivos fiscais; 8.2.20. ordene medidas no sentido de dotar o Serviço de Auditoria Interna dos recursos humanos e materiais necessários ao desempenho de suas relevantes atribuições, instrumento eficaz no auxílio à direção da entidade para tomada de decisões;

3. Recomendar à Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM que sejam empreendidos esforços imediatos no sentido de:

3.1. fixar os limites máximos de participação dos recursos do Finam em cada projeto a ser aprovado, levando em consideração as características próprias de cada setor a ser beneficiado, tais como indústria, agricultura, agroindústria, pecuária, turismo, serviços básicos, etc. evitando a concentração de recursos financeiros em grandes projetos que trazem como consequência a elevação dos riscos financeiros para o FINAM (itens 2.7 e 5.5 do relatório da equipe - fls. 34, 44/47);

3.2. fortalecer e a coordenar os procedimentos de análise de projetos e de controle de aplicação dos recursos do Finam, aumentando a seletividade na aprovação de projetos e visando o uso mais eficiente dos incentivos fiscais e o conhecimento sobre os recursos efetivamente utilizados nas empresas incentivadas (itens 2.7 e 5.5 do relatório da equipe - fls. 34 e 44/48);

3.3. estabelecer critérios de aprovação de projetos que favoreçam a criação de empregos e o desenvolvimento ou absorção de novas tecnologias, bem como levem em consideração os efeitos sociais e ambientais decorrentes de sua implantação (itens 2.7, 2.8 e 5.5 do relatório da equipe - fls. 34/35 e 44/48);

3.4. implantar uma política de recursos humanos que beneficie a capacitação técnica e administrativa da autarquia, treinando ou reciclando o pessoal em todos os níveis hierárquicos com vistas à adoção de técnicas e procedimentos mais eficientes de análise, administração e acompanhamento de projetos que, dentre outras, incorpore a noção social, ecológica e de informática (item 5.4 do relatório da equipe - fls. 43/44);

3.5. introduzir no "Sistema de Administração de Incentivos Fiscais" um módulo para acompanhar e avaliar os resultados dos empreendimentos incentivados com recursos do FINAM após a emissão do Certificado de Empreendimento Implantado - CEI (itens 5.4, 5.16 e 5.17 do relatório da equipe - fls.43/44 e 60/61);

3.6. normatizar internamente, via Resolução do CONDEL, a exigência de prévia apresentação à SUDAM de certidões negativas de débitos referentes às contribuições previdenciárias (art. 47 da Lei nº 8.212/92), dos Certificados de Regularidade das Contribuições do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 27 da Lei nº 8.036/90) e das certidões de quitação de tributos federais (Instrução Normativa/SRF nº 93/93) para todos os projetos de empresas interessadas em obter incentivos fiscais do FINAM, previsto na Lei nº 8.167/91, ou o benefício da isenção/redução do imposto de renda devido, previsto no Decreto-lei nº 756/69 (itens 2.7 e 4 do relatório da equipe - fls. 34 e 39/40);

3.7. manter a suspensão temporária de aprovação de novos projetos, prevista na Portaria nº 16.467/94, até o restabelecimento do equilíbrio orçamentário do Fundo de Investimento da Amazônia (item 5.5 do relatório da equipe - fls. 44/47);

3.8. promover estudos, juntamente com o Banco da Amazônia S.A. - Basa, acerca da viabilidade e rentabilidade dos pequenos projetos nos setores de agricultura e pecuária, visando ao aprimoramento da política de incentivos fiscais aplicada a essas microempresas, inclusive apresentando formas alternativas à sua constituição como sociedades anônimas, o que contribui para ampliar os encargos a que estão obrigadas;

4. Determinar ao Banco da Amazônia S.A. - Basa que:

4.1. proceda à transferência imediata dos recursos repassados pela Secretaria do Tesouro Nacional à conta-movimento do Fundo de Investimento da Amazônia - Finam, eliminando o "floating" desses recursos na conta "Reserva Bancária" do Basa, pois tal procedimento constitui remuneração sem previsão legal, portanto, vedado, sob pena de indenização ao Fundo de Investimento da Amazônia de quantia correspondente à variação da Taxa Referencial Diária - TRD dos recursos que porventura não sejam imediatamente transferidos à conta do Finam (item 6.5 do relatório da equipe - fls. 69/70);

4.2. indenize o Fundo de Investimento da Amazônia - Finam relativamente às quantias correspondentes à variação da BTN Fiscal e da Taxa Referencial de Juros Diária - TRD nos períodos em que os recursos transferidos ao Basa pelo Tesouro Nacional permaneceram flutuando sem transferência para a conta-movimento do Finam, a partir de 07.12.89, data de edição da Lei nº 7.918 (item 6.5 do relatório da equipe - fls. 69/70);

4.3. vincule as liberações de recursos do Finam à prévia apresentação de certidões negativas de débitos referentes às contribuições previdenciárias (art. 47 da Lei nº 8.212/92), dos Certificados de Regularidade das Contribuições do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (art. 27 da Lei nº 8.036/90) e das certidões de quitação de tributos federais (Instrução Normativa/SRF nº 93/93) - itens 2.9 e 5.9 do relatório da equipe - fls. 35 e 51/53;

4.4. efetive a cobrança tempestiva das debêntures inconversíveis em ações já vencidas, dos projetos incentivados por recursos do Fundo de Investimento da Amazônia - Finam, conforme determinado pelo art. 7º, incisos IV e V, do Decreto nº 101/91 (itens 2.11 e 5.15.4 do relatório da equipe - fls. 36 e 60);

5. Recomendar ao Banco da Amazônia S.A. que realize, em conjunto com a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, estudos de viabilidade técnico-econômica, no sentido de possibilitar a aceitação de moeda corrente - além dos Certificados de Investimentos - em leilões de ações componentes da Carteira do Finam e a transformação das ações componentes dessa Carteira em ações escriturais com vistas a evitar perdas, extravios, falsificações, bem como permitir maior segurança no controle das distribuições de direitos aos acionistas (dividendos, bonificações, etc) - item 5.14 do relatório da equipe - fl. 56;

6. Determinar à Secretaria da Receita Federal - SRF e ao Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro que adotem providências no sentido de encaminhar tempestivamente a fita contendo as informações sobre os optantes do Fundo de Investimento da Amazônia - Finam ao Banco da Amazônia S.A. para que este possa emitir os Certificados de Investimento correspondentes aos optantes sem o risco de descumprimento dos prazos fixados no art. 1º, § 5º, do Decreto-lei nº 1752/79 (itens 2.2 e 6.9 do relatório da equipe - fls. 32 e 71/72)

7. Determinar à Secretaria do Tesouro Nacional que estude a possibilidade de elaborar cronograma de liberações de recursos para o FINAM, nos moldes do que já existe para o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e para o Fundo de Participação dos Estados (FPE), assegurando a transparência do processo de repasse dos recursos, nos termos do artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.167/91 (item 5.8 do relatório da equipe - fls. 50/51);

8. Com fulcro no inciso II do Art. 43 da Lei nº 8.443/92 c/c o inciso III do Art.188 do Regimento Interno deste Tribunal, ouvir em audiência prévia, com vistas à aplicação da multa prevista no Art. 53 do Decreto-lei nº 199/67, vigente à época dos fatos:

8.1. o Sr. Fernando Antonio Vieira, ex-Superintendente Adjunto de Operações da Sudam, pela liberação de recursos, em 19.11.91, de incentivos fiscais do Finam à Barrácool S.A., empresa beneficiada pelo art. 9º da Lei nº 8.167/91, sem que tenha sido deduzido o percentual de 30% em favor das empresas beneficiárias de recursos do art. 5º da mesma lei, contrariando o art. 8º, "caput", da Resolução nº 7.077/91 do Condell (item 6.7 do relatório da equipe - fl. 71);

8.2. o Sr. Alcyr Boris de Souza Meira, ex-Superintendente da Sudam, pela autorização para liberação à empresa Tobasa S.A., mediante Ofício GS nº 3.886, de 18.12.91, efetivada no dia 17.02.92, de recursos no valor de Cr\$ 299.998.104,00, sem que essa empresa estivesse enquadrada na nova legislação de incentivos fiscais, contrariando o art. 26, § 1º, do Decreto nº 101/91 (item 6.8 do relatório da equipe - fl. 68);

9. Sugerir ao Congresso Nacional que estude a conveniência e oportunidade de alterar a Lei nº 8.167/91 no sentido de:

9.1. modificar o § 4º do artigo 5º da Lei nº 8.167/91, com vistas a transformar a garantia flutuante das debêntures em garantia real, estabelecida na escritura de emissão dos referidos títulos (item 5.15.2 do relatório da equipe - fl. 55);

9.2. tornar a política de incentivos financeiros e fiscais mais seletiva e adequada aos interesses da sociedade, de que o Estado é o guardião, melhor direcionando a liberdade de escolha concedida aos empresários por meio do Art. 9º da Lei em comento, considerando que a renúncia de receita efetivada pelo Poder Público deve atender antes de tudo aos interesses do País;

9.3. rever a base em que foi idealizado o sistema de incentivos fiscais implantado no país (ações e debêntures), a qual é complexa e onerosa, exigindo que a empresa beneficiada seja sociedade anônima, modalidade de associação comercial restritiva por seu alto custo de manutenção, beneficiando, por conseguinte, apenas grandes grupos empresariais;

10. Encaminhar cópia das Partes I e II do relatório da equipe, do Relatório, do Voto e da Decisão ora proferida:

10.1. Às Presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como à Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, e à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal;

10.2. Aos Exmos. Srs. Ministros do Planejamento e Orçamento e da Fazenda, para fins de supervisão ministerial;

10.3. Ao Sr. Superintendente da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia;

10.4. Ao Sr. Presidente do Banco da Amazônia S.A.;

11. Juntar este processo, oportunamente, à prestação de contas do Fundo de Investimento da Amazônia - Finam do exercício de 1994/95 para exame em conjunto e em confronto

12. Determinar à 5ª SECEX:

12.1. a inclusão no próximo Plano de Auditorias de uma Auditoria com vistas a apurar a regularidade das aplicações de renúncias de receitas na modalidade de isenção ou redução do imposto de renda devido, previstas no Decreto-lei nº 756/69, em empresas beneficiárias vinculadas à Sudam;

12.2. a realização de inspeção, nos termos do art. 3º da Instrução Normativa/TCU nº 09/95, na Secretaria da Receita Federal - SRF/Ministério da Fazenda, no Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO e na Secretaria do Tesouro Nacional - STN, a ser realizada pela 5ª Secretaria de Controle Externo, visando solucionar a divergência verificada entre os valores constantes das fitas magnéticas contendo as opções dos investidores no exercício de 1990 (ano-base de 1989), para o Finam, emitidas pelo Serpro (Cr\$ 65.800.565.960,82 mais Cr\$ 3.371.442.063,77) e os recursos efetivamente transferidos ao Banco da Amazônia S.A. - Basa (Cr\$ 27.475.617.903,98), ocasionando uma diferença a menor de Cr\$ 41.696.294.967,71 (valores da época)."

2. Em atendimento ao contido nos itens 8.1 e 8.2 daquela Decisão nº 610/96, foram promovidas as audiências dos Srs. Fernando Antonio Vieira e Alcyr Boris de Souza Meira. Em relação ao primeiro, a SEMAG, Unidade Técnica responsável pela instrução dos autos, entendeu que podem ser aceitas as razões de justificativa apresentadas, não sendo devida a imputação de sanções à sua pessoa. No que concerne ao segundo, contudo, opinou a SEMAG pela aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92. Transcrevo, a seguir, trecho da instrução que tratou especificamente dessa questão:

“Esta instrução trata da Audiência Prévia do Sr. Alcyr Bóris de Souza Meira, ex-Superintendente da SUDAM, determinada pela Decisão nº 610/96 – TCU, Sessão do Plenário de 25/09/96, Ata nº 38/96, por seu item 8.8.2, procedida por meio do Ofício nº 285/96 – 5ª SECEX, de 18/10/96 (folha 01). Na mesma data foi enviado também o Ofício nº 286/96 – 5ª SECEX ao Superintendente da SUDAM (folha 02) solicitando informações complementares.

2. O Sr. Alcyr Bóris de Souza Meira autorizou a liberação de recursos à empresa TOBASA – Tocantins Babaçu S/A por meio do Ofício GS nº 3.886, de 18/12/91, efetivada em 17/02/92, no valor de Cr\$ 299.998.104,00 (US\$ 202,230.00), sem que a empresa estivesse enquadrada na nova legislação de incentivos fiscais instituída pela Lei nº 8.167, de 16/01/91, contrariando o disposto no

artigo 26, parágrafo 1º, do Decreto nº 101, de 17/04/91, que estabelece que a empresa fica 'impedida de receber qualquer aporte de recursos por conta dos Fundos de Investimentos Regionais, enquanto não se enquadrar na sistemática estabelecida pela Lei nº 8.167, de 1991'.

3. Em resposta tempestiva, por intermédio de um ofício sem número (folhas 03 a 06), datado de 01/11/96, o Sr. Alcyr Bóris de Souza Meira cita o artigo 5º da Lei nº 8.167/91, onde está redigido que 'os Fundos de Investimentos aplicarão os seus recursos, a partir do orçamento de 1991, sob a forma de subscrição de debêntures, conversíveis ou não em ações, de emissão das empresas beneficiárias...', e argumenta que esta lei 'passou a vigorar a partir de sua publicação, conforme está estabelecido em seu artigo 28, não sendo admissível, conseqüentemente, qualquer efeito retroativo, tornando-se impossível a sua aplicação para recursos remanescentes de exercícios anteriores a ela'.

4. Argumenta ainda que a liberação em questão trata de 'recursos do exercício de 1990 (ano base 1989), vinculados ao artigo 17 do Decreto-lei nº 1.376/74, não sendo portanto aplicável, neste caso, a Lei nº 8.167, pois se assim o fosse estariam vinculados ao artigo 5º da referida lei'.

5. O Sr. Alcyr Bóris de Souza Meira informou que a liberação aqui tratada teve sua tramitação com integral observância à sistemática regulamentar, tendo-se constituído um processo protocolizado sob o nº 0364/92, e em todos os despachos que marcaram sua tramitação, desde a sua entrada no protocolo até a manifestação final do Superintendente, consta, permanentemente, a ressalva de que se tratava do artigo 17, exercício 1990. Esta observação é encontrada no despacho de encaminhamento do Diretor da Divisão de Liberação e Avaliação – DLA, Geraldo Dalette Lima, ao Diretor do Departamento de Administração de Incentivos – DAÍ, Fernando Costa e Silva, desde para o Superintendente Adjunto de Operações, Fernando Antônio Vieira, e finalmente deste ao Superintendente da SUDAM, o signatário do ofício (folhas 07 a 12).

6. No penúltimo parágrafo de seu ofício, o Sr. Alcyr Bóris de Souza Meira informa que anexou o Quadro de Recursos Liberados para a empresa TOBASA e que 'constata-se ainda nesse quadro, em seu rodapé, o registro de liberação efetuada em 29/06/94, após o enquadramento da empresa, em total obediência à Lei nº 8.167, por se tratar de exercício posterior à promulgação da mesma'.

7. Por ocasião de outro trabalho, realizado em junho de 1996 – TC 008.881/95-2, técnicos desta 5ª SECEX tiveram acesso ao Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Regional – CONJUR/MIR nº 90/93 (folhas 22 a 28) e ao Parecer da Procuradoria Geral da SUDAM nº 075/92 – DEJ/PG – SUDAM (folhas 29 a 39), pareceres que foram incluídos neste processo como subsídio para a análise.

8. Ambas as consultorias foram solicitadas por ocasião da última liberação para a TOBASA, que ocorreu em 29/06/94, e que foi a única após a liberação tratada nesta audiência. Nesta época a TOBASA já havia se enquadrado na sistemática da Lei nº 8.167/91, enquadramento que ocorreu em 03/11/93.

9. O parecer da CONJUR/MIR defendeu que a aplicação dos recursos sob a forma de debêntures, conversíveis ou não em ações, passou a ser compulsória a partir do orçamento de 1991, baseando-se no texto do artigo 5º da Lei nº 8.167/91, e, como os recursos em questão são do orçamento de 1990, deveriam ser liberados segundo o artigo 17 do Decreto-lei nº 1.376/74.

10. Já a Procuradoria Geral da SUDAM – PG/SUDAM consideram que o DAÍ 'laborou em lamentável equívoco, ao processar liberações, 'até fevereiro de 1992', de recursos do FINAM, ainda de acordo com a sistemática prevista no Decreto-lei nº 1.376/74, quando deveria fazê-lo, amoldada ao sistema que passou a vigorar a partir da data da Lei nº 8.167/91'. Destaca-se deste Parecer o que segue:

11. 'Pelo que se vê, é caso típico de incidência da lei do tempo, de que trata a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, pois a lei posterior (Lei nº 8.167/91) revogou – por dispor em contrário – o que, a propósito, estabelecia a lei anterior (Decreto-lei nº 1.376/74), exigindo, por isso, da Administração desta Autarquia – circunscrita que está ao princípio constitucional da legalidade – que só faça liberações de recursos do FINAM, para absorção pelas empresas incentivadas pelo art. 5º da Lei nº 8.167/91, através da emissão de debêntures e não de ações.'

12. '...Tal omissão resulta em que a empresa fica impedida de receber qualquer aporte de recursos por conta do FINAM, enquanto não se enquadrar na sistemática estabelecida pela Lei nº

8.167/91, a teor do estabelecido no parágrafo 1º do art. 26 do Decreto nº 101, de 17 de abril de 1991, que diz:’

13. ‘Parágrafo 1º - A opção da empresa beneficiada deverá ser manifestada até 31 de dezembro de 1991, ficando a empresa impedida de receber qualquer aporte de recursos por conta do Fundos de Investimentos Regionais, enquanto não se enquadrar na sistemática estabelecida pela Lei nº 8.167, de 1991.’

14. ‘É bem verdade que o Regulamento de Incentivos Fiscais da SUDAM, aprovado pela Resolução CONDEL nº 7077/91, em seu art. 97, admite a hipótese de liberação de recursos relativos a exercícios anteriores a 1991. Mas tal hipótese não pode absolutamente prosperar, pela sua manifesta extrapolação dos limites traçados pela disposição normativa do parágrafo 1º do art. 26 do Decreto nº 101/91, que não distinguiu nem excepcionou, quando, genericamente, impôs – independente de exercício a que se refiram – a proibição de liberação dos recursos e incentivos, a projetos não enquadrados na nova sistemática.’

15. ‘Finalmente, quando ao tratamento a ser dispensado pela administração da SUDAM às liberações realizadas à semelhança das que foram através dos ofícios mencionados e cujas cópias foram anexadas pela empresa interessada [liberações objeto desta audiência], entendemos ser aplicável a disposição do art. 114 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que prescreve a obrigação da Administração de rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.’

16. os dizeres do Sr. Alcyr Bóris de Souza Meira, transcritos no parágrafo nº 6 desta instrução, só vem confirmar nosso entendimento. A liberação efetuada em 17/02/92 aqui tratada também foi efetuada em exercício posterior à promulgação da Lei nº 8.167/91, e, para total obediência desta lei, só deveria ter sido realizada após o enquadramento da empresa.

17. Como na última liberação não se fala em retroatividade da lei, nesta liberação questionada também não há que se falar. A Lei nº 8.167/91, de 16/01/91, entrou em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário (artigos 28 e 29 da mesma). É ponto pacífico que na data da liberação aqui tratada esta lei estava em vigor. Os pareceristas divergem ao interpretar o artigo 5º da lei citada, entendendo um que, por serem recursos de orçamento anterior, deveriam ser liberados segundo o artigo 17 do Decreto-lei nº 1.376/74, e outro que qualquer liberação a partir da vigência da Lei nº 8.176/91 deveria ser feita amoldada ao sistema desta. Não contestam, absolutamente, como não poderia deixar de ser, o império da Lei nº 8.167/91 e a obrigatoriedade de cumpri-la na íntegra, inclusive seu artigo 22, regulamentado pelo artigo 26 do Decreto nº 101/91, já transcrito.

18. Essa é a questão central nesta audiência, não cabendo aqui discutir o mérito se o correto é liberar segundo o artigo 17 do Decreto-lei nº 1.376/74 ou segundo o artigo 5º da Lei nº 8.167/91. O artigo 26, parágrafo 1º, do Decreto nº 101/91 deveria ter sido cumprido, não tendo sido apresentadas justificativas satisfatórias pelo Sr. Alcyr Bóris de Souza Meira.

19. Como o parágrafo 1º do artigo 26 supracitado foi descumprido, proponho que:

A – seja aplicada a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.443, de 16/07/92, Lei Orgânica deste Tribunal, e no artigo 220 do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15/06/93, fixando-se o prazo de 15 dias, a contar da notificação, para comprovação, perante o Tribunal (artigo 165, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), do recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional;

B – seja autorizada, desde logo, a cobrança judicial da dívida, nos termos do artigo 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, acrescida dos encargos legais calculados a partir do dia seguinte ao término do prazo ora estabelecido até a data do recolhimento, caso não seja atendida a notificação, na forma da legislação em vigor.”

3. Em 25.08.1999 a Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, por meio do Parecer nº 818/99, aprovou o Requerimento nº 626/99, solicitando a esta Corte de Contas "informações acerca dos desdobramentos desta auditoria operacional, marcadamente no que tange ao cumprimento das determinações por parte das entidades e órgãos envolvidos, às penalidades administrativas porventura aplicadas aos agentes responsáveis e aos reflexos das irregularidades apontadas no julgamento das contas dos exercícios 1994/1995 dos administradores do Fundo". Tal expediente foi autuado como um novo processo, que recebeu o número TC-013.995/99-5.

4. Buscando atender ao referido requerimento, a SEMAG expediu as correspondências necessárias e, ao final, elaborou quadro, destacando quais as determinações e recomendações constantes da Decisão nº 610/96 - Plenário que foram, ou não, cumpridas. Tal resultado foi comunicado à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal por meio do Aviso nº 7390/2000, conforme consignado na Decisão nº 873/2000 - Plenário, então prolatada. A mesma Decisão determinou, ainda, a juntada daqueles autos (TC-013.995/99-5) a este TC-005.708/94-0, agora novamente submetido à consideração do Colegiado, para que fossem, nestes autos, adotadas "as providências regimentais necessárias ao saneamento das impropriedades então detectadas".

5. Em síntese, a SEMAG entendeu que não foram cumpridas as determinações constantes dos itens 8.2.1, 8.2.3, 8.2.4, 8.2.5, 8.2.6, 8.2.7, 8.2.9, 8.2.10, 8.2.11, 8.2.12, 8.2.13, 8.2.14, 8.2.16 e 8.2.17 da Decisão nº 610/96.

6. Em conclusão, propôs a Unidade Técnica, em pareceres uniformes:

"I - quanto aos itens 8.1 e 8.2:

a) seja aplicada ao ex-Superintendente da SUDAM, Sr. Alcyr Boris de Souza Meira, em face da autorização para repasse de recursos à empresa Tobasa S.A., mediante ofício GS nº 3.866, de 18.12.91, efetivada no dia 17.02.92, no valor de Cr\$ 299.998.104,00, sem que essa empresa tivesse enquadrada na nova legislação de incentivos fiscais, contrariando o art. 26, §1º, do Decreto nº 101/91, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92, e no art. 220 do Regimento Interno do Tribunal, aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15.06.93, fixando-se o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovação, perante o Tribunal (art. 165, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), do recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional;

b) seja autorizada, desde logo, a cobrança judicial da dívida, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, acrescida dos encargos legais calculados a partir do dia seguinte ao término do prazo ora estabelecido, até a data do recolhimento, caso não seja atendida a notificação, na forma da legislação em vigor; e

c) seja dado conhecimento do Relatório, Voto e Decisão do Ministro-Relator que vier a ser proferida pelo Tribunal ao ex-Superintendente Adjunto de Operações da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, Sr. Fernando Antônio Vieira, e ao ex-Superintendente da SUDAM, Sr. Alcyr Boris de Souza Meira;

II - quanto aos itens 8.2.1, 8.2.3, 8.2.4, 8.2.5, 8.2.6, 8.2.7, 8.2.9, 8.2.10, 8.2.11, 8.2.12, 8.2.13, 8.2.14, 8.2.16 e 8.2.17:

a) seja determinada a realização de audiência dos responsáveis pela SUDAM acerca do descumprimento das determinações mencionadas acima, para apresentação de suas razões de justificativa, nos termos do art. 43, inciso II, da Lei nº 8.443/92;

b) seja solicitada, por meio de Aviso, manifestação do Excelentíssimo Sr. Ministro da Integração Nacional acerca das medidas empreendidas no âmbito de sua pasta com vistas a acompanhar as providências adotadas pela Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM para dar cumprimento à Decisão TC/Plenário nº 610/96."

7. O Ministro José Antônio Barreto de Macedo, ao atuar no processo, na condição de substituto do então Relator, Ministro Adhemar Paladini Ghisi, solicitou o pronunciamento do Ministério Público, que se fez representar nos autos pelo Dr. Lucas Rocha Furtado, manifestando-se de acordo com as conclusões da Unidade Técnica.

8. Em aditamento, aduziu, ainda que:

a) em 04.12.2000 foi constituído Grupo de Trabalho, no âmbito do Ministério da Integração Nacional, tendo por missão "realizar auditoria nos procedimentos e projetos relativos à aplicação de recursos administrados pela Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, em particular naqueles objetos de denúncias formais decorrentes de supostos indícios de

irregularidades";

b) o Tribunal, ao deliberar em processo de Representação acerca das recentes denúncias noticiadas na mídia, envolvendo a SUDAM, determinou a inclusão, no Plano referente ao 1º semestre de 2001, de Auditoria Integrada no FINAM, *"com o objetivo de verificar ocorrências de irregularidades em empreendimentos beneficiários de incentivos fiscais, bem como avaliar a regularidade, eficácia e efetividade da atuação da SUDAM e do BASA, na qualidade de entidades gestoras do Fundo"* (Decisão nº 53/2001 - Plenário);

c) *"do trabalho realizado, tanto pelo Grupo de Trabalho do Ministério da Integração Nacional quanto pela equipe de auditoria deste Tribunal, resultará volume substancial de dados sobre a aplicação de recursos do FINAM em projetos irregulares"*.

9. Em vista dos fatos tratados no item 7 retro, sugeriu que esta Corte determine *"à SEGECEX que, após a promoção de estudos com vistas a encontrar maneira mais eficiente de operacionalizar a instauração, análise e julgamento das aludidas tomadas de contas especiais, adote as providências necessárias para:*

a) *manter entendimentos junto ao Ministério da Integração Nacional, com vistas à realização de trabalho conjunto na coleta de documentos e informações, e instauração das tomadas de contas especiais mencionadas;*

b) *priorizar, no âmbito deste Tribunal, a análise e julgamento das referidas tomadas de contas especiais."*

É o Relatório.

II - VOTO

Manifesto-me de acordo com a Unidade Técnica no que se refere ao acolhimento das razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Fernando Antônio Vieira e pela aplicação de multa ao Sr. Alcyr Bóris de Souza Meira, ex-Superintendente da SUDAM, em virtude da autorização para liberação à empresa Tobasa S.A., sem que essa empresa estivesse enquadrada na nova legislação de incentivos fiscais, contrariando o art. 26, § 1º, do Decreto nº 101/91. Nesse sentido, vejo que a atenta leitura daquele dispositivo legal não deixa qualquer margem de dúvidas quanto à impossibilidade de que empresas não enquadradas nos critérios estabelecidos pela Lei nº 8.167/91 viessem a receber recursos, fossem eles referentes a exercícios pretéritos ou não. À propósito, veja-se a redação do mencionado Decreto:

"Art. 26. Nos termos do art. 22 da Lei nº 8.167, de 1991, é assegurado aos beneficiários de projetos aprovados e em implantação em 17 de janeiro de 1991 o direito à:

I - opção pela sistemática de incentivos fiscais instituída pela Lei nº 8.167, de 1991;

II - conclusão do empreendimento por meio de outras fontes de recursos.

§1º. A opção da empresa beneficiária deverá ser manifestada até 31 de dezembro de 1991, ficando a empresa impedida de receber qualquer aporte de recursos por conta dos Fundos de Investimentos Regionais, enquanto não se enquadrar na sistemática estabelecida pela Lei nº 8.167, de 1991.

§2º. A não comunicação da empresa à Superintendência de Desenvolvimento Regional de uma das opções previstas neste artigo, ao término do prazo mencionado no § 1º, importará em imediatas providências para o cancelamento do projeto e medidas correlatas."

2. Como se verifica do § 1º do dispositivo retrotranscrito, não foi excetuada qualquer situação que possibilitasse o recebimento de novos recursos do FINAM enquanto a empresa não se enquadrasse na sistemática estabelecida pela lei nº 8.167/1991. O ato praticado foi, portanto, flagrantemente ilegal.

3. Deixo de acolher, entretanto, a proposta de realização de audiência pelo descumprimento de determinações constantes da Decisão nº 610/96 - Plenário. De início, por considerá-la desnecessária, pois que a aplicação de multa por descumprimento às decisões do Tribunal prescinde

deste procedimento preliminar. A única hipótese para o não-cumprimento das decisões do TCU é a existência de motivos justificados, nos termos do § 1º do art. 58 da Lei nº 8.443/92. Tais motivos, sempre que existirem, devem ser trazidos ao conhecimento do Tribunal logo após a prolação da decisão que aprovar as determinações, sendo defeso ao responsável, a seu juízo, ignorar a atuação deste Órgão. Não é, portanto, necessário que este Tribunal, para aplicar a referida multa, venha posteriormente a indagar do responsável se existia motivo justificado para o descumprimento da decisão prolatada, uma vez o ônus de demonstrar a possível existência de tais motivos a ele cabia, antecipadamente.

4.No caso concreto que se examina, contudo, creio que existem óbices à aplicação de tal multa. A primeira delas, relacionada à caracterização do agente a ser apenado. Veja-se que desde que a Decisão nº 610/96 foi prolatada, já decorreram cinco anos. Pela SUDAM, ao longo desse período, passaram diversos Superintendentes. Qual deles deve ser apenado? À época em que foi prolatada a Decisão, o então Superintendente em exercício, Sr. Felipe Jezini Sirayama, remeteu a este Tribunal expediente dando ciência da adoção das "providências necessárias ao perfeito equacionamento do que foi solicitado", tendo os respectivos assuntos sido remetidos às diversas unidades departamentais. Vê-se, portanto, que houve, no primeiro momento, a adoção de alguma providência com vistas ao cumprimento das determinações. Mais ainda, vejo que a Decisão nº 610/96 não fixou um prazo para o cumprimento das determinações, o que considero um erro. Volta, então, a indagação: quem deveria ser responsabilizado pelo eventual descumprimento de determinações?

5.Por outro lado, vejo que em diversos dos itens apontados pela SEMAG, não se configura tão claramente o descumprimento das determinações deste Tribunal. São exemplos (não exaustivos):

a) a intensificação da fiscalização dos projetos incentivados (subitem 8.2.3), uma vez que o simples fato de ainda existirem irregularidades em projetos não significa que não tenham sido intensificadas tais ações;

b) a vedação da participação de sócios, diretores, empregados e procuradores de empresas incentivadas pelo FINAM, no Conselho Deliberativo da SUDAM, uma vez que a designação do representantes, no Colegiado, é realizada pelos Conselheiros Titulares - Ministros e Governadores, "não tendo a Autarquia ingerência sobre tais indicações". Por outro lado, verifico que o Controle Interno não informou que tal prática continua ocorrendo, mas apenas considerou prejudicada sua verificação, "em virtude da não disponibilização integral, precisa e abrangente da composição acionária dos empreendimentos incentivados pela entidade";

c) o rigoroso acompanhamento e controle do orçamento do FINAM (item 8.2.7), pois que a Unidade Técnica conclui afirmando que "as informações prestadas não possibilitam afirmar se o acompanhamento e controle do orçamento do FINAM está sendo efetuado a contento pela SUDAM". Ora, não há como se propor a aplicação de multa pelo descumprimento de uma determinação que não se sabe, de fato, se vem sendo descumprida;

d) a observância da ordem cronológica de entrada das cartas-consultas e dos projetos submetidos à apreciação e análise do Departamento de Administração de Incentivos (item 8.2.9) não vem sendo completamente desconsiderada, pois que a SUDAM informa que a simples obediência ao critério cronológico "favoreceria as regiões mais desenvolvidas, pelo fato de serem tradicionalmente as maiores demandantes dos recursos dos incentivos fiscais". Não se pode dizer que a afirmação da SUDAM seja desprovida de razão. Assim, a cronologia teria de ser obedecida para solicitações que atendessem a uma mesma região. Não se tem qualquer notícia de que esse critério - cronologia em relação à determinada região - venha sendo descumprido.

6.Esses os motivos que me levam a divergir da Unidade Técnica quanto à proposta de realização de audiência prévia pelo descumprimento de determinações do Tribunal.

7.À respeito das considerações trazidas pelo Ministério Público, gostaria de lembrar que as leis que regem as concessões de incentivos fiscais já determinam os remédios jurídicos adequados para as hipóteses de inadimplementos por parte dos beneficiários, neles não se incluindo a

instauração de tomadas de contas especiais. De fato, a concessão e a aplicação de incentivos fiscais obedecem a instrumentos que possuem nítida natureza contratual, enquadrando-se, portanto, na linha jurisprudencial que vem sendo adotada por esta Casa, no sentido de que o descumprimento de cláusula contratual, legitimamente acordada, sem que tenha sido praticado ato ilícito por agente público, é matéria regida exclusivamente pelas normas de direito privado, não cabendo ao TCU julgar os prejuízos daí advindos. A referida tese orientou, dentre tantos outros exemplos que poderiam ser mencionados, as Decisões n°s 452/99, 513/99 e 628/99, todas do Plenário, e foi posteriormente rediscutida e confirmada por meio das Decisões n°s 379/2000, 380/2000, 381/2000 e 446/2000 - Plenário.

8. Observe-se, a propósito, que esse foi, inclusive, o motivo alegado pela SUDAM para não dar cumprimento ao item 8.2.4 da Decisão n° 610/96 - Plenário, o que me parece perfeitamente justificado.

9. Assim, nessa linha de raciocínio, somente deverão existir as tomadas de contas especiais alvitadas pelo Ministério Público naquelas situações específicas em que se configure a ação irregular de agente público. Por esse motivo, creio que o volume de trabalho referido pelo *parquet*, em seu parecer, será sensivelmente reduzido, fazendo-se desnecessárias, por conseguinte, as medidas por ele alvitadas.

10. Assinalo, finalmente, que a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia foi extinta por meio da Medida Provisória n° 002145, de 02.05.2001, posteriormente transformada pelas Medidas Provisórias n° 002146, 002153, 002156 e 002157, essa última de 27.07.2001, ainda vigente, tendo suas atribuições transferidas para a Agência de Desenvolvimento da Amazônia - ADA.

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

T.C.U., Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

UBIRATAN AGUIAR
Ministro-Relator

A C Ó R D Ã O N° 213/2001 -TCU - Plenário

1. Processo TC n° 005.708/1994-0
2. Classe de Assunto: Relatório de Auditoria Operacional
3. Responsáveis: Alcyr Boris de Souza Meira (ex-Superintendente da SUDAM) e Fernando Antônio Vieira (ex-Superintendente Adjunto de Operações da SUDAM)
4. Entidade: Fundo de Investimentos da Amazônia - FINAM
5. Relator: MINISTRO UBIRATAN AGUIAR
6. Representante do Ministério Público: Dr. Lucas Rocha Furtado
7. Unidade Técnica: SEMAG
8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Relatório de Auditoria Operacional realizada na Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM e no Banco da Amazônia S.A., instituições supervisora e operadora, respectivamente, do Fundo de Investimento da Amazônia - FINAM, com vistas a avaliar as operações do citado Fundo, em razão de solicitação da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados.

Considerando que este Tribunal, na Sessão de 25.09.1996, por meio da Decisão n° 610/96 - Plenário, dentre outras providências, determinou a realização de audiências dos Srs. Alcyr Boris de Souza Meira, ex-Superintendente da SUDAM, e Fernando Antônio Vieira, ex-Superintendente Adjunto de Operações da SUDAM, tendo, ainda, dirigido diversas determinações à

Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM;

Considerando que os Srs. Alcyr Boris de Souza Meira e Fernando Antônio Vieira apresentaram razões de justificativa, em atendimento às audiências realizadas, sendo que apenas o segundo conseguiu afastar a existência da irregularidade anteriormente apontada pelo Tribunal;

Considerando que a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia foi extinta por meio da Medida Provisória nº 002145, de 02.05.2001, posteriormente transformada pelas Medidas Provisórias nº 002146, 002153, 002156 e 002157, essa última de 27.07.2001, ainda vigente;

Considerando que as atribuições da extinta SUDAM foram transferidas para a Agência de Desenvolvimento da Amazônia - ADA;

Considerando que não ficou caracterizado o descumprimento das determinações do Tribunal, dirigidas à SUDAM por meio da Decisão nº 610/96 - Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

a) acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Fernando Antônio Vieira, ex-Superintendente Adjunto de Operações da SUDAM;

b) não acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Alcyr Boris de Souza Meira, ex-Superintendente da SUDAM, relativamente à autorização para liberação de recursos à empresa Tobasa S.A., sem que essa empresa estivesse enquadrada na nova legislação de incentivos fiscais, contrariando o art. 26, § 1º, do Decreto nº 101/91, e aplicar-lhe, com fulcro no Parágrafo único do art. 43 da Lei nº 8.443/92, a multa referida no art. 58, III, da mesma Lei, arbitrando-lhe o valor de R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais), limite fixado pelo Decreto-Lei nº 199/67, vigente à época dos fatos, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, seu recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente a partir do dia seguinte ao término do prazo ora fixado, até a data do efetivo pagamento;

c) autorizar, desde logo, com fulcro no art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/92, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida as notificações;

d) remeter cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam, à Presidência do Senado Federal, em complementação ao Aviso nº 929-GP/TCU, que atendeu aos Ofícios nºs 616 (SF) e 617 (SF), daquela procedência.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

UBIRATAN AGUIAR

Ministro-Relator

Fui Presente: LUCAS ROCHA FURTADO

Procurador-Geral

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC-927.986/1998-1 c/ 2 volumes

Natureza: Representação

Órgão: Prefeitura Municipal de Ituberá/BA

Interessado: José Maria de Magalhães Netto-Secretário de Saúde do Estado da Bahia

Ementa: Representação acerca de possíveis irregularidades ocorridas em convênio firmado entre a Prefeitura Municipal de Ituberá/BA e o Fundo Nacional de Saúde.

Existência de TCE relativa ao convênio instaurada pelo FNS. Determinação. Apensamento do processo à TCE. Ciência ao interessado.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre expediente enviado pelo Sr. José Maria de Magalhães Netto, Secretário da Saúde do Estado da Bahia, pelo qual encaminha cópia de processos relativos à denúncia de possíveis irregularidades ocorridas durante o exercício de 1997 no município de Ituberá/BA e no Hospital Antônio da Costa Pinto Dantas.

Por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno do TCU o expediente foi autuado como representação.

Os processos originaram-se de denúncia encaminhada à Câmara Municipal de Ituberá contra a administração do Sr. Érico Leite, Prefeito do Município, solicitando a apuração de possíveis irregularidades na prática de atos de gestão e foram encaminhados à Secretaria de Saúde para realização de auditoria visando a apuração dos fatos.

A auditoria apurou que, das despesas apontadas como irregulares são provenientes de recursos federais (Convênio nº 298/96) apenas aquelas relativas à aquisição de um veículo e à reforma e ampliação de postos de saúde, ambas no valor de R\$ 18.000,00. As demais irregularidades, inclusive as relativas ao Hospital Antônio da Costa Pinto Dantas, referem-se a despesas realizadas com recursos de convênios estaduais ou oriundos de arrecadação municipal, refugindo, portanto, à competência do TCU. Além de ter adotado as medidas de sua competência, a Secretaria de Saúde providenciou o envio de cópias dos autos ao Ministério da Saúde, e aos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios da Bahia.

As irregularidades apontadas no relatório de auditoria restringem-se a despesas pagas com recursos do Convênio nº 298/96, firmado pela Prefeitura de Ituberá com o Fundo Nacional de Saúde, e consistem resumidamente no seguinte:

- a) licitações irregulares;
- b) pagamento de opcionais não instalados no veículo adquirido;
- c) indícios de utilização de recursos federais em objeto diverso do convênio firmado com o FNS;
- d) pagamento antecipado de obras, inclusive não-realizadas.

A SECEX/BA realizou diligências junto ao FNS com o intuito de obter cópia do parecer sobre a prestação de contas do referido convênio. O parecer conclui pela devolução do valor total repassado pelo FNS, no montante de R\$ 91.653,60, atualizado a partir de 01.09.1997, data de crédito da ordem bancária, por não alcançar o objeto do convênio, conforme cláusula primeira do termo de convênio e IN/STN nº 02/93 (fl. 384). Propõe, ainda, a instauração de processo de Tomada de Contas Especial (fl. 385).

A Unidade Técnica propõe, então, em pareceres uniformes, o seguinte encaminhamento (fl. 392):

“I - seja determinado ao Fundo Nacional de Saúde – FNS que encaminhe a este Tribunal, no prazo de 60 dias, a Tomada de Contas Especial instaurada referente ao Convênio n.º 298/96 – Programa Saúde na Família, cujo responsável é o Sr. Érico Leite;

II - oportunamente, esta Representação seja juntada à aludida TCE, com o fim de subsidiar sua análise;

III - dar conhecimento ao Representante, Secretário da Saúde do Estado da Bahia – SESAB, da Decisão que vier a ser proferida por esta Corte, assim como do Relatório e Voto que a fundamentarem.”

O Ministério Público junto ao TCU, em parecer do Subprocurador-Geral Paulo Bugarin (fl. 394), manifestou-se de acordo com a proposta de encaminhamento formulada pela Unidade Técnica.

É o Relatório.

VOTO

Verifico que a Tomada de Contas Especial referente ao Convênio n.º 298/96 não deu entrada nesta Corte até a presente data.

Dessa forma, acolho os pareceres uniformes da Unidade Técnica e do Ministério Público e Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto ao Plenário.

T.C.U., Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Marcos Vinícios Vilaça
Ministro-Relator

DECISÃO N.º 620/2001 – TCU – Plenário

1. Processo n.º TC-927.986/1998-1 c/ 2 volumes

2. Classe de Assunto: VII – Representação

3. Interessado: José Maria de Magalhães Neto-Secretário de Saúde do Estado da Bahia

4. Órgão: Prefeitura Municipal de Ituberá/BA

5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin

7. Unidade Técnica: SECEX/BA

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

8.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

8.2. determinar ao Fundo Nacional de Saúde – FNS que encaminhe a este Tribunal, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a Tomada de Contas Especial referente ao Convênio n.º 298/96 – Programa Saúde Família, cujo responsável é o Sr. Érico Leite;

8.3. determinar, oportunamente, o apensamento da presente representação à aludida TCE, para subsidiar sua análise;

8.4. dar conhecimento ao interessado da Decisão que vier a ser proferida por esta Corte, assim como do Relatório e Voto que a fundamentam.

9. Ata n.º 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE VII – Plenário

TC-012.916/1999-4 (c/ 2 volumes)

Natureza: Representação

Entidade: Caixa Econômica Federal – CEF

Interessada: NG – Máquinas e Sistemas de Arquivos Ltda.

Ementa: Representação. Possíveis irregularidades no edital da Tomada de Preços nº 16/99 – CPL/BR. Diligência. Correção das distorções no edital que poderiam acarretar direcionamento da licitação. Inclusão de dois dispositivos ilegais no edital. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação à CEF. Comunicação à interessada. Arquivamento do processo.

RELATÓRIO

Este processo tem por objeto a representação da empresa NG – Máquinas e Sistemas de Arquivo Ltda., nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, acerca de possíveis irregularidades no edital da Tomada de Preços nº 16/99 – CPL/BR, promovida pela Caixa Econômica Federal para a aquisição de um sistema (armário deslizante) para acondicionar microfilmes.

Parecer da Unidade Técnica

2. Em resposta à diligência realizada pela 2ª SECEX, a CEF informou que suspendeu o certame em decorrência dos vícios apontados em impugnações de dois licitantes. Posteriormente, a entidade enviou ao Tribunal cópia do novo edital, com as devidas alterações, bem como informou que houve o reinício do processo.

3. Após examinar os elementos apresentados pela CEF, o analista Miguel Jerônimo de Maya Vianna mostrou que os itens passíveis de configurarem direcionamento da licitação foram sanados no novo edital e, quanto às demais falhas, pronunciou-se da seguinte forma (fls. 170/179):

“.....
9. *A propósito dos questionamentos da NG – Máquinas, serão elencados, pela ordem, os aspectos editalícios (seguidos da respectiva localização no Edital) que, à luz dos exames procedidos, efetivamente se chocam com os dispositivos legais ínsitos ao Diploma Legal Licitatório (e serão, portanto, objeto de proposta de determinação no sentido de sua exclusão ou modificação, se possível para este, ou pelo menos, para futuros certames), bem como aqueles que, por se harmonizarem com os critérios prescritos pela Lei nº 8.666/93, não puderam ser objeto de reparos, seguidos, ambos, de resumo das razões expendidas no contexto do estudo preliminar a que se fez referência e outras de caráter relevante.*

10. *Mostraram, portanto, alguma impropriedade os seguintes aspectos do Edital, entre aqueles apontados na Representação da NG – Máquinas (sendo feita, em cada caso, imediatamente após a apresentação, a referência aos itens da instrução inicial de fls. 131 a 141 dos autos):*

a) segmentação (datas diferenciadas entre a entrega e a abertura dos envelopes de documentação) do processo de cadastramento, previsto no subitem 1.1 e Anexo II do Edital (assunto abordado nos itens 17 a 20 da instrução inicial, às fls. 133 e 134 dos autos). Nada obstante as ponderações de Marçal Justen (indicadas na primeira instrução e por ela esposadas), no sentido de que os interessados deverão provar ter cumprido os requisitos (ainda que com alguma pendência em situação recursal) até três dias antes da data fixada para entrega das propostas, parece não ser essa a melhor interpretação do § 2º do art. 22 da Lei nº 8.666/93. Portanto, substituindo o raciocínio outrora expendido (em função do que, inclusive, deve-se desconsiderar a afirmativa do alinhamento de Marçal Justen com a inexistência de sigilo na etapa de cadastramento), e com amparo na advertência do tratadista, no sentido de que a interpretação do § 2º do art. 22 da Lei 8.666/93 ‘... tem dado margem a controvérsias e disputas infundáveis e, mesmo, insolúveis’ (Marçal Justen Filho, ‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos’, 5ª ed. – São Paulo: Dialética, 1998, p. 179), desenvolveu-se a interpretação a seguir apresentada. Tomando em conta que um dos princípios mais caros à Lei em comento é a mais ampla participação no processo licitatório (de todos que desde o terceiro dia anterior da entrega dos envelopes propostas preenchem as condições necessárias para licitar, no caso de Tomada de Preços), parece mais razoável interpretar o dispositivo no sentido de ser possível a apresentação de toda a documentação relativa ao cadastramento e habilitação até o momento da entrega das propostas, bastando o interessado provar (naquele momento, com a supervisão dos

*demais licitantes) que, pelo menos desde o terceiro dia antes da data para entrega das propostas já cumpria os requisitos exigidos no certame. Coerentemente com tal entendimento, o Edital da Tomada de Preços N° 18/98 do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo estabeleceu a coincidência dos momentos para entrega dos envelopes de documento e de proposta de preços: ‘... às 10 (dez) horas do dia 27 de novembro de 1998 encerrando-se às 10h10min (dez horas e dez minutos), quando será iniciada a abertura dos envelopes ...’ (à fl. 49 dos presentes autos, em cópia apresentada pela NG – Máquinas e Sistemas), embora, paradoxalmente, no item ‘3 – da Habilitação’, subitem 3.1. exija (em contrariedade ao flexível dispositivo de lei) o prévio cadastramento e habilitação parcial no SICAF (vide fl. 50 dos autos). **Dessa forma, resulta inafastável a propositura de determinação para a CAIXA, desde logo – nas Tomadas de Preço que promover – fixar um interregno para a apresentação dos documentos de cadastramento e habilitação, com início em data coincidente ou posterior à abertura do certame e cujo término coincida com o momento da entrega dos envelopes-proposta, após o que seguir-se-iam as etapas de comprovação (para cada participante, de que no terceiro dia anterior à data de entrega dos envelopes-proposta preenchia os requisitos exigidos) e, finalmente, sanadas todas as pendências recursais, de abertura dos envelopes contendo as propostas;***

b) inconstitucionalidade da vedação à contratação da licitante que estiver inscrita há mais de quinze dias no CADIN, previstos no preâmbulo do instrumento convocatório (matéria avaliada nos parágrafos 27 a 31 de fls. 136 e 137 dos autos), em observância aos termos da decisão liminar na ADIN 1454-4 processada pelo STF, que suspendeu, até a prolação final do mérito, a eficácia do art. 7° da MP 1490/96 que amparava tal restrição e que tem sido omitido nas subseqüentes edições da referida MP. Adicionalmente, urge informar sobre a mais recente reedição da Medida Provisória relativa ao CADIN (MP N° 2.095/73, de 22.03.01, conforme cópia de fls. 167/169), em razão do que se propõe a **determinação para eliminar, a partir de agora, cláusulas de mesma natureza nas licitações promovidas pela CEF, até o julgamento de mérito da matéria; e**

c) ilegalidade caracterizada pela previsão de sustação do pagamento de faturas, objeto do subitem 15.10 do Edital (situação analisada no item 39 de fl. 140 dos presentes autos), por falta de amparo legal (lembrando que o princípio da legalidade ao agente público impõe somente fazer o que a lei determina) para a retenção como punição em si mesma, desvinculada da rescisão contratual, motivo pelo qual releva apresentar proposta de **determinação para a CEF, no sentido de abster-se de incluir, desde já, em seus editais de licitação, em geral, cláusula semelhante à de número 15.4 (mesma referência nas versões original e final), relativa à sustação do pagamento de faturas, do Edital relativo à Tomada de Preços n° 16/99, por falta de amparo legal (vis-à-vis o princípio da legalidade).**

11. No entanto, não pode, s.m.j., ser considerada procedente a insurgência da Representante quanto aos seguintes aspectos:

a) exigência de apresentação do Balanço Patrimonial, consoante previsão editalícia do subitem 1.2.1, para comprovação da situação financeira, sem amparo nas disposições da IN/MARE/N° 5/95 (condição estudada no item 21 de fl. 134 dos presentes autos). Além do argumento consignado na instrução inicial (condicionalidade da apresentação compulsória do balanço ao cadastramento inicial ou à situação da empresa caracterizada por nível inferior a 1 em algum dos índices relativos à boa situação financeira), deve-se acrescentar a existência de respaldo legal à exigência de documentação para comprovar a qualificação econômico-financeira (inciso III, art. 27 da Lei n° 8.666/93);

b) suposto caráter sigiloso do critério de aceitabilidade dos preços, subitem 6.1 do edital, face à divulgação da pesquisa de preços de mercado após o recebimento dos envelopes-proposta (questão abordada nos parágrafos 22 e 23 de fls. 134 e 135 dos autos). Nada mais é necessário do que o exposto no estudo inicial, posto que a obrigatoriedade legal é quanto à definição do critério de aceitabilidade de preços (unitário ou global), sendo apenas facultada a divulgação de preços máximos, o que seria, inclusive temerário, dado o perigo da contratação por preço inviável, sendo a pesquisa de preços referencial para o agente público;

c) pretensa ilegalidade no estabelecimento de duas hipóteses de desclassificação de propostas, subitens 6.2.2 e 6.2.4 do edital: que revelem preços baseados em outras proposições, inclusive com o oferecimento de redução sobre a de menor valor, e que se apresentem na forma de

ofertas alternativas (aspecto visto nos itens 24 e 25 de fls. 135 e 136 destes autos). A própria Lei nº 8.666/93 (inciso I do art. 48) traz certa margem de discricionariedade, justamente para evitar a formulação de propostas sem consistência ou que dêem margem a subterfúgios e revogação;

d) possível adoção de critério subjetivo para seleção das propostas inserida no subitem 6.6 do edital (assunto que se abordou no item 26 de fl. 136 dos autos). A expressão ‘... proposta que melhor atenda aos interesses da Caixa’ vincula-se estreitamente às previsões editalícias;

e) suposto precedente incompatível com a Lei, no subitem 7.5 do instrumento convocatório, pela faculdade de efetuar nova classificação, no caso de desclassificação de proposta até a contratação (matéria objeto de cogitações dos parágrafos 32 e 33 de fls. 137 e 138 dos presentes autos). Às ponderações lançadas na instrução inicial – no sentido de que a ‘nova classificação’ é apenas a reconvocação, pela ordem de classificação das respectivas propostas, dos licitantes habilitados – releva considerar, também que uma possível dúvida da NG – Máquinas quanto à validade de desclassificação após a abertura das propostas. A leitura do § 5º do art. 43 (a **contrariu senso**) assegura a admissibilidade ‘... em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento’;

f) ausência do valor do contrato no edital (item 11 do instrumento convocatório), impossibilitando o cálculo do valor da garantia (tema do item 34 de fl. 138 dos autos). A divulgação do valor do contrato permitiria inferir com razoável precisão os preços admissíveis pelo agente público. Ademais, cada licitante pode aplicar o percentual sobre um valor contratual com base nos preços de sua proposta;

g) impossibilidade de obtenção de fiança bancária – prevista no item 11 do Edital, como condicionante à celebração – em função da exigência, pelos bancos, de prova da celebração (assunto do parágrafo 35 de fl. 138 destes autos). Três razões invalidam os argumentos da Representante: por imperativo lógico, a garantia é pré-condição para a celebração; a fiança bancária é apenas uma entre várias formas de garantia, e a exigência prévia da contratação à formalização da garantia conduziria à extinção de tal modalidade de operação, parecendo, portanto, mais razoável depreender o aumento das exigências bancárias a sua concessão em função do atual ambiente de risco bancário; e

h) possível ilegalidade da cobrança da multa de mora, diretamente do interessado, sem, preliminarmente, deduzi-la do valor da garantia, ditame contido no subitem 15.3.2 do instrumento editalício (matéria objeto dos itens 36, 37 e 38 de fls. 139 e 140 dos presentes autos). No caso em análise, o critério de hermenêutica (sistemático) mais consentâneo com os princípios que regem a Administração Pública impõe concluir pelo não imediatismo da dedução, das multas eventualmente aplicadas, das garantias em poder do agente público, conforme previsto no § 2º do art. 86 do Estatuto Licitatório, cabendo interpretar tal dispositivo primeiro, como suporte jurídico à dedução dos valores de crédito do contratado junto ‘a Administração, e, em segundo lugar, como salvaguarda para o contratado, de forma a evitar – caso a ocorrência motivadora da multa provoque também a rescisão do contrato e a conseqüente perda dos valores caucionados – o desembolso adicional para pagar débito que a caução absorveu. Por outro lado, a dedução imediata, sem a rescisão ou o término do contrato, consumiria a garantia, deixando a Administração em situação de vulnerabilidade durante parte do período de implementação do contrato. Assim, o melhor entendimento, s.m.j. é de que o valor da garantia deve manter-se íntegro ao longo da execução do contrato, devendo o agente público primeiramente deduzir dos créditos da contratada o valor da multa eventualmente aplicada, promovendo, a seguir, a cobrança direta ou judicial, somente após, no caso de rescisão contratual, deduzindo-a do valor da garantia.

12. Em decorrência, propõe-se:

I. determinar à Caixa Econômica Federal que, relativamente às disposições contidas nos editais pertinentes aos processos de licitação por ela promovidos, inclusive nos casos em andamento:

a) nas Tomadas de Preços, fixar um interregno para a apresentação dos documentos de cadastramento e habilitação, com início em data coincidente ou posterior à abertura do certame e cujo término coincida com o momento da entrega dos envelopes-proposta, após o que seguir-se-iam as etapas de comprovação (para cada participante, de que no terceiro dia anterior à data de entrega dos envelopes-proposta preenchia os requisitos exigidos) e, finalmente, sanadas todas as

pendências recursais, de abertura dos envelopes contendo as propostas;

b) em todas as modalidades de licitação, evitar a inclusão, nos respectivos editais, de disposições que transformem a figuração do nome do adjudicatário no CADIN como evento proibitório à celebração do contrato, em observância aos termos da decisão liminar na ADIN 1454-4 processada pelo STF, que suspendeu, até a prolação final do mérito, a eficácia do art. 7º da MP 1490/96, que amparava tal restrição; e

c) em todas as espécies de processos licitatórios, abster-se de inserir cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas como punição em si mesma, tendo em vista que as disposições da Lei nº 8.666/93 não tratam tal providência como modalidade autônoma de apenação.

II. encaminhar à interessada cópia da Decisão que vier a ser proferida, bem como do relatório e do voto que a fundamentaram.”

4. No parecer endossado pelo titular da 2ª SECEX, o Diretor Técnico em substituição ratificou o pronunciamento do analista sobre a correção dos pontos do edital que poderiam acarretar direcionamento do certame e a ilegalidade da previsão de sustação do pagamento de faturas como sanção administrativa. Quanto ao restante da instrução, o Diretor manifestou-se da seguinte forma (fls. 180/182):

“.....
Em relação à vedação da contratação da licitante que estiver inscrita há mais de quinze dias no CADIN, disposta no item 7.3.2 do edital em questão, concordo com o mérito proposto pelo analista, no item 10.b de sua instrução, à fl. 176, pela irregularidade do procedimento. Porém, entendo ser mais conveniente determinar à entidade que se abstenha de realizar tal procedimento por falta de amparo legal, tendo em vista não constar mais o dispositivo impeditivo do art. 7º da Medida Provisória nº 1490/96 na nova norma relativa ao CADIN, MP nº 2095, de 22.3.2001.

.....
No que concerne às datas para apresentação das propostas, entendo que não houve irregularidade no edital, tendo em vista que não houve restrição ao direito do licitante de participar do certame. De fato, o § 2º do art. 22 da Lei nº 8666/93 prevê a possibilidade de cadastramento até o terceiro dia útil anterior à abertura das propostas, tendo a doutrina firmado entendimento de que esse prazo refere-se a apresentação dos documentos necessários, como ensina Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 6ª edição, à pág. 190:

‘Como interpretar a regra do § 2º, alusiva a ‘atenderem todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas’?

O dispositivo poderia ser interpretado no sentido de que os interessados estariam sujeitos, para participar da tomada de preços, à obtenção do cadastramento até o terceiro dia anterior. Ou seja, deveriam requerer sua inscrição no cadastro com antecedência suficiente para estar concluída até o terceiro dia anterior. Essa interpretação é inadmissível por ser impossível estimar, de antemão, o prazo necessário para processar-se a inscrição no cadastro. Nem seria possível remeter a fixação desse prazo à discricionariedade da Administração. Portanto, não se pode reputar que o interessado deve, obrigatoriamente, estar cadastrado até três dias antes da data prevista para entrega das propostas, inclusive pelo risco de a Administração determinar o universo dos licitantes e restabelecer uma tomada de preço nos moldes da legislação revogada: bastaria a Administração atrasar sua atuação para excluir os interessados que houvessem requerido mais tardiamente seu cadastramento, Tanto mais porque a vontade legislativa é permitir que, após divulgado o edital, eventuais interessados requeiram sua habilitação e venham a participar da licitação. Por isso, a melhor interpretação é a de que os interessados em participar deverão apresentar, até três dias antes da data prevista para entrega das propostas, toda a documentação necessária à obtenção do cadastramento.’ (grifei)

Logo, nota-se que a doutrina já interpreta a lei de forma benéfica aos licitantes, ao considerar regular o procedimento de aceitar a documentação relativa ao cadastramento até o terceiro dia útil anterior à abertura das propostas, e não exigir que o cadastramento esteja já efetivado nesse prazo. Portanto, não há a necessidade, nem a previsão legal, para uma determinação no sentido de que o prazo para recebimento da documentação supramencionada seja estendido até o dia da abertura das propostas comerciais (item 10.a da instrução, à fl. 176).

Pelo exposto, submetemos os autos à consideração superior, com a seguinte proposta:

a) conhecer desta representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 69, inciso VII, da Resolução nº 136/2000, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) determinar à CEF que:

b1) se abstenha de incluir nos editais de seus processos licitatórios dispositivo impeditivo à contratação de licitante que estiver inscrito no CADIN, por falta de amparo legal, conforme a Medida Provisória nº 2095/2001;

b2) não insira nos editais de seus certames licitatórios cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas como sanção administrativa, por falta de amparo legal.

c) encaminhar à interessada cópia da Decisão que vier a ser prolatada, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem;

d) arquivar os autos.”

É o relatório.

VOTO

A 2ª SECEX mostrou que a Caixa Econômica Federal – CEF corrigiu as distorções no edital da Tomada de Preços nº 16/99 – CPL/BR que poderiam acarretar direcionamento da licitação.

2. Por outro lado, aquela unidade técnica verificou que o referido edital contém dispositivos que contrariam a legislação em vigor, como o impedimento à contratação de licitante que estiver inscrito no CADIN e a previsão da sustação do pagamento de faturas como sanção administrativa.

3. Considerando que tais medidas não encontram respaldo no atual ordenamento jurídico, cabe determinar à entidade que se abstenha de incluí-las nos editais de processos licitatórios.

4. Assim sendo, acolho o parecer da 2ª SECEX e Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto ao Plenário.

T.C.U., Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Marcos Vinícios Vilaça
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 621/2001 - TCU – Plenário

1. Processo nº TC-012.916/1999-4 (c/ 2 volumes)

2. Classe de Assunto: VII - Representação

3. Interessada: NG – Máquinas e Sistemas de Arquivos Ltda.

4. Entidade: Caixa Econômica Federal – CEF

5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça

6. Representante do Ministério Público: Não atuou

7. Unidade Técnica: 2ª SECEX

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

8.1. conhecer desta representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 69, inciso VII, da Resolução nº 136/2000, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

8.2. determinar à CEF que não inclua nos editais de certames licitatórios, por falta de amparo legal:

8.2.1. dispositivo impeditivo à contratação de licitante que estiver inscrito no CADIN;

8.2.2. cláusula prevendo a sustação do pagamento de faturas como sanção administrativa;

8.3. comunicar à interessada o teor desta decisão; e

8.4. determinar o arquivamento deste processo.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

MARCOS VINÍCIOS VILAÇA
Ministro-Relator

GRUPO II - CLASSE VII - PLENÁRIO

TC-009.337/2001-6

Natureza: Solicitação

Unidade: Governo do Estado do Espírito Santo - Programa de Despoluição dos Ecossistemas Litorâneos do Espírito Santo - PRODESAN - ES

Interessado: Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados

Ementa: Solicitação de auditoria para apurar possíveis irregularidades no processo de licitação da Concorrência Internacional nº 001/2000. Contrato entre o BIRD e o Estado do Espírito Santo. União como parte co-partícipe, nos termos do Contrato de Garantia firmado. Relatório de Auditoria no PRODESAN tratado no TC-016.527/1999-2. Conhecer da Solicitação. Juntada dos autos ao TC-016.527/1999-2. Informação ao interessado.

Adoto como Relatório a elucidativa instrução da lavra da Analista Núbia Passos Patrocínio.

“Trata-se de solicitação formulada pela Câmara dos Deputados, por meio do Of-P n.º 121/2001, de 07 de junho de 2001 (fls. 02), no sentido de que esta Corte de Contas promova a realização de auditoria para apurar irregularidades no processo de licitação da Concorrência Internacional BIRD n.º 001/2000, resultante da operação de crédito externo contratada junto ao BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e Financiamento), destinada ao financiamento parcial do Programa de Despoluição dos Ecossistemas Litorâneos do Espírito Santo (PRODESAN/ES).

2. Preliminarmente, cabe salientar que a presente solicitação está prevista no inciso IV do art. 71 da Constituição Federal e no inciso I do art. 38 da Lei n.º 8.443/92.

3. No âmbito deste Tribunal, o art. 184 do Regimento interno estabelece a condição necessária para o deferimento de solicitações desse tipo, in verbis:

‘Art. 184. É requisito essencial para o acolhimento, nos termos dos incisos IV e VII do art. 71 e § 1.º do art. 72 da Constituição Federal, que o pedido de informação ou a solicitação a que se refere o artigo anterior tenha sido endereçado ao Tribunal pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, por suas Comissões técnicas ou de inquérito, ou pela Comissão mista a que se refere o § 1.º do art. 166 da Constituição.’

4. O Deputado Federal Max Mauro invoca, como justificativa para a intervenção do TCU no presente caso, o fato de a União ter participado daquela operação de crédito como avalista do Governo do Estado do Espírito Santo para obtenção daquele crédito externo, fundamentando-se, para tanto, no disposto no art. 70, parágrafo único da Constituição Federal.

5. Inicialmente, cumpre lembrar que se encontra em tramitação nesta Secretaria o TC – 016.527/1999-2, relativo à Auditoria já realizada no PRODESPOL, atualmente denominado PRODESAN, cujo objetivo único traduziu-se no fornecimento aos Membros do Congresso Nacional, que o solicitaram, de uma visão geral daquele Programa, colhendo e analisando informações sobre o que foi planejado, executado até aquele momento e o que faltaria ser

executado, bem como sobre as principais falhas e irregularidades detectadas, as causas e conseqüências do não atingimento dos objetivos inicialmente propostos e as perspectivas de sua conclusão.

6. Como resultado daquela auditoria concluída em 08.12.1999, esta Secretaria, unanimemente, submeteu ao Ministro-Relator Valmir Campelo a seguinte proposta:

‘a – envio de cópias do relatório, voto do Ministro-Relator e decisão que o Tribunal vier a tomar aos parlamentares federais interessados na matéria, em especial os que representam o Espírito Santo, ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo, para as providências de suas respectivas competências;

b – exame pelo Tribunal da conveniência e oportunidade de incluir em seu plano de trabalho e de auditorias o acompanhamento da aplicação de recursos provenientes de financiamentos internacionais com aval federal e destinados a execução de projetos, inclusive valendo-se dos Convênios assinados com os Tribunais de Contas Estaduais, ante o que estabelece o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal;

c - em vista do alto retorno social e econômico dos investimentos adicionais requeridos e ante a crítica situação financeira do Estado, recomendação ao Poder Executivo Federal para que dê prioridade na aplicação dos recursos financeiros federais, destinados ao saneamento do Estado do Espírito Santo, na conclusão das obras paralisadas dos sistemas B-4, Praia do Canto/Vitória, B-13, Praia da Costa/Vila Velha e Praia do Morro/Guarapari, inclusive como meio de viabilizar o ingresso de mais recursos externos do BIRD’.

7. Em Despacho datado de 16 de julho de 2001, o Ministro-Relator, por sua vez, determinou o seguinte no âmbito daquele processo: ‘À vista dos elementos processuais e de informação dando conta de alteração no Programa de Despoluição dos Ecossistemas Litorâneos do Estado do Espírito Santo – PRODESPOL, atualmente denominado PRODESAN, determino, com fulcro no art. 140 do Regimento Interno do TCU, a restituição dos autos à SECEX/ES para que promova diligência, e se necessário inspeção, junto aos órgãos executores, objetivando colher dados e informações sobre possíveis alterações implementadas na planilha de custos do plano de conclusão das obras do referido Programa.’ (grifos nossos).

8. Retornando ao conteúdo dos presentes autos, observamos que a licitação BIRD n.º 001/2001, questionada pelo Deputado Max Mauro, também é parte do projeto co-financiado pelo Banco Mundial por meio do **Empréstimo 3767-BR (US\$ 154.000.000,00)**, denominado PRODESPOL à época de sua criação e, hoje, conhecido como PRODESAN. (fls. 05/09).

9. Extraímos, ainda, do Relatório de Auditoria integrante do processo a que nos referimos anteriormente, o seguinte trecho que dispõe sobre o Aval prestado pela União ao Governo do Estado do Espírito Santo, em decorrência do citado empréstimo obtido junto ao BIRD:

‘17. Em 28/10/94, a União formalizou o aval ao BIRD, mediante contrato de garantia que dispôs o seguinte:

‘Seção 2.01. Sem limitar ou restringir quaisquer das obrigações sob o Contrato de Garantia, a Avalista (a República Federativa do Brasil) pelo presente incondicionalmente garante, **como obrigada principal e não apenas como avalista**, o pagamento devido e pontual do principal e dos juros e outros custos sobre o empréstimo, e o prêmio, se houver, sobre o pagamento antecipado do Empréstimo, e o desempenho pontual de todas as demais obrigações do Tomador (o Estado do Espírito Santo), tudo conforme estabelecido no Contrato de Empréstimo.’ (grifos nossos).

10. Vê-se, pois, que a União tomou parte do mencionado empréstimo, não apenas como avalista, **mas como obrigada principal**. Nesse sentido, com vistas a definir a competência, bem como delimitar a abrangência da jurisdição deste Tribunal sobre o caso em relevo, reportamo-nos às seguintes disposições normativas:

‘Art. 70 da Constituição Federal – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo Único. **Prestará contas** qualquer pessoa física ou 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.’ (grifos nossos).

‘Art. 5.º da Lei n.º 8.443/92 – A jurisdição do Tribunal abrange:

I – qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1.º desta lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie, ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;’ (grifos nossos).

11. Verifica-se, assim, que a jurisdição do TCU abrange o Governo do Estado do Espírito Santo, no caso em comento, uma vez que este assumiu em nome na União obrigações de natureza pecuniária junto ao BIRD (Banco Mundial), tornando-a coobrigada junto àquela instituição financeira. Assim sendo, entendemos que este Tribunal tem competência concorrente a do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para fiscalizar os atos administrativos relativos à utilização daqueles recursos externos.

12. Ante o exposto, sugerimos o encaminhamento do presente processo ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro-Relator Iram Saraiva, propondo:

a) conhecer da solicitação, por preencher os requisitos previstos no inciso IV do art. 71 da Constituição Federal, no inciso I do art. 38 da Lei n.º 8.443/92;

b) realizar, com fundamento no art. 70, Parágrafo Único, da Constituição Federal, c/c o art. 5.º da Lei n.º 8.443/92, inspeção, conforme solicitado, no Governo do Estado do Espírito Santo, com vistas à apurar possíveis irregularidades no processo de licitação da Concorrência Internacional n.º 001/2000 do BIRD, referente ao PRODESAN-ES (antigo PRODESPOL), em razão daquele programa ter sido financiado com recursos externos, de cujo contrato de financiamento a União participou como obrigada principal e avalista;

c) remeter à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados cópia do Relatório e Voto da Decisão que vier a ser proferida nestes autos.”

É o Relatório.

VOTO

Considerando que já tramita nesta Corte processo que trata da matéria versada nestes autos (TC-016.527/1999-2), e tendo em vista que seu relator, o Ministro Valmir Campelo, já teria autorizado à SECEX/ES proceder a diligência e, se necessário, a inspeção, conforme registrado no Relatório retro, parece-me mais apropriada a apensação dos presentes autos àqueles, tendo em vista os princípios da economia e da racionalização administrativa.

Dessa forma, acolho, em parte, o parecer da unidade técnica, e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

IRAM SARAIVA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 622/2001-TCU- Plenário

1. Processo nº TC-009.337/2001-6
2. Classe de Assunto: VII - Solicitação
3. Interessado: Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados
4. Unidade: Governo do Estado do Espírito Santo – Programa de Despoluição dos Ecossistemas Litorâneos do Espírito Santo
5. Relator: Ministro Iram Saraiva
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: SECEX/ES
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 – conhecer da presente solicitação, com fulcro no art. 38 da Lei nº 8.443/92;

8.2 – encaminhar à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e do Voto que a instruem, informando-lhe que o objeto da auditoria solicitada já está contemplado no TC-016.527/1999-2, cujos resultados serão oportunamente encaminhados; e

8.3 – determinar o apensamento do presente processo ao TC-016.527/1999-2, que trata de Auditoria realizada no PRODESAN.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

IRAM SARAIVA

Ministro-Relator

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 700.043/1998-5

Natureza: Acompanhamento

Responsável: Flávio Del Comuni

Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal – 8ª Região Fiscal/MF

Ementa: Acompanhamento de procedimento licitatório de outorga de permissão para a exploração de Estação Aduaneira Interior – EADI. Exame do instrumento contratual à luz das orientações jurisprudenciais consubstanciadas nas Decisões nºs 498 e 755/2000 – TCU – Plenário. Aprovação, com ressalva, do sexto estágio, previsto no inciso VI do art. 4º da IN-TCU nº 10/95. Determinação. Arquivamento.

RELATÓRIO

Adoto como parte do presente Relatório a bem-lançada instrução de fls. 260/264, **verbis** :

“Cuidam os autos do processo de acompanhamento de licitação de Permissão para prestação de serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias em Estação Aduaneira Interior na jurisdição de Bauru/SP, Concorrência SRF/SRRF/8ª RF nº 03/98.

2. Mediante Decisão nº 115/99-TCU-Plenário (fls. 252), foram aprovados os 1º, 3º, 4º e 5º estágios de acompanhamento do processo, previstos na IN nº 10/95. Em 20/03/2000, os autos foram remetidos a esta Secretaria (fls. 255) para exame do 6º estágio e acompanhamento da execução do contrato.

3. O referido exame foi realizado às fls. 256/258. Naquela oportunidade, considerando que não foram verificadas falhas ou irregularidades e que o contrato assinado não contempla disposições estranhas ao edital nem à minuta de contrato previamente aprovada, foi formulada proposta de aprovação dos procedimentos relativos ao 6º estágio e arquivamento do processo (fls. 258).

4. Entretanto, à vista do entendimento firmado por esta Corte, quando da apreciação dos TCs 007.369/1999-9 (Decisão nº 498/2000 – Plenário) e 700.216/1997-9 (Decisão nº 755/2000 – Plenário), o Sr. Ministro-Relator Adylson Motta, mediante Despacho (fls. 259), determinou a realização de novo exame dos autos.

5. Ressalte-se que as principais discussões levantadas nos TCs anteriormente mencionados

dizem respeito a falhas nos critérios de pontuação e de julgamento das propostas fixados nos editais de licitação, que incentivam a apresentação de valores simbólicos ou irrisórios de tarifas, que poderiam tornar inexecutíveis as propostas das licitantes vencedoras.

6. Com vistas a subsidiar esta nova análise, destacamos que os editais utilizados nas licitações para permissão de serviços públicos em EADI são elaborados pela Secretaria da Receita Federal de forma padronizada para uso de todas as Superintendências Regionais daquele órgão.

7. As Decisões que motivaram o Sr. Ministro Adylson Motta a determinar o reexame desses processos foram:

DECISÃO Nº 498/2000 - TCU – Plenário
TC Nº 007.369/1999-9

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

8.1 - determinar à Secretaria da Receita Federal que:

a) promova alterações nos futuros editais de licitação concernentes às permissões dos serviços públicos de armazenagem e movimentação de mercadorias em Estações Aduaneiras Interiores, de forma a não mais permitir ou incentivar a cotação de tarifas a preços simbólicos ou irrisórios, uma vez que o procedimento infringe o § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93;

b) inclua nos mencionados editais a indicação dos bens reversíveis, bem como, nos respectivos contratos, cláusulas que sobre eles disponham, em conformidade com o que determinam os arts. 18, inciso X, e 23, inciso X, da Lei 8.987/95;

c) não dê início a novos procedimentos licitatórios para as aludidas permissões até que sejam promovidas as alterações de que tratam as alíneas anteriores;

d) inclua no contrato a ser firmado com a licitante-vencedora da Concorrência SRF/SRRF/9a RF – nº 02/98 cláusulas dispendo sobre os bens reversíveis, em atendimento ao que determina o já mencionado art. 23, inciso X, da Lei 8.987/95.

8.2 – conhecer da Representação formulada pela empresa Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno, dando-lhe ciência desta Decisão;

8.3 - juntar os presentes autos ao TC-550.087/1998-2, que trata do acompanhamento relativo à EADI a ser instalada em Curitiba ou em São José dos Pinhais/PR. (grifamos)

DECISÃO Nº 755/2000 - TCU - Plenário
TC Nº 700.216/1997-9

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

8.1. aprovar os primeiro e quarto estágios, previstos nos incisos I e IV do art. 4º da Instrução Normativa/TCU nº 10/95, relativos ao processo de outorga de permissão de serviço público de movimentação e armazenagem de mercadorias em Estação Aduaneira Interior - EADI, localizada no Município de Campinas/SP;

8.2. aprovar, com ressalva, os terceiro e quinto estágios do supramencionado processo, à vista das seguintes falhas no edital:

a) adoção de critérios de pontuação que incentivam a compensação matemática entre tarifas propostas e a apresentação de valores simbólicos, irrisórios ou iguais a zero;

b) ausência de especificação das condições objetivas mínimas de exequibilidade, contrariando o prescrito no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93;

8.3. determinar à Secretaria da Receita Federal que:

8.3.1. promova os estudos necessários e efetivamente altere, nos futuros editais, se ainda não o fez, os critérios de pontuação atualmente adotados, de modo a eliminar definitivamente a possibilidade de compensações matemáticas de tarifas ou de proposição de preços simbólicos, irrisórios e de valor zero, informando este Tribunal a respeito de seus resultados;

8.3.2. especifique, nos próximos atos convocatórios, as condições objetivas mínimas de exequibilidade, em observância ao prescrito no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93;

8.3.3. estabeleça, nos futuros editais, cláusula que informe o destino a ser dado aos bens

móveis ou imóveis relacionados à prestação do serviço público objeto da permissão;

8.3.4. preveja, nos futuros procedimentos licitatórios para permissão de estações aduaneiras interiores, a aplicação de multa na hipótese de não cumprimento do cronograma de execução das obras e serviços necessários ao perfeito funcionamento da EADI;

8.3.5. verifique a viabilidade, em futuras licitações, de o chefe da unidade regional ou local assinar, conjuntamente, o termo contratual, em face de sua competência para a expedição de normas operacionais e a nomeação do fiscal da permissão;

8.4. determinar à Superintendência Regional da Receita Federal - 8ª Região Fiscal/MF, que:

8.4.1. firme termo aditivo ao presente contrato, com vistas à indicação e à completa regulação dos eventuais bens reversíveis empregados na prestação dos serviços;

8.4.2. observe o disposto no art. 109, § 4º, da Lei nº 8.666/93, no tocante ao prazo de 5 dias úteis, contado do recebimento do recurso, para a reconsideração de decisão ou remessa à autoridade superior;

8.4.3. nomeie o fiscal da permissão e expeça as normas operacionais necessárias ao cumprimento do contrato firmado com a empresa Libra - Linhas Brasileiras de Navegação S/A, de acordo com o parágrafo Décimo Primeiro da Cláusula Terceira do referido termo;

8.4.4. dê conhecimento a este Tribunal a respeito das providências que vierem a ser adotadas;

8.5. determinar à 9ª SECEX a realização de uma inspeção na Superintendência Regional da Receita Federal - 8ª Região Fiscal, com vistas a verificar a adequação dos serviços da permissionária Libra Terminais S/A ao pleno atendimento dos usuários, sob todos aspectos previstos no art. 6º da Lei de Concessões (regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade de tarifas) e todas as demais obrigações previstas no contrato, com vistas a subsidiar a análise do sexto estágio e o acompanhamento da execução contratual;

8.6. dar ciência do inteiro teor desta Decisão, juntamente com o Relatório e o Voto que a fundamentam, ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda. (grifamos)

8. Devemos lembrar, inicialmente, que os efeitos da Decisão nº 498/2000 estão suspensos em virtude de recurso impetrado contra atos da Comissão Especial de Licitação na outorga acompanhada no TC nº 007.369/1999-9.

9. Todavia, esse fato não inviabiliza esta nova análise uma vez que a Decisão nº 755/2000 contempla os mesmos pontos abordados na Decisão nº 498/2000, como vimos anteriormente.

10. Cabe destacar alguns fatos relevantes:

a) Os 1º, 3º, 4º e 5º estágios previstos na IN/TCU nº 10/95, referentes ao presente processo, já foram aprovados mediante Decisão nº 115/99-TCU-Plenário;

b) as determinações de nºs 8.2 a 8.3.5 da Decisão nº 755/2000 referem-se a falhas detectadas nos editais elaborados pela Secretaria da Receita Federal, os quais, conforme mencionado, são padronizados;

c) as citadas determinações já foram comunicadas à Secretaria da Receita Federal e portanto não carecem ser reiteradas; e

d) as determinações de nºs 8.1 e 8.4.2 a 8.6 da mesma Decisão referem-se ao caso concreto examinado naqueles autos.

11. Portanto, considerando que os 1º a 5º estágios do acompanhamento em tela já foram aprovados pelo Plenário desta Corte e tendo em vista a análise do 6º estágio realizada por esta 2ª DT às fls. 256/258, onde não foram observadas falhas ou irregularidades, devemos nos ater apenas à determinação constante do item 8.4.1 da Decisão nº 755/2000, que diz respeito à constituição de termo aditivo ao contrato com vistas à indicação e regulação de eventuais bens reversíveis, é aplicável à Superintendência Regional da Receita Federal/8ª RF, no tocante à EADI Bauru/SP, uma vez que, para cada outorga, os contratos de permissão para prestação de serviços em EADI, embora também padronizados pela Secretaria da Receita Federal (já que a minuta do contrato faz parte do edital), são celebrados diretamente entre as Superintendências Regionais competentes e as licitantes vencedoras.

12. Dessa forma, com vistas a dar cumprimento ao Despacho do Sr. Ministro-Relator Adylson Motta, entendemos necessário determinar à Superintendência Regional da Receita Federal – 8ª Região Fiscal que firme termo aditivo ao contrato de permissão para prestação de serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias na Estação Aduaneira Interior – EADI – na jurisdição de Bauru/SP, firmado com a empresa CIPAGEM – Companhia Paulista de Armazéns Gerais Aduaneiros Exportação e Importação S.A., com vistas à indicação e à completa regulação dos eventuais bens reversíveis empregados na prestação dos serviços (Decisão nº 755/2000-TCU-Plenário).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe lembrar que estão sendo discutidos no âmbito do TC nº 011.689/1999-4 (outorga de serviços da EADI Rio Grande/RS-SRRF – 10ª RF) os termos da Cláusula Décima Primeira do Contrato de Adesão que prevê, no Parágrafo Décimo Segundo, “No caso de revogação unilateral, tem a permissionária a opção de obter indenização do valor dos bens ainda não amortizados ou depreciados, mediante a transferência de sua propriedade para a União.”

Naquela oportunidade questiona-se o instituto da indenização que, a princípio, não seria compatível com outorgas de permissão, uma vez que outorgas dessa natureza têm caráter precário, o investimento corre por conta e risco do particular e não há interesse na transferência para União da propriedade dos bens afetos à prestação do serviço.

13. Entretanto, devemos destacar que o contrato de adesão em análise já foi assinado e que eventual determinação por parte do Tribunal no TC 011.689/1999-4, que venha a alterar a Cláusula Décima Primeira dos contratos de permissão de EADI (padronizados), poderá ser realizada posteriormente à Secretaria da Receita Federal ou às respectivas superintendências regionais. Desse modo, todos os contratos, inclusive o ora examinado, poderão ser alterados, ainda que os respectivos processos de acompanhamento já estejam arquivados.

14. Por essa razão entendemos que a cláusula da indenização devida às permissionárias, que está sendo discutida no TC anteriormente mencionado, não inviabiliza o prosseguimento desta análise nem carece ser objeto de discussão nestes autos, restando, assim, a proposta apresentada no parágrafo 12.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto e considerando o entendimento firmado por esta Corte quando da apreciação do TC nº 700.216/1997-9 (Decisão nº 755/2000 – Plenário), no tocante à análise do 6º estágio de acompanhamento previsto na IN/TCU nº 10/95, propomos:

a) determinar à Superintendência Regional da Receita Federal – 8ª Região Fiscal que firme termo aditivo ao contrato de permissão para prestação de serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias na Estação Aduaneira Interior – EADI – na região metropolitana de Bauru/SP, firmado com a empresa CIPAGEM – Companhia Paulista de Armazéns Gerais Aduaneiros Exportação e Importação S.A. (Concorrência SRF/SRRF/8ª RF n.º 03/98), com vistas à indicação e à completa regulação dos eventuais bens reversíveis empregados na prestação dos serviços;

b) arquivar os presentes autos, tendo em vista que o acompanhamento da execução contratual será exercido mediante exame do Relatório Consolidado de Acompanhamento a ser elaborado pela entidade federal concedente, nos termos do art. 11 da Instrução Normativa – TCU nº 27, de 22 de novembro de 1998 e realização de auditorias e inspeções.”

À fl. 264, o digno Diretor da 2ª Divisão Técnica, acompanhado pelo ilustre Secretário de Controle Externo, acolhe a proposta de encaminhamento acima transcrita.

É o Relatório.

VOTO

Considerando a necessidade de se apreciar o exame do instrumento contratual, consubstanciado no 6º estágio previsto pela Instrução Normativa nº 10/1995, à luz do entendimento firmado nas Decisões nºs 498 e 755/2000, e também a nova forma de acompanhamento da execução contratual instaurada pela Instrução Normativa nº 27/1998, acolho a proposta de encaminhamento da Unidade Técnica e Voto no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

T.C.U., Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

ADYLSO MOTT
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 623/2001 – TCU – Plenário

1. Processo **TC 700.043/1998-5**

2. Classe de Assunto: VII – Acompanhamento

3. Responsável: Flávio Del Comuni

4. Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal – 8ª Região Fiscal/MF

5. Relator: **Ministro Adylson Motta**

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: 9ª Secex

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator e com fulcro no art. 19, inciso I, *u*, do Regimento Interno, DECIDE:

8.1. aprovar, com ressalva, o sexto estágio, previsto no inciso VI do art. 4º da Instrução Normativa - TCU n.º 10/95, relativo ao processo de outorga de permissão de serviço público de movimentação e armazenagem de mercadorias em Estação Aduaneira Interior – EADI, localizada no Município de Bauru/SP;

8.2. determinar à Superintendência Regional da Receita Federal – 8ª Região Fiscal/MF que, nos termos do art. 23, inciso X, da Lei n.º 8.987/95, ajuste o contrato de permissão firmado com a empresa CIPAGEM – Companhia Paulista de Armazéns Gerais Aduaneiros Exportação e Importação S/A, de modo a indicar e a regular completamente os eventuais bens reversíveis empregados na prestação do referido serviço;

8.3. arquivar os presentes autos.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

ADYLSO MOTT
Ministro-Relator

GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 012.513/1999-7

Natureza: Acompanhamento

Entidade: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Interessado: Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados

Ementa: Relatório de Acompanhamento das Receitas e Despesas Previdenciárias a cargo do INSS. Conformação constitucional do Sistema de Seguridade Social. Detalhamento do comportamento das receitas e despesas. Análise dos fatores determinantes do *deficit* dos diversos regimes previdenciários: fatores estruturais (demográficos, informalização do trabalho, políticas sociais), conjunturais (estagnação econômica, fim do regime inflacionário), e gerenciais (fraudes, evasão fiscal, ineficiente cobrança administrativa e execução dos créditos). Conclusão técnica quanto à insolvência do Regime Geral de Previdência Social, não equacionada com a Reforma da Previdência. Apreciação no sentido da inviabilidade de novos aumentos nas alíquotas das contribuições, propugnando-se pela adoção de medidas outras de natureza administrativa e operacional com vistas a ampliar-se a arrecadação do sistema. Remessa de cópia aos órgãos com interesse na matéria. Arquivamento.

RELATÓRIO

Em exame o Relatório de Acompanhamento das Receitas e Despesas Previdenciárias a cargo do INSS referentes ao exercício de 1998, a ser encaminhado à Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados, por força do item 8.1 da Decisão n.º 550-Plenário, de 18.11.95, combinado com o item 8.1 da Decisão n.º 209/98 – TCU – Plenário, de 29.04.98. Ressalte-se ainda que a referida Comissão, por meio de ofício do seu presidente, Deputado Federal Delfim Neto, juntado ao TC 011.684/1999-2, também manifestou interesse em continuar recebendo os Relatórios de Acompanhamento das Receitas e Despesas Previdenciárias (fl. 47).

Semelhantemente ao que se tem verificado desde 1996, o presente trabalho, realizado pela Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais, baseou-se em dados do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, da Secretaria do Tesouro Nacional e da Secretaria de Previdência Social, obtidos em boletins e por meio dos expedientes de solicitação de informações de n.ºs 1 a 6. Além desses elementos, a Unidade Técnica se valeu também de informações do Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI e de bibliografia relacionada ao tema.

O Relatório foi estruturado pela Unidade Técnica da forma seguinte:

1.Introdução

1.1.Seguridade Social

1.2.Previdência Social Brasileira

1.3.A Composição do Déficit Previdenciário entre os Regimes

2. Análise Descritiva do Comportamento das Receitas e das Despesas

2.1 Arrecadação Financeira da Previdência Social

2.2 Comportamento das Receitas em 1998

2.2.1 Execução Orçamentária por Fonte de Recurso

2.2.2 SIMPLES

2.2.3 Empréstimos

2.3 Comportamento das Despesas em 1998

2.3.1 Benefícios

2.3.1.1 Benefícios Emitidos

2.3.1.2 Benefícios Concedidos

3. Situação Financeira do RGPS/INSS

3.1 Principais Razões do Déficit

3.1.1 Fatores Estruturais

3.1.2 Fatores Conjunturais

3.1.3 Fatores Gerenciais

3.1.3.1.Renúncia Fiscal

3.1.3.2.Perdas com Contribuições Substitutivas

3.1.3.2.1.Setor Rural

3.1.3.2.2.SIMPLES

3.1.3.2.3.Clubes de Futebol Profissional

- 3.1.4.Evasão Fiscal
- 3.1.5 Reforma Previdenciária

4 – Conclusão

Passo a transcrever o trabalho realizado no âmbito da SECON, subscrito pelo AFCE Fabio Henrique Grana e Barros, verbis (fls. 05/46):

“1. INTRODUÇÃO

1.1 Seguridade Social

1.Conforme o art. 194 da Constituição Federal, a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Em termos gerais, a Seguridade Social pode ser definida como o conjunto de políticas e ações articuladas com o objetivo de amparar o indivíduo e/ou seu grupo familiar ante os eventos decorrentes de morte, doença, invalidez, idade, desemprego e incapacidade econômica em geral. Destarte, a grande maioria dos programas da seguridade é integrada por três componentes básicos:

a) O Seguro Social, também conhecido como Previdência Social, constituído por um programa de pagamentos em dinheiro e/ou serviços prestados ao indivíduo ou a seus dependentes, como compensação parcial/total da perda da capacidade laborativa, geralmente mediante um vínculo contributivo.

b) A saúde é entendida como o conjunto de políticas e ações de natureza médica que visam à prevenção e à cura dos agravos ao bem-estar físico e mental do indivíduo, de seus dependentes bem como da comunidade em geral.

c) A assistência social é integrada por programas de auxílio dirigidos a uma clientela de caráter residual, cujo único critério seja a necessidade, sem que estes incluam, necessariamente, o vínculo contributivo.

1.2 Previdência Social Brasileira

2. Como fora ressaltado acima, Previdência Social tem um sentido mais restrito que Seguridade Social, consistindo em um sistema de cobertura dos efeitos das contingências, resultante de imposição legal, e lastreado, basicamente, na contribuição para seu custeio. A previdência brasileira, desde sua fase embrionária, experimentou considerável evolução. Atualmente a previdência dos trabalhadores do setor privado e do setor público se divide em três regimes:

1.2.1) Regime de Previdência do Setor Público

3. Após a promulgação da Constituição de 1988, a maior parte dos celetistas foi convertida em estatutários com a instituição do Regime Jurídico Único, que previa também a possibilidade da existência de regimes próprios da previdência no âmbito da União, Estados e Municípios. Os Estados e grande parte dos Municípios adotaram esta política, assumindo a responsabilidade pelo passivo previdenciário desses servidores que, anteriormente, haviam contribuído para o regime geral da previdência social e estavam submetidos ao teto de contribuição e de benefícios.

4. Em 1998 o déficit previdenciário da União, dos Estados e dos Municípios foi respectivamente de R\$ 18.32, R\$12.8 e R\$ 2.5 bilhões. Dessa forma, a necessidade de financiamento consolidado das três esferas de governo foi de R\$ 33.62 bilhões (**20 – NOTA DE RODAPÉ - Fonte Conjuntura Social/SPS abr/mai/jun de 1999 com dados dos MPAS, MF e INSS.**). Assim, o desequilíbrio no regime previdenciário do setor público apresenta-se como um dos principais obstáculos ao ajuste das contas públicas.

1.2.2.)Regime de Previdência Complementar

5.No Regime de Previdência Complementar brasileiro, existente desde 1977 (Lei nº 6.435/77), as entidades de previdência privada estão divididas em fechadas e abertas. Nas entidades abertas a associação é facultada a qualquer pessoa e nas fechadas, a associação é restrita aos

funcionários da empresa.

6. Segundo a revista Conjuntura Social, a previdência complementar compreende cerca de 1.7 milhão de participantes ativos e 645 mil beneficiários (21 – **NOTA DE RODAPÉ -Entenda-se por beneficiários a soma do número de pensionistas, aposentadorias, auxílios de renda continuada, benefícios de pagamento único e outros benefícios.**). Esse regime, apesar de ter um número reduzido de participantes, representa uma parcela importante no Produto Interno do país. Só as Entidades Fechadas de Previdência Privada – EFPP – também conhecidas como Fundo de Pensão aumentaram sua participação no PIB de 3,3% em 1990 para 10,3% em 1998. Diferentemente dos outros regimes está possibilitando uma acumulação de poupança interna de longo prazo.

1.2.3. Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

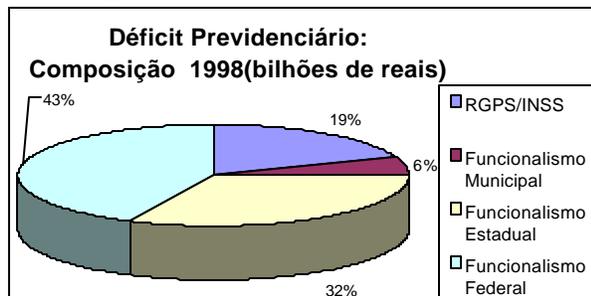
7. O regime geral de previdência social é responsável pelos autônomos, empregadores, empregados de empresa, empregados domésticos e trabalhadores em geral da iniciativa privada, e está a sob a gerência do INSS. Antes de se falar propriamente no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS- é interessante relatar como se deu a consolidação dessa Autarquia. Um marco significativo dessa evolução ocorreu com a instituição do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas), em 1977. Por esse sistema, cabiam exclusivamente ao Instituto Nacional da Previdência Social, INPS (22 – **NOTA DE RODAPÉ - O INPS fora criado em 1966 e reuniu, em uma mesma estrutura, cinco Institutos de Aposentadoria e Pensões existentes na época.**), a manutenção e a concessão de benefícios. A prestação de assistência médica ficou a cargo do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, Inamps (23 – **NOTA DE RODAPÉ - Autarquia criada especificamente para este fim.**). Outra Autarquia, o Instituto da Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, (Iapas), foi criado com a finalidade específica de promover a gestão administrativa, financeira e patrimonial do sistema.

8. Com o Governo Collor, em março de 1990, entre outras alterações institucionais ocorreu a criação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS), mediante a fusão do INPS e do Iapas, e a transferência do Inamps para o Ministério da Saúde. Nesse sentido, para uma melhor compreensão da participação dos regimes no déficit previdenciário a sua composição será evidenciada no tópico a seguir.

1.3 A COMPOSIÇÃO DO DÉFICIT PREVIDENCIÁRIO ENTRE OS REGIMES

9. O déficit de caixa previdenciário das quatro fontes – INSS, Tesouro Federal, Estadual e Municipal foi calculado em cerca de R\$41 bilhões em 1998, aproximadamente 4,7% do PIB do ano. Esse déficit consolidado foi majoritariamente gerado fora do âmbito do INSS, cujo desequilíbrio, no mesmo ano, foi de menos de 20% do déficit previdenciário total.

Figura 1

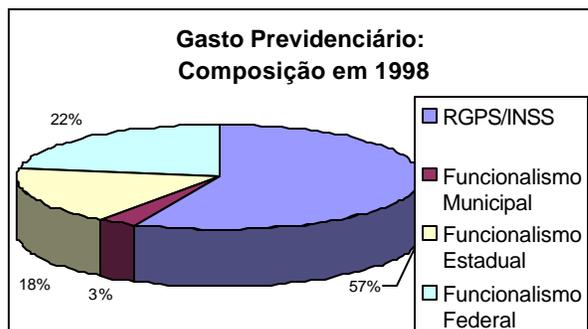


Fonte: Conjuntura Econômica set/99 com dados do Ministério da Fazenda

10. A gravidade do déficit do INSS é decorrente da expressividade do volume, ou seja, o nível de despesa com benefícios do INSS corresponde a aproximadamente 6% do PIB. Com efeito, um acréscimo de 10% dos gastos do RGPS/INSS, tudo o mais mantido constante, corresponde a uma variação de 0,6% do PIB. Além disso, segundo estimativa do Ministério da Fazenda, os dispêndios com benefícios do INSS representam algo em torno de 57%, da despesa total estimada com benefícios das referidas quatro fontes.

Figura 2

Fonte: Conjuntura Econômica set/99 com dados do Ministério da Fazenda



2. ANÁLISE DESCRITIVA DO COMPORTAMENTO DAS RECEITAS E DAS DESPESAS DO RGPS

2.1 Arrecadação Financeira da Previdência Social

11. As receitas para cobertura do sistema previdenciário estão previstas no Orçamento da Seguridade Social, que contém as ações integradas do Governo Federal destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

12. Os artigos 195 e 204 da Constituição Federal estabelecem o seu financiamento, a saber:

“ Art. 195. A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das seguintes contribuições sociais:

I. do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (redação pela Emenda Constitucional 20/98 – D.O.U. 16.12.98)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (acrescido pela Emenda Constitucional 20/98 – D.O.U. 16.12.98)

b) a receita ou o faturamento; (acrescido pela Emenda Constitucional 20/98 – D.O.U. 16.12.98)

c) o lucro; (acrescido pela Emenda Constitucional 20/98 – D.O.U. 16.12.98)

II. do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre a aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência de que trata o art. 201; (redação pela Emenda Constitucional 20/98 – D.O.U. 16.12.98)

III. sobre a receita de concursos de prognósticos.

.....

Art. 204 As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I. descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II. participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

13. As leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, que vieram a regulamentar os arts. 194 e 204 da Constituição Federal, consolidaram o conceito de seguridade social estabelecido na Carta Magna. A primeira, dispoendo sobre a organização da seguridade social, instituiu o plano de custeio e a outra, dispunha sobre o plano de benefícios.

14. As fontes de receita vinculadas à Seguridade Social, segundo o art. 11 da lei 8.212/91, são as seguintes:

I. receitas da União;

II. receitas das contribuições sociais;

III. receitas de outras fontes.

As contribuições sociais definidas foram:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário de contribuição;

d) as das empresas, incidentes sobre o faturamento e o lucro;

e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

15. Além disso, é importante consignar que a Emenda Constitucional nº 20/98 – D.O.U. 16.12.98 – acrescentou no art. 167 da Constituição Federal o inciso XI, no qual veda a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, (a) e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

2.2 COMPORTAMENTO DAS RECEITAS EM 1998

16. As receitas que devem cobrir os gastos previdenciários com determinada finalidade são agrupadas sob uma mesma codificação, denominada fonte orçamentária. E os demonstrativos da despesa especificam a espécie de recurso que irá financiar a despesa, ou seja a fonte. Assim, a classificação por Fontes de Recursos é utilizada para assegurar a compatibilidade entre as despesas e as receitas públicas. Dessa forma, a análise será feita com base na classificação por fontes, uma vez que é a sistemática utilizada pelos órgãos oficiais.

17. Além disso, para permitir uma melhor compreensão da origem das fontes que financiam o RGPS/INSS, é oportuno dividir os tais recursos em três modalidades: i) aqueles que são arrecadados diretamente pelo INSS; ii) aqueles que são arrecadados pela Secretaria da Receita Federal – SRF – e são transferidos pelo Tesouro Nacional por serem vinculados a gastos com a seguridade; iii) por último aqueles que também são arrecadados pela SRF e são transferidos pelo Tesouro Nacional, mas que não são vinculados ao orçamento da seguridade.

Recursos arrecadados diretamente pelo INSS (24 – NOTA DE RODAPÉ - A partir de 29.09.98 as receitas arrecadadas pelo INSS passaram a ser integradas aos mecanismos da Conta Única do Tesouro Nacional.):

Fonte 154: Contribuição dos Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social de uso exclusivo do INSS – Alíquotas variando de 7,82 a 11% para o empregado e de aproximadamente 20% sobre a folha salarial para os empregadores **(25 – NOTA DE RODAPÉ - Para os microempresários optantes do SIMPLES existe a alíquota única para IR e Contribuição Social que varia de 1 a 10%, dependendo do faturamento bruto da empresa. Esses recursos são arrecadados pela SRF e transferidos ao INSS por esta fonte.)**

Fonte 250 – Recursos próprios diretamente arrecadados, onde se destaca a aplicação de recursos da Fonte 154, e serviços de arrecadação prestados a terceiros;

Fonte 292 – Saldos de exercícios anteriores, que representam o resultado positivo obtido pelo INSS.

Parcelas de recursos vinculados à Seguridade Social transferidos pelo Tesouro Nacional, em conformidade com o disposto na Lei Orçamentária Anual. Destacam-se nesse grupo as seguintes fontes:

Fonte 122 – Contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos;
 Fonte 123 – Cota da Previdência;
 Fonte 151 – Contribuição Social sobre o Lucro da Pessoa Jurídica;
 Fonte 153 – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;
 Fonte 155 – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira;
 Fonte 156 – Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor;
 Fonte 198 – Contribuição para o Finsocial- Recuperação de Depósitos Judiciais.

Recursos não vinculados à Seguridade Social, destinados à Previdência Social para suprir a sua necessidade de financiamento:

Fonte 100 – Recursos Ordinários – Provenientes do Orçamento Fiscal;
 Fonte 144 – Títulos de Responsabilidade do Tesouro Nacional
 Fonte 199 – Fundo de Estabilização Fiscal

18. A arrecadação prevista para o INSS gerir o Regime Geral, em 1998, foi de R\$ 57.601.494 mil (cinquenta e sete bilhões, seiscentos e um milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil reais), tendo sido constatada a efetivação de R\$ 60.431.857 mil (sessenta bilhões, quatrocentos e trinta e um milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil reais), isto é, observou-se uma arrecadação 4,91% superior ao esperado para esse ano. (Vide tabela 1)

Tabela 1

Receitas Orçadas Versus Receitas Efetivamente Arrecadadas – Exercício 1998 (R\$ mil)

Grupo	Fonte de Recursos	Dot. Orç. Inicial (A)	Valor Realizado (B)	Diferença (B-A)	Realização % B/A
Rec. Arrecadados pelo INSS	154 - Cont. Emp. e Trab. Soc.*	38.771.254	40.284.803	1.513.549	103,90%
	250 - Rec. Diretamente Arrecadados	-478.023	458.563	-19.460	95,93%
SUBTOTAL 1		39.249.277	40.743.366	1.494.089	103,81%
Recursos da Seguridade Social Transferidos pelo Tesouro	123 - Cota da Previdência	80	0	-80	0,00%
	151 - Cont. Social Lucro Pessoa Jurid.	4.097.973	4.098.995	1.022	100,02%
	153 - Cont. Financiamento Seg. Social	10.200.546	10.452.079	251.533	102,47%
	156 - Cont. Plano Seg. Social Servidor	105.376	135.533	30.155	128,62%
SUBTOTAL 2		14.403.977	14.686.607	282.630	101,96%
Recursos sem Vinculação Específica	100 - Recursos Ordinários	1.765.093	1.507.491	-257.602	85,41%
	199 - Fundo de Est. Fiscal	2.183.147	2.014.023	-169.124	92,25%
	329 - Rec. Concessões e Permissões	-	1.480.370	-	-
SUBTOTAL 3		3.948.240	5.001.884	1.053.644	126,69%
TOTAL		57.601.494	60.431.857	2.830.363	104,91%

Fonte: INSS e SIAFI

. (*) Nesse valor está incluído o montante de R\$ 2.560.470 mil (dois bilhões, quinhentos e sessenta milhões, quatrocentos e setenta mil reais) referente ao saldo do empréstimo tomado em 1997 no valor de R\$ 6 bilhões.

. Algumas fontes relativas ao Orçamento da Seguridade Social não foram previstas para o RGPS, por isso não estão presentes na tabela acima.

19. Os recursos da Contribuição dos Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social (fonte 154), por representar a principal fonte financiadora do Regime Geral precisam ser cuidadosamente analisados. Dessa forma, observa-se que foram estimados para essa fonte R\$ 38.771.254 mil (trinta e oito bilhões, setecentos e setenta e um milhões, duzentos e cinquenta e quatro mil reais) e foi efetivamente realizado o montante de R\$ 40.284.803 mil (quarenta bilhões, duzentos e oitenta e quatro milhões, oitocentos e três mil reais), o que significaria uma realização 3,9% superior ao esperado para o ano de 1998.

20. Contudo, é preciso analisar esse resultado positivo com certa cautela, pois do montante de R\$ 40.284.803 mil (quarenta bilhões, duzentos e oitenta e quatro milhões, oitocentos e três mil reais), cerca de R\$ 2.560.470 mil (dois bilhões, quinhentos e sessenta milhões, quatrocentos e setenta mil reais) referem-se ao saldo do empréstimo realizado pelo INSS em 1997. Com isso, o valor efetivamente arrecadado correspondeu a R\$ 37.724.333 mil (trinta e sete bilhões, setecentos e vinte e quatro milhões, trezentos e trinta e três mil reais), uma efetivação a menor de 2,7%.

21. Analisando os resultados obtidos, observa-se que os recursos da Seguridade Social arrecadados pela SRF tiveram um comportamento um pouco superior ao estimado no orçamento, variaram em torno de 2% da estimativa inicial, e aqueles arrecadados pelo INSS foram cerca de 4% maiores que o previsto, isto se computado o empréstimo. E por último quanto àquelas fontes não pertencentes ao orçamento da Seguridade Social e que também foram arrecadadas pela SRF,

constatou-se que o valor orçado foi cerca de 27% superior ao valor realizado. Para uma melhor visualização da evolução do financiamento do RGPS, o tópico a seguir ressaltará a execução orçamentária por fonte de recursos.

2.2.1 EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA POR FONTE DE RECURSOS Exercícios - 1996/1998

22. Para uma melhor compreensão da capacidade de financiamento do RGPS com recursos próprios, bem como da evolução das fontes no contexto do financiamento desse regime previdenciário, faz-se mister visualizar a participação relativa das fontes nesse triênio. Por isso, a tabela 2, abaixo, apresenta a participação relativa de cada grupo de receita no financiamento das despesas do INSS.

Tabela 2

PARTICIPAÇÃO RELATIVA DAS FONTES DE RECEITAS NO FINANCIAMENTO DAS DESPESAS DO INSS*

Grupo	Fonte de Recursos	1996	1997	1998
Recursos	154 – Cont. Emp. e Trab. Seg. Soc**	70,08%	73,65%	66,66%
Arrecadados pelo INSS	250 – Rec. Diretamente Arrecadados	1,76%	1,15%	0,76%
	292 – Saldos Exerc. Anteriores	3,25%	0,00%	0,00%
SUBTOTAL 1		75,10%	74,80%	67,42%
Recursos da Seguridade Social transferidos pelo Tesouro Nacional	122 – Renda Líqui. Conc. Prognósticos	0,00%	0,16%	0,00%
	151 – Cont. Social Lucro Pessoa Juríd.	0,00%	0,72%	6,78%
	153 – Cont. Financiamento Seg. Social	4,77%	14,59%	17,30%
	156 – Cont. Plano Seg. Social Servidor	0,44%	0,00%	0,22%
	198 – Cont. Finsocial – Rec. Dep. Jud.	0,00%	0,00%	0,00%
SUBTOTAL 2		5,21%	15,47%	24,30%
Recursos sem vinculação específica	100- Recursos Ordinários	0,00%	0,14%	2,49%
	329 – Rec. Concessões e Permissões	0,00%	0,00%	2,46%
	199 – Fundo de Est. Fiscal***	19,69%	9,59%	3,33%
SUBTOTAL 3		19,69%	9,73%	8,28%
Total		100,00%	100,00%	100,00%

Fontes: INSS e Siafi

(*) Execução Orçamentária: Despesas Liquidadas

(**) Esta fonte agrega os valores repassados pelo Tesouro Nacional referente à parcela do Simples cabível ao INSS, a partir da instituição do sistema em 1997. Também estão incluídos os valores dos empréstimos.

23. Conforme a tabela 2 acima, os recursos arrecadados pelo INSS corresponderam a 67,42% dos recursos que a Autarquia possuía para fazer frente aos gastos do RGPS. Desse montante, quase a totalidade é proveniente da fonte 154, ou seja, 66,66%. A comparação desse percentual com a de anos anteriores permite confirmar uma tendência declinante da capacidade de gerir o sistema previdenciário pelas fontes tradicionais de financiamento. Pela tabela apresentada, observa-se que a participação dos recursos arrecadados pela própria Autarquia correspondiam a 75,10% em 1996 e 74,80% em 1997. Nesse grupo vale ressaltar que além de uma certa estagnação da arrecadação da Contribuição dos Empregadores e Trabalhadores (fonte 154), o saldo de exercícios anteriores (fonte 292) desde 1997 não existiu, em clara evidência da insuficiência de caixa do INSS. Além disso, os recursos próprios diretamente arrecadados (fonte 250), no qual se destaca a aplicação de recursos da fonte 154, e serviços de arrecadação prestados a terceiros vem tendo uma participação decrescente no financiamento dos gastos do RGPS.

24. Já na análise do grupo relativo aos recursos da Seguridade Social que foram transferidos pelo Tesouro Nacional, constatou-se uma participação relativa crescente da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins (fonte 153). Entre 1997 e 1998 o incremento da participação dessa fonte foi da ordem de 2,7% e entre 1996 a 1998 de 12,5%. Além disso, a Contribuição Social sobre o Lucro da Pessoa Jurídica (fonte 151) teve um aumento de sua participação relativa de 6,1% com relação ao exercício de 1997. O aumento da participação dessa

fonte nos gastos do RGPS pode ser, de certa forma, explicada pela arrecadação da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira). A criação desse tributo, vinculado à área da saúde, permitiu que outras contribuições que compunham a área fossem dispersas para outros setores da seguridade. Conforme foi constatado no TC 009.218/97-1, a área da saúde, ao invés de ter seu orçamento aumentado em 45% em 1997, em virtude da arrecadação da CPMF teve um aumento de apenas 29%, em clara evidência de transposição de fontes tradicionais da saúde para outras áreas. Em termos gerais, a participação relativa desse grupo, relativo aos recursos da seguridade transferidos pelo Tesouro, aumentou de 15,47% em 1997 para 24,30% em 1998.

25.Finalizando, o grupo relativo aos recursos do orçamento fiscal teve uma participação de 8,28% do total mobilizado para financiar o sistema. Esse resultado é consequência da redução gradual da participação do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) (fonte 199), que de 1996 a 1998 teve sua participação reduzida de 19,69% para 3,33%. Esta expressiva redução é fruto de uma mudança na sistemática de transferência de recursos que será melhor explicada no item 26.

26.Com a instituição do Fundo Social de Emergência, de que trata a Emenda Constitucional nº 1, de 1994, alterada pelas Emendas Constitucionais nºs 10/96 e 17/97, hoje Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), 20% das receitas decorrentes de Impostos e Contribuições Federais, após deduzidas as transferências constitucionais dos Estados e Municípios seriam transferidos ao Tesouro Nacional, a título de formação desse fundo. Os recursos do FEF se destinam ao custeio de despesas emergenciais e, conforme o art.71 do ADCT, devem ser aplicados prioritariamente no custeio das ações dos sistemas de saúde, educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada. Conforme o TC nº 002.081/1999-7, desde que o FEF foi instituído, 20% da Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social (fonte 154) eram reclassificados para a fonte 199 (FEF), sem ocorrência de movimentação financeira dos recursos entre o INSS e o Tesouro Nacional, ficando os mesmos à disposição do INSS para pagamento de benefícios do RGPS.

27.Contudo, a partir de 1997 houve uma mudança na sistemática de transferência dos recursos da fonte 199 ao INSS. Assim, o Tesouro Nacional capta os 20% da fonte 154 e classifica na fonte 199, transferindo ao INSS o mesmo valor pela fonte 153, que ele passa a denominar de COFINS-FEF. Essa mudança foi incluída no orçamento do INSS, leis nº 9.438, de 26/02/97 e nº 9.598, de 30/12/98. Esta compensação de valores entre a Cofins e o FEF pode ser melhor visualizado no Demonstrativo de Receitas por Fonte de Recursos indicado na tabela 3.

Tabela 3

Demonstrativo de Receitas do INSS por Fontes de Recursos –1998 (R\$ mil)

Fontes de Recursos	Valores das Receitas	%
100 – Recursos Ordinários	1,507,491	2.49
122 – Renda Líquida de Concursos de Prognósticos	0	0
123 – Cota da Previdência	0	0
144- Títulos de responsabilidade do Tesouro Nacional	0	0
151 – Contr. Social sobre Lucro Pessoa Jurídica	4,098,995	6.78
153 – Contr. Social para Financiamento Seg. Social	1,450,437	2.4
153 – Contr. Social para Financiamento Seg. Social – FEF	9,001,642	14.9
154 – Contr. Empregadores e Trab. para Seg. Social	37,724,333	62.42
154 – Contr. Empregadores e Trab. para Seg. Social – Emprést.	2,560,470	4.24
156 – Contr. Plano de Seguro Social do Serv. Público	135,533	0.22
188 – Remuneração das Disponib. do Tesouro Nacional	0	0
198 – Contrib. para o Finsocial – Rec. Débitos Judiciais	0	0
199 – Recursos do Fundo Social de Emergência – FEF	2,014,023	3.33

250 – Recursos Diretamente Arrecadados	458,563	0.76
292 – Saldos de Exercícios Anteriores	0	0
329 – Recursos de Concessões e Permissões	1,480,370	2.46
Total	60,431,857	100

Fonte: Coordenação Geral de Contabilidade/INSS

28. Observa-se que a fonte 153 dividi-se em COFINS e COFINS-FEF, totalizando um valor de R\$ 10.452.079 mil (dez bilhões, quatrocentos e cinquenta e dois milhões, setenta e nove mil reais), o que representa 17.3% do total das receitas que financiam o RGPS. Desse total, cerca de R\$ 9.001.642 mil (nove bilhões, um milhão, seiscentos e quarenta e dois mil reais) correspondem aos recursos que seriam utilizados pelo INSS como resultado da transferência da fonte 199, arrecadada da fonte 154. Constata-se pela análise conjunta dos demonstrativos de receitas do INSS para o biênio 1997/1998, que os recursos da fonte 199 tiveram um decréscimo na participação dos dispêndios em cerca de 6% e foram compensados por um incremento na participação da fonte 153 (COFINS-FEF) de aproximadamente 5,5%.

29. Essa nova prática não acarreta prejuízo financeiro ao RGPS/INSS, contudo as outras áreas da seguridade social, principalmente a saúde, são diretamente prejudicadas por esse mecanismo de desvinculação de receita. Isto pode ser melhor explicado pela análise da tabela 4, relacionada a transferência de recursos da seguridade ao INSS.

Tabela 4

Recursos da Seguridade Social Transferidos ao INSS – 1998 (R\$ mil)

Fonte de Recursos		RECEITAS		Participação % (B/A)
		Sg. Social (A)	INSS(B)	
121	Renda Líq. de Lot. Fed. Instantânea	12,299	0	0.00%
122	Renda Líq. de Conc. De Prognósticos	302,741	0	0.00%
123	Cota de Previdência	0	0	0.00%
139	Alienação de Bens Apreendidos(40%)	27,419	0	0.00%
140	Cont. p/ os Programas Pis/Pasep	5,228,207	0	0.00%
151	Cont. Social sobre o Lucro das Pes. Juríd.	5,426,224	4,098,995	75.54%
153	Cont. p/ o Financ. da Seguridade Social	14,185,777	10,452,079	73.68%
155	Cont. Provisória S/ Movimentação Fin.	6,490,583	0	0.00%
156	Cont. para o Plano de Seg. Soc. do Servidor	1,985,901	135,533	6.82%
	SUBTOTAL	33,659,151	14,686,607	43.63%
154	Cont. dos Emp. e Trab. P/ Seg. Social*	40,284,803	40,284,803	100.00%
	TOTAL	73,943,954	54,971,410	74.34%

Fonte: SIAFI/ Coordenação Geral de Contabilidade do INSS

30. Com o auxílio da tabela acima, percebe-se que 73,68 % da fonte 153 está sendo mobilizada para financiar os gastos do INSS. Antes da implementação dessa sistemática, em 1996, apenas 12,22% dessa fonte eram repassadas para essa Autarquia. Destarte, observa-se que grande parte dessa fonte está sendo transferida para a previdência em detrimento das outras funções da seguridade social (saúde e assistência social).

31. Além disso, cabe consignar que a questão da alocação dos recursos oriundos das multas das contribuições vinculadas à Seguridade Social, matéria objeto do TC 004.333/96-9, encontra-se em processo de análise no Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.

2.2.20 SIMPLES

32. O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições – SIMPLES – teve sua concepção baseada na simplificação tributária para as micro e pequenas empresas. Destarte, as pessoas jurídicas inscritas nesse sistema passaram a pagar seus impostos e contribuições sobre o faturamento mensal.

33. A lei nº 9.317/96, que instituiu o SIMPLES, define microempresa e empresa de pequeno porte em relação ao faturamento anual da empresa. As microempresas corresponderiam àquelas com receita bruta até R\$ 120.000 (cento e vinte mil reais) e as empresas de pequeno porte àquelas até R\$ 720.000 (setecentos e vinte mil reais). Segundo o art. 3º da mesma Lei, a sistemática do

SIMPLES implica o pagamento unificado dos seguintes tributos:

- a) Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ);
- b) Contribuição Social sobre o Lucro da Pessoa Jurídica (CSLL);
- c) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pis/Pasep);
- d) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);
- e) Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI);
- f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei n ° 8.212/91 e a Lei Complementar n ° 84/96 (CSS-PJ) **(26 – NOTA DE RODAPÉ - A contribuição para a seguridade inserida no Simples refere-se apenas à parte patronal, pois a obrigação de arrecadar e recolher a parte descontada de seus empregados na folha de salários permanece inalterada.)**.

34.Segundo dados da Coordenação-Geral de Programação Financeira da STN os recursos que foram arrecadados pela Secretaria da Receita Federal a título de SIMPLES e que foram repassados ao INSS, pela fonte 154, corresponderam a R\$ 1.264.322.344 (um bilhão, duzentos e sessenta e quatro milhões, trezentos e vinte e dois mil, trezentos e quarenta e quatro reais). (Vide tabela 5).

Tabela 5
Arrecadação do Simples

	R\$
PERÍODO DE ARRECADAÇÃO	VALORES
Jan	120.156.010
Fev	90.617.119
Mar	88.731.093
Abr	98.363.389
Mai	98.189.218
Jun	102.234.539
Jul	103.427.481
Ago	108.745.376
Set	110.197.323
Out	111.846.928
Nov	114.304.825
Dez	117.509.043
TOTAL	1.264.322.344

Fonte: STN/Coordenação-Geral de Programação Financeira

35.Contudo, ao observar o fluxo de caixa do INSS no ano de 1998 observou-se que o montante repassado a essa Autarquia a título de fonte 154 correspondeu a R\$ 1.934.802 mil (um bilhão, novecentos e trinta e quatro milhões, oitocentos e dois mil reais), o que representa uma diferença de R\$ 670.486 mil (seiscentos e sessenta milhões, quatrocentos e oitenta e seis mil reais) em relação ao consignado pela STN. Desse montante, R\$ 133.496 mil (cento e trinta e três milhões, quatrocentos e noventa e seis mil reais) foram referentes ao SIMPLES de 1997. O restante, aproximadamente R\$ 557.422 mil (quinhentos e cinquenta e sete milhões, quatrocentos e vinte e dois mil reais) foi transferido ao INSS a título de antecipação de SIMPLES relativo ao exercício de 1999. Segundo técnicos da COFINS/STN ao final do ano de 1998 a única fonte que dispunha de crédito orçamentário era a fonte 154, dessa forma, o Tesouro necessitando regularizar o caixa do INSS transferiu recursos de outras fontes para essa referida fonte, e esse mecanismo foi denominado como uma espécie de antecipação de SIMPLES, conforme o fluxo de caixa à fl. 01 do anexo I. Contudo, como em 1999 não ocorreu uma regularização dessa antecipação, essa operação ficou em aberto por todo esse período.

36.Na situação sob análise, a Secretaria do Tesouro Nacional transferiu recursos financeiros de outras fontes para a fonte 154, fato que só foi possível graças a disponibilidade de recursos em outras fontes orçamentárias. Contudo, as fontes orçamentárias, aprovadas pela Lei Orçamentária Anual de 1998, por força do inciso I, do § 7º do art. 6º da Lei nº 9.473 – Lei de Diretrizes

Orçamentárias de 1998 – só podem ser alteradas quando justificadas e respaldadas por decreto presidencial, isto é:

“ § 7º As fontes de recursos e as modalidades de aplicação aprovadas na lei orçamentária e em seus créditos adicionais poderão ser modificadas, justificadamente, para atender às necessidades de execução, se publicados por meio de:

I – decreto do Presidente da República, para as fontes;” (grifo nosso)

37. Mesmo entendendo a necessidade de dotar o Poder Executivo de mecanismos mais céleres para adequar a Lei Orçamentária Anual (LOA) a possíveis contingências que apareçam na programação financeira, é imprescindível que se garanta a destinação legal das referidas fontes. Haja vista que esse descumprimento da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da LOA, por intermédio de mudanças de recursos financeiros entre fontes pode acarretar a falsa contabilização dos recursos de uma determinada fonte, a medida que as despesas realizadas indicarão a fonte aprovada na LOA, independentemente de sua efetiva arrecadação.

38. Essa preocupação quanto ao controle da mudança das fontes é contínua, o que pode ser evidenciada no inciso I, do art. 12 da Lei 9.811 de 28 de julho de 1999 – LDO, o qual estabelece:

“Art. 12 As fontes de recursos e as modalidades de aplicação aprovadas na lei orçamentária e em seus créditos adicionais poderão ser modificadas, justificadamente para atender às necessidades de execução se publicadas por meio de:

I- portaria do Ministro de Orçamento e Gestão para as fontes, exceto as que trata o § 2º do art. 69 desta Lei;” (grifo nosso)

39. A exceção de que trata este inciso refere-se aos casos em que as alterações propostas não sejam aprovadas, ou o sejam parcialmente, até o envio do projeto de lei orçamentária anual para Sanção do Presidente da República. Observa-se, desta forma, que a obrigatoriedade de uma mudança justificada das fontes continua sendo uma preocupação para um necessário controle da programação orçamentária e financeira.

2.2.3 Empréstimos

40. A partir de 1995 os déficits do Regime Geral passaram a se fazer constantes nas contas da previdência. Em 1996 a necessidade de financiamento do INSS foi atendida por meio de operações de crédito a título de antecipação de receita orçamentária junto ao Banco do Brasil. Conforme o TC nº 004.162/97-8, o INSS utilizou em 1996 o equivalente a R\$ 3.483 milhões (três bilhões, quatrocentos e oitenta e três milhões e reais), pelos quais a Autarquia pagou ao Banco do Brasil o montante de R\$ 20.6 milhões (vinte milhões e seiscentos mil reais).

41. Como os problemas de caixa do INSS persistiram em 1997, a referida Autarquia se utilizou de duas modalidades de financiamento para fazer frente a esse déficit. A primeira correspondeu à efetivação de contrato de operações de crédito a título de antecipação de receitas junto à rede bancária, cujo montante, até novembro desse mesmo ano, correspondeu a quantia de R\$ 2.3 bilhões (dois bilhões e trezentos milhões de reais), e que custaram aos cofres públicos o pagamento de R\$ 182.8 milhões (cento e oitenta e dois milhões e oitocentos mil reais) em juros (**27 – NOTA DE RODAPÉ - Segundo o TC 002.081/1999-7.**). A outra modalidade de financiamento se deu por meio de operações de crédito junto à União, na qual foram emitidos títulos públicos (Letras Financeiras do Tesouro – LFT) que ficavam no Banco do Brasil e eram vendidos ao próprio Banco à medida que o INSS necessitasse de recursos. A Medida Provisória nº 157-8 de 20.11.97, que depois se converteu na Lei nº 9.639/98, autorizou esse operação de crédito para o INSS até o limite de R\$ 6 bilhões. Contudo, em 1997 foram despendidos R\$ 3.439.530 mil (três bilhões, quatrocentos e trinta e nove milhões, quinhentos e trinta mil reais). Já em 1998 o saldo deste empréstimo, equivalente a R\$ 2.560.470 (dois bilhões, quinhentos e sessenta milhões, quatrocentos e setenta mil reais) foi alocado para face ao déficit previdenciário até o mês de maio.

42. Como preceitua o art. 16 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

“**Art. 16** A contribuição da União é constituída de recursos adicionais do Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual.

Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefício de prestação continuada, na forma da Lei Orçamentária Anual. (grifo nosso)

43. Assim, observa-se pelo parágrafo único do art. 16 da 8.212/91 que é obrigação da União garantir a manutenção do sistema previdenciário frente às crescentes insuficiências financeiras, quando decorrentes de pagamento de benefícios de prestação continuada. Contudo, como a lei nº 9.639/98 autoriza a realização do empréstimo fica afastada a tese da ilegalidade, por corresponder a uma sucessão temporal de normas de mesma hierarquia. Todavia, ao se analisar a questão pelo enfoque das finanças públicas observa-se uma incongruência do papel do Tesouro Nacional. Como a fragilidade da situação financeira do RGPS/INSS tem sido crescente nos últimos anos, é improvável que haja recursos para pagar as obrigações relativas ao empréstimo de R\$ 6 bilhões realizado junto ao Tesouro Nacional e autorizado pela Lei nº 9.639/98. Isto é corroborado com a informação da Coordenação Geral de Recuperação de Créditos (CGRC), na qual nada foi pago ainda, seja a título de juros ou de principal, relativo a este empréstimo. Segundo a CGRC com dados obtidos da Secretaria do Tesouro Nacional o saldo devedor do INSS relativo a esse empréstimo se encontraria em 31.10.1999 no valor de R\$ 9.664.203.891 (nove bilhões, seiscentos e sessenta e quatro milhões, duzentos e três mil e oitocentos e noventa e um reais). Com efeito, esse mecanismo de supressão das insuficiências financeiras do INSS por meio de empréstimos e cobrança de juros parece simplesmente aumentar o prazo necessário para recuperação do equilíbrio financeiro do caixa do Regime Geral da Previdência Social.

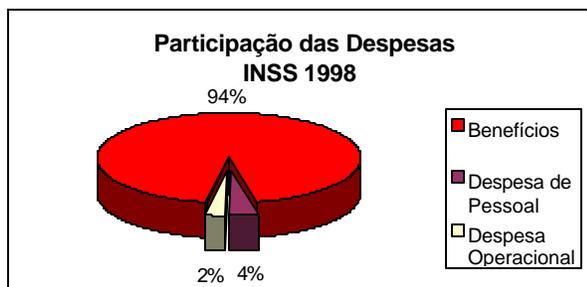
44. O INSS, após o término dos recursos do empréstimo de R\$ 6 bilhões realizado em 1997, teve que recorrer, a partir do mês de junho de 1998, à rede bancária para conseguir pagar seus benefícios em dia. Esses empréstimos junto aos bancos foram captados até o mês de outubro e somaram R\$ 1,4 bilhões (um bilhão e quatrocentos milhões de reais).

45. A partir de 29.09.98, com a Recomendação nº 13, da Comissão de Controle e Gestão Fiscal – CCGF, aprovada pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, as receitas arrecadadas pelo INSS passaram a ser integradas aos mecanismos da Conta Única do Tesouro Nacional. Assim, uma nova sistemática, estabelecida pelo Aviso nº 811/98-MF e por um roteiro operacional, transferiu para uma sub-conta no Banco Central os recursos das contribuições antes arrecadadas pelo Banco do Brasil e transferidas à conta movimento do INSS.

46. Dessa forma, a partir de outubro de 1998 o Tesouro Nacional passou a ser o financiador dos déficits no caixa do RGPS/INSS, através de antecipações de receita que corresponderam nesses últimos meses de 1998 ao montante de R\$ 2.738.132 mil (dois bilhões, setecentos e trinta e oito milhões, cento e trinta e dois mil reais). A disponibilidade de recursos depositados nessa sub-conta, bem como aqueles transferidos pelo Tesouro Nacional para suprir os déficits, passaram a ser remunerados pela mesma taxa (**28 – NOTA DE RODAPÉ - A Medida Provisória nº 1.852-7, de 29.06.1999 determina que se utilize a taxa média aritmética ponderada da rentabilidade intrínseca dos títulos da Dívida.**). Como a situação do INSS é a alguns anos deficitária, seriam em geral cobrados juros apenas dos recursos fornecidos para fazer frente as insuficiências de caixa. O TC – 928.341/98-4 que se encontra em tramitação nessa colenda Corte de Contas enfoca a análise da legalidade dessa mudança de sistemática. Assim, constata-se que o auxílio financeiro fornecido pelo Tesouro Nacional simplesmente aumenta a ineficiência do sistema previdenciário e dilata o prazo necessário para recuperação do equilíbrio financeiro do RGPS/INSS.

2.3 COMPORTAMENTO DAS DESPESAS

47. A análise das despesas do INSS em 1998, dividem-se basicamente em: i) despesas com pessoal; ii) despesas operacionais; e iii) despesas com benefícios.



Fonte: Demonstrativo Financeiro elaborado pelo MPAS/SAS

48. Ao se analisar as despesas do INSS é preciso distinguir os gastos com as despesas administrativas e com as despesas com benefícios. As despesas administrativas compreendem o custeio do INSS, especificamente as despesas com pessoal, Dataprev, Serviços de Terceiros, ECT e Grupo Executivo de Assistência Patronal (GEAP). Com isso, constata-se que 94% dos gastos com o RGPS correspondem a pagamentos de benefícios, e 6% são relativas a despesas operacionais e com pessoal. Apesar de corresponderem a apenas 6% dos dispêndios, representam o montante de R\$ 3.664.647 mil (três bilhões seiscientos e sessenta e quatro milhões, seiscientos e quarenta e sete mil reais). Nos últimos anos têm-se observado uma estabilização do montante destes dispêndios, não sendo essas despesas as responsáveis pelo aumento do déficit previdenciário a partir de 1995. Dessa forma, a análise a seguir se deterá sobre o pagamento dos benefícios como principal fator da pressão sobre os gastos previdenciários.

2.3.1 BENEFÍCIOS

49. Os gastos com benefícios dividem-se nos seguintes grupos de espécie: previdenciários, acidentários e assistenciais.

50.I – BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Os benefícios previdenciários são regulamentados pelo RGPS, a cargo do INSS. Abrangem as aposentadorias, as pensões por morte, os auxílios, o abono de permanência em serviço, o abono de servidor aposentado, o salário-família e o salário-maternidade.

APOSENTADORIAS

As aposentadorias são pagamentos mensais vitalícios, efetuados ao segurado por motivo de tempo acumulado de serviço, idade avançada ou incapacidade para o trabalho. Estas aposentadorias dividem-se em: i) por tempo de serviço; ii) por idade; e iii) por invalidez.

PENSÕES POR MORTE

A pensão por morte é devida aos dependentes do segurado que falece. As pensões por morte decorrentes de acidente de trabalho estão incluídas nos benefícios acidentários.

AUXÍLIOS

Os auxílios previdenciários são classificados em auxílio-doença, auxílio-reclusão e auxílio-acidente.

OUTROS

Nesse tópico encontram-se o abono de permanência em serviço, o abono de servidor aposentado pela autarquia empregadora, salário-família e salário-maternidade.

51.II – BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS

Os benefícios assistenciais são aqueles concedidos independentemente de contribuições efetuadas. São eles: renda mensal vitalícia, amparos assistenciais e pensão mensal vitalícia. Com a regulamentação da Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS-(Lei nº 8.742/93, de

07/12/93), o Decreto nº 1.744, de 18/12/95, extinguiu as rendas mensais vitalícias a partir de 01/01/96 e determinou a concessão dos amparos assistenciais a partir dessa data. São duas as espécies de amparos assistenciais: para portadores de deficiência e para idosos maiores de 70 anos.

52.III – BENEFÍCIOS ACIDENTÁRIOS

O benefício acidentário é devido ao segurado acidentado, quando o acidente ocorre no exercício do trabalho. Os benefícios acidentários classificam-se em aposentadoria, pensão, auxílio-doença, auxílio-acidente, auxílio suplementar e complemento, sendo esse último exclusivo para trabalhadores rurais. Por meio da unificação dos regimes urbano e rural, a lei 8.212/91 elevou para 1 salário mínimo o valor dos benefícios, anteriormente igual a 0,75 do salário mínimo.

53. Antes de se iniciar uma análise dos benefícios é oportuno distinguir os benefícios emitidos dos benefícios concedidos. Nesse sentido, os gastos com benefícios emitidos correspondem àqueles pagamentos dos benefícios de prestação continuada que estão ativos no Cadastro de Benefícios da DATAPREV, isto é, correspondem ao estoque dos benefícios que estão sendo pagos. Já os benefícios concedidos são aqueles que representam, portanto, o fluxo de entrada de novos benefícios no Cadastro de Benefícios da DATAPREV, ou seja, correspondem ao incremento de novos benefícios no sistema previdenciário. Nesse sentido, a análise realizada tem a intenção de distinguir a pressão que essas duas formas de benefícios podem proporcionar ao sistema.

54. É possível se distinguir duas formas de pressão nos gastos previdenciários, uma com relação ao estoque e outra com relação ao incremento. A primeira análise se deterá nos benefícios emitidos (estoque), e a segunda sobre os concedidos (incremento). Uma análise da participação de determinadas categorias de benefícios emitidos permite uma melhor compreensão dos benefícios que mais pressionam as despesas. (Vide figura 4)

2.3.1.1 BENEFÍCIOS EMITIDOS

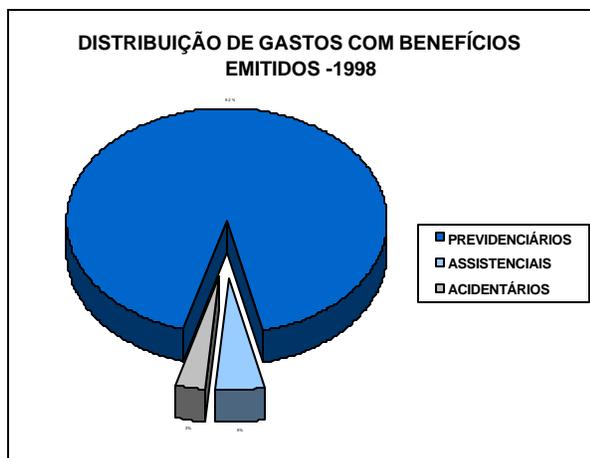


Figura 4

Fonte: AEPS 1998

53. A maior participação nos dispêndios do RGPS/INSS correspondem aos benefícios previdenciários, cerca de 92% segundo o Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) de 1998. As despesas com benefícios previdenciários, além de representarem a maior parcela dos gastos, também corresponderam ao maior incremento das despesas no triênio 1996-1998, conforme a tabela 6.

Tabela – 6

Variação dos Gastos com Benefícios no Triênio 1996-1998

	1996-1998	R\$
PREVIDENCIÁRIOS	32,81%	12.203.530.171,00
ASSISTENCIAIS	36,10%	719.259.307,00

ACIDENTÁRIOS	37,51%	458.130.714,00
--------------	--------	----------------

Fonte AEPS -1998

54.Dessa forma, constatou-se que os dispêndios previdenciários, apesar de terem variado menos que as outras categorias de benefícios, cerca de 33%, aumentaram seus dispêndios em R\$ 12.203.530.171 (doze bilhões, duzentos e três milhões, quinhentos e trinta mil, cento e setenta e um reais), contra um aumento total nas demais categorias de R\$ 1.177.390.021 (um bilhão, cento e setenta e sete milhões, trezentos e noventa e nove mil e vinte e um reais). Parece claro, portanto, que os benefícios previdenciários apresentam-se como um dos principais elementos de pressão do déficit do RGPS. Nesse sentido, a figura 5, a seguir, especifica dentro dos benefícios previdenciários as categorias que tem uma parcela mais significativa nestes dispêndios.

Figura 5



Fonte: AEPS 1998

55.As aposentadorias apresentam a maior parcela dos gastos, cerca de 73% correspondem a essa modalidade de benefícios previdenciários. Conforme a tabela 7, abaixo, as aposentadorias também representam o maior incremento nos dispêndios no triênio 1996-1998.

Tabela 7

Valor de benefícios emitidos no triênio 1996/1998		
Benefícios Previdenciários	1996-1998	R\$
Aposentadorias	34,81%	9.309.464.514
Pensões por Morte	27,52%	2.506.788.633
Auxílios	29,03%	372.499.262
Outros	28,59%	14.777.763

Fonte: AEPS 1998

56.Com efeito, constata-se que o valor total das despesas com aposentadorias no triênio 1996-1998 aumentou 34.81%, e essa variação significou um incremento nos gastos da ordem de R\$ 9.309.464.514 (nove bilhões, trezentos e nove milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil, quinhentos e catorze reais). Comparativamente, esse incremento nas aposentadorias é um indicativo de que essa modalidade de benefícios previdenciários tem pressionado ainda mais o déficit do RGPS/INSS

57.As aposentadorias distinguem-se em duas categorias genéricas: a urbana e a rural. Pela análise da tabela 8, a seguir, é possível se destacar dois aspectos relevantes sobre a pressão do déficit previdenciário. O primeiro aspecto corresponde ao valor total das despesas com as aposentadorias urbanas, que é bem superior ao valor das aposentadorias rurais em 1998, pois enquanto a primeira correspondeu a um gasto de R\$ 29.401.433 mil (vinte e nove bilhões, quatrocentos e um milhões, quatrocentos e trinta e três mil de reais), a segunda significou um dispêndio de R\$ 6.649.985 mil (seis bilhões, seiscentos e quarenta e nove milhões, novecentos e oitenta e cinco mil reais), em torno de 1/5 do primeiro. (Vide figura 6).

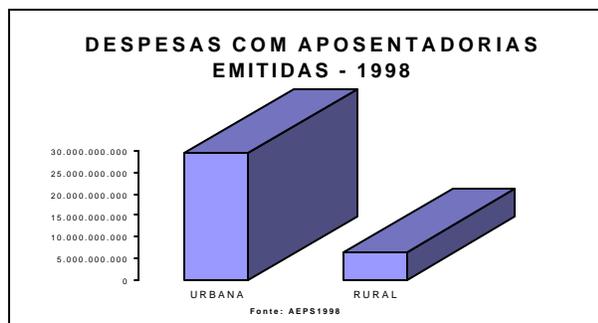


Figura 6

58.Outro aspecto corresponde ao incremento das referidas despesas no triênio em questão, haja vista que entre 1996/1998 os gastos com as aposentadorias rurais significaram um aumento nos dispêndios de R\$ 658.962 mil (seiscentos e cinquenta e oito milhões, novecentos e sessenta e dois mil reais), enquanto as aposentadorias urbanas de R\$ 8.650.502 mil (oito bilhões, seiscentos e cinquenta milhões, quinhentos e dois mil reais). Assim, por meio de uma análise dos benefícios emitidos, ou seja, uma análise do estoque, constata-se que as aposentadorias urbanas pressionaram mais os dispêndios previdenciários no triênio do que as aposentadorias rurais. As aposentadorias urbanas e rurais possuem formas totalmente diferenciadas de financiamento, por isso, a seguir, procurar-se-á analisar detalhadamente as aposentadorias urbanas, e no tópico seguinte, dar-se-á maior ênfase as aposentadorias rurais.

Tabela 8
R\$ mil

EVOLUÇÃO DAS APOSENTADORIAS RURAIS E URBANAS			
	1996	1997	1998
URBANAS	R\$ 20.750.931,00	R\$ 25.119.409,00	R\$ 29.401.433,00
RURAIAS	R\$ 5.991.023,00	R\$ 6.014.481,00	R\$ 6.649.985,00

Fonte: AEPS – 1998

59.Dentro das aposentadorias urbanas têm-se as aposentadorias por tempo de serviço, por idade e por invalidez, a figura 7 a seguir demonstra a participação média dessas aposentadorias entre 1980 e 1991.

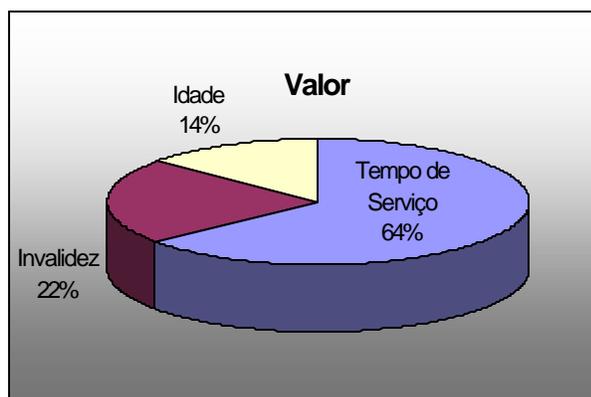


Figura 7-A

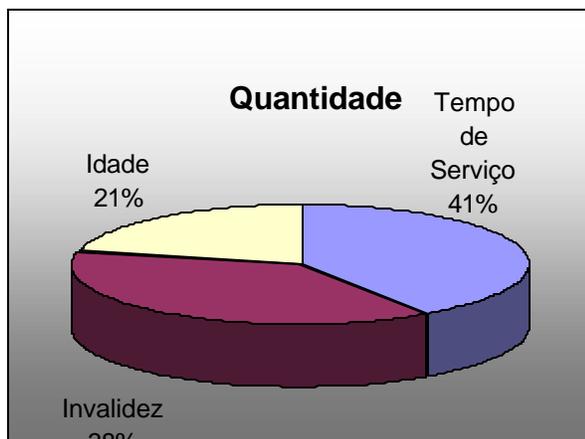


Figura 7-B

APOSENTADORIAS URBANAS EMITIDAS (Média 1980/97)

Fonte: AEPS Suplemento Histórico –1997

60. Conforme a figura 7, acima, as aposentadorias por tempo de serviço corresponderam a 41% do número de aposentadorias urbanas em manutenção no período 1980/97, enquanto representavam 64% da despesa. Já as outras aposentadorias tinham uma participação razoável com relação a quantidade de benefícios, mas uma participação bem inferior nos gastos, ou seja, correspondiam a 59% da quantidade total de aposentadorias, mas representavam apenas 36% dos gastos totais. Em 1998, como pode ser observado na figura 8, cerca de 50% da quantidade das aposentadorias correspondiam a tempo de serviço e 73% das despesas eram mobilizadas para essas aposentadorias. Com relação à média de 1980/97, observa-se uma tendência crescente na participação e nos gastos dessa forma de aposentadoria nos últimos anos.

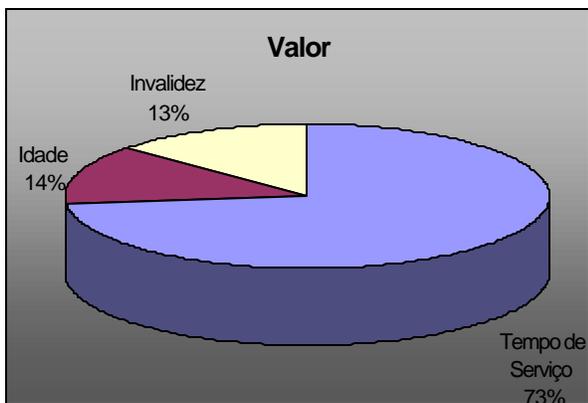


Figura 8-A

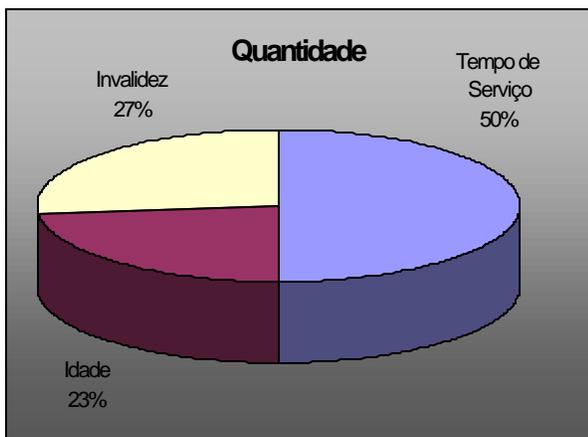


Figura 8-B

APOSENTADORIAS URBANAS EMITIDAS -1998

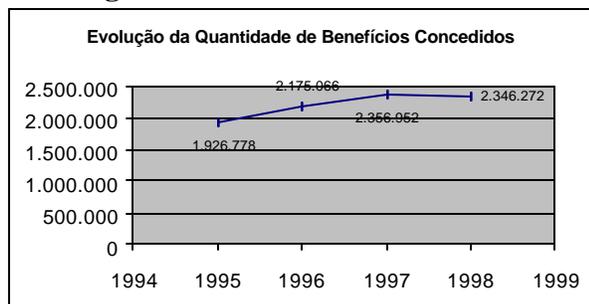
Fonte: AEPS -1998

61. Segundo Oliveira et alii (1998) (29 – **NOTA DE RODAPÉ - Oliveira, F.E. B.; Beltrão, K. I. ; Ferreira, M.G. Reforma da Previdência. A Economia Brasileira em Perspectiva. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), p.337-413. 1998.**) entre quase 200 países analisados, o Brasil é um dos raros países do mundo que oferecem as aposentadorias por tempo de serviço sem limitação de idade e sem necessidade de afastamento do trabalho (30 – **NOTA DE RODAPÉ - A partir da EC n ° 20, de 16.12.1998, as aposentadorias por tempo de serviço acabaram, contudo a idade mínima para aposentadoria não foi estipulada para o RGPS/INSS.**). Dois problemas surgem com essa forma de aposentadoria, o primeiro é que grande parte dos beneficiários utilizam o benefício como complemento de renda, continuando a trabalhar. E o segundo é que a expectativa de vida do brasileiro na data da aposentadoria é bem maior que a expectativa ao nascer. Isto é, devido a grande mortalidade infantil brasileira a expectativa de vida ao nascer é inferior aquela expectativa de sobrevivência que o segurado vai ter. Dessa forma, essa modalidade de aposentadoria sobrecarregou o sistema previdenciário, pois além de possuir valor médio dos benefícios superior às demais modalidades, o período que o segurado vai continuar recebendo é superior ao que a sua contribuição permitiria.

2.3.1.2 Benefícios Concedidos

62. Como pode ser observado na figura 9, a quantidade de benefícios concedidos pela Previdência no ano de 1998 teve um pequeno decréscimo. Segundo dados do Boletim Estatístico da Previdência, em 1998 entraram no sistema 2.346.272 novos beneficiários contra 2.356.952 em 1997, correspondendo a uma diminuição de 0,45%.

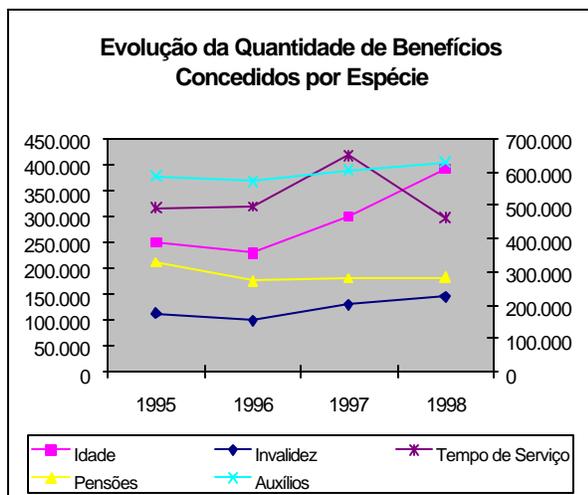
Figura 9



Fonte: Boletim Estatístico da Previdência Social

63. A queda na concessão de benefícios pode ser atribuída ao comportamento das aposentadorias por tempo de serviço (ATS), que passaram de 417.414 para 297.733 concessões entre 1997 e 1998, uma queda de 28,67% (vide figura 10). Segundo dados do Informe de Previdência Social, n.2 de fevereiro de 1999, essa foi a menor taxa de crescimento da concessão de aposentadorias por tempo de serviço nos últimos 5 anos.

Figura 10

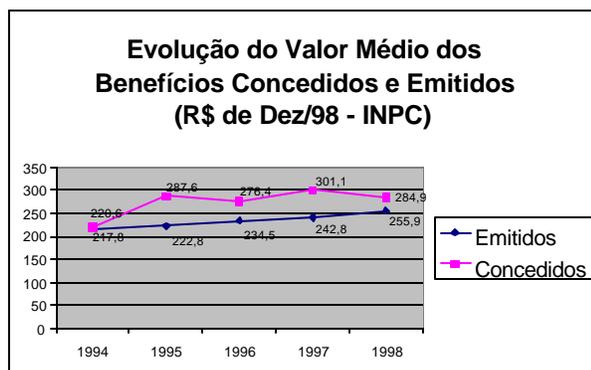


Fonte: Boletim Estatístico da Previdência Social

64. Com relação às aposentadorias por idade, verificou-se um aumento na concessão de 30,96% entre 1997 e 1998, passando-se de 298.948 para 391.504 novos benefícios. Por sua vez, a concessão de auxílios, pensões por morte e aposentadorias por invalidez mantiveram-se em patamares estáveis. Já a redução das concessões de aposentadorias por tempo de serviço teve um impacto positivo nas despesas do RGPS/INSS, pois o comportamento das concessões de benefícios condiciona a evolução dos estoques. O crescimento do estoque (créditos emitidos) de aposentadorias por tempo de serviço entre 1997 e 1998 foi o menor dos últimos 4 anos, segundo dados do Boletim Estatístico da Previdência Social, ficando em 14,6% do crescimento verificado em 1997. Tal fato é explicado, em grande parte, pela queda da concessão (fluxo) das ATS no exercício de 1998.

65. Conforme a figura 11, os novos benefícios concedidos em 1998 apresentaram um valor médio de cerca R\$285,00 ou seja, 5,6% inferior ao valor médio verificado em 1997, de R\$ 301,00.

Figura 11



Fonte: Boletim Estatístico da Previdência Social

66. Apesar da redução da quantidade de benefícios concedidos, bem como de seus valores médios, existem fortes razões para se acreditar que a pressão dos benefícios previdenciários se manteve. Isto é, como foi dito acima as aposentadorias por idade aumentaram 30,96% correspondendo a um aumento de 92.556 novos benefícios entre 1997 e 1998. Conforme a tabela 9, as aposentadorias por idade, em geral, concentram-se no setor rural, pois no ano de 1998 enquanto foram concedidas 97.046 novas aposentadorias no setor urbano, no setor rural foram concedidas 294.458.

Tabela 9

Valor e Quantidade de Aposentadorias Concedidas por Idade em 1998

	VALOR(R\$)		QUANTIDADE	
	URBANA	RURAL	URBANA	RURAL
1996	19.207.398	14.781.116	96.296	134.589
1997	23.423.160	23.677.015	100.316	198.632

Fonte: AEPS-1998

67. Além disso, observa-se pela tabela 9 que as despesas com as aposentarias rurais por idade tiveram um incremento de 59% entre 1997 e 1998, contra um aumento de 6% nas aposentadorias urbanas por idade para o mesmo período. O problema encontra-se no financiamento desses benefícios rurais, pois segundo dados do MPAS/SPS as contribuições oriundas da área rural representaram apenas 9,84% dos gastos efetuados com estes benefícios no ano de 1998 (**31 – NOTA DE RODAPÉ - Esse melhor abordado no item 85).**

68. Como a Constituição de 1998 equiparou os benefícios rurais e urbanos e garantiu a unificação do piso de um salário mínimo para todos os benefícios previdenciários pode-se observar que a quantidade de benefícios concedidos nesta faixa de salários foi a que mais cresceu para o ano de 1998. (Vide figura 12). Assim, como a maioria dos benefícios rurais são nessa faixa de valor, observa-se a importância destes benefícios para explicar a pressão sobre o déficit previdenciário.

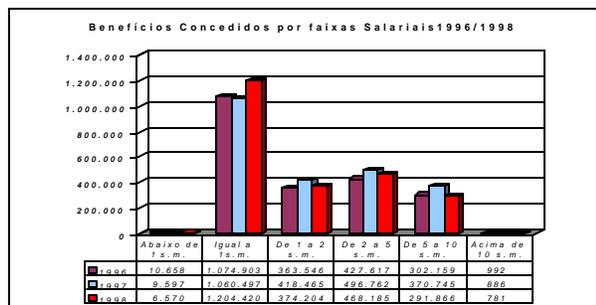


FIGURA 12

Fonte: AEPS 1998

Situação Financeira do RGPS/INSS

69. Para se evidenciar a real situação financeira do RGPS/INSS é preciso comparar a capacidade desse regime cobrir as despesas de benefícios previdenciários, por meio de recursos próprios (**32 – NOTA DE RODAPÉ - Por recursos próprios entende-se a arrecadação líquida, ou seja, a arrecadação bruta somado ao SIMPLES subtraindo-se a transferência a Terceiros.**). Os benefícios não previdenciários (especiais (EPU) e assistenciais (LOAS)) não são responsabilidade direta do RGPS, devendo o Tesouro Nacional repassar os recursos para cobrir as despesas com esses benefícios. Nesse sentido, uma análise da figura 13 nos permite visualizar a situação financeira mensal do INSS no ano de 1998.

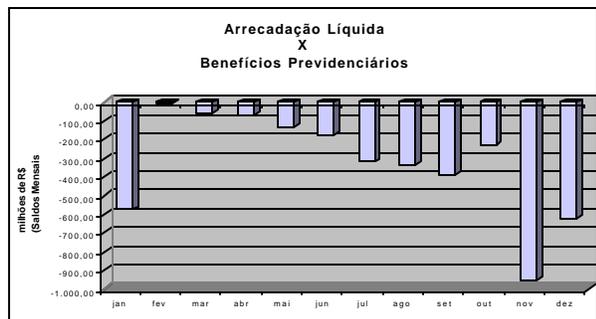


Figura 13

Fonte: Fluxo de caixa/1998 – INSS/MPAS

70. Pela análise do gráfico anterior, constata-se que apenas o mês de fevereiro apresentou um resultado positivo no fluxo de caixa do INSS. Além disso, os meses subsequentes acumularam déficits sucessivos que, apesar do aumento significativo da arrecadação de dezembro com a Contribuição dos Empregadores e Trabalhadores sobre o 13º salário e com o recebimento de R\$ 537 milhões a título de antecipação de Simples, não foram suficientes para cobrir o déficit do referido mês, permitindo um déficit global de R\$ 7.116.171 mil (sete bilhões, cento e dezesseis milhões,

cento e setenta e um mil reais).

71.A previdência dispunha de caixa suficiente para o financiamento do déficit até o mês de maio, graças ao que restou do empréstimo conseguido junto ao Tesouro Nacional em dezembro de 1997, da ordem de R\$ 6 bilhões. Assim, a quantia de R\$ 2.711.235 (dois bilhões, setecentos e onze milhões, duzentos e trinta e cinco mil reais) referentes a parte desse empréstimo não utilizada em 1997 foi consignada no saldo inicial, conforme indica a tabela 9. Segundo dados do Informe de Previdência Social, v.11, nº 2, fev/99, a partir de junho a previdência recorreu à rede bancária para continuar a pagar os benefícios dos segurados. Os empréstimos junto aos bancos somaram R\$ 1,4 bilhões, e foram captados até o mês de outubro, quando as contas do INSS foram centralizadas na Conta Única do Tesouro Nacional. Desde então o Tesouro passou a ser financiador dos déficits do caixa da previdência, por meio de antecipações de receitas (vide tabela 10).

72.Uma análise pontual do déficit previdenciário do RGPS/INSS não permite uma real visualização do problema financeiro desse regime de previdência. Observa-se pela tabela 9 que comparativamente ao ano de 1997, a arrecadação líquida do INSS teve um incremento de cerca de 4,38% passando de R\$ 44.772.908 mil (quarenta e quatro bilhões, setecentos e setenta e dois milhões, novecentos e oito mil reais) em 1997, para R\$ 46.737.744 mil (quarenta e seis bilhões, setecentos e trinta e sete milhões, setecentos e quarenta e quatro mil reais) em 1998. Contudo, os benefícios previdenciários tiveram um aumento de 12,46%, passando de R\$ 47.884.749(quarenta e sete bilhões, oitocentos e oitenta e quatro milhões, setecentos e quarenta e nove mil reais) para R\$ 53.853.914 mil (cinquenta e três bilhões, oitocentos e cinquenta e três milhões, novecentos e catorze mil reais). Dessa forma, o déficit previdenciário do RGPS saltou de R\$ 3.111.840 mil (três bilhões, cento e onze milhões, oitocentos e quarenta mil reais) para R\$ 7.116.171 mil (sete bilhões, cento e dezesseis milhões, cento e setenta e um mil reais), o que correspondeu a um incremento de 128,68% no biênio 97/98. Esse incremento confirma a tendência de aumento do déficit previdenciário constatado a partir de 1995, conforme a figura 14.

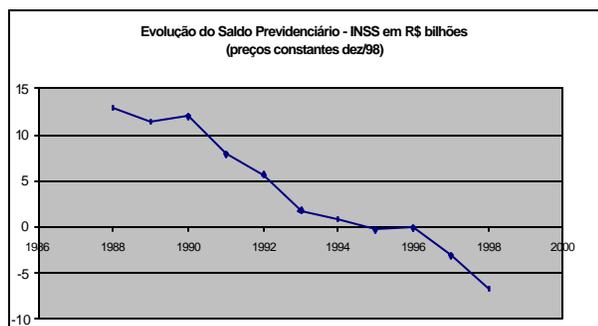


Figura 14

Fonte: Conjuntura Social, v.10,1999.

Tabela 10
Demonstrativo Financeiro Resumido (1997 e 1998)

Itens de Receita e Despesa	Em R\$ mil de dezembro de 1998 -INPC		
	1997	1998	Var. %
1. SALDO INICIAL	347.136	2.711.035	680,97
2. RECEITAS	55.473.237	61.683.887	11,19
2.1 Arrecadação líquida(1)	44.772.908	46.737.744	4,38
2.2 Rendimentos Financeiros	118.005	277.357	135,03
2.3 Outros Recebimentos Próprios	103.946	528.026	407,98
2.4 Empréstimos(2)	6.193.541	1.403.719	(341,22)
2.5 Antecipação de Receita (T.N.)	-	2.685.834	
2.6 Transferências da União(3)	4.284.837	10.051.208	134,57
3. PAGAMENTOS	53.141.073	59.478.912	11,92

3.1 Benefícios	49.431.917	55.765.763	12,81
3.1.1 Previdenciários(4)	47.884.749	53.853.914	12,46
3.1.2 Não – Previdenciários	1.547.167	1.911.849	23,57
3.1.2.1 Especiais(EPU T.N.)(5)	768.819	769.795	0,12
3.1.2.2 Assistenciais (LOAS)(5)	778.348	1.142.054	46,72
3.2 Pessoal	2.085.615	2.179.584	4,51
3.3 Despesa Operacional	1.569.266	1.485.063	(5,67)
3.4 FUNDACENTRO	54.275	48.502	(11,90)
4. SALDO PREVIDENCIÁRIO (2.1 – 3.1.1)	(3.111.840)	(7.116.171)	128,68
5. SALDO ARREC. LÍQ. – BENEFL.(2.1 – 3.1)	(4.659.009)	(9.028.018)	93,77
6. SALDO OPERACIONAL (2 – 3)	2.332.165	2.204.975	(5,77)

Fonte:CGF/INSS; CGC/INSS; CGEPS/SPS

- 1)Arrecadação Bruta + Simples – Transferências a Terceiros
- 2)Empréstimos tomados na rede bancária e empréstimos do Tesouro Nacional
- 3)Recursos antecipados pelo Tesouro Nacional para cobertura de eventuais excessos de pagamentos sobre recebimentos
- 4)Excluindo-se a transferência do Simples
- 5)Pagamentos a cargo da Previdência Social
- 6)Dados contábeis sujeitos a revisão

3.1.PRINCIPAIS RAZÕES DO DÉFICIT DO RGPS/INSS

73.O déficit previdenciário do RGPS, como fora ressaltado acima, vem aumentando desde 1995. A questão principal do problema está na desvinculação entre o que se paga e o que se vai receber no futuro. Além disso, a previdência como um todo está sofrendo simultaneamente efeitos negativos de três direções. Isto é, fatores estruturais, conjunturais e gerenciais estão pressionando o déficit desse regime geral de previdência.

3.1.1FATORES ESTRUTURAIS

74.A evolução das relações trabalhistas, o desemprego estrutural e a crescente informalização do mercado de trabalho agravaram a relação entre contribuintes/beneficiários. Assim, o estoque de benefícios mantidos pela Previdência tem crescido a taxas superiores ao crescimento da base de contribuintes. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) indicam que na década de 70 houve um forte crescimento do número de contribuintes, quando comparado com o crescimento da população economicamente ativa (PEA). No entanto, a partir dos anos 80 a participação da PEA no mercado de trabalho informal tem sido crescente, significando uma redução do número de contribuintes.

75.Nesse sentido, a relação contribuinte/beneficiário caiu de 2,4 em 1991 para 1,7 (**33 – NOTA DE RODAPÉ - Dados obtidos da Conjuntura Social/MPAS-SPS, v.10, n.2, 1999.**) em 1997. Observa-se que a tendência tem sido de constante decréscimo desta relação e que em um sistema de repartição simples (**34 – NOTA DE RODAPÉ - No modelo de repartição simples as contribuições previdenciárias pagas pela população ativa destinam-se a cobrir os gastos com os benefícios dos inativos.**) pode significar a necessidade de aumento das alíquotas de contribuição ou a redução do valor real dos benefícios, para que seja mantido o equilíbrio financeiro do sistema.

76.O aumento da expectativa de vida e a redução da taxa de natalidade dos brasileiros resultam em um envelhecimento da população e, conseqüentemente, uma redução da relação contribuinte/beneficiário. Dados da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE confirmam isso ao demonstrarem que a parcela da população com mais de 65 anos aumentou sua participação em relação ao total da população de 4% em 1980 para 5,4% em 1996. É importante

ressaltar que, segundo a opinião de alguns especialistas em previdência, a baixa relação contribuinte/beneficiário brasileira não é fruto apenas da mudança das variáveis demográficas, mas principalmente de fatores como a informalização do mercado de trabalho e a ineficiência do sistema previdenciário em incentivar o pagamento da contribuição.

77. Na década de 50, a esperança de vida ao nascer era de, aproximadamente, 49 anos para os homens e 53 anos para as mulheres. Em 1991 esta mesma esperança de vida passou para 61 anos para os homens e 70 anos para as mulheres. Esse resultado é bastante influenciado pelo impacto da elevada mortalidade infantil sobre a expectativa de vida ao nascer. Por isso, um dado relevante para análise da pressão dos benefícios sobre o sistema previdenciário está nos dados a respeito da expectativa de sobrevivência da população. Com isso, conforme a tabela 11, o brasileiro que chega à idade de 60 anos, idade média do início dos benefícios, teria uma sobrevivência de mais 15 anos, para os homens e 18 para as mulheres. Segundo dados do IBGE, os brasileiros com idade avançada têm uma sobrevivência bastante elevada, aproximando-se daquela observada nos países desenvolvidos.

Tabela 11

Esperança de Vida por Idade – Brasil (1991)

IDADE	HOMENS	MULHERES
0	61,1	69,8
1	63,6	71,7
5	60,1	68,3
10	55,3	63,4
15	50,5	58,5
20	46,0	53,7
25	41,7	49,0
30	37,5	44,3
35	33,5	39,6
40	29,5	35,0
45	25,6	30,6
50	21,9	26,2
55	18,4	22,1
60	15,2	18,2
65	12,3	14,5
70+	9,6	10,9

Fonte: IBGE

78. O incremento do número de pessoas em idade avançada e o prolongamento da sobrevivência são notáveis avanços sociais, entretanto, modificam o volume e a composição das demandas sociais e intensificam os problemas da previdência social.

3.1.2 FATORES CONJUNTURAIS

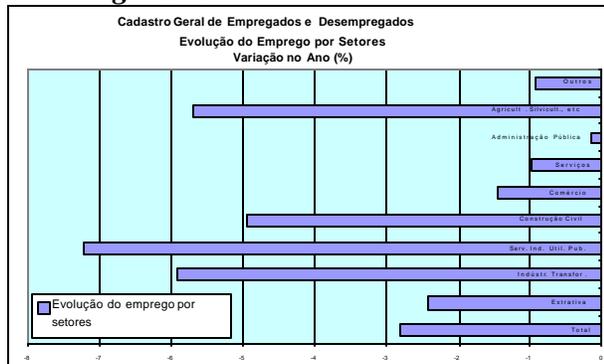
79. Desde longa data as oscilações da economia brasileira afetam o desempenho da previdência social. Assim, em uma perspectiva histórica, segundo Oliveira et alii (1998) (35 – **NOTA DE RODAPÉ - Oliveira, F.E. B.; Beltrão, K. I. ; Ferreira, M.G. Reforma da Previdência. A Economia Brasileira em Perspectiva. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), p.337-413. 1998.**), em 1970 o crescimento acelerado do produto interno se fez acompanhar de um correspondente aumento das contribuições sociais. Já no início da década de 80, com a redução da taxa de crescimento econômico, o incremento desses tributos começa a diminuir. Constatou-se, assim, que a correlação entre nível de atividade econômica e desempenho da previdência social é muito grande, por isso, é preciso analisar um pouco o panorama econômico de 1998.

80. Segundo dados do IBGE, o Produto Interno Bruto (PIB) apresentou uma variação negativa em termos reais de -0,12% no exercício de 1998, sendo um dos piores resultados dos últimos anos. De acordo com o IBGE, o PIB para o exercício de 1998 foi de R\$ 899,8 bilhões. Este valor,

comparado aos R\$ 866,8 bilhões do exercício anterior, representa um crescimento nominal de 3,8%. Levando-se em conta o valor do dólar médio (venda), calculado a partir de dados de 1998 do Banco Central (R\$ 1,1643), o PIB alcançou US\$ 773,8 bilhões contra US\$ 802 bilhões em 1997, considerando o dólar médio para 1997, no mesmo critério (R\$ 1,0808), ou seja, houve uma queda no PIB, em termos de dólar médio, de 3,5%. Dessa forma, a redução do PIB de -0,12%, associada ao crescimento da população de aproximadamente 1,34% ao ano, conforme informa o Banco Central, acarretou queda da renda per capita de 1,17% em relação ao exercício de 1997.

81.O nível médio de desemprego, medido pela taxa de desemprego aberto da Pesquisa Mensal de Emprego da Fundação IBGE – PME/IBGE, atingiu 7.60%, representando salto expressivo em relação à média verificada em 1997, que foi de 5,66%. A taxa média, inédita no Plano Real, é também a maior desde 1984, refletindo a prevalência de forte desequilíbrio no mercado de trabalho durante todo o período, como demonstra a figura 15.

Figura 15



Fonte: Caged/MTE

82.A estagnação econômica do país, o desemprego crescente em quase todos setores e o crescimento do mercado informal (36 – **NOTA DE RODAPÉ - Esse tópico será melhor explorado no item 96/98.**) são fortes limitadores da arrecadação previdenciária sobre a massa salarial. Assim, o cenário econômico brasileiro de 1998 registra um desaquecimento na economia que tem influência direta na situação do caixa do RGPS/INSS.

83.Em 1998 a maioria dos indicadores relevantes de preços apresentou trajetória predominantemente descendente no período, chegando a economia a apresentar um quadro de deflação durante boa parte do segundo semestre. Isso levou a que os índices de preços, no acumulado do ano, alcançassem níveis inéditos em relação ao Plano Real. O IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas, por exemplo, indica que os preços variaram 1,70% em doze meses. Desde a implantação do Plano Real as taxas inflacionárias se reduziram drasticamente com relação aos períodos anteriores, e essa trajetória dos baixos índices de inflação se repetiu em 1998. Com isso, a estabilização de preços teve basicamente dois efeitos sobre o desequilíbrio financeiro do sistema previdenciário: i) possibilitou a visualização da situação real das contas previdenciárias, ressaltando as distorções dos planos de benefícios e de custeio do sistema, haja vista que a inflação deteriorava o poder de compra dos benefícios; ii) garantiu o aumento do valor real médio dos benefícios pagos, em razão da queda da inflação, mas também devido à sistemática de reajuste adotada no período. Este fato pode ser observado no reajuste do salário mínimo que em maio aumentou 8,33%, passando de R\$ 120,00 para R\$ 130,00, representando um aumento 3,41% superior à inflação acumulada desde o último reajuste (maio de 1997) (37 – **NOTA DE RODAPÉ - Segundo o Índice Nacional de Preços ao Consumidor –INPC.**). Consequentemente, a inflação beneficiava o caixa do INSS que, até 1994, contava com expressivos rendimentos financeiros para o financiamento dos benefícios e também garantia a corrosão do valor real dos benefícios.

3.1.3 FATORES GERENCIAIS

84.Os problemas gerenciais do RGPS/INSS não se resumem à administração do INSS, mas também à ingerência de outras áreas sobre seu funcionamento. Nesse sentido, a Constituição de 1988 ao ampliar os benefícios sociais sem a respectiva contrapartida da receita, propiciou o

descolamento entre a arrecadação líquida e os benefícios previdenciários. Nesse contexto, a equiparação dos benefícios rurais e urbanos e a unificação do piso de um salário mínimo para todos os benefícios previdenciários e assistenciais aumentou a pressão dos gastos com o pagamento de benefícios. Apesar desses benefícios sociais significarem uma grande conquista social, a falta de uma contrapartida financeira ajuda a explicar o desequilíbrio da situação previdenciária. Segundo dados do MPAS/SPS, os gastos com benefícios rurais em 1998 corresponderam a R\$ 9.357.932.378 (nove bilhões, trezentos e cinquenta e sete milhões, novecentos e trinta e dois mil, trezentos e setenta e oito reais) **(38 – NOTA DE RODAPÉ - Desse montante o equivalente a R\$ 1.911.849 mil (um bilhão, novecentos e onze milhões, oitocentos e quarenta e nove mil reais), são referentes aos benefícios não-previdenciários (assistenciais e do E.P.U) nos quais tem seus repasses efetuados pelo governo federal.)** e as contribuições oriundas da área rural representaram apenas 9,84% desses dispêndios. O fraco desempenho da arrecadação do setor rural pode ser observado pela tabela 12.

Tabela 12
Arrecadação do Setor Rural em 1998

Ano	Comercialização	Folha de Pagamento	Agroindústria
1996	558.068.590	242.419.684	43.895.690
1997	673.855.747	249.106.517	79.248.688
1998	556.021.750	292.192.866	72.605.930

Fonte: Coordenação Geral de Arrecadação

85. Além disso, o fraco desempenho da arrecadação, além das causas acima elencadas nos fatores estruturais e conjunturais, é agravado por três problemas : i) renúncia e isenção fiscais; ii) perda com contribuições substitutivas; e iii) evasão fiscal.

3.1.3.1 A caracterização da renúncia de receita no âmbito do INSS

86. Os técnicos da Coordenação Geral de Arrecadação (CGA/INSS) consideraram em seu estudo, às fls. 34/39 do anexo I, como renúncia de receita todos tratamentos diferenciados concedidos principalmente aos contribuintes empregadores. Assim, segundo eles, qualquer forma de cálculo da contribuição social devidas pelas empresas sobre a remuneração deve seguir o cálculo padrão previsto no artigo 22 da Lei 8.212/91, sendo considerada renúncia de receita todas as exceções a essa regra. Contudo, o parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal de 1988 previu a isenção da contribuição para a Seguridade Social das entidades beneficentes de assistência social, conforme citação:

“Parágrafo 7.º – São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

87. Este artigo estipula a isenção fiscal para entidades beneficentes de assistência social, representando este normativo, dessa forma, uma imunidade e não uma renúncia de receita. Apesar de não representar renúncia de receita esta imunidade deve ser acompanhada pelo fato de suas condições de uso estarem estabelecidas em lei. Do documento da CGA/INSS, à fl. 35 do anexo I, consta que a perda de arrecadação proveniente da imunidade (isenção constitucional), usufruída pelas entidades mencionadas no art. 55 da Lei 8.212/91, foi para o exercício de 1998 de R\$ 2.086.737.095 (dois bilhões, oitenta e seis milhões, setecentos e trinta e sete mil e noventa e cinco reais). Comparativamente as estimativas de 1997, observa-se que em 1998 houve um incremento da renúncia da ordem de 5%.

88. Segundo a CGA/INSS em 1998, o número de entidades beneficiadas com isenção correspondeu a algo em torno de 9.134, dessas segundo o Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, 6.622 são portadoras do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos – CEFF – e as demais seriam portadoras do Título de Utilidade Pública Federal.

3.1.3.2 Perda com Contribuições Substitutivas

89.As contribuições substitutivas são aquelas nas quais não são cobradas a cota patronal sobre a folha de salários, ou seja a contribuição patronal incide sobre outra base de tributação. Nessa modalidade insere-se o setor rural, o SIMPLES e os clubes de futebol profissional.

Setor Rural – Contribuição Sobre a Produção Rural

90.Assim, os produtores rurais, pessoas físicas equiparadas a autônomo (Lei 8.540/92) e as pessoas jurídicas (Lei 8.870/94), recolhem a contribuição previdenciária sobre a comercialização da produção rural. Segundo estimativas da CGA/INSS, às fls. 36/39 do anexo I, o montante de renúncia para 1998 corresponderia a R\$ 4.443.973.337 (quatro bilhões, quatrocentos e quarenta e três milhões, novecentos e setenta e três mil, trezentos e trinta e sete reais). Segunda esta mesma instituição esse montante significou um incremento de aproximadamente 15% relativamente a renúncia de 1997.

3.1.3.2.2 SIMPLES

91.A implementação do SIMPLES pela Lei 9.317/96 garantiu que a micro e a empresa de pequeno porte passassem a contribuir sobre o faturamento. Dessa forma, as empresas optantes recolhem apenas a parte dos empregados sobre a folha de salários, e a parte patronal passa a ser deduzida do faturamento. A parcela da contribuição dos empregadores, correspondente a fonte 154, que deixa de ser arrecadado pelo SIMPLES, é transferido pelo Tesouro Nacional ao INSS. Contudo, a CGA/INSS, à fl. 39 do anexo I, com base na contribuição dos empregados, pode estimar a contribuição dos empregadores e, dessa forma, estimar a renúncia de receita. Em 1998, as estimativas demonstram uma renúncia aproximada de R\$ 1.039.043.296 (um bilhão, trinta e nove milhões, quarenta e três mil, duzentos e noventa e seis reais). Na realidade esse valor seria maior se não houvesse acontecido uma transferência de aproximadamente R\$ 557.422 mil (quinhentos e cinquenta e sete milhões, quatrocentos e vinte e dois mil reais) à título de antecipação de simples no final do ano de 1998. Conforme demonstra o fluxo de caixa do INSS e os extratos do SIAFI apresentado às fls. 02/08 do anexo I.

3.1.3.2.3 Clubes de Futebol Profissional

92.A Lei nº 9.528/97 aumentou substancialmente a base de cálculo sobre a qual incidia a contribuição patronal dos Clubes de Futebol Profissional, incluindo-se “... contratos de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos de publicidade ou propaganda e transmissão de espetáculos desportivos...” Contudo, segundo técnicos do INSS mesmo após essa ampliação de base de cálculo, o montante arrecadado ainda tem ficado aquém do potencial estimado de arrecadação. A perda estimada com a contribuição substitutiva da parte patronal alcançou segundo a CGA/INSS, às fls. 37/39 do anexo I, a cifra de R\$ 22.883.543 (vinte e dois milhões, oitocentos e oitenta e três mil, quinhentos e quarenta e três reais).

93.Em geral, a renúncia do SIMPLES, do setor rural e dos clubes de futebol aumentou em 1998, bem como a isenção fiscal (imunidade). (Vide tabela 13).

Tabela 13
Total da Renúncia e Isenção (1997 e 1998)

RENÚNCIA	Estimativa de Renúncia Fiscal	
	1997	1998
Rural (Total)	3.874.063.150	4.443.973.337
Clubes de Futebol Profissional	20.028.111	22.883.543
Simplex	1.599.631.693	1.039.043.296
ISENÇÃO	Estimativa de Isenção Fiscal	
Entidades Filantrópicas	1.985.508.812	2.086.737.095
Total Geral	7.479.231.766	7.592.637.271

Fonte:CGA/INSS – Conforme fl. 39 do anexo I.

94. Desta forma, observa-se que entre 1997 e 1998 houve um incremento na renúncia de 1,5%, contudo, se não houvesse acontecido a antecipação de SIMPLES esse aumento teria correspondido a 9%. Assim, observa-se uma redução de eficiência no sistema de arrecadação de receitas previdenciárias no exercício de 1998 em relação a 1997. E o montante de renúncia e isenção da ordem de R\$ 7.592.637.271 (sete bilhões, quinhentos e noventa e dois milhões, seiscentos e trinta e sete mil, duzentos e setenta e um reais) foi superior ao déficit previdenciário que foi da ordem de R\$ 7.116.171 mil (sete bilhões, cento e dezesseis milhões, cento e setenta e um mil reais).

3.1.4 EVASÃO de RECEITAS

95. Segundo técnicos do INSS, a evasão de contribuições previdenciárias derivada da desvinculação ao emprego formal é alarmante. Na área rural, dos 4.433.232 trabalhadores, apenas 1.274.123 possuem carteira assinada, ou seja, um percentual de 28,74%. Acarretando, conforme estudo da CGA/INSS, à fl. 40 do anexo I, uma evasão estimada de R\$ 577.169.033 (quinhentos e setenta e sete milhões, cento e sessenta e nove mil, trinta e três reais).

96. O setor urbano representa os autônomos, os empregadores, os empregados de empresa e os empregados domésticos. Com relação aos autônomos e aos empregadores, segundo a CGA/INSS, às fls. 40/41 do anexo I, com base em dados do IBGE sobre pessoas empregadas, a evasão fiscal desta categoria corresponderia a R\$ 4.724.981.630 (quatro bilhões, setecentos e vinte e quatro milhões, novecentos e oitenta e um mil, seiscentos e trinta reais). Além disso, 11.767.069 dos empregados de empresa não têm carteira assinada e por isso não estariam recolhendo os encargos sociais devidos. E por último, quanto aos empregados domésticos, somente 23% têm carteira assinada, e desses, somente 53% recolheram ao INSS. Juntando essas categorias de trabalhadores e empregadores urbanos que não recolheram contribuições previdenciárias teríamos, segundo avaliação da CGA/INSS, às fls. 40/42 do anexo I, uma evasão de aproximadamente R\$ 12.263.571.524 (doze bilhões, duzentos e sessenta e três milhões, quinhentos e setenta e um mil, quinhentos e vinte e quatro reais).

97. Em que pese a perda de arrecadação com o grande volume de trabalhadores no mercado informal, a evasão de arrecadação do setor formal também onera o sistema previdenciário. Segundo Oliveira et alii (1998), se analisarmos a base de dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), a arrecadação previdenciária a cargo do INSS tem ficado em torno de 75% do seu potencial. Dessa forma, tomando como base a arrecadação líquida do INSS no ano de 1998, à fl. 33 deste relatório, observa-se uma evasão aproximada de R\$ 15.579.248 (quinze bilhões, quinhentos e setenta e nove milhões, duzentos e quarenta e oito mil reais). Um dos problemas levantados por este autor é que para os assalariados o direito ao benefício não está vinculado ao efetivo recolhimento das contribuições. Dessa forma, não se gera um incentivo para que o segurado fiscalize o processo arrecadatório. Assim, é preciso fazer com que o segurado controle se seu empregador está pagando devidamente as contribuições. Este controle individualizado pode ser obtido se cada segurado passar a ter a sua conta e se o pagamento de seus benefícios estiver vinculado ao montante desta conta.

98. Conforme, demonstra o TC 003.067/99-8, a dívida total com o INSS, ou seja, os créditos inscritos na Dívida Ativa, a inscrever, os ajuizados e aqueles em fase de cobrança administrativa, abrangendo órgãos/entidades federais, estaduais, municipais e as empresas privadas correspondeu no exercício de 1998 a R\$ 53,9 bilhões. Em cobrança administrativa encontravam-se 99.938 créditos equivalentes a R\$ 4,3 bilhões, e com relação à Dívida Ativa, encontravam-se 476.366 créditos que corresponderiam a R\$ 49,9 bilhões. Com relação ao montante da Dívida Ativa o Instituto só conseguiu reaver no ano de 1998, o montante de R\$ 981 milhões, o que corresponde a 1,96% do total inscrito. Segundo o diretor da FGV Consulting, Luiz Schymura seria preciso discriminar as empresas falidas do cadastro da Dívida Ativa para se ter uma idéia daquelas com maior potencial de pagamento. Essa proposta também é compartilhada pelo secretário-executivo do Ministério da Previdência e Assistência Social José Cechin conforme entrevista do dia 10/11/99 para a Agência Estado.

99. É interessante consignar que em 1998 houve um aumento de arrecadação da Dívida Ativa em torno de 71%, comparativamente a 1997. Esta melhora foi fruto da efetivação de medidas

simples conforme a Coordenação Geral da Dívida Ativa enumera abaixo:

. Instituição do Programa Emergencial de Reforço de Caixa, com o objetivo de maximizar a receita proveniente da Dívida Ativa, por meio de sistemática ação de cobrança, especialmente dirigida aos maiores devedores;

. Expedição da Ordem de Serviço Conjunta INSS/PG/DAF nº 85, com o objetivo de apurar bens dos maiores devedores ensejando maior eficiência no processo judicial de execução e incremento no processo de medida cautelar fiscal;

. Recebimento de títulos públicos federais (encontro de contas de devedores da Previdência e que são credores da União) em pagamento de débitos.

. Parcelamento simplificado, por adesão do contribuinte à proposta automática, como forma de cobrança amigável antes do ajuizamento da execução fiscal.

100. Os constantes anúncios de fraudes na concessão de aposentadorias expõe a fragilidade do sistema e a necessidade de constantes aperfeiçoamentos fiscalizatórios. Além disso, o gasto com despesas administrativas reduziu de 1997 para 1998 em 5.67%, passando de R\$ 1.569.266 mil (um bilhão, quinhentos e sessenta e nove milhões, duzentos e sessenta e seis mil reais) a R\$ 1.485.063 (um bilhão, quatrocentos e oitenta e cinco milhões, e sessenta e três mil reais). E as despesas com pessoal aumentaram 4,51% no mesmo período, aumentando de R\$ 2.085.615 (dois bilhões, oitenta e cinco milhões, seiscentos e quinze mil reais) para R\$ 2.179.584 (dois bilhões, cento e setenta e nove milhões, quinhentos e oitenta e quatro mil reais). Esses valores demonstram que 6% das receitas totais do INSS foram despendidas, em 1998, com despesas administrativas.

3.1.5 Reforma Previdenciária

101. A partir de 1995, o RGPS/INSS apresentou um contínuo crescimento do déficit previdenciário e, assim, a discussão em torno da Reforma da Previdência cresceu, e resultou na Emenda Constitucional nº 20/98. Segundo dados do Informe de Previdência Social, v.11, nº 2, fev/1999 as medidas dessa reforma vão ter um impacto financeiro positivo de aproximadamente R\$ 3,5 bilhões para o ano de 1999. Os principais itens da Reforma da Previdência para o Regime Geral de Previdência Social e seus respectivos impactos podem ser visualizados na tabela 14.

Tabela 14

Principais Itens da Reforma e seus Impactos

PRINCIPAIS ITENS	IMPACTOS ESTIMADOS
1. Estabelecimento de critérios de tempo de contribuição e restrição às aposentadorias especiais.	R\$ 1,7 bilhões
2. Fixação de limite máximo para benefícios de legislação especial.	R\$ 15,0 milhões
3. Elevação do teto de contribuição e limite dos benefícios em R\$ 1.200,00.	R\$ 325,0 milhões
4. Restrição do pagamento do salário família e auxílio-reclusão.	R\$ 60,0 milhões
5. Restrição da isenção da contribuição patronal às filantrópicas.	R\$ 640,0 milhões
6. Atribuição de competência à Justiça do Trabalho para cobrar contribuições sociais sobre a folha de salários	R\$ 380,0 milhões
7. Sub-rogação das entidades prestadoras de serviço (39 – NOTA DE RODAPÉ - A obrigação de recolhimento das contribuições previdenciárias, que anteriormente era feito pela prestadora de serviços, passa a ser da empresa contratante, facilitando o recolhimento e dificultando a sonegação).	R\$ 320,0 milhões
8. Fim do repasse à FUNDACENTRO	R\$ 55,0 milhões
IMPACTO TOTAL ESTIMADO	R\$ 3,5 BILHOES

Informe de Previdência Social, v.11, nº 2, fev/1999

102. Até a publicação da EC nº 20/98 a Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO – recebia 2% da receita proveniente da contribuição a cargo da empresa, a título de financiamento da complementação das prestações por acidente de trabalho. Contudo, com a inclusão do inciso XI no art. 167 da Carta Magna, passou-se a vincular os recursos das contribuições sociais de que trata o art.195, I, a, e II da Constituição Federal aos Benefícios do RGPS/INSS.

103. Além dessas medidas, a aprovação do fator previdenciário, no ano de 1999 na Câmara dos Deputados, para os trabalhadores do setor privado significa um avanço importante no equacionamento do desequilíbrio previdenciário. Esse fator foi concebido para forçar o trabalhador a permanecer no trabalho para receber uma aposentadoria maior. Foi uma forma de atacar a falta de idade mínima para os trabalhadores do setor privado, já que não fora definido na Reforma da Previdência.

104. É importante ressaltar que essas medidas incidem particularmente sobre o fluxo de benefícios (créditos concedidos). No entanto, o estoque preexistente (créditos emitidos) continuará pressionando as contas da RGPS/INSS. Conforme especialistas de Previdência no Brasil, o déficit do INSS deverá se estabilizar entre 1 % e 2% do PIB brasileiro, o que seria um resultado positivo, haja vista que esse déficit estava apresentando uma tendência explosiva. Em 1998 o déficit do RGPS/INSS representou aproximadamente 0,8% do PIB.

4 – Conclusão

105. Consta-se que o Regime Geral de Previdência Social gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social é tecnicamente insolvente desde 1995, apenas em 1998 o déficit previdenciário correspondeu a R\$ 7.116.171 mil (sete bilhões, cento e dezesseis milhões, cento e setenta e um mil reais). Apesar da Reforma Previdenciária ter significado um avanço no enfrentamento das questões previdenciárias, a solução definitiva ainda está longe de ser encontrada. Dessa forma, ações que adequem a realidade do RGPS/INSS aos principais problemas conjunturais, estruturais e gerenciais elencados nos itens acima se fazem necessárias.

106. É notório que não existe mais espaço para aumentar alíquotas das contribuições previdenciárias, pois a alíquota dos trabalhadores e empregadores que era de 3% no início dos anos 40, encontra-se atualmente, respectivamente, em 10% e 22%, em média. Assim, uma maneira direta e com menor custo social de se reduzir a pressão sobre o déficit previdenciário seria aumentar a eficiência do sistema, ou seja, melhorar a arrecadação e aperfeiçoar a estrutura administrativa e operacional do INSS. O quadro de ineficiência da política arrecadatória pode ser evidenciado pelo elevado nível de evasão, isenção e de renúncia fiscais, bem como pela pequena arrecadação da Dívida Ativa. Somente em 1998 a renúncia fiscal situou-se em torno de R\$ 5.505.900.176 (cinco bilhões, quinhentos e cinco milhões, novecentos mil, cento e setenta e seis reais). Por sua vez, o montante referente a isenção fiscal (imunidade) correspondeu a R\$ 2.086.737.095 (dois bilhões, oitenta e seis milhões, setecentos e trinta e sete mil e noventa e cinco reais). Quanto à evasão fiscal, resultante do mercado informal, foi constatado o montante de aproximadamente R\$ 12.263.571.524 (doze bilhões, duzentos e sessenta e três milhões, quinhentos e setenta e um mil, quinhentos e vinte e quatro reais). No que concerne o setor formal da economia estimou-se uma evasão de aproximadamente R\$ 15.579.248 (quinze bilhões, quinhentos e setenta e nove milhões, duzentos e quarenta e oito mil reais). A ineficiência da política arrecadatória para as isenções, evasões e renúncias fiscais decorre do fato de ter aumentado o seu montante, de 1997 para 1998, apesar do PIB nesse mesmo período ter diminuído. Além disso, outro fator que evidencia a ineficiência do sistema previdenciário é o baixo percentual de arrecadação da Dívida Ativa, que de uma arrecadação potencial de R\$ 49,9 bilhões só conseguiu reaver R\$ 981 milhões, ou seja, 1,96% do total. A magnitude desses valores podem ser melhor visualizados na tabela 15, a seguir.

TABELA 15

Comparação entre as estimativas de Renúncia, Isenção, Evasão e da Arrecadação Potencial da Dívida Ativa com o Déficit Previdenciário para o exercício de 1998

RENÚNCIA	R\$ 5.505.900.176
ISENÇÃO	R\$ 2.086.737.095
EVASÃO do SETOR FORMAL	R\$ 12.263.571.524
EVASÃO do SETOR INFORMAL	R\$ 15.579.248.000
ARRECADADAÇÃO POTENCIAL DA DÍVIDA ATIVA	R\$ 49.900.000.000
Déficit do RGPS/INSS em 1998	R\$ 7.116.171.000

Fonte: Reforma da Previdência: A Economia Brasileira em Perspectiva. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), p.337-413. 1998 ; CGA/INSS – Conforme as fls. 39 e 42 do anexo I.

107. Além disso, a estrutura do INSS precisa ser aperfeiçoada, ou seja, as despesas

administrativas corresponderam a 6% do total de dispêndios do RGPS/INSS, o que correspondeu a R\$ 3.664.647 (três bilhões, seiscentos e sessenta e quatro reais milhões, seiscentos e quarenta e sete mil reais) em 1998. Apesar de despesas consideráveis com a operacionalidade do sistema o número de reclamações a respeito do atendimento e de denúncias contra fraudes continua uma constante nos meios de comunicação.

108. Contudo, a eficiência do sistema previdenciário gerido pelo INSS pode aumentar significativamente com simples programas e ações do governo e do próprio Instituto. Como exemplo, evidencia-se que simples medidas da Coordenação Geral da Dívida Ativa aumentaram em 71% a arrecadação da Dívida Ativa entre 1997 e 1998, conforme item 100 deste relatório. Além disso, a sub-rogação, determinada na EC nº 20/98, ao transferir a obrigação de recolher as contribuições previdenciárias para o contratante deve ter um impacto relevante em 1999. Com efeito, dispositivos precisam ser desenvolvidos conjuntamente pelo Ministério da Previdência e Assistência Social e pelo INSS para reduzir esses índices de ineficiência do sistema previdenciário, de forma a que haja uma maximização dos recursos disponíveis, e uma minimização das perdas. Dessa forma, os dados acima demonstram a necessidade de discussão de uma agenda previdenciária que aperfeiçoe os mecanismos arrecadatórios de forma a compatibilizar a estrutura de gastos com a sua base de financiamento.

4.1. Diante do exposto, propõe-se ao Tribunal que:

4.1.1. Determine à Secretaria do Tesouro Nacional que realize as mudanças de fonte, de forma a ajustar as necessidades específicas dos órgãos com o volume de recursos disponíveis em cada fonte, em cumprimento ao inciso I, do § 7º do art. 6º da Lei nº 9.473 – Lei de Diretrizes Orçamentárias de 1998 – bem como, pelo Inciso I, art. 12 da Lei nº 9.811 – Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2000, a fim de se obter um melhor controle da programação orçamentária e financeira das Unidades Gestoras. (Ítem 35/39)

4.1.2. Recomende ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS que estude a possibilidade de disponibilizar o acesso ao segurado da movimentação mensal das contribuições previdenciárias arrecadadas, com respeito à parcela patronal e dos empregados, mantidas no INSS, como forma de incentivar a fiscalização, pelo próprio segurado, dos pagamentos à Previdência Social, bem como criar um vínculo entre o que foi contribuído e o que será efetivamente pago no benefício, conforme ressalta o item 99 deste Relatório.

4.1.3. Encaminhe o Relatório de Acompanhamento das Receitas e Despesas Previdenciárias a cargo do INSS à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, consoante os termos da alínea “a” do item 8.1 da Decisão nº 550/95 – TCU – Plenário.

4.1.4. Encaminhe cópia do presente Relatório à Comissão de Seguridade Social e Família e à Comissão de Finanças e Tributação, ambas da Câmara dos Deputados e à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, por tratar de assunto conexo com as atribuições destas Comissões”.

Atendendo a solicitação deste Relator, o Ministério Público pronunciou-se nos autos, havendo o Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas anuído às “providências sugeridas pela Unidade Técnica” (fl. 50).

É o Relatório.

VOTO

O Relatório elaborado pela Secretaria de Contas do Governo e Transferências Constitucionais permite uma visão bastante abrangente do comportamento das receitas e despesas previdenciárias relativamente ao exercício de 1998.

Considerando que, em razão da natureza do presente feito, a função do Tribunal nesta oportunidade não se volta para o ajuizamento das responsabilidades de gestores, ou mesmo para a

análise da juridicidade dos procedimentos adotados pela entidade pública fiscalizada, o meu propósito aqui será apenas o de destacar alguns aspectos analisados no extenso e aprofundado Relatório da Unidade Técnica que, a meu ver, permitem uma compreensão de conjunto adequada no tocante à matéria em pauta. Por evidente, essa compreensão de conjunto é aquela que pode ser obtida a partir das decisões metodológicas e conceituais implícitas no Relatório em questão.

Na sistemática adotada em nossa Constituição, a seguridade social é entendida de forma ampla, compreendendo “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (CF, art. 194, *caput*). Não obstante, tendo em vista os fins perseguidos com o presente trabalho, é dizer, o acompanhamento das receitas e despesas previdenciárias a cargo do INSS, no conjunto dessas três funções associadas à seguridade social, a análise empreendida nos autos se ateve basicamente à problemática da previdência social e, no âmbito dessa, mais especificamente ao chamado Regime Geral de Previdência Social (RGPS),

Como se sabe, ao lado desse Regime Geral gerido pelo INSS e dirigido ao setor privado, a Previdência Social brasileira contempla ainda dois outros regimes direcionados a segmentos específicos: o Regime de Previdência do Setor Público, que, após a Constituição de 1988, se tornou o regime tipicamente aplicável aos servidores da União, dos Estados, dos Municípios e de suas autarquia; e o Regime de Previdência Complementar, direcionado àqueles que buscam junto a entidades privadas uma ampliação dos benefícios previdenciários oferecidos pelo Regime Geral.

Em 1988, o déficit dos dois regimes financiados diretamente pelo orçamento público alcançou mais de R\$ 41 bilhões (4,7% do PIB), sendo 81% desse total, correspondentes a cerca de R\$ 33,6 bilhões, decorrentes do Regime de Previdência do Setor Público — R\$ 18,3 bilhões de responsabilidade da União, R\$ 12,8 bilhões dos Estados e R\$ 2,5 bilhões dos Municípios —, e 19% do Regime Geral de Previdência Social. O Regime de Previdência Complementar ainda vem permitindo a formação de uma poupança interna de longo prazo.

Como mais uma vez resulta evidente, não é possível cogitar-se de uma solução para o sistema previdenciário brasileiro sem o enfrentamento do gravíssimo problema do déficit do Regime de Previdência do Setor Público.

Essa questão, como bem demonstrou o recente debate travado nos Estados Unidos acerca da tentativa de constitucionalização do princípio do equilíbrio orçamentário, suscitará inevitavelmente agudas discussões de índole jurídico-constitucional e de moralidade política acerca da legitimidade de imposição à geração presente, à conta de um direito já adquirido, do ônus de custear a cobertura dos benefícios previdenciários da geração passada, e também da legitimidade de eliminação ou redução do direito da geração futura de auferir os seus próprios benefícios. Evidentemente, assume-se aí que no acesso pelas gerações presentes e futuras aos recursos disponíveis ao financiamento da previdência social são inevitáveis os *tradeoffs* (a esse respeito cf. por todos *Budget Deficits and the Intergenerational Distribution of Lifetime Consumption*, Daniel Shaviro, Law & Economics Working Paper n° 29, 1995, Law School, University of Chicago).

No que se refere especificamente ao Regime Geral de Previdência Social, no ano de 1998 a realização da sua receita superou em cerca de 4,9% a previsão, alcançando um montante de R\$ 60,4 bilhões. Dentro os três grupos de fontes de receita, os recursos arrecadados diretamente pelo INSS, oriundos basicamente das contribuições dos empregadores e trabalhadores, tiveram um acréscimo de 3,8%, os recursos vinculados à Previdência Social transferidos pelo Tesouro Nacional elevaram-se em 1,9%, e os recursos sem vinculação específica, que abrangem recursos ordinários do orçamento fiscal, do Fundo de Estabilização Fiscal e, em 1998, também as receitas de concessões e permissões, elevaram-se em mais de 26%.

Considerando o conjunto das diversas fontes, as principais participações relativas foram das contribuições dos empregadores e trabalhadores (66,66% da arrecadação total, se considerado o financiamento de R\$ 2,560 bilhões autorizado pela Lei n° 9.639/98; ou 62,42%, se desconsiderada essa operação de crédito), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS (17,3%) e da Contribuição Social sobre o Lucro da Pessoa Jurídica (6,1%).

No que se refere aos gastos do INSS, 94% das despesas dizem respeito à cobertura de benefícios, 4% ao pagamento de pessoal e 2% a despesas operacionais. Nos últimos anos tem-se observado uma estabilização das despesas operacionais e com pessoal, enquanto as despesas com

benefícios, no período 1996-1998, experimentou um acréscimo de mais de 30%. Portanto, seja pela sua expressiva participação relativa no total dos gastos seja pela sua tendência de crescimento, são os pagamentos de benefícios que representam o principal fator de pressão sobre as despesas do INSS.

No conjunto dos benefícios emitidos, é dizer, o total de pagamentos ativados no Cadastro de Benefícios no exercício de 1998, 92% referiram-se a benefícios previdenciários, 5% a benefícios assistenciais concedidos independentemente de contribuição, e 3% a benefícios acidentários, devidos em razão de acidentes sofridos pelo segurados no exercício do trabalho, alcançando, além, obviamente, do auxílio-acidente, também aposentadoria, pensão, auxílio-doença e, exclusivamente, para os trabalhadores rurais, auxílio complemento.

Entre os benefícios previdenciários, 73% corresponderam a aposentadorias, 23% a pensões, 3% a auxílios (doença, reclusão etc.), e 1% aos demais (salário-família, salário-maternidade etc.). Dos gastos com aposentadorias, R\$ 29,4 bilhões foram alocados a benefícios urbanos e R\$ 6,6 bilhões a benefícios rurais.

No que se refere ao número de benefícios concedidos, ou seja, os novos benefícios ativados a cada ano no sistema previdenciário, em 1998 foi agregado um total de 2.346.272 benefícios, inferior em 0,45% à quantidade de novos benefícios concedidos em 1997.

Finalmente, cumpre mencionar uma palavra sobre o montante e as causas do déficit do Regime Geral de Previdência Social.

Como mencionado no Relatório da SECON, ao longo do exercício de 1998, considerando-se a arrecadação líquida (arrecadação bruta acrescida do SIMPLES e deduzida das transferências a terceiros) e o pagamento de benefícios previdenciários (não incluídos os benefícios especiais e assistências cobertos com recursos transferidos pelo Tesouro Nacional), apenas no mês de fevereiro conseguiu-se obter um resultado positivo no fluxo de caixa do INSS. Em termos anuais, a arrecadação líquida alcançou R\$ 46,737 bilhões (crescimento de 4,38% em relação aos R\$ 44,772 bilhões alcançados em 1997) e os benefícios previdenciários chegaram a R\$ 53,853 bilhões (elevação de 12,47% em relação aos R\$ 47,884 bilhões de 1997). Com isso, o saldo previdenciário foi negativo em expressivos R\$ 7,116 bilhões, um elevação de 128,7% em relação ao saldo negativo do ano de 1997.

A análise da evolução do fluxo de caixa ao longo do exercício de 1998 revelou que até o mês de maio o INSS contava com saldo suficiente para a cobertura das suas despesas, decorrente da parcela de R\$ 2,711 bilhões remanescente do empréstimo não utilizado no exercício de 1997. A partir de junho o INSS teve que se valer de empréstimos junto a rede bancária, o que perdurou até outubro, importando a captação de R\$ 1,4 bilhão. Em outubro, as contas do INSS foram centralizadas na Conta Única do Tesouro Nacional, o que implicou transferir para o próprio Tesouro, por meio de antecipações de receitas o financiamento do déficit previdenciário. Ao longo de 1998, o total de recursos antecipados pelo Tesouro Nacional para a cobertura de excessos de pagamentos em relação à arrecadação chegou a R\$ 10 bilhões.

A análise da Unidade Técnica procurou respaldar uma construção que atribui o déficit do Regime Geral de Previdência Social a uma variedade de fatores: estruturais, conjunturais e gerenciais.

Entre os fatores estruturais, foram apontados a modificação das relações trabalhistas, o desemprego estrutural, a informalização crescente do mercado de trabalho e as modificações no padrão demográfico brasileiro, com o aumento da expectativa de vida e a redução das taxas de natalidade. A combinação desses diversos elementos tem provocado um permanente decréscimo da relação “contribuinte/beneficiário” (de 2,4 em 1991 para 1,7 em 1997), o que, no contexto de um modelo de repartição simples (benefícios dos inativos custeados com as contribuições dos ativos), tem levado a formulação de alternativas mais simples, conquanto socialmente mais onerosas, como o aumento das alíquotas de contribuições ou a redução do valor de já insuficientes benefícios.

O fator conjuntural mais relevante discutido no Relatório diz respeito ao longo período de estagnação da economia brasileira verificado a partir do início da década de 80, tendência essa apenas atenuada por episódicos momentos de crescimento nesse período. Por evidente, como bem o comprova a experiência brasileira dos anos do “milagre econômico”, o crescimento do PIB, ao afetar positivamente o nível de emprego e a massa salarial, tem uma repercussão direta na elevação

da arrecadação previdenciária.

No ano de 1998, tanto o efeito da diminuição do PIB (queda real de 0,12%, medido pelo dólar médio) quanto da elevação dos índices de desemprego (7,6%, o maior desde 1984), evidenciando aumento do trabalho informal, afetaram negativamente a receita do INSS. Além disso, com a implantação do Plano Real, o fim do regime inflacionário teve um efeito prático negativo sobre o déficit previdenciário, já que, de um lado, eliminou os ganhos financeiros auferidos pelo sistema e, de outro lado, em termos comparativos com a situação que ocorria no regime da inflação, provocou um aumento real no valor médio dos benefícios pagos.

Embora propriamente não configurando apenas fatores gerenciais, o Relatório da Unidade Técnica incluiu nesta categoria fatores como a qualidade da administração do sistema, externalidades (criação ou ampliação de benefícios sem contrapartida de receita), renúncias e isenções fiscais, a evasão fiscal e as perdas com contribuições substitutivas em benefícios de setores como os produtores rurais, as microempresas e os clubes de futebol.

Segundo os cálculos do próprio INSS, apenas com renúncia, isenção e contribuições substitutivas, a perda de receita chegou em 1988 a expressivos R\$ 7,592 bilhões, é dizer, um montante já superior ao déficit total do Regime Geral de Previdência Social.

Agravam ainda mais esse quadro os outros fatores apontados pelo Relatório: evasão fiscal e irrisória realização dos créditos inscritos na Dívida Ativa. Com respeito à evasão fiscal, no setor formal ela foi calculada em R\$ 15,5 bilhões e, no setor informal, em R\$ 12,2 bilhões (a Tabela 15 do Relatório inverte os números em relação ao exposto no texto). Com respeito à Dívida Ativa, de um valor potencial de R\$ 49,9 bilhões foram realizados apenas R\$ 981 milhões, ou seja, menos de 2% .

Portanto, a consideração de todos esses elementos que não estão sendo arrecadados pelo INSS torna bastante contestável a argumentação de que o equacionamento do déficit do sistema previdenciário — no dizer da Unidade Técnica, “tecnicamente insolvente” — deve ser levado a efeito principalmente com o combate a uma suposto excesso de benefícios e a insuficiência das alíquotas de contribuição.

Por derradeiro, ressalto que se me afiguram oportunas as duas sugestões firmadas na conclusão do Relatório, pelo que as acolho nesta oportunidade.

Com essas considerações, Voto no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

T.C.U, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 624/2001 - TCU - Plenário

1. Processo **TC 012.513/1999-7**

2. Classe de Assunto: VII – Acompanhamento

3. Interessado: Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados

4. Entidade: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

5. Relator: **Ministro Adylson Motta**

6. Representante do Ministério Público: Ubaldo Alves Caldas

7. Unidade Técnica: SECON

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

8.1 determinar à Secretaria do Tesouro Nacional que realize as mudanças de fonte, de forma a ajustar as necessidades específicas dos órgãos com o volume de recursos disponíveis em cada fonte, com observância do determinado nas leis de diretrizes orçamentárias, a fim de se obter um melhor controle da programação orçamentária e financeira das Unidades Gestoras;

8.2 recomendar ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS que estude a possibilidade de disponibilizar o acesso ao segurado da movimentação mensal das contribuições previdenciárias arrecadadas, com respeito à parcela patronal e dos empregados, mantidas no INSS,

como forma de incentivar a fiscalização, pelo próprio segurado, dos pagamentos à Previdência Social;

8.3 encaminhar cópia da presente Decisão, bem assim dos seus respectivos Relatório, que incorpora o Relatório de Acompanhamento das Receitas e Despesas Previdenciárias a cargo do INSS, e Voto, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, nos termos da alínea “a” do item 8.1 da Decisão nº 550/95 – TCU – Plenário, à Comissão de Seguridade Social e Família e à Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal e ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; e

8.4. arquivar os presentes autos.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

ADYLSO MOTA
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE VII - PLENÁRIO

TC-008.044/1999-6 (com 27 anexos)

Apensos: TC-007.525/1999-0, TC-010.424/2000-8 e TC-003.980/2001-2

NATUREZA: Representação

ENTIDADE: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) – 12º Distrito Rodoviário Federal

RESPONSÁVEL: Genésio Bernardino de Souza, ex-Diretor-Geral

EMENTA: Representação de equipe de auditoria. DNER. Contorno Noroeste de Goiânia/GO. Graves indícios de superfaturamento de preços, referentes à terraplenagem e pavimentação. Fixação de prazo para pronunciamento (Decisão 387/99-Plenário). Justificativas não acolhidas. Comprovação do sobrepreço, decorrente de falhas no projeto básico. Multa. Determinação de correções das irregularidades, por ocasião da elaboração do projeto executivo, com suspensão dos pagamentos, até que se promovam todas as correções necessárias (Acórdão 139/99-Plenário e Decisão 517/99-Plenário). Inspeção destinada ao exame do projeto executivo. Correção parcial das irregularidades, permanecendo distorções em preços unitários. Manutenção da suspensão de todos os pagamentos até que sanadas as irregularidades. Obra de relevante interesse da coletividade. Fixação de novo prazo para recomposição de custos, adequação de preços, revisão de quantitativos e renegociação com a contratada (Decisão 931/2000-Plenário). Atendimento parcial. Exigüidade de tempo para o cumprimento integral das determinações. Concessão de novo e peremptório prazo, em caráter excepcional, sob pena de multa, inabilitação para exercício de cargo e adoção de medidas com vistas à sustação do contrato (Decisão 1.111/2000 – Plenário). Cumprimento das providências determinadas. Preços unitários para os serviços de Base, Terraplenagem e CBUQ agora compatíveis com o projeto executivo, pelas condições do local da obra e pelos estudos realizados pela autarquia. Inexistência de sobrepreço. Aperfeiçoamento da obra e redução de 7,51% do custo total anteriormente previsto. Possibilidade de prosseguimento. Determinações ao DNER. Inclusão do contorno no plano especial de

auditoria de obras do Tribunal. Encaminhamento de cópia à Comissão Mista de Planos, Orçamento Público e Fiscalização do Congresso Nacional e ao Ministério Público Federal no Estado de Goiás. Pensamento às contas do DNER.

Este processo originou-se de representação formulada por equipe de auditoria da Secex/GO, com fundamento no art. 209 do Regimento Interno, em virtude da verificação de indícios de superfaturamento em preços de terraplenagem e pavimentação, por ocasião dos trabalhos de auditoria realizada no 12º Distrito Rodoviário Federal do DNER, tendo por objeto as obras do Contorno Noroeste de Goiânia.

As obras foram licitadas pelo Departamento de Estrada de Rodagem de Goiás - DER-GO, sendo que sua execução foi reassumida pelo DNER, devido à celebração do Termo de Cessão PG-214/98-00, com o DER-GO, subrogando-se no Contrato 194/98-PJ, firmado entre a autarquia estadual e a Construtora Caiapó Ltda.

O Tribunal conheceu da representação e assinou prazo para que o Diretor-Geral do DNER se pronunciasse especificamente sobre a obra, nos exatos termos da Decisão 387/99-Plenário, fl. 28.

Apresentadas as razões de justificativa, verificou-se absoluta discrepância entre elas e os dados constantes do processo. Por essa razão, esta Corte aplicou multa ao responsável, sr. Genésio Bernardino de Souza.

Comprovou-se, também, que a antieconomicidade derivava da inadequação do projeto básico. Por essa razão, foi determinada a suspensão dos pagamentos à empreiteira e a correção de todas as falhas, mediante a elaboração do projeto executivo (Acórdão 139/99-Plenário e Decisão 517/99-Plenário, fls. 130/1).

Foi, então, realizada nova inspeção, com o intuito de examinar a correção do projeto executivo, apresentado pelo DNER, levada a efeito por técnicos com formação específica na área de engenharia, sob a coordenação da 1ª Secex, de Brasília, encarregada do exame das contas da autarquia, com apoio da Secex/GO e da Cofis (fl. 187).

Segundo a Secex, as correções do projeto básico foram apenas parcialmente realizadas, permanecendo sérias distorções em preços unitários. Por essa razão, manteve-se a suspensão dos pagamentos, até que sanadas as irregularidades.

Considerada a obra do Contorno Noroeste de Goiânia de relevante interesse para a coletividade local, o Tribunal assinou novo prazo para que o então Diretor-Geral do DNER, sr. Genésio Bernardino de Souza, adotasse medidas no sentido de ajustar os custos previstos no contrato da obra para os moldes adotados pelo DNER, avaliando, em seguida, a adequação dos preços dos itens contratados, em confronto com os preços constantes das tabelas do SICRO e com os valores do mercado, sob pena de nulidade do contrato.

Também foi determinada a renegociação da totalidade dos preços divergentes dos de referência, indicados pelo SICRO e pelo mercado, especialmente nos casos do CBUQ, escavação de materiais de 1ª categoria, escavação de materiais de 3ª categoria, concreto fck 20 MPa, concreto fck 25 MPa, estabilização granulométrica c/ solo-cimento a 2%, projetos e instalação de canteiros, bem como a revisão dos quantitativos do projeto e das especificações adotadas para o item 'Medidas de Reabilitação Ambiental' (Decisão 931/2000 – Plenário, fl. 239).

As providências adotadas pelo DNER em cumprimento a tal Decisão não foram consideradas suficientes pelo Tribunal, porquanto a permanência das diversas incorreções e inconsistências na composição de custos. Também não efetuou, a autarquia, a imprescindível renegociação dos preços com a construtora Caiapó Ltda., para a adequação de todos os preços da obra aos preços da tabela Sicro do DNER.

Não obstante, a autarquia apresentou tabela comparativa de custos, demonstrando a redução do preço de alguns poucos itens do orçamento da obra e a renegociação da totalidade dos preços divergentes pode ter sido dificultada pela exigüidade do prazo fixado, de apenas quinze dias.

Diante disso, por meio da Decisão 1.111/2000 – Plenário, foi concedido novo prazo, em caráter excepcional, para cumprimento integral das determinações desta Corte, nos moldes a seguir:

“8.1. nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e do art. 45 da Lei 8.443/92, assinar o prazo excepcional de 30 (trinta) dias ao Diretor-Geral do Departamento Nacional de

Estradas de Rodagem - DNER, sr. Genésio Bernardino de Souza, para que, mantida a suspensão dos pagamentos referentes à obra rodoviária do Contorno Noroeste de Goiânia, determinada no item 8.2.2 da Decisão 519/99-TCU-Plenário, dê total cumprimento aos itens 8.3.1, 8.3.2 e 8.3.4 da Decisão 931/2000-TCU-Plenário, com observância das seguintes determinações:

8.1.1. rever a planilha de custos, elaborada para o projeto executivo, no tocando aos itens Medidas de Reabilitação Ambiental, Terraplenagem e Pavimentação e apresentar demonstrativos de obtenção dos preços unitários nos moldes do Sistema de Custos Rodoviários - Sicro, com a utilização dos preços dos insumos constantes das tabelas do DNER e das composições da proposta da Construtora Caiapó Ltda.;

8.1.2. justificar técnica e legalmente a inclusão, no item Pavimentação do projeto executivo, o subitem Base Solo-Cimento a 2%, em lugar da solução originalmente contida na proposta da Construtora Caiapó Ltda., ou seja, Base Solo Estabilizado Granulometricamente, uma vez que aquela apresentou custo muito superior a esta; e

8.1.3. renegociar com a Construtora Caiapó Ltda. os preços de acordo com a planilha revisada;

8.2. informar ao Diretor-Geral do DNER, sr. Genésio Bernardino de Souza, que o não-cumprimento sem justificativa da totalidade das determinações constantes dos itens precedentes, enseja a adoção de medidas com vistas à sustação do contrato, previstas no art. 71, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, c/c art. 45, § 2º e 3º, da Lei 8.443/92, além sujeitar o responsável às sanções de multa e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, nos termos do arts. 58, incisos III e IV, e 60 da Lei 8.443/92;

8.3. considerar, desde logo, como grave infração, para os efeitos do art. 60 da Lei 8.443/92 c/c o art. 222, § 1º, do Regimento Interno, o não-cumprimento injustificado da totalidade das determinações constantes do item 8.1 desta Decisão; e

8.4. encaminhar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Presidente do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, ao Chefe do Gabinete Civil da Presidência da República, à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional e ao Ministro dos Transportes.”

Retornam os autos para, mais uma vez, para o exame das providências adotadas pelo DNER, em cumprimento das determinações desta Corte.

O DNER, por meio dos Ofícios 191/2001-DG, de 21.2.2001, e 767/2001-DG, de 10.7.2001, acompanhados de farta documentação comprobatória, informou a este Tribunal as medidas implementadas, em atendimento à Decisão 1.111/2000 – Plenário, juntada aos autos no volume 27.

Transcrevo, a seguir, a instrução da 1ª Secex, de lavra dos AFCEs Augusto Gonçalves Ferradaes e Fernando Saraiva de Magalhães, que examina com percuciência as providências adotadas pelo DNER (fls. 337/53):

“2.1. Inicialmente, é conveniente abordar a percepção do DNER, registrada nos seus esclarecimentos, itens 1 e 2 (fls. 05/06 do Vol. 27), sobre o que realmente lhe era devido fazer para atender à Decisão nº 1.111/2000-P.

2.1.1 O DNER inicia seus esclarecimentos afirmando que em dezembro de 2000 apresentou suas justificativas à Decisão nº 931/2000 e que, posteriormente, o Tribunal solicitou mais esclarecimentos e soluções específicas para os itens 8.3.1, 8.3.2 e 8.3.4 da referida decisão.

2.1.2 Após citar os itens acima mencionados, bem como os itens 8.1.1, 8.1.2 e 8.1.3 da Decisão nº 1.111/2000-P e, ainda, os itens 9.7 e 9.9 da instrução de fls.258/259 do vol. Principal, o DNER conclui, preliminarmente, que persistiriam dúvidas em relação aos itens:

I) base de solo cimento a 2%: apresentar argumentos que justifiquem técnica e legalmente a solução;

II) Medidas de Reabilitação Ambiental: verificar as especificações e justificativa de serviços em relação ao item;

III) Escavação, Carga e Transporte de Materiais de 1ª Categoria – DMT 400-600m e de 3ª Categoria com DT=3,0 km: verificar e justificar o preço unitário apresentado;

IV) CBUQ: justificar o preço e corrigir o equívoco verificado na planilha original da

construtora.

2.1.3 A partir daí, os elementos encaminhados consistem em explicações e justificativas relativas a esses 4 itens, os quais expomos a seguir.

2.2 Base solo-cimento a 2%

2.2.1 A base consiste em camada de material aplicado sobre o terreno natural ou sobre o aterro e faz parte da Pavimentação. Suas características físicas devem dotar essa camada de resistência aos esforços do tráfego, transmitindo essa pressão ao subleito (terreno natural, abaixo da base) e melhorando a sua capacidade de suporte. Pode ter sob ela uma outra camada, denominada sub-base, e suas espessuras, tipo de material e capacidade de suporte (chamada de Índice de Suporte Califórnia - ISC, em razão de ser apurada por método de igual denominação) são determinadas no projeto. O questionamento quanto a esse item se deu em razão de não fazer parte da licitação e do contrato original esse tipo de material (mistura de solo selecionado e cimento a 2%) para a base, sendo que os tipos previstos eram todos cotados com preços mais baixos.

2.2.2 Esclarecimentos do DNER (fls. 07/19 do Vol. 27): inicialmente, são explicados aspectos do dimensionamento dos pavimentos a serem executados na obra em referência, relativos a obtenção da carga atuante e ao cálculo das espessuras das camadas.

2.2.3 Em seguida, passa a informar que foram selecionadas, durante a elaboração do projeto executivo, 5 jazidas possíveis de serem utilizadas na obra. Após a realização de ensaios nos seus materiais, chegou-se à conclusão que em nenhuma delas o material possuía o índice de suporte mínimo preconizado pelas normas técnicas do DNER. Porém, feitos alguns estudos, a empresa projetista verificou que a mistura de cimento a 2% com o solo das jazidas produziu resultados satisfatórios quanto aos índices de suporte.

2.2.4 O DNER afirma, então, que, após definida essa solução, a projetista realizou, mas não apresentou no Relatório Final do Projeto Executivo, estudos comparativos de composições de custos unitários. Segundo o DNER, as alternativas que teriam sido consideradas e os seus preços unitários (data-base fev/98), conforme composições apresentadas (fls. 14/19 do Vol. 27), são as seguintes (ver fls. 12 do Vol. 27):

Solo Areia	R\$36,80/m ³
Solo Brita	R\$36,99/m ³
Brita Graduada	R\$53,97/m ³
Solo Cimento (2%)	R\$34,94/m ³
Solo Cimento (4%)	R\$42,19/m ³

2.2.5 Ainda segundo o DNER, a opção pelo solo cimento a 2% foi referendada por ser a mais econômica, ressaltando, ainda, que as opções de misturas de solo com areia e com brita seriam inviáveis, uma vez que a extração desses materiais nas quantidades necessárias provocaria grandes danos ao meio ambiente, além do fato de que não havia jazidas próximas ao local da obra.

2.3 Medidas de reabilitação ambiental

2.3.1 Essas medidas consistem, basicamente, em recomposição de terrenos afetados pela construção da rodovia, composição de taludes, de plantio de árvores e grama nos canteiros central e laterais da rodovia e nas áreas afetadas pela sua construção. As principais questões levantadas no Relatório de Inspeção são relativas ao preço da grama em placa, solução adotada para os canteiros central e lateral da pista, que seria bem superior ao preço da alternativa, a sementeira e ao quantitativo de mudas no plantio de árvores. Sobre esses pontos foram apresentados os seguintes esclarecimentos:

2.3.2 Devido à diferença significativa de preços entre a grama em placa e a grama a lanço, a primeira, mais cara, só será utilizada na área de trevos, com 899.514,70 m², onde a visibilidade é fundamental para a segurança do usuário. Segundo o DNER, a grama em placa se justifica nessas áreas por ser de fácil manutenção, permitir a visibilidade para motoristas e evitar a propagação de pragas. No canteiro central, com área de 782.713,60 m², será utilizada grama a lanço.

2.3.3 Quanto à recomposição da flora, foram enviadas justificativas para o plantio no modelo anteriormente verificado por essa corte de contas. Segundo o Órgão, foi utilizado o modelo de revegetação baseado em Macedo, Kageyama, R. Costa – 1993, no qual haverá a recomposição de ambientes ribeirinhos numa área de 2.400 m², em 26 travessias. Total 62.400 m²: 13 plantas, 8

pioneiras e 5 não pioneiras e no caso de pontes: 3 casos de revegetação, com 7200 m² cada, totalizando: 21.600,00 m²: 13 plantas, 8 pioneiras e 5 não pioneiras. Após a mudança do fornecimento das mudas para a Faculdade de Agronomia Federal de Goiás houve uma redução de R\$ 8,20 para R\$ 3,99 por muda.

2.3.4 A partir das informações prestadas, ficou esclarecido que a redução de preço para recomposição da flora e a redução da área de aplicação de grama em placa representou uma economia de R\$ 955.381,82.

2.4 Terraplenagem

2.4.1 Os pontos sobre os quais foram solicitados esclarecimentos referem-se aos itens relativos à escavação, carga e transporte de materiais de 1ª categoria – DMT 400-600 m e de 3ª categoria com DT=3,0 km. O DNER justificou o aumento de preço unitário apresentado para o transporte de materiais de 1ª categoria, com distância média entre 400-600 m, como sendo consequência do aumento do tráfego urbano nas proximidades da obra. Segundo o Órgão, nos últimos anos, nos quais a obra encontrou-se paralisada, houve elevação do volume de tráfego em suas proximidades alterando o tempo médio de movimentação do moto-scrapers e consequentemente, o tempo do ciclo de produtividade. Dessa forma, para contabilizar no preço do transporte o ciclo do moto-scrapers foi alterado de 6 para 7,86 minutos, resultando numa equipe com 5 moto-scrapers e uma produção de 405 m³/h.

2.4.2 A partir da alteração feita, houve uma alteração no preço unitário por m³ do serviço de Escavação, Carga e Transporte de Materiais de 1ª Categoria – DMT 400-600m que passou de R\$1,89 (fl. 36, vol. 27) para R\$ 2,34 (fl.37, vol. 27).

2.4.3 Com relação à escavação, carga e transporte de material de 3ª categoria com DT = 3,0 km, foi esclarecido que não há no SICRO composição de preço unitário para material de 3ª categoria, com distância de 3,0 Km. Sendo assim, foi adotado por analogia a produtividade SICRO de 59,00 m³/h aumentando-se apenas o número de caminhões, o que resultou num preço unitário de R\$ 17,83 por m³, conforme planilha apresentada à fl. 38 do vol. 27.

2.5 CBUQ

2.5.1 Com relação a esse item foi solicitado ao DNER que justificasse o preço unitário e que corrigisse o equívoco verificado na planilha original da construtora em relação ao volume de brita (1,632 m³) em 1 m³ de concreto. Segundo o DNER, o equívoco verificado trata-se de um erro na digitação das unidades, ou seja, ao invés de se considerar 1,632 m³ de brita para 1 m³ de concreto, o correto seria 1,632 t de brita para 1 m³ de concreto.

2.5.2 Prosseguindo em seus esclarecimentos, foi elaborada planilha de custos do SICRO e da proposta original da construtora com os seguintes resultados:

Tabela I

Proposta da construtora s/ correção	R\$ 193,34	fl.40, vol.27
Preço corrigido da proposta	R\$ 176,43	fl.41, vol.27
Preço do SICRO c/ insumos da época	R\$ 157,61	fl.42, vol.27
Preço SICRO c/ insumos atuais retroagido a FEV/1998	R\$ 177,10	fl.43, vol.27

2.5.3 Em uma consideração final, o DNER chama a atenção para a variação do preço do material betuminoso que passou de R\$ 287,20/t em fevereiro de 1998 para R\$ 586,60/t em janeiro de 2001, representando uma alta de 104%.

3. Inspeção realizada no Órgão / Análise dos esclarecimentos prestados

3.1 Para a devida análise da matéria, fez-se necessário estabelecer comparações entre os itens verificados em diversas planilhas de custos apresentadas em fases diferentes do presente processo. Dessa forma, permanecem dúvidas a respeito das diferenças na composição de custos para a base de cimento 2% e para o CBUQ, das planilhas apresentadas nesse esclarecimento (vol.27) e no projeto executivo.

3.2 Outro aspecto que levantou dúvidas refere-se às duas composições de custos apresentadas para a terraplenagem, tendo, nesse caso, o DNER optado pela mais cara devido às dificuldades causadas pelo crescimento urbano na região durante o período de paralisação do contrato. Entendemos que tais esclarecimentos precisam ser analisados mais detalhadamente.

3.3 Por tudo isso, para complementar atendimento à Decisão nº 1.111-49/2000-P, foi realizada inspeção in loco no Órgão, onde os as dúvidas mencionadas foram dirimidas:

3.4 Composição de preços para a base:

3.4.1 Devido às diferenças entre as composições de preços das bases na planilha original e na última planilha apresentada pelo DNER tornou-se impossível a comparação de preços entre as soluções apresentadas para a base. Sendo assim, durante a inspeção solicitamos que a equipe de projetos do DNER agrupasse os componentes para a base solo-brita, solução que representava 51% em extensão da proposta original, e base solo-cimento 2%, solução do projeto atual.

3.4.2 A partir desse demonstrativo feito (fls. 55), observa-se que mantendo-se as condições de preços e quantidades da contratada na proposta original, a solução de estabilização granulométrica solo-cimento 2% apresenta-se mais cara, visto que seu preço foi cotado a R\$ 39,63/m³, enquanto que a solução de solo-brita 50%, constante da revisão do DNER, apresenta preço de R\$ 38,64/m³. Contudo, aplicando-se as quantidades do SICRO, obtém-se um preço menor para a solução solo-cimento 2%, pela revisão do DNER, do que para o solo-brita 50%, da proposta original, que são respectivamente R\$ 34,94/m³ e R\$ 36,99/m³.

3.4.3 Sendo assim, a partir da análise das composições da estabilização granulométrica de solo-cimento 2% e de solo-brita 50% apresentadas às fls. e observando-se que, com as quantidades dos insumos fornecidas pelo SICRO, ao preço de R\$ 34,94/m³ a solução solo-cimento 2%, torna-se a mais econômica se comparada a outras 4 soluções apresentadas pelo DNER, em seus estudos realizados para a revisão do projeto.

3.4.4 Cabe ressaltar que a estabilização granulométrica de solo sem mistura, também inicialmente cotada pela contratada, não se revelou como opção viável tecnicamente e ambientalmente. Esse fato representa uma falha no projeto básico, que previu uma alternativa inviável, demonstrando que não foram feitos os estudos necessários naquela etapa da licitação. O projeto básico, mais uma vez, se revela inadequado, implicando inobservância do art. 7º, inciso I, c/c art. 6º, inciso IX (do projeto básico), e ainda inciso I do §2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93.

3.4.5 Quanto à solução adotada pelo DNER, considerando como confiáveis os resultados dos estudos apresentados, quanto à disponibilidade, localização, e capacidade das jazidas da região, e quanto aos resultados dos ensaios de características e resistência dos materiais, entendemos que podem ser aceitos. Contudo, mais uma vez, fica evidenciado que a solução apontada como técnica e economicamente mais adequada não foi prevista no projeto básico e não faz parte do contrato firmado. Desse modo, a sua inclusão depende de termo aditivo.

3.5 Medidas de reabilitação ambiental

3.5.1 A partir da análise dos esclarecimentos prestados, entendemos que a opção pela aplicação de grama em placas nas áreas de trevos é justificável pelos motivos anteriormente relatados, que, em suma, objetivam a segurança do usuário. Isso somado à economia obtida com a redução de preço das mudas conduz ao entendimento de que os preços apresentados para esse item e as medidas a serem adotadas podem ser aceitas.

3.6 Preço unitário de terraplenagem:

3.6.1 Em nossa análise observamos que o preço unitário de Escavação, Carga e Transporte de Materiais de 1ª Categoria – DMT 400-600m adotado foi o maior dentre as opções existentes, apresentadas às fls. 36, 37 e 38, vol.27. Assim, questionamos essa escolha ao Chefe do Serviço de Projeto, Sr. José Carlos Duarte.

3.6.2 Em seus esclarecimentos, o Sr. José Carlos Duarte explicou que mesmo se encontrando afastadas da cidade, as obras do contorno Noroeste são cortadas por inúmeras estradas e rodovias radiais, com trânsito intenso que prejudicam a velocidade média de transporte. Dessa forma, a equipe de projeto recalculou o tempo médio do ciclo baseando-se nas condições atuais existentes. Apenas esse item sofreu modificação em relação às quantidades e foi o responsável para o aumento do preço unitário de R\$ 1,89/m³ para R\$ 2,34/m³.

3.6.3 Considerando que, de fato, há diversas rodovias radiais em relação a Goiânia e outras pequenas estradas a serem cruzadas pelas máquinas no transporte desse material, e ainda, que foram demonstrados os cálculos da composição dos custos do referido serviço, acatamos os esclarecimentos prestados.

3.7 Composição do preço do CBUQ

3.7.1 Com relação ao CBUQ foi-nos explicado que além do equívoco que havia com relação à quantidade de brita existente em 1 m³ de concreto, o qual já foi corrigido, havia também um erro

com relação ao preço original apresentado pela contratada.

3.7.2 Após proceder a alguns ajustes na composição do custo do item, considerando os valores da proposta inicial convertidos para a metodologia do DNER, concluiu-se que o preço ofertado pela contratada corresponde a R\$ 168,94/m³, inferior, inclusive, ao valor de 176,43/m³ resultante da revisão do projeto executivo. Desse modo, será mantido aquele valor.

3.7.3 Considerando ainda que esse valor, agora encontrado e adotado pelo DNER, de R\$ 168,94/m³, é inferior também ao preço obtido pelo SICRO 2, em novembro de 2000, retroagido à data-base do contrato (fevereiro de 1998), de R\$ 177,10/m³ (fls. 43, vol. 27), entendemos que essa medida adotada pelo DNER pode ser aceita.

3.8 Comparação com o SICRO 2 (apenas os 5 itens de maior custo)

3.8.1 A fim de que se tenha mais um parâmetro atualizado para avaliação da adequação dos preços unitários, mesmo que para uma amostra, foi solicitado que fosse feita a atualização dos preços dos 5 itens mais caros e representativos da obra por meio de índices de reajustes entre a data do contrato, em fevereiro de 1998 e a data da última atualização do SICRO disponível, novembro de 2000, para que estes fossem comparados com os preços atuais (novembro de 2000) retirados do SICRO 2. Dessa comparação obtêm-se a seguinte tabela (fl.56):

Tabela II

Descrição	Projeto		SICRO 2	Quantidade e (m ³)
	Fev 98	Nov. 2000	Nov. 2000	
CBUQ	R\$ 168,74	R\$ 234,38	R\$ 245,97	84.860
Base solo-cimento 2%	R\$ 34,94	R\$ 48,51	R\$ 65,43	203.758
Sub base solo estabilizado	R\$ 28,93	R\$ 40,17	R\$ 24,97	210.724
Escav. carga e transp. 1 ^o cat 400-600m	R\$ 2,34	R\$ 2,94	R\$ 2,77	3.534.463
Escav. carga e transp. 3 ^o cat 3.000m	R\$ 17,83	R\$ 22,40	R\$ 14,37	213.354

3.8.2 Da tabela acima observa-se que para os preços de CBUQ e da base de solo-cimento 2% resultantes da renegociação com a contratada encontram-se inferiores aos preços do SICRO 2, enquanto que o preço dos outros 3 serviços mais representativos encontram-se acima dos preços do SICRO 2. Para que se tenha uma dimensão de como estão os preços da renegociação para esses 5 itens em relação ao preço do SICRO 2 e de sua representatividade em relação ao total do contrato, foram calculados o produto dos preços pelas quantidades de cada item para os valores reajustados do contrato renegociado e para os valores do SICRO 2:

Tabela III

	Projeto	SICRO 2
	Nov. 2000	Nov. 2000
Valor total (somatório dos preços X quant.)	R\$ 53.400.616,	R\$ 52.323.088,

3.8.3 Como o valor da obra renegociado é de R\$ 92.957.839,87 o preço destes itens representam mais da metade do preço total da obra (cerca de 57%) . Ao calcularmos os preços totais dos 5 itens observa-se que o preço do contrato com valores reajustados para novembro de 2000 apresentam-se muito próximos ao preço obtido com os dados do SICRO 2, estando apenas 2 % acima desse último. Tal fato significa que os preços contratados para os itens avaliados apresentam-se próximos aos preços impostos pelo próprio DNER através do SICRO 2, bastante rigoroso com relação às quantidades de insumos utilizados, ou seja, para os itens mais caros e representativos da obra não há indícios de sobrepreço nas cotações apresentadas pela contratante.

3.9 Posteriormente ao encaminhamento dos esclarecimentos e elementos, pelo DNER (vol. 27), para atendimento à Decisão nº 1111/2000-P, foi apresentada nova planilha de preços para a obra (fls. 48/53, vol. 27). Tal planilha resultou da continuação dos trabalhos da Divisão de Projetos da Autarquia, relativos à obra. Verificamos, na sede do DNER, que, de fato, foram desenvolvidos trabalhos de verificação dos preços, conforme ilustrado pelos itens anteriormente abordados. Desse modo, o novo preço total da obra ficou em R\$ 92.957.839,87, representando uma redução de 5,4 % em relação aos R\$ 98.229.524,90 apresentados anteriormente no projeto executivo. Entendemos que, apesar dos problemas relativos à inadequação do projeto básico adotado pelo DER/GO na licitação e considerando a diretriz adotada pelo Tribunal, desde sua decisão nº 931/2000-P, no sentido de preservar o interesse público na continuação da obra em tela, o DNER apresentou as correções técnicas relativas às determinações do Tribunal.

3.10 Situação da renegociação do contrato com a Caiapó

3.10.1 Foi encaminhado, por meio do Ofício nº 767/2001 – DG, complementação ao Ofício nº 191/2001 – DG, de 21/02/2001, em cumprimento ao subitem 8.1.3 da Decisão nº 1111/2000 – Plenário, com cópia da seguinte documentação (fls. 79/124, vol. 27): 6º termo aditivo PG 214/98-06, Extrato do termo aditivo nº 6/2001 (DOU de 05/07/2001), Planilha de redução de valores propostos para a renegociação do contrato, Planilha de preços unitários – renegociação e proposta de aprovação da renegociação do valor contratual.

3.10.2 Em sua cláusula primeira, o 6º termo aditivo ao contrato PG 214/98-06 (fl. 81, vol. 27), são discriminados os itens que tiveram seus preços unitários reduzidos após a negociação com a empreiteira Caiapó Ltda, alterando-se, assim, a cláusula terceira do referido contrato (DOS PREÇOS UNITÁRIOS). Cada um dos preços unitários apresentados teve sua renegociação detalhada às fls. 57/62 do vol. 27, obtidas em inspeção realizada no Órgão em junho de 2001.

3.10.3 A cláusula Quinta do Contrato PG 214/98-06 também foi modificada, apresentando como valor estimado do presente contrato atualizado a quantia de R\$ 132.537.839,87, sendo, portanto, adicionado ao valor inicial revisado a preços de fevereiro de 1998 (R\$ 92.957.839,87) a quantia de R\$ 39.580.000,00 referente ao reajustamento até a assinatura desse termo aditivo.

3.10.4 O termo aditivo define em sua cláusula terceira (fl. 81, vol. 27), que as disposições contratuais que não foram retificadas, alteradas ou modificadas pelo referido termo estão inteiramente ratificadas em seus termos, cláusulas e condições.

3.10.5 Ao se analisar a planilha enviada em anexo ao referido termo aditivo (fls. 87/120, vol. 27), observou-se que houve alterações nas quantidades em diversos itens, em relação àquelas inicialmente apresentadas no projeto executivo e ao contrato original. Tais alterações de quantidades implicaram aumento ou diminuição no preço total dos respectivos itens.

3.10.6 Verificamos, também, que o item 'carga e transporte de entulho' teve seu preço unitário alterado, passando de R\$ 0,74 (planilha do Relatório da Primeira Revisão de Projeto em Fase de Obras – DNER – julho de 2000), originalmente para R\$ 2,22 (fls.87, vol.27) na planilha da última revisão do projeto executivo. Em que pese essa variação do preço unitário não tenha alterado o preço total, já que foi compensada por uma variação na sua quantidade, não deixa de constituir uma alteração nas condições contratuais. Contudo, o item em tela não foi incluído nas alterações formalizadas pelo 6º termo aditivo.

3.10.7 Quanto às variações nas quantidades dos itens de serviços contratados, bem como na sua forma de composição e especificação, todas foram objetos de significativas alterações que, ao nosso ver, devem ser consideradas como alterações contratuais, previstas, inclusive, na Lei nº8.666/93, em seu art. 65, inciso I. Desse modo, há que se proceder a sua formalização, via termo aditivo, tornando a nova planilha de itens de serviços, quantitativos e preços, parte integrante do contrato.

3.11 Resultados Gerais da Última Revisão do Projeto Executivo

3.11.1 Em atendimento às determinações do Tribunal (Decisão 1111/2000, itens 8.1.1 a 8.1.3), o DNER realizou estudos e exames sobre o projeto executivo da obra e seus custos que proporcionaram uma redução no preço global do contrato, resultando na última planilha apresentada às fls. 87 a 120 do vol. 27.

3.11.2 Cabe agora realizar uma comparação de preços entre os itens gerais da planilha do projeto básico e a última planilha enviada com os preços revisados do projeto executivo para se avaliar as diferenças apresentadas. Dessa forma, segue abaixo tabela com os comparativos para análise:

Tabela IV

ANALISE COMPARATIVA DE CUSTOS ENTRE PROJETO BASICO E PROJETO EXECUTIVO				
ITEM	PROJ. BASICO (R\$)	PROJ. EXECUTIVO (R\$)	PROJ. EXEC. REVISADO (R\$)	DIFERENÇA % *
TERRAPLENAGEM	20.988.692,24	19.719.295,19	17.863.322,75	-14,89%
PAVIMENTAÇÃO	30.516.889,86	31.026.199,78	29.362.595,56	-3,78%
DRENAGEM	4.482.763,05	4.982.287,53	4.982.287,53	11,14%
OAC	2.596.614,00	1.341.481,42	1.341.481,42	-48,34%
ANALISE COMPARATIVA DE CUSTOS ENTRE PROJETO BASICO E PROJETO EXECUTIVO				

OBRAS COMPLEM.	4.290.472,90	2.144.883,53	2.144.883,53	-50,01%
SERVIÇOS DIVERSOS	1.466.809,45	1.308.291,35	1.308.291,35	-10,81%
REABILITAÇÃO AMB.	-	4.761.736,57	3.806.354,76	
GALERIAS PLUV.	3.596.623,17	-	-	
OAE E BUEIROS	12.868.922,54	26.440.628,65	26.067.268,96	102,56%
PROJ/MOBILINST. CANT	5.656.545,12	6.420.736,28	6.081.354,01	7,51%
TOTAL	86.464.332,33	98.145.540,30	92.957.839,87	7,51%

* A coluna **DIFERENÇA %** indica o valor percentual da diferença entre o projeto básico e o projeto executivo revisado em relação ao valor do projeto básico.

3.11.3 Conforme a tabela da fl. 200, subitem 3.4 do vol. principal, e as análises constantes da instrução relativa a inspeção realizada pela 1ª SECEX (fls. 197/220, vol. principal), observa-se que as adequações realizadas ao projeto básico trazidas pelo projeto executivo, significaram um acréscimo de 12% na largura da pista, aumento na espessura do CBUQ e um aumento nos cumprimentos e larguras das pontes e viadutos apresentados no projeto básico. Ressalta-se ainda que 2 OAEs (Viaduto sobre rodovia GO 462 e viaduto São Pedro) foram acrescentadas no projeto executivo e que as medidas de reabilitação ambiental também não constavam do projeto básico. Assim, se compararmos diretamente os valores do projeto executivo revisado pelo DNER por determinação desta Corte de Contas com os valores do projeto básico, excetuando apenas as 2 OAEs acrescentadas e as medidas de reabilitação ambiental chegamos em valores muito próximos entre os dois projetos, como se vê abaixo:

Tabela VI

Valor do proj. executivo revisado	92.957.839,87
Valor das 2 OAEs acrescentadas	2.672.152,56 (fl. 216, vol. principal)
Valor da Reabilitação ambiental	3.806.354,76
Total	86.479.332,55

3.11.4 Da tabela VI obtém-se que o valor do projeto executivo revisado sem o acréscimo de 2 OAEs e das medidas de reabilitação ambiental é de 86.479.332,55, representando apenas um acréscimo de 0,02 % sobre o preço do projeto básico (86.464.332,33). Somando-se esse resultado ao fato, já mencionado, de que o projeto executivo apresenta dimensões de pista e das obras de arte especiais superiores ao do projeto básico, leva-se a crer que a revisão determinada pelo TCU melhorou as condições de preços originalmente propostos pela construtora.

3.12 Situação no Orçamento de 2001

3.12.1 No referido termo aditivo do Contrato, que apresenta o resultado da renegociação com a Caiapó Ltda, não está especificado Programa de Trabalho para os recursos correspondentes à execução das obras do Contorno Noroeste. O termo apenas acresce o item do contrato 'EMPENHO E DOTAÇÃO da seguinte forma: '(2) EMPENHO E DOTAÇÃO/VINCULAÇÃO DE EMPENHO – A despesa decorrente do presente Contrato correrá, também, à conta do Crédito Orçamento do DNER/2001.'

3.12.2 Entretanto, no Relato nº 312/01 realizado pela Diretoria de Engenharia Rodoviária (fls. 121/124, vol. 27), apresenta os recursos do orçamento previsto para a referida obra alocados no **PT 26.782.0237.5730.0001** – Adequação de trechos Rodoviários no Corredor Araguaia – Tocantins. BR 060/GO – Div. DF/GO – Entroncamento BR 153/GO: Fonte 0100 – R\$ 25.024.642,00 e Fonte 0250 – R\$ 975.358,00. E no **PPA 2000/2003**, para o mesmo PT, o valor de R\$ 106.698.400,00.

3.12.3 Registre-se que existe o **PT 26.782.0237.5772.0001** – Construção de Contornos Rodoviários no Corredor Araguaia – Tocantins BR 060/Go – em Goiânia (Noroeste), o qual foi listado no Quadro V da LOA/2001, em razão da obra ter sido considerada irregular pelo TCU. Esse PT, inclusive, foi objeto de fiscalização do Tribunal no presente exercício, no âmbito do Plano Especial de Obras – FISCOBRAS (TC 003.980/2001-2).

4. Outras Considerações

4.1 **Preço da obra:** Ao examinarem-se os dados relativos à renegociação do contrato, com os novos preços unitários e total obtém-se os seguintes valores de preço para cada item e seus respectivos preços por km:

4.1.1. Preço por quilômetro das obras sem considerar OAE, OAC e medidas de reabilitação ambiental (referência dos preços: fevereiro de 1998):

ITEM	PREÇO (em R\$)	PREÇO POR KM (Considerando)
------	----------------	-----------------------------

		50,4 Km)
Terraplanagem	17.863.322,75	354.431,01
Pavimentação	29.362.595,56	582.591,18
Drenagem	4.982.287,53	98.854,91
Serviços Diversos	1.308.291,35	25.958,16
Obras complementares	2.144.883,53	42.557,21
Total 1	55.661.380,72	1.104.392,47

4.1.2. Preço por quilômetro considerando OAE, OAC e medidas de reabilitação ambiental (não foram considerados os 7% sobre o valor total para PROJ/MOBIL/INST. CANTEIRO)

ITEM	PREÇO (em R\$)	PREÇO POR KM (Considerando 50,4 Km)
Total 1	55.661.380,72	1.104.392,47
OAC	1.341.481,42	26.616,69
M. R. Ambiental	3.806.354,76	75.522,91
Viadutos e Bueiros	26.067.268,96	517.207,71
Total 2	86.876.485,86	1.723.739,80

4.1.3. Preço total por Km = R\$ 92.957.839,87 / 50,4 Km = 1.884.401,58 R\$/Km

4.1.4 Observe-se que o item obras-de-artes especiais foi responsável por parcela significativa da obra e pelo substancial aumento do preço total quando da adoção do projeto executivo, em virtude das insuficiências do projeto básico. Esse aumento foi parcialmente compensado por reduções nos demais itens da obra.

4.2 **Situação do Programa de Trabalho no Orçamento de 2001:** Embora o PT 26.782.0237.5772.0001 – Construção de Contornos Rodoviários no Corredor Araguaia – Tocantins BR 060/Go – em Goiânia (Noroeste) conste do Quadro V da LOA/2000, por ter sido a licitação considerada irregular pelo TCU (Decisão 517/99 - Plenário), e no 6º Termo Aditivo ao Contrato, que apresenta o resultado da renegociação com a Caiapó Ltda, não está especificado Programa de Trabalho para os recursos correspondentes à execução das obras do Contorno Noroeste, no Relato nº 312/01, realizado pela Diretoria de Engenharia Rodoviária (fls. 121/124, vol. 27), foram apresentados os recursos do orçamento previsto para a referida obra alocados no **PT 26.782.0237.5730.0001** – Adequação de trechos Rodoviários no Corredor Araguaia – Tocantins. BR 060/GO – Div. DF/GO – Entroncamento BR 153/GO: Fonte 0100 – R\$ 25.024.642,00 e Fonte 0250 – R\$ 975.358,00. E no **PPA 2000/2003**, para o mesmo PT, o valor de R\$ 106.698.400,00.

4.2.1 Entendemos que a alocação de tais recursos num programa de 'adequação' pode não ser correto, já que esse não retrata o tipo de obra a ser realizada no Contorno Noroeste, A adequação pressupõe que já exista alguma construção que será adequada às novas condições de tráfego que se apresentam. No caso em tela, o que existe é a construção, incluindo a própria implantação, de um anel viário em torno de Goiânia, sendo portanto o mais correto a alocação de tais recursos em programa referente a construção.

4.3 **Ação Judicial do Ministério Público:** Conforme já mencionado anteriormente, existe uma ação ordinária aforada pelo Ministério Público Federal contra o processo licitatório e seu referido contrato firmado entre o DNER e a Construtora Caiapó Ltda. Em sua Decisão (fls.78, vol. 27), de 25/05/2001, o Juiz Federal Substituto da 7ª Vara da Justiça Federal, do Estado de Goiás, por antecipação de tutela requerida, suspendeu a execução da obras objeto da licitação e do contrato analisados, até a decisão de mérito.

4.3.1 Desta forma, independente da Decisão de liberação, pelo Tribunal, o contrato pode permanecer suspenso por força de sentença judicial, o que acarretaria atrasos em sua execução e custos judiciais ao DNER, além dos malefícios sociais pela não execução das obras.

5. Conclusão

5.1 A partir da análise das explicações prestadas pelo DNER, em atendimento à Decisão nº 1.111-49/2000-P, somadas aos esclarecimentos e detalhamentos prestados em inspeção realizada no Órgão, entendemos que, até onde se pôde verificar, os preços unitários para os serviços de Base, Terraplanagem e CBUQ podem ser considerados justificados pelo projeto executivo, pelas condições do local da obra e pelos estudos realizados pela Autarquia.

5.2 Na análise comparativa entre os preços da renegociação do referido contrato e o do SICRO 2, ambos reajustados para novembro de 2000, para os 5 itens mais caros e representativos da obra, restou demonstrado (subitem 3.8.3) que não há indícios de sobrepreço nos valores apresentados, pela pequena diferença de 2% a mais em relação ao SICRO 2.

5.3 Os quantitativos dos insumos e serviços também foram objeto de exame e revisão pelo

DNER. É importante ressaltar que o contrato estabelecido com a empresa Caiapó é por preços unitários. Dessa forma, é conveniente que o Órgão realize um acompanhamento da execução da obra e de sua fiscalização, visto que as quantidades envolvidas nos serviços são razoavelmente altas, principalmente no item terraplanagem.

5.4 O projeto executivo, analisado nos presentes autos, representou uma significativa alteração do objeto do contrato, constante do projeto básico, o que implicou aumento no preço de R\$ 7.584.415,52 (valor de fevereiro de 1998), cerca de 9% de acréscimo sobre o valor original. As mudanças do projeto básico para o executivo alteraram pontos como as OAEs, largura da pista, espessura do revestimento, novo traçado, material para a base, objetivando ajustar a obra para os padrões do DNER, mais rígidos e atuais do que os padrões adotados pelo DER/GO a época da assinatura do contrato.

5.4.1 Tal medida, se analisada isoladamente, poderia constituir motivo para a anulação do referido Contrato e da licitação correspondente, em razão de descumprimento de art. 7º, caput e §2º, inciso I, e art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, relativos ao projeto básico e à necessidade de licitação do objeto do contrato. Esse aspecto já foi abordado pelo Tribunal, como já enfatizado nas Decisões nºs 931/2000 e 1.111/2000, onde foram consideradas, também, a relevância e a importância social da obra para o Estado de Goiás, o que resultou em que fosse determinado ao DNER medidas corretivas para as deficiências levantadas.

5.4.2 Com isso, ao se examinarem os esclarecimentos prestados pelo DNER por meio dos Ofícios e elementos anexados ao presente processo e pelas Auditorias e Inspeções realizadas, consideramos justificados os preços unitários constantes na última revisão do projeto executivo da obra, nessa análise. Verifica-se, ainda, que o incremento de serviços introduzidos pelo projeto executivo foram proporcionalmente maiores do que a diferença de preço entre os projetos básico e executivo.

5.4.3 Os vícios e impropriedades constatados nesse processo licitatório e no contrato com a Construtora Caiapó decorreram da diferença de padronização entre DNER e DER/GO, que implicaram nas alterações do projeto executivo em relação ao projeto básico. Tal situação surgiu quando o DNER, ao delegar a execução da obra, incluindo o projeto básico e a licitação, ao DER/GO, não estabeleceu a obrigatoriedade de esse obedecer às normas e padrões técnicos da Autarquia Federal. A elaboração do projeto executivo, este sim, dentro dos padrões adequados, evidenciou toda a deficiência e inadequação do projeto básico, inclusive com reflexo nos preços.

5.4.4 Dessa forma, a intervenção do Tribunal teve, então, como produto a revisão do projeto executivo para adequar a sua planilha de custos também aos moldes do DNER, mas sem descaracterizar a irregularidade atribuída ao processo licitatório. Cabe ressaltar que na Decisão anterior nº 931/2000, houve determinações ao Diretor-Geral do DNER para evitar que tais situações voltem a ocorrer:

‘8.4.1. ao firmar convênio para a execução de obras em rodovias que integrem ou integrarão a malha federal, sob sua responsabilidade, seja consignado, nos respectivos termos de contrato, a obrigatória obediência às suas normas e especificações técnicas e, sobretudo, que fiscalize o seu correto cumprimento;

8.4.2. ao assumir contrato licitado e firmado por outro órgão, proceda, previamente, à verificação da regularidade do processo licitatório, principalmente quanto ao projeto básico adotado, se segue suas especificações técnicas, e se os quantitativos e preços unitários contratados estão adequados, dando cumprimento ao disposto nos arts. 7º, inciso II e § 2º, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/93’.

5.5 Apesar dos aspectos acima abordados, entendemos viável tecnicamente a alternativa de manutenção do contrato com a empreiteira Caiapó Ltda, nos termos da renegociação realizada, por meio do 6º termo aditivo ao Contrato nº 214/98-06, desde que a nova planilha apresentada seja parte integrante desse termo aditivo. Entretanto, há de se considerar, como visto no subitem 4.3, que há para o DNER, uma demanda judicial que poderá retardar o início das obras e ainda trazer repercussões negativas e custos adicionais ao Órgão, cabendo à Autarquia avaliar essas consequências e as alternativas de que disporia.

5.5.1 Cabe ressaltar que a manutenção do Contrato com a Caiapó demanda correções a

serem procedidas no 6º termo aditivo do Contrato, apresentado nos autos, consistentes na inclusão da planilha com alterações de quantitativos e de preço unitário, em conformidade com o art. 65, inciso I, alínea 'a' da Lei 8.666/93 (subitens 3.10.5, 3.10.6 e 3.10.7).

5.5.2 Caberá, também, ao DNER rever o Programa de Trabalho ao qual estão alocados os recursos da referida obra no presente exercício. Entendemos que seria mais adequado um Programa de 'Construção' ou 'Duplicação' ao invés de 'Adequação' como nos foi apresentado.

6 Proposta de Encaminhamento

Diante de todo o exposto, encaminhamos os autos à consideração superior propondo, com fulcro nos arts. 43, inciso I, e 45, da Lei nº 8.443/92:

I- que sejam aceitas as medidas adotadas pelo DNER em cumprimento à Decisão nº 1.111/2000-Plenário, que produziram a planilha revisada de itens cujo preço total ficou em R\$ 92.957.839,87 (valores de fevereiro de 1998), sem prejuízo de ser determinado ao DNER que proceda às seguintes correções no 6º Termo Aditivo ao contrato com a Construtora Caiapó para a construção do Contorno Noroeste de Goiânia:

a) fazer constar que a planilha revisada de itens de serviços é parte integrante do contrato, já que ela contém todos os itens de serviços a serem executados, seus quantitativos e preços unitários, bem como exprime as alterações contratuais em relação à proposta original, conforme previsto no arts. 65, inciso I, 60 e 62 da Lei nº 8.666/93, inclusive preços unitários e quantitativos que não foram listados no referido termo;

b) fazer constar a discriminação da dotação orçamentária a ser utilizada para a cobertura do contrato, nos termos do art. 55, inciso V, da Lei nº 8.666/93, atentando para a sua adequação ao tipo da obra contratada, atinente à construção ou duplicação;

II- que seja determinada inclusão da obra no plano especial de auditoria de obras do Tribunal, para que a sua execução seja fiscalizada, inclusive quanto ao cumprimento das determinações acima;

III- que sejam os autos juntados às contas do DNER do exercício de 2001.”

É o relatório.

VOTO

Gostaria de submeter, novamente, o presente processo à apreciação do Plenário, para, mais uma vez, examinar as providências adotadas pelo DNER, com o objetivo de cumprir as determinações desta Corte, concernentes à obra do Contorno Noroeste de Goiânia, desta feita contidas na Decisão Plenária 1.111/2000.

Recordo aos eminentes pares que a obra do Contorno Noroeste de Goiânia/GO apresentava fortes indícios de superfaturamento de preços, principalmente no que dizia respeito à terraplenagem e pavimentação. Esse sobrepreço era decorrente de inúmeras falhas no projeto básico.

Diante disso, o Plenário do Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão 517/99, determinou ao DNER a pronta suspensão de todos os pagamentos vinculados ao contrato, até que fossem inteiramente corrigidas, no projeto executivo, as deficiências verificadas, adequando-se todos os quantitativos e serviços à realidade dos fatos e ajustando os preços contratuais aos preços de mercado.

Essa medida, a par de preservar o Erário, também permitia que, sanadas as irregularidades, a obra não sofresse solução de continuidade, haja vista o que o Contorno Noroeste de Goiânia apresenta inestimável importância político-social para o Estado de Goiás, não havendo dúvida acerca do interesse da coletividade na sua conclusão.

As providências adotadas pelo DNER, tendentes à correção das irregularidades, foram analisadas em duas oportunidades pretéritas, ocasião em que se considerou que elas atendiam apenas parcialmente ao determinado, permanecendo a existência de sobrepreço e quantitativos excessivos em alguns itens (Decisões 931/00 e 1.111/00, ambas do Plenário).

Novamente em razão da importância da obra, optei por oferecer a última oportunidade para que o DNER sanasse integralmente os pontos impugnados, sob pena de adoção de todas as medidas com vistas à sustação do contrato, além de multa e inabilitação do responsável para o exercício de

cargo em comissão ou função pública (subitem 8.2 da Decisão 1.111/00).

O problema é que, apesar de todos os esforços, ainda não haviam sido reduzidos os custos dos itens “Medidas de Reabilitação Ambiental”, “Terraplenagem” e “Pavimentação”, nem apresentada a justificativa técnica e legal para a inclusão, no item Pavimentação do projeto executivo, o subitem Base Solo-Cimento a 2%, em lugar da solução originalmente contida na proposta da Construtora Caiapó Ltda., consistente em Base Solo Estabilizado Granulometricamente, uma vez que aquela apresentou custo muito superior a esta.

Agora, após o devido exame da documentação encaminhada e a realização de inspeção na autarquia, atesta a instrução técnica que as providências determinadas foram cumpridas.

De acordo com a instrução, *“os preços unitários para os serviços de Base, Terraplenagem e CBUQ podem ser considerados justificados pelo projeto executivo, pelas condições do local da obra e pelos estudos realizados pela autarquia”*.

Também na comparação entre os preços estipulados no contrato e no SICRO 2 - sistema de custos do DNER - para os cinco itens mais caros e representativos da obra, restou demonstrado que não há agora indícios de sobrepreço, verificando-se a diferença a maior da ordem de 2%, que considero compatível.

Com isso, o custo estimado no projeto executivo diminuiu de R\$ 98.145.540,30 (noventa e oito milhões, cento e quarenta e cinco mil, quinhentos e quarenta reais e trinta centavos) para R\$ 92.957.839,87 (noventa e dois milhões, novecentos e cinquenta e sete mil, oitocentos e trinta e nove reais e oitenta e sete centavos), o que representa redução de 7,51%.

Na verdade, mesmo com essa redução do custo estimado no projeto executivo, o valor total da obra ainda se encontra superior em 9% ao antes previsto por ocasião do projeto básico. Ocorre que essa diferença de preço é amplamente compensada pelas profundas mudanças físicas e técnicas implementadas na obra, por ocasião da elaboração do projeto executivo, tendo sido alterado o traçado da rodovia, aumentado em 12% a largura da pista, elevado a espessura do CBUQ, ampliados o comprimento e a largura das pontes e viadutos, acrescentados mais dois viadutos e previstas medidas de reabilitação ambiental.

Foram essas as alterações buscadas que permitiram o ajuste da obra aos padrões do DNER, por demais melhores e mais exigentes do que os adotados pelo DER/GO, na época da assinatura do contrato, cujas exigências de qualidade e técnica são de muito inferiores.

Nesse ponto, vale ressaltar que a irregularidade cometida pelo DNER, de não condicionar a obediência às suas normas e padrões técnicos na oportunidade da celebração de convênios para delegação de execução de obras rodoviárias, já foi objeto de específica determinação à autarquia (vide subitem 8.4.1 da Decisão 931/2000 – Plenário).

No tocante à adequação dos quantitativos de insumos e serviços, verifico que eles foram objeto de exame e revisão pelo DNER. Sem embargo, como o contrato é por preços unitários, será imprescindível o acompanhamento rigoroso da execução da obra e das medições a serem efetuadas, particularmente quanto ao item “Terraplenagem”, cujo quantitativo é proporcionalmente expressivo em relação aos demais itens.

Quanto à inclusão do subitem Base Solo-Cimento a 2%, no item Pavimentação do projeto executivo, em lugar da medida originalmente contida na proposta da Construtora Caiapó Ltda., o DNER demonstrou que a solução adotada é a mais econômica, além de técnica e economicamente adequada.

Por fim, conforme aponta a unidade técnica, permanecem passíveis de correção somente dois pontos, atinentes à ausência, no termo aditivo firmado pelo DNER com a Construtora Caiapó Ltda., da planilha com as alterações de quantitativos e preços unitários, em conformidade com o art. 65, I, alínea “a”, da Lei 8.666/93, e à incorreta indicação da dotação orçamentária, que não corresponde à obra a ser executada, pois está consignado Programa de Trabalho com objeto de “Adequação” quando na verdade se trata de “Construção” ou “Duplicação”.

Portanto, em conclusão, verifico que o DNER finalmente corrigiu as irregularidades apontadas pelo Tribunal. Por tal razão, autorizo o prosseguimento da obra, sem prejuízo da adoção de todas as providências discriminadas na Decisão, sobretudo da inclusão da obra em auditoria específica, para exame minudente da correção do seu andamento, comunicando-se a Decisão à Comissão de Fiscalização do Congresso Nacional.

Ante o exposto, acolho os pareceres e VOTO por que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto a este Plenário.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Walton Alencar Rodrigues
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 625/2001 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo TC-008.044/1999-6
2. Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Responsável: Genésio Bernardino de Souza, ex-Diretor-Geral.
4. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagens (DNER) – 12º Distrito Rodoviário Federal.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: 1ª Secex.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso II, e 41, inciso II, da Lei 8.443/92, DECIDE:
 - 8.1. considerar cumpridas pelo DNER as determinações contidas na Decisão nº 1.111/2000 – Plenário, podendo ser dado seguimento à obra;
 - 8.2. determinar ao DNER a inclusão, no 6º Termo Aditivo ao contrato com a Construtora Caiapó, para a construção do Contorno Noroeste de Goiânia, de cláusulas, prevendo:
 - 8.2.1. que a planilha revisada de itens de serviços é parte integrante do contrato, já que ela contém todos os itens de serviços a serem executados, seus quantitativos e preços unitários, bem como exprime as alterações contratuais em relação à proposta original, conforme previsto no art. 65, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93, inclusive preços unitários e quantitativos não listados no referido termo;
 - 8.2.2. a discriminação da dotação orçamentária a ser utilizada para a cobertura do contrato, nos termos do art. 55, inciso V, da Lei nº 8.666/93, atentando para a sua adequação ao tipo da obra contratada, atinente à construção ou duplicação;
 - 8.3. determinar a inclusão da obra no plano especial de auditoria de obras do Tribunal, para que a sua execução seja fiscalizada, com o exame do cumprimento de todas as determinações acima;
 - 8.4. determinar a apensação dos autos às contas do DNER referentes ao exercício de 2001;
 - 8.5. encaminhar cópia da presente Decisão, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentam:
 - 8.5.1. à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional; e
 - 8.5.2. ao Ministério Público Federal no Estado de Goiás.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

11.2 Ministro que alegou suspeição: Iram Saraiva.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC- 010.641/2000-0

Natureza: Representação

Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 13.^a Região/PB

Interessado: José Caetano dos Santos Filho, Procurador do Trabalho da 13.^a Região

Ementa: Representação originária da Procuradoria Regional do Trabalho da 13.^a Região, noticiando irregularidade na nomeação de Juíza Classista Titular. Ausência dos requisitos necessários à nomeação como representante classista dos empregadores. Conhecimento. Procedência. Determinações.

Cuidam os autos de Representação formulada pelo Sr. José Caetano dos Santos Filho, Procurador do Trabalho da 13.^a Região/PB, contra a ocorrência de irregularidade na nomeação da Sra. Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas para o cargo de Juíza Classista Titular, representante dos empregadores, na Junta de Conciliação e Julgamento de Areia/PB, efetivada pelo Ato TRT/GP nº 69, de 16.04.99, para o triênio 1999/2002.

De acordo com o autor da Representação, a nomeação deverá ser impugnada em razão de descumprimento do art. 2º, inciso II, alínea “h”, da Instrução Normativa nº 12/97-TST, uma vez que a pretendente, apesar de haver concorrido na condição de empregadora, não constava entre os dirigentes mencionados no contrato social da empresa Usina Tanques S/A, mantendo apenas vínculo empregatício com a referida empresa.

Referido pedido de impugnação impetrado pelo membro do Ministério Público do Trabalho foi julgado improcedente pelo TRT-13.^a Região, razão por que foi interposto recurso junto ao Tribunal Superior do Trabalho, requerendo-se a anulação do Ato TRT GP nº 069, de 16.04.99, a devolução dos valores percebidos e a glosa do tempo de serviço prestado.

A Analista da SECEX-PB, ao instruir o processo, inicialmente, propôs, com o endosso do Diretor e do Secretário, que se aguardasse o prazo de trinta dias para que se procedesse à indagação junto à Procuradoria Regional do Trabalho da 13.^a Região a respeito do julgamento do recurso mencionado.

Transcorrido o prazo aguardado, não se confirmando o julgamento da peça recursal, foi providenciada nova instrução do feito, tendo a AFCE consignado o seguinte:

- no presente caso, poderia adotar-se, como supedâneo, a Decisão nº 92/2000 – Plenário – Ata nº 06/2000, em que foi determinada à Presidência do TRT da 13.^a Região a declaração de nulidade de ato de nomeação de juiz classista, tendo em vista a falta de preenchimento de requisitos para investidura no cargo mencionado;

- o processo de investidura da Juíza Classista Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas foi maculado pela apresentação de documentação fraudulenta, a fim de supostamente comprovar a observância ao art. 2º, inciso II, alínea “h”, da IN/TST nº 12/97.

Conclusivamente, ofereceu a Analista o seguinte encaminhamento à matéria:

“a) seja a presente Representação conhecida, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno/TCU;

b) seja feita determinação à Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 13.^a Região, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 195 do RI/TCU, no sentido de que, no prazo de 15 (quinze) dias, proclame a nulidade do ato de nomeação da Juíza Classista de Junta Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas, adotando providências com vistas ao ressarcimento ao erário de qualquer valor que lhe tenha sido pago em consequência da função ocupada;

c) seja promovido o apensamento deste processo às contas do TRT-13.^a Região, relativas ao exercício de 1999, para exame em conjunto e em confronto, nos termos do art. 27 da Resolução/TCU nº 136/2000; e

d) seja remetida cópia da decisão que vier a ser proferida, bem como do relatório e voto que a fundamentarem, à Procuradoria Regional do Trabalho da 13.^a Região.”

O Secretário-Substituto, por sua vez, aduziu os comentários a seguir destacados.

“A interessada em questão possuía ações da empresa Usina Tanques S/A, todavia a PRT/PB entende que tal fato não a coloca necessariamente na posição de empregadora. Como a nomeada possuía uma quantidade mínima de ações e não constava entre os dirigentes da referida empresa, mencionados no contrato social, mantendo, de fato, vínculo empregatício com a citada empresa, no cargo de assessora financeira, constando da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), sendo beneficiária do FGTS, a PRT/PB entende que está devidamente caracterizada sua condição de empregada, apesar de possuidora de ações da empresa. Tal entendimento está devidamente detalhado no expediente de fls. 01/06. A definição se a Sra. Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas pode ser considerada empregadora é o cerne do presente processo. Na minha opinião, está devidamente caracterizada, nos autos, a condição de empregada da referida Sra., razão pela qual acompanho o entendimento da PRT/PB e da Sra. Analista informante.

Destaca-se, todavia, que não houve, por parte da interessada, apresentação de documentação fraudulenta. A multicitada Senhora sempre apresentou declarações de que era possuidora de ações nominativas, nunca que era dirigente ou empregadora da empresa Usina Tanque S/A. O TRT/PB é que vem entendendo que essas duas situações (detentora de ações e empregador) são inseparáveis. Por outro lado, a inexistência de documentação fraudulenta não descaracteriza a má-fé constatada nos autos, uma vez que a Sra. Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas concorreu ao cargo de juiz classista por categoria a que não pertence, usando de artifício para ocultar tal situação (declarou ser possuidora de ações da empresa, induzido à falsa condição de empregadora).”

O Secretário-Substituto registrou, ainda, julgado mais recente sobre a matéria (Decisão nº 68/2001-TCU-Plenário – Ata 06/2001), e, alfim, apresentou proposta de mérito no sentido de que o Tribunal:

“6a) conheça da presente Representação, com fundamento nos arts. 68 e 69, inciso I, da Resolução TCU nº 136/2000, c/c o art. 213 do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la procedente;

6b) assine, com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, o prazo de 15 (quinze) dias para que o Tribunal Regional do Trabalho da 13.ª Região proceda à anulação do ato de nomeação da Sra. Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas para o cargo de Juiz Classista Titular de Junta – Ato TRT GP nº 069/99 -, por ofensa ao disposto no artigo 2º, inciso II, alínea “h”, da Instrução Normativa TST nº 12/97;

6c) determine ao TRT-13.ª Região que promova, junto à Sra. Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas, o ressarcimento das importâncias que eventualmente lhe tenham sido pagas durante o período em que irregularmente integrou a magistratura trabalhista, instaurando, se for o caso, a competente tomada de contas especial da responsável;

6d) determine à SECEX-PB que acompanhe a implementação das medidas consignadas nos itens ‘b’ e ‘c’ acima;

6e) dê ciência da Decisão que vier a ser proferida à Procuradoria Regional do Trabalho – 13.ª Região;

6f) determine a juntada dos presentes autos às contas do TRT – 13.ª Região, relativas ao exercício de 1999, para exame em conjunto e em confronto, nos termos do art. 27 da Resolução TCU nº 136/2000.”

Presentes os autos neste Gabinete, solicitei o pronunciamento do Ministério Público, o qual, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha, depois de ressaltar que as decisões citadas pela Unidade Técnica se aplicam perfeitamente à presente hipótese, aquiesceu à proposição contida no item 6 da instrução, acima transcrito.

É o Relatório.

VOTO

De início, registro que a presente Representação preenche os requisitos de admissibilidade contidos nos arts. 68 e 69, inciso I, da Resolução TCU nº 136/2000, combinados com o artigo 213 do Regimento Interno do Tribunal, podendo, pois, ser conhecida.

Quanto ao mérito da questão apresentada, relembro que a nomeação de juízes classistas,

anteriormente à Emenda Constitucional nº 24, de 09/12/99, que extinguiu a referida representação na Justiça do Trabalho, regia-se, entre outras, pelas disposições do art. 2º, inciso II, alínea “h”, da Instrução Normativa TST nº 12/97, o qual transcrevo:

“Art. 2.º

II –

h) comprovar mediante traslado da carteira de trabalho, em se tratando de empregado, ou mediante estatuto ou contrato social da empresa, na hipótese de o candidato ser empregador, o exercício da atividade profissional ou econômica por mais de 2 (dois) anos”.

Com efeito, a Sra. Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas, ao ser nomeada Juíza Classista Titular, não preenchia a condição de empregadora, faltando, pois, pressuposto essencial para a validade do ato em questão, como exigido no dispositivo acima citado.

Em verdade, o fato de a referida senhora exercer o cargo de assessora financeira da empresa da qual é possuidora de dez ações ordinárias nominativas, no valor unitário de R\$ 1,00 (fl. 163), não significa dizer que ela tenha poder para administrar a sociedade, atribuição exclusiva da diretoria da empresa Usina Tanques S/A, tal qual exige o Estatuto Social desta, conforme se depreende da leitura da ata acostada às fls. 158/160. Alias, nas palavras do autor da Representação, *“o Estatuto Social não contempla essa figura, ‘assessoria financeira’, como órgão da sociedade, capaz de externar sua manifestação de vontade no comércio jurídico.”*

No tocante aos valores porventura recebidos pela responsável, peço vênias para dissentir dos pareceres precedentes, por entender que as circunstâncias retratadas nos autos não caracterizam atitude de má-fé por parte da Sra. Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas, o que afasta a obrigatoriedade de devolução das importâncias recebidas.

Conforme se verifica, a interessada não apresentou documentação fraudulenta ou manifestou qualquer outro comportamento doloso. Nesse sentido, o próprio Secretário-Substituto afirmou que a interessada sempre apresentou declarações de que era possuidora de ações nominativas, jamais de que era dirigente ou empregadora da empresa Usina Tanques S/A. O TRT da 13.^a Região é que fez a ilação de que o fato de a pretendente ser detentora de ações, automaticamente, a elevaria à condição de empregadora, hipótese destituída de fundamentação.

Ante o exposto, acolhendo, em parte, os pareceres precedentes, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à consideração deste Plenário.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 626/2001 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC-010.641/2000-0
2. Classe de Assunto: VII – Representação
3. Interessado: José Caetano dos Santos Filho, Procurado do Trabalho da 13.^a Região
4. Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 13.^a Região
5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira
6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado da Paraíba
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. conhecer da presente Representação, com fulcro nos arts. 68 e 69, inciso I, da Resolução TCU nº 136/2000, c/c o art. 213 do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la procedente;

8.2. assinar, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que o Tribunal Regional do Trabalho da 13.^a Região adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de anular o ato de nomeação da Sra. Ana Flávia Veloso Borges Pereira de Freitas para o cargo de Juíza Classista Titular da Junta de

Conciliação e Julgamento de Areia/PB – Ato TRT/GP nº 69, de 16.04.99 -, por ofensa ao disposto no artigo 2.º, inciso II, alínea “h”, da Instrução Normativa TST nº 12/97;

8.3. determinar à SECEX-PB que acompanhe a implementação da medida consignada no item 8.2 acima;

8.4. dar ciência desta Decisão à Procuradoria Regional do Trabalho da 13.ª Região;

8.5. determinar a juntada deste processo ao das contas do TRT – 13.ª Região, relativas ao exercício de 1999, para exame em confronto.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Relator), Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

GUILHERME PALMEIRA
Ministro-Relator

I - RELATÓRIO

GRUPO I - Classe VII - Plenário

TC-002.458/96-9

Apenso: TC 008.170/2001-5

Natureza: Solicitação de prorrogação de prazo

Interessado: Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão

Órgão: Ministério da Defesa (Comando da Aeronáutica)

Ementa: Solicitação de nova prorrogação de prazo para cumprimento de decisão. Atendimento. Concessão de prazo adicional idêntico ao inicialmente fixado.

Trata-se de solicitação de nova prorrogação de prazo, formulada pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Sr. Martus Tavares, para cumprimento do disposto no item 8.4 da Decisão nº 422/2000 – TCU – Plenário, a saber: fixação do prazo de 180 dias para que os Ministérios da Defesa (Comando da Aeronáutica) e da Fazenda “*regularizem, em conjunto com o Estado de São Paulo, as pendências relativas ao Aeroporto Internacional de Viracopos em Campinas/SP, comunicando a este Tribunal a solução adotada*”.

2. Por meio de expedientes datados de dezembro de 2000, o Comandante da Aeronáutica e o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão solicitaram prorrogação do referido prazo por 180 dias em razão da grande complexidade da situação, dos vários compromissos assumidos, ao longo dos últimos quarenta anos, entre o então Ministério da Aeronáutica e o Governo do Estado de São Paulo, bem como pelo fato de que uma solução amigável demandaria prolongada negociação, requerendo a participação de diversos entes da Administração. Além disso, a documentação pertinente ao assunto teria sido remetida do Ministério da Fazenda para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em função de ser questão afeta à Secretaria do Patrimônio da União - SPU, então transferida para a esfera daquela Pasta.

3. Em Sessão Plenária realizada em 21.02.2001, este Colegiado acolheu o referido pedido, prorrogando, por mais 180 dias, o prazo fixado no item 8.4 da Decisão nº 422/2000 – TCU – Plenário, conforme Decisão nº 070/2001 – TCU – Plenário.

4. Em 30.05.2001, o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, Sr. Martus Tavares, vem, por intermédio do Ofício nº 200/MP (fl. 02 do TC nº 008.170/2001-5), solicitar nova prorrogação de prazo em razão de que, somente em 07.05.2001, o Estado de São Paulo havia formalizado a indicação de seus representantes para atuar em conjunto com aqueles da esfera federal na resolução das mencionadas pendências.

5. A SECEX/SP submete o pleito a este Relator, sem opinar quanto ao atendimento.

É o Relatório.

II - VOTO

Ainda que pareçam excessivos os prazos já concedidos pelo Tribunal, há que se ressaltar que a questão encerra comprovada complexidade, inclusive por envolver diferentes entes da federação. Conforme registrado no Voto que embasou a Decisão nº 422/2000 – TCU – Plenário, e ressaltado por ocasião da apreciação do primeiro pedido de prorrogação de prazo, os fatos relacionados à propriedade do Aeroporto de Viracopos em Campinas/SP remontam à década de 40 e envolvem diversas ações e formalizações feitas, por vezes, incompletas.

2. Além disso, a resolução das pendências verificadas envolve a adoção de providências nas esferas federal e estadual de governo, como a indicação dos representantes do Estado de São Paulo que só se deu em 07.05.2001, com impacto direto na presteza das decisões esperadas. Assim, acolho, excepcionalmente, o novo pleito ora examinado, ressaltando que o prazo a ser concedido, 180 dias adicionais, deverá fluir a contar do término do prazo fixado pela Decisão nº 070/2001 – TCU – Plenário.

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

T.C.U., Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

UBIRATAN AGUIAR
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 627/2.001-TCU - Plenário

1. Processo TC nº 002.458/96-9
2. Classe de Assunto: VII – Solicitação de prorrogação de prazo
3. Interessados: Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão
3. Órgão: Ministério da Defesa (Comando da Aeronáutica)
5. Relator: MINISTRO UBIRATAN AGUIAR
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/SP
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE conceder prorrogação do prazo fixado no item 8.4 da Decisão nº 422/2000 – TCU – Plenário, prorrogado nos termos da Decisão nº 070/2001 – TCU – Plenário, por mais 180 dias, a contar do término do prazo então fixado.
- 9. Ata nº 34/2001 – Plenário**
10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária
11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

UBIRATAN AGUIAR
Ministro-Relator

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário
TC-002.402/2001-4

Natureza: Representação.

Órgão: Tribunal Regional Eleitoral no Estado de Sergipe – TRE/SE.

Interessada: Secretaria de Controle Externo no Estado de Sergipe – Secex/SE.

EMENTA: Representação formulada por equipe da Secex/SE no curso de auditoria realizada no TRE/SE, objetivando a fiscalização de atos sujeitos a registro. Constatação de decisões administrativas que infringem dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais do TCU. Conhecimento da Representação. Determinação à unidade técnica. Fixação de prazo para pronunciamento dos responsáveis.

RELATÓRIO

Trata-se da Representação fundamentada no art. 209 do Regimento Interno/TCU, formulada por equipe da Secretaria de Controle Externo no Estado de Sergipe – Secex/SE, no curso de auditoria realizada no Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe – TRE/SE objetivando a fiscalização de atos sujeitos a registro, em razão da constatação de pagamentos supostamente irregulares, em desrespeito à lei e à jurisprudência deste Tribunal pertinentes ao assunto (fls. 01/12).

2.A equipe de auditoria descreve as irregularidades nos termos transcritos abaixo, no essencial:

“Da ilegalidade inculpada na Resolução TRE/SE n. 163, de 19/09/2000 – pagamento da remuneração do cargo efetivo cumulada com remuneração integral da função comissionada

3. O ato administrativo praticado pelo TRE/SE, por meio de sua Resolução n. 163, de 19/09/2000, complementada com a Informação n. 255/00 – SRH/Copes/Sedir, de mesma data, assegurou aos servidores daquele órgão investidos em função comissionada a percepção cumulativa da integralidade da função comissionada com a globalidade dos valores referentes ao cargo efetivo, com efeitos financeiros retroativos ao advento da Lei n. 9.421/96, adicionando-se a VPNI a partir da publicação da Lei n. 9.527/97.

4. Os principais argumentos aduzidos pelo TRE/SE para a prática de tal ato foram os seguintes:

a) que o art. 14 da Lei 9.421/96 ‘traz em seu bojo a composição da remuneração dessas funções, ou as parcelas que as integram, facultando em seu §2º uma opção de pagamento aos servidores detentores das mesmas. Afasta-se, dessa forma, interpretação de outrora, segundo a qual a norma cotejada estipulava a forma como deveriam ser retribuídos os ocupantes de funções comissionadas, se pela opção contida em seu parágrafo ou pela remuneração da função, prevista no **caput**’;

b) que ‘pela nova e coerente exegese de tal preceito, a Lei instituiu uma opção para remuneração dos servidores, deixando, porém, de mencionar qual seria a forma geral ...’, entendendo ‘que a geral deverá ser estimada conforme a situação funcional de cada servidor, ou seja

:

(...)

– se ocupante de função comissionada, porém com vínculo com a Administração Pública,

perceberá a remuneração do seu cargo efetivo pelo órgão de origem mais os valores componentes da função comissionada (vencimento básico, APJ e GAJ);

– se titular de cargo efetivo e detentor de função comissionada, deverá perceber a remuneração integral do cargo efetivo, vez que integrante da carreira judiciária, mais a globalidade da remuneração da função, assim sendo: vencimento básico, APJ e GAJ do cargo efetivo e função comissionada’;

c) que ‘...com o advento da Lei n. 9.421/96, que instituiu o plano de cargos, carreiras e salários do Poder Judiciário, o recebimento cumulado dos valores integrais pertinentes ao cargo efetivo e à função comissionada limitou-se, através de uma opção, ao recebimento de apenas 70% do vencimento básico desta última, mais os valores do cargo e o montante referente aos quintos, porventura incorporados. Só os optantes dessa forma de retribuição tinham direito ao recebimento dos quintos/décimos incorporados, posto que, dessa forma, evitaria o recebimento das parcelas incorporadas com a função que as originou...’. Com a conversão, pela Lei n. 9.527/97, da natureza da incorporação de quintos/décimos em vantagem pessoal nominalmente identificada, ‘facetada agora como vantagem de cunho eminentemente pessoal, e, levando-se em consideração que a opção prevista no art. 14, §2º, da Lei n. 9.421/96 existia em função de regular quintos, evitando o pagamento dúplice de vantagens da mesma espécie, ... nenhum impedimento existe à percepção cumulativa da integralidade dos valores concernentes ao cargo efetivo e à função comissionada, vez que se tratam de elementos distintos, possuindo identidade apenas quanto à denominação das parcelas que as compõem, quais sejam: vencimento básico, APJ e GAJ, portanto, não há que se falar mais em igualdades de rubricas’;

d) ‘que o TCU já concedeu o mesmo direito aos seus servidores ocupantes de função gratificada, reconhecendo a não obrigatoriedade da chamada ‘opção’. Nesse mesmo sentido também já se manifestaram a 8ª Vara da Justiça Federal de Salvador/BA, o STJ, o Conselho Federal de Justiça, TRE/PI ... e o TRE/CE’.

5. Para refutar tais argumentos, é de extrema importância, de início, reproduzir aqui os arts. 14 e 15 da Lei 9.421/96, que são os dispositivos legais que tratam do assunto ora em questionamento:

‘Art. 14. A remuneração das Funções Comissionadas, inclusive para os ocupantes sem vínculo efetivo com a Administração Pública, compõe-se das seguintes parcelas:

I – valor-base constante do Anexo VI;

II – APJ, tendo como base de incidência o último padrão dos cargos de Auxiliar Judiciário, Técnico Judiciário e Analista Judiciário, conforme estabelecido no Anexo VII;

III – GAJ, calculada na conformidade do Anexo V.

§ 1º Aplica-se à remuneração das Funções Comissionadas o disposto no § 2º do art. 4º.

§ 2º Ao servidor integrante de carreira judiciária e ao requisitado, investidos em Função Comissionada, é facultado optar pela remuneração de seu cargo efetivo mais setenta por cento do valor-base da FC, fixado no Anexo VI.

Art. 15. Aos servidores das carreiras judiciárias, ocupantes de Função Comissionada, aplica-se a legislação geral de incorporação de parcela mensal da remuneração de cargo em comissão ou função de confiança.

§ 1º A incorporação a que tenham direito os integrantes das carreiras judiciárias, pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, terá por referência a Função Comissionada de valor igual ou imediatamente superior ao do cargo ou função exercida.

§ 2º Enquanto estiver no exercício de Função Comissionada, o servidor não perceberá a parcela incorporada, salvo se tiver optado pela remuneração do seu cargo efetivo’.

6. Analisando primeiramente o art. 14 da Lei, percebe-se de pronto, dada a clareza de redação do dispositivo, que nele se encontram estipuladas as parcelas que compõem a remuneração das funções comissionadas do quadro de pessoal do Poder Judiciário da União, do Distrito Federal e Territórios, inclusive para os ocupantes sem vínculo efetivo com a Administração Pública, bem como nele se encontra definida, em seu §2º, uma faculdade ao servidor integrante da carreira judiciária e ao requisitado, investidos em função comissionada, de optar pela remuneração do cargo efetivo acrescida de 70% (setenta por cento) do valor-base da FC. A existência dessa opção

facultada ao servidor efetivo da Administração Pública investido em FC tem como único propósito, como aliás assim o tem opção similar prevista no art. 2º da Lei n. 8.911/94 e no art. 2º da Lei n. 9.030/95, evitar que servidores com remuneração do cargo efetivo superior à remuneração da função comissionada para a qual estão sendo designados sofram um decréscimo em sua nova remuneração por ocasião da investidura nessa função. Acaso inexistente tal faculdade de opção, teria a Administração Pública dificuldades em designar um ocupante de cargo efetivo bem remunerado para uma função comissionada de menor remuneração, pois que a partir da investidura nessa função passaria o servidor a perceber a remuneração a ela correspondente. Assim, para os servidores efetivos da Administração Pública, facultar-lhes a lei a possibilidade de optarem por continuar percebendo a remuneração do cargo efetivo que ocupam acrescida de parcela da remuneração da função comissionada, parcela essa que, no caso específico dos que se submetem ao regime da Lei n. 9.421/96, é de 70% (setenta por cento) do valor-base da FC.

7. Vê-se, portanto, que despropositados e descabidos são os argumentos trazidos pelo TRE/SE e resumidos nas alíneas **a** e **b** do item 4 acima, haja vista que adotar a interpretação inovadora trazida pelo TRE/SE de que a forma geral de remuneração do servidor efetivo da Administração Pública (de carreira judiciária ou não), investido em função comissionada de que trata a Lei n. 9.421/96, é a remuneração integral do cargo efetivo mais a globalidade da remuneração da função comissionada, significaria chegar à conclusão ilógica e, portanto, absurda, de que o §2º do art. 14 da Lei n. 9.421/96 previu uma opção que jamais seria escolhida, pois nenhum servidor de sã consciência optaria por perceber a remuneração do cargo efetivo mais 70% do valor-base da FC, se a regra geral lhe possibilitasse perceber essa mesma remuneração do cargo efetivo acrescida da remuneração integral da FC.

8. Também não encontra guarida no ordenamento jurídico, interpretado sob os aspectos ontológico e teleológico, o argumento apresentado pelo TRE/SE, conforme alínea **c** do item 4 acima, que, ancorado na conversão da incorporação de quintos/décimos em vantagem pessoal nominalmente identificada – VPNI, busca fundamentar a possibilidade de percepção cumulativa da integralidade dos valores concernentes ao cargo efetivo e à função comissionada juntamente com a VPNI, a partir de vigência da Lei n. 9.527/97. A impossibilidade de cumulação da integralidade da remuneração de função comissionada com a parcela decorrente de incorporação pelo exercício em cargo em comissão, função de confiança ou função comissionada está disciplinada na Lei n. 9421/96 em seu art. 15, mais precisamente, no § 2º, cujo conteúdo está transcrito no item 5 acima. Percebe-se, assim, que o ponto central da discussão gira em torno de uma só questão: se a vedação de cumulação trazida no § 2º do art. 15 da Lei n. 9421/96 também é aplicável à VPNI criada no art. 15, § 1º, da Lei n. 9.527/97, em razão da extinção da incorporação anteriormente prevista nos arts. 3º e 10 da Lei n. 8.911/94.

9. Quanto a esta questão, este Tribunal já adotou posicionamento a respeito quando do proferimento da Decisão Plenária n. 585/2000, de 26/07/2000. Na ocasião, ao decidir pela incompatibilidade de acumulação, nos proventos da inatividade, da parcela correspondente à Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, criada pelo § 1º do art. 15 da Lei n. 9.527/97, com a vantagem concernente à função comissionada de que tratava o art. 193 da Lei n. 8.112/90, o Tribunal o fez fundamentado na conclusão exposta pelo Exmo. Senhor Ministro-Relator JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO, de que ‘a VPNI e os quintos/décimos são, em essência, a mesma vantagem, uma vez que ambas têm a mesma origem e natureza jurídica e a mesma finalidade. Com efeito, têm a mesma origem e natureza jurídica porque são concedidas em razão do mesmo fato gerador, isto é, o fato que lhes deu causa é um só: o exercício, durante determinado período, de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial, ou ainda, no âmbito deste Tribunal, função comissionada. E têm a mesma finalidade, porque ambas visam a assegurar estabilidade financeira ao servidor que tenha exercido, durante certo tempo, função de confiança, evitando que, ao ser exonerado, ou afastado do exercício daquela função por motivo de aposentadoria, sofra, abruptamente, perda do poder aquisitivo’.

10. Importante destacar que compartilha desse entendimento o então representante do Ministério Público/TCU e hoje Ministro deste Tribunal, Ex.mo. Senhor WALTON ALENCAR RODRIGUES, que em seu memorável Parecer sobre a questão ressalta que ‘é preciso também

atentar para a incidência do artigo 37, inciso XIV, da Constituição Federal, com a redação pela Emenda Constitucional n.19/98, que assim dispõe:

‘XIV – os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;’

Este dispositivo veda até mesmo ao legislador a concessão de vantagens contravenientes ao seu espírito. Na hipótese dos autos, o suporte fático para a percepção de uma e outra vantagem é exatamente o mesmo. O dispositivo constitucional citado estabelece que os acréscimos pecuniários ao padrão de vencimento dos servidores somente podem ser percebidos 'singelamente, sem acumulações ou repiques de qualquer natureza' (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, 13^a ed., fl. 628)'. No caso em tela, a vedação constitucional impossibilita a acumulação da remuneração integral de função comissionada com o acréscimo pecuniário da VPNI, cujo valor resulta, em síntese, da incorporação decorrente do exercício da própria função comissionada.

11. Por fim, quanto ao argumento apresentado pelo TRE/SE na alínea ‘d’ do item 4 acima, os Analistas de Finanças e Controle Externo desconhecem qualquer Decisão do TCU compartilhando do entendimento adotado pelo TRE/SE. Relativamente às decisões dos demais órgãos mencionados pelo TRE/SE, que teriam entendimento similar ao seu, não têm elas o condão de solidificar uma situação irregular e lesiva ao Erário. Conquanto a Equipe de Auditoria não tenha tido conhecimento de seus conteúdos, verifica-se aqui a necessidade, com vistas à uniformização do controle, de que deva ser determinado ao TRE/SE que remeta tais decisões a esta SECEX no mesmo prazo de que disporá para se pronunciar sobre os fatos apontados, ora objeto da presente representação.

(...)

Da ilegalidade externada por meio da Informação n. 66/97 – SRH/Copes/Sedir – pagamento de anuênios em lugar de quinquênios, mesmo após a MP n. 1480-19, publicada no DOU de 05/07/96

14. Quando da análise dos atos de concessão de aposentadoria e de pensão, a Equipe de Auditoria verificou erro no cálculo da Gratificação de Adicional por Tempo de Serviço (GATS), gratificação essa correspondente a uma das parcelas integrantes dos proventos examinados. O erro provém do falso entendimento sobre a vigência do anuênio e do quinquênio, que àquele sucedeu, como regra para a concessão da vantagem.

15. Na vigência da Lei n. 8.112/90 (publicada no DOU em 12/12/90), tal gratificação era originalmente devida como anuênio, ou seja, na base de 01% (um por cento) incidente sobre o vencimento do cargo efetivo por cada ano de serviço público efetivo prestado à União, às autarquias e às fundações públicas federais, regra essa que vigorou até a edição da MP n. 1.480-19 (publicada no DOU em 05/06/96). O art. 1º dessa Medida Provisória, dentre outras disposições, alterou a redação de diversos dispositivos da Lei n. 8.112/90, dentre os quais o art. 67, que trata do adicional por tempo de serviço. A nova redação dada a esse dispositivo transformou o anuênio em quinquênio, quando dispôs:

‘Art. 67 – O adicional de tempo de serviço é devido a razão de **cinco por cento a cada cinco anos de serviço público efetivo** prestado à União, às autarquias e às fundações públicas federais, observado o limite máximo de 35% incidente exclusivamente sobre o vencimento básico do cargo efetivo, ainda que investido o servidor em função ou cargo de confiança.

Parágrafo único – O servidor fará jus ao adicional a partir do mês em que completar o quinquênio’ (grifo nosso).

Os atos praticados com base nessa nova redação dada ao dispositivo foram convalidados pelas MP’s sucedâneas (1.480-20 a 1.480-31, 1.573-9 a 1.573-13 e 1.595-14) e ratificado pelas Leis n. 9.527, arts. 1º e 16, e n. 9.624/98, arts. 6º e 20. Assim, o quinquênio passou a vigorar desde **05/07/96** (data da publicação da MP n. 1.480-19) como regra para a percepção do adicional por tempo de serviço.

16. Em consonância com essa nova sistemática e legislação sobre o adicional por tempo de serviço, a Lei n. 9.624, de 02/04/98 (DOU de 04.04.98) dispôs em seu art. 6º que ‘fica resguardado o direito à percepção do anuênio aos servidores que em **5 de julho de 1996** já o tiverem adquirido, bem como o cômputo do tempo de serviço residual para a concessão do adicional de que trata o art. 67 da Lei n. 8.112/90’, e convalidou, em seu art. 20, as Medidas Provisórias de n. 1.480 citadas

acima, que instituíram o quinquênio. No mesmo sentido, a Lei n. 9.527/97, em seu art. 16, convalidou as Medidas Provisórias de n. 1.573 e n. 1.595, sucedâneas da MP n. 1.480.

17. Assim, o anuênio esteve em vigor até 04/07/96 e após esta data vigorou o quinquênio como regra para o cálculo do adicional por Tempo de Serviço. A MP n. 1.815, DOU de 08/03/99, revogou o art. 67 da Lei n. 8.112/90, extinguindo a vantagem em questão. Tal revogação tem sido mantida pelas Medidas Provisórias sucedâneas, atualmente sob a vigência da MP n. 2.088, DOU de 27/01/2001.

18. Não obstante a clareza e solidez da legislação retrocitada sobre a transformação do anuênio para quinquênio como base para o cálculo do adicional de tempo de serviço, o TRE/SE, por meio da Informação n. 66/97 – SRH/Copes/Sedir, de 08/05/97, complementada pela de n. 155/97 – SRH/Copes/Sedir, de 22/09/97, e pareceres/despachos da Secretaria de Recursos Humanos, Direção Geral e Controle Interno, entendeu que não foram convalidados os atos praticados durante a vigência das Medidas Provisórias retrocitadas, e que, por isso, permaneceria em vigor a redação original do art. 67 da Lei n. 8.112/90, que previa a vantagem do adicional por tempo de serviço sob a forma de anuênio, devido à razão de 1% por ano de efetivo serviço público.

19. A Medida Provisória que instituiu originalmente o quinquênio, MP n. 1.480-19, de 04/07/96, dispôs, em seu art. 20:

‘Art. 20. Ficam convalidados os atos praticados com base nos arts. 1º, exceto a nova redação atribuída ao art. 67; 2º, exceto os §§ 2º e 3º do art. 3º da Lei n. 8.911, de 1994, 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 12, 13 e 14 da Medida Provisória n. 1.160, de 26 de outubro de 1995 e **nas** Medidas Provisórias ns. 1.195, de 24 de novembro de 1995, 1.231, de 14 de dezembro de 1995, 1.268, de 12 de janeiro de 1996, 1.307, de 9 de fevereiro de 1996, 1.347, de 12 de março de 1996, 1.389, de 11 de abril de 1996, 1.432, de 9 de maio de 1996, e 1.480, de 5 de junho de 1996’ (grifo nosso).

As Medidas Provisórias sucedâneas dispuseram no mesmo sentido, convalidando todas as MP’s que respectivamente lhes precederam, até a publicação das Leis ns. 9.527/97 e 9.624/98, que da mesma forma o assim fizeram, convalidando as MP’s que lhes deram origem.

20. Para o TRE/SE, a expressão ‘exceto a nova redação atribuída ao art. 67’, disposta em todas as MP’s sucedâneas da MP n. 1.195/95, até a MP n. 1.480-31/97 e na própria Lei n. 9.624/98, significaria a não convalidação da alteração do art. 67 do RJU, que sempre teria vigorado em sua redação original durante a vigência daquelas Medidas Provisórias que editaram a referida expressão. Ora, refuta esse entendimento incorreto a própria literalidade e teleologia da disposição legal em comento, que indica claramente a convalidação das MP’s, e textualmente excetua da convalidação tão-somente parte do art. 1º, no que diz respeito à nova redação dada ao art. 67 do RJU, e parte do art. 2º, no que concerne à nova redação dada aos §§ 2º e 3º do art. 3º da Lei n. 8.911/94, ambos da MP n. 1.160/95. Não fosse assim, o texto do art. 20 da MP 1.480-19/96, conforme transcrito no item acima e constantemente repetido nas diversas MP’s que lhe sucederam até publicação da Lei n. 9.624/98, traria em sua redação a preposição conjugada ‘das’ e não ‘nas’ precedendo a lista de MP’s, e não haveria a disposição do art. 6º da Lei n. 9.624/98 garantindo a percepção de anuênio a quem o adquiriu até 05/07/96, nem, muito menos, haveria a ratificação e convalidação da instituição do quinquênio pelos arts. 1º e 16 da Lei n. 9.527/97. E, ainda, observa-se que seria estapafúrdia a idéia, dentro da periodicidade mensal das medidas provisórias, de que o Executivo tivesse repetido seguidamente, mês a mês, uma mesma disposição legal para, seguida e repetidamente também, não convalidá-la.”

3. Conclui o relatório de auditoria propondo:

“Proposta de Encaminhamento

23. Ante todo o exposto e com base nas conclusões relatadas no itens 13 e 22 acima, e ainda na gravidade e no volume do dano causado Erário ou na iminência de sê-lo, os Analistas de Finanças e Controle Externo que integraram a Equipe de Auditoria, já identificados na parte preambular, vêm propor a Vossa Excelência que, com fundamento no §1º do art. 209 Regimento Interno/TCU, que fixe prazo não superior a 05(cinco) dias úteis para que o TRE/SE apresente justificativas para os seguintes atos irregulares:

a) autorização, por meio da Resolução TRE/SE n. 163, de 19/09/2000, para que os servidores efetivos do órgão ou requisitados, investidos em função comissionada, percebam cumulativamente a integralidade da função comissionada com a globalidade dos valores referentes ao cargo efetivo,

com efeitos financeiros retroativos ao advento da Lei n. 9.421/96, adicionando-se a VPNI a partir da vigência da Lei n. 9.527/97, o que vem infringir o disposto no art. 14, §2º, e 15, §2º, da Lei n. 9.421/96. As justificativas deverão estar acompanhadas de cópia das decisões, adotadas nesse mesmo sentido, proferidas pela 8ª Vara da Justiça Federal de Salvador/BA, pelo STJ, pelo Conselho Federal de Justiça, pelo TRE/PI e pelo TRE/CE, conforme mencionadas na Resolução acima (itens 1 a 13);

b) autorização e efetivo pagamento, por meio da informação TRE/SE n. 66/97 – SRH/Copes/Sedir, de 08/05/97, complementada pela de n. 155/97 – SRH/Copes/Sedir, de 22/09/97, de Adicional por Tempo de Serviço aos servidores efetivos do órgão, na forma de anuênios, mesmo após a edição da Medida Provisória n. 1.480-19, publicada no DOU de 05/06/96, e de reedições posteriores com efeito de convalidação, que converteu a forma do cálculo do referido adicional de anuênios para quinquênios (itens 14 a 22).”

4.O Ministério Público, ouvido por minha iniciativa, assim se manifesta, no essencial:

“2.A instrução dos Analistas faz minudente relatório sobre pagamentos efetuados na área de pessoal, demonstrando com clareza a significativa materialidade ante os elevados valores subtraídos do Erário em decorrência de entendimentos contrários à legislação de regência da espécie.

3.Os atos praticados com base na Resolução TRE/SE n. 163/2000 e pelas Informações TRE/SE ns. 66/97 e 155/97 estão, em princípio, contrariando a lei, razão pela qual precisam ser justificados e esclarecidos. Observe-se, ainda, a possibilidade de que outros órgãos judiciários estejam agindo de forma semelhante, acarretando um maior prejuízo aos cofres públicos, o que ensejará a pronta atuação do TCU.”

5.É o relatório.

VOTO

A presente Representação aponta duas supostas irregularidades praticadas pelo TRE/SE. A primeira delas diz respeito à percepção cumulativa do valor integral da função comissionada com a remuneração integral do cargo efetivo, produzindo efeitos retroativos ao advento da Lei n. 9.421/96, adicionando-se a VPNI a partir da publicação da Lei n. 9.527/97, com supedâneo na Resolução TRE/SE n. 163, de 19/09/2000 (fl. 26). A segunda refere-se ao pagamento do adicional por tempo de serviço aos servidores efetivos do órgão, na forma de anuênios, mesmo após a edição da Medida Provisória n. 1.480-19, publicada no DOU de 05/06/96, e de suas reedições, com efeito convalidante das anteriores, que converteu a forma de cálculo do referido adicional de anuênios para quinquênio, com fundamento em autorização de próprio punho do então Desembargador-Presidente do TRE/SE, de 15/05/97, aposta na informação n. 66/97-SRH/Copes/Sedir (fls. 13/14).

2.Assim, cada um dos atos concessivos das vantagens acima questionadas foi praticado por responsáveis diversos, sendo: o primeiro, um ato monocrático da lavra do então Desembargador-Presidente do TRE/SE; e o segundo, um ato colegiado do referido Tribunal, muito embora tenha sido subscrito, apenas, pelo seu Desembargador-Presidente, pelo Desembargador-Relator e pelo Procurador Regional Eleitoral.

3.Nessas condições, entendo que cada um dos responsáveis deva ser ouvido a respeito do ato que praticou, diferentemente da proposta da unidade técnica, com a qual concorda o **Parquet**, no sentido de ser fixado prazo para que o TRE/SE apresente justificativa sobre os dois atos.

4.Não obstante, considero que, por questão de celeridade processual, também deva ser ouvido o atual Desembargador-Presidente do TRE/SE, uma vez que, em etapa ulterior, poder-se-á, eventualmente, determinar que essa autoridade administrativa adote as providências necessárias com vistas à sustação dos procedimentos sob análise.

5.De acrescentar que, compulsando os autos, verifico que os responsáveis pelos atos concessivos sob exame, não estão todos devidamente identificados, motivo pelo qual necessário se faz, ainda, determinar à Secex/SE que, preliminarmente, diligencie no sentido de obter essa informação, a fim de que sejam eles ouvidos, conforme acima indicado.

6.Por derradeiro, em face da complexidade da matéria, bem assim do lapso de tempo decorrido desde a edição dos indigitados atos, considero de bom alvitre que, excepcionalmente, seja fixado prazo maior do que o previsto no art. 209, § 2º, do Regimento Interno/TCU, para o

pronunciamento dos responsáveis e o do Presidente do TER/SE.

Com as ressalvas e o aditamento acima expedidos, acolho os pareceres e voto por que seja adotada a decisão que ora submeto a este Plenário.

T.C.U., Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

JOSÉ ANTONIO B. DE MACEDO

Relator

DECISÃO N. 628/2001 – TCU – Plenário

1. Processo n. TC-002.402/2001-4.
2. Classe de Assunto: VII – Representação de unidade técnica acerca de supostas irregularidades ocorridas no Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe – TRE/SE.
3. Órgão: Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe – TRE/SE.
4. Interessada: Secretaria de Controle Externo em Sergipe – Secex/SE.
5. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo.
6. Representante do Ministério Público: Dra. Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidade Técnica: Secex/SE.
8. Decisão: O Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 – conhecer da presente Representação, formulada pela Secex/SE com fundamento no art. 209 do Regimento Interno do TCU, tendo em vista o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 69, inciso V e § 1º, da Resolução TCU n. 136/2000, c/c o art. 213 do referido regimento;
 - 8.2 – determinar à Secex/SE, preliminarmente, que diligencie no sentido de identificar todos os responsáveis pelos seguintes atos:
 - 8.2.1 – autorização, por meio da informação TRE/SE n. 66/97 – SRH/Copes/Sedir, de 08/05/97, complementada pela de n. 155/97 – SRH/Copes/Sedir, de 22/09/97, do pagamento de Adicional por Tempo de Serviço aos servidores efetivos do órgão, na forma de anuênios, mesmo após a edição da Medida Provisória n. 1.480-19, publicada no DOU de 05/06/96, e de reedições posteriores com efeito de convalidação, que converteu a forma do cálculo do referido adicional de anuênios para quinquênios;
 - 8.2.2 – autorização, por meio da Resolução TRE/SE n. 163, de 19/09/2000, para que os servidores efetivos do órgão ou requisitados, investidos em função comissionada, percebam cumulativamente a integralidade da função comissionada com a globalidade dos valores referentes ao cargo efetivo, com efeitos financeiros retroativos ao advento da Lei n. 9.421/96, adicionando-se a VPNI a partir da vigência da Lei n. 9.527/97, o que infringe o disposto no art. 14, §2º, e 15, §2º, da Lei n. 9.421/96;
 - 8.3 – fixar, desde logo, o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, para que:
 - 8.3.1 – os responsáveis pelos atos apontados nos subitens 8.2.1 e 8.2.2 supra, bem assim o atual Presidente do TRE/SE, pronunciem-se a esse respeito;
 - 8.3.2 – o Desembargador Epaminondas Silva de Andrade Lima pronuncie-se sobre o ato de sua responsabilidade a que se refere o subitem 8.2.2 e encaminhe a este Tribunal cópia das decisões proferidas pela 8ª Vara da Justiça Federal de Salvador/BA, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Conselho Federal de Justiça, pelo TRE/PI e pelo TRE/CE, invocadas no voto que proferiu, na qualidade de Relator da supramencionada Resolução TRE/SE n. 163, de 19/02/2000.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo (Relator) e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

JOSÉ ANTONIO BARRETO DE MACEDO
Ministro-Relator

GRUPO: I - CLASSE VII - PLENÁRIO

TC-006.321/2000-4 (c/ 2 volumes)

NATUREZA: Solicitação de auditoria

ENTIDADE: Empresa Brasileira Aeronáutica S/A – EMBRAER (privatizada).

INTERESSADA: Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados.

Solicitação de auditoria formulada pela Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados acerca da venda de ações ordinárias da EMBRAER (privatizada) a consórcio de empresas francesas. Realização de diligências, pela Unidade Técnica, que foram suficientes ao esclarecimento das questões suscitadas pela Comissão, não havendo, portanto, a necessidade da requerida auditoria. Inexistência de irregularidades na aludida venda. Envio das informações coligidas à interessada e ao Ministério da Defesa. Arquivamento dos autos.

Adoto como Relatório a bem elaborada instrução realizada pelo Analista encarregado do exame dos autos no âmbito da SEFID, Luiz Fernando Fauth, a seguir transcrita:

"Cuidam os presentes autos de Solicitação da Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados em que se requer desta Corte realização de auditoria na operação de venda de 20% das ações ordinárias com direito a voto da Embraer, realizada entre o grupo controlador e o consórcio francês adquirente.

II – DO RELATÓRIO

2. O presente processo tem origem em expediente do Exmo. Sr. Deputado Federal Márcio Reinaldo Moreira, Presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, dirigido à Presidência deste Tribunal (fls. 1), que encaminha relatório prévio do Deputado Hélio Costa à Proposta de Fiscalização e Controle n.º 22/99, de iniciativa do Deputado Ayrton Xerez, em que se solicita, conforme já mencionado, auditoria na operação de venda de parcela equivalente a 20% do capital social da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (Embraer) a grupo de empresas francesas. Com fulcro no art. 29E, da Resolução-TCU n.º 77/96, foi o expediente em comento encaminhado, por meio da Secretaria Geral de Controle Externo (SEGECEX) a esta Unidade Técnica para exame preliminar, conforme despacho de fls. 16.

3. O referido exame foi realizado, constando a respectiva instrução de fls. 24 a 29. À vista dos fatos narrados na referida instrução, foi proposta realização de diligência junto à Embraer, nos termos do art. 11, da Lei n.º 8.443/92 e do inciso I do subitem 4.10.4 do Edital de privatização da empresa (Edital n.º PND-A-05/94-EMBRAER), com vistas a obter os seguintes elementos:

1.1. cópia do Estatuto Social da Embraer com as posteriores alterações realizadas após a privatização da empresa;

1.2. evolução da composição acionária da Embraer a partir da privatização, com as respectivas participações acionárias no capital votante, bem como todas as modificações no capital social da empresa;

1.3. cópia de todas as atas da Assembléia Geral da Embraer que contemple alterações no capital social da empresa e, se for o caso, dos respectivos documentos de aprovação da operação pelo Conselho de Administração;

1.4. contrato, ou na inexistência desse outro instrumento legal, que consubstanciou a negociação dos 20% (vinte por cento) do capital votante da Embraer alienadas ao grupo formado pelas empresas aeroespaciais francesas Aerospatiale-Matra, Dassault Aviation, Thomson-CSF e Snecma, bem como outros esclarecimentos necessários para elucidar tal operação (resumo da

operação);

1.5. contrato ou outro documento, **caso exista**, que prevê obrigações especiais firmadas entre a Embraer privatizada e a União concernente á participação de empresas estrangeiras na composição acionária da Embraer;

4. Propôs-se também, na instrução, a realização de sorteio de Relator, tendo sido a proposta encaminhada à SEGECEX e, por meio desta, à Secretaria Geral das Sessões, que promoveu o sorteio, resultando como Ministro-Relator dos presentes autos o Exmo. Sr. Bento Bugarin. Inobstante, por força do disposto no art. 18, da Resolução-TCU n.º 64/96, foram os mesmos analisados pelo Exmo. Sr. Ministro José Antônio Barreto de Macedo.

5. Este, considerando reunião realizada entre a Assessoria do Ministro-Relator, Analistas da 9ª SECEX e o Major-Brigadeiro-do-Ar Frederico de Queiroz Veiga, representante da União no Conselho de Administração da Embraer, determinou, em despacho de fls. 35, que a diligência proposta inicialmente fosse dirigida ao mencionado representante da União. Os documentos solicitados foram remetidos por meio do expediente de fls. 38 e constam do Volume 1 do presente Processo.

III – DA SOLICITAÇÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

6. A Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados encaminhou a esta Corte solicitação de auditoria na operação de venda de 20% das ações ordinárias da Embraer, empresa privatizada em 1994, a um grupo de empresas francesas. A solicitação foi motivada por proposta de realização de ato de fiscalização, feita perante a referida Comissão, pelo Deputado Ayrton Xerêz que assim justifica a necessidade de adoção da medida requerida:

Quando da privatização da Embraer, ficou acertado que a União, via Ministério da Aeronáutica, deteria a maioria das ações da empresa, com a chamada 'Golden Share'. O restante seria dividido igualmente entre os participantes do grupo vencedor: Bozano Simonsen, Previ (Fundo de Pensão do Banco do Brasil) e Sistel (Fundo de Pensão da antiga Telebrás). Somadas, no entanto, essas ações perfazem 51 por cento da Embraer.

Ocorre que, para vender ações ao grupo francês, os controladores da empresa, capitaneados pelo Banco Bozano Simonsen, assinaram termo aditivo ao contrato inicial que, na prática, reduz a presença da União e dos empregados no conselho diretor da Embraer, dando mais poder votante aos sócios controladores.

O maior receio da Aeronáutica é que o grupo francês, que tem forte presença do governo gaulês, venha adquirir maior quantidade de ações e, assim, passe a controlar a própria Embraer.

Em novo termo aditivo, o Bozano passa a ser o interventor no caso de a Previ e Sistel venderem suas ações. Do mesmo modo, o grupo francês passa a ter privilégio de adquirir essas ações quando achar interessante tendo, também, a garantia de que nenhum concorrente das empresas francesas poderá ser controladora da Embraer.

7. Acatando as motivações expressas pelo autor da proposta, o Relator, Deputado Hélio Costa, acrescentou ainda sua preocupação quanto à operação de *joint venture* celebrada entre a Embraer e a empresa alemã Liebherr, afirmando que:

Nada impede que inúmeras outras joint ventures como a que foi realizada entre a Embraer e a empresa alemã Liebherr venham a ocorrer transformando a Embraer em uma empresa dependente de várias outras empresas que não estarão controladas pelo Conselho de Administração a quem compete acompanhar o quadro de distribuição das ações ordinárias nominativas.

Ninguém, nestes termos, nem mesmo a Aeronáutica, conseguirá saber se essas vendas ultrapassam ou não os limites estabelecidos pelo Edital de Privatização.

8. Dos trechos acima reproduzidos, infere-se que a preocupação da Câmara dos Deputados estende-se tanto à operação de venda de parte das ações ordinárias da Embraer, quanto às possíveis conseqüências da operação de *joint venture* celebrada com empresa alemã, no que tange, em ambos os casos, aos interesses da União. Assim sendo, a presente instrução terá o objetivo de, na ordem acima estabelecida, examinar essas duas questões, não sem antes deter-se no preliminar exame de admissibilidade.

IV – DA ADMISSIBILIDADE

9. A presente solicitação foi aprovada pela Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara

dos Deputados em reunião de 10/05/2000, tendo sido encaminhada a esta Corte pelo Deputado Márcio Reinaldo Moreira, Presidente da referida Comissão. Dessa forma, cumpre com os requisitos de admissibilidade estipulados no art. 29E, inciso III, da Resolução-TCU n.º 77/96, com a redação dada pela Resolução-TCU n.º 125/99.

V – DA OPERAÇÃO DE VENDA DE AÇÕES ORDINÁRIAS DA EMBRAER

10. Anteriormente à celebração da venda de parte das ações com direito a voto da companhia a empresas francesas, a Embraer tinha 242.544.448 ações ordinárias emitidas, com direito a voto, e 238.673.822 ações preferenciais emitidas, sem direito a voto. Além destas, havia ainda uma ação *Golden Share*, de propriedade da União Federal, que lhe dava direito de veto em determinadas matérias, especificadas no Estatuto Social da empresa. O controle da empresa era exercido por um bloco de acionistas controladores, composto por Bozano, Simonsen Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil (Bozano), Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (PREVI) e Fundação Sistel de Seguridade Social (Sistel).

11. Cada um desses acionistas, em função de acordo celebrado em 24 de julho de 1997, aditado em 17 de julho de 1999 (fls. 99 a 113, vol. 1), vinculou 41.232.556 ações ao exercício do controle da Companhia. A soma total das ações vinculadas ao controle corresponde a 51% da quantidade de ações ordinárias emitidas pela empresa. Assim sendo, o exercício do controle passa a ser garantido por essas ações. As demais ações ordinárias, inclusive aquelas detidas pelos acionistas controladores, mas não vinculadas, constituem as ações desembaraçadas, ou livres para venda. Os acionistas controladores detinham, antes da realização da venda ao grupo francês, mais de 30% do capital votante da Embraer em ações desembaraçadas, que poderiam ser utilizadas na referida operação. A Tabela 1, a seguir, expressa o quadro de distribuição de ações ordinárias e desembaraçadas entre os acionistas da companhia, em quantidades e em percentuais sobre o total, a partir de informações constantes do contrato de compra e venda de ações a fls. 86 a 98, vol. 1.

Tabela 1: Distribuição das Ações Ordinárias da Embraer antes da Operação de Venda.

Acionista	Ações Vinculadas	Participação no total (%)	Ações Livres	Participação no total (%)	Total	Participação no total (%)
Bozano	41.232.556	17,00	29.352.481	12,10	70.585.037	29,10
Previ	41.232.556	17,00	26.310.191	10,85	67.542.747	27,85
Sistel	41.232.556	17,00	28.096.045	11,58	69.328.601	28,58
Outros			35.088.063	14,47	35.088.063	14,47
Total	123.697.668	51,00	118.846.780	49,00	242.544.448	100,00

12. A operação em exame, pela qual foram alienadas 20% das ações ordinárias da Embraer, foi oficializada mediante contrato de compra e venda de ações, celebrado entre Bozano, Simonsen Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil, como vendedora, e as empresas francesas Aérospatiale Matra, Dassault Aviation, Thomson-CSF e Société Nationale d'Etude et de Construction de Moteurs d'Aviation (SNECMA), como compradoras, em 23 de julho de 1999 (fls. 86 a 98, Vol. 1). Estabeleceu a avença que as compradoras, por meio da Bozano, Simonsen S.A. – Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, fariam uma oferta pública de compra de ações da Embraer na Bolsa de Valores de São Paulo, com o fito de adquirir 36.000.000 de ações ordinárias desembaraçadas. A vendedora, nesse ponto, assegurou que, em conjunto com as demais acionistas controladoras, garantiria o sucesso da oferta mediante a colocação de ações ordinárias em número suficiente para atingir a quantidade especificada. Em uma segunda operação, a vendedora alienaria, mediante transação privada, 12.508.890 ações ordinárias desembaraçadas, de modo a que a aquisição compreendesse um total de 48.508.890 ações ordinárias, correspondentes a 20% do capital social votante da Embraer. De relevante, contém ainda o acordo disposição pela qual as acionistas controladoras da Embraer comprometiam-se a realizar, dentro de determinado prazo, uma oferta pública internacional de ações preferenciais (IPO), sob pena de multa a ser paga às compradoras.

13. No contrato de compra e venda de ações, as compradoras reconhecem expressamente a existência do acordo de acionistas que estabeleceu a vinculação de ações ordinárias ao exercício do controle pelo bloco formado por Bozano, Previ e Sistel, como se pode ver já no preâmbulo do referido instrumento:

CONSIDERANDO QUE a Vendedora, a Previ e a Sistel (as 'Acionistas Controladoras') celebraram um certo Acordo de Acionistas, datado de 24 de julho de 1997, conforme alterado em

17 de julho de 1999 (conjuntamente o 'Acordo de Acionistas'), segundo o qual cada parte daquele acordo subscreveu, respectivamente, 41.232.556 Ações Ordinárias (as 'Ações Controladoras') para o exercício do controle da Embraer;

CONSIDERANDO QUE, como resultado, as Acionistas Controladoras, juntamente com outros acionistas da Embraer, possuem no total 118.846.780 Ações Ordinárias desembaraçadas para serem alienadas a terceiros, a qualquer momento (as 'Ações Ordinárias Desembaraçadas');

CONSIDERANDO QUE, a pedido das Compradoras, a Vendedora desenvolveu uma série de operações previstas neste Contrato, segundo as quais as Compradoras teriam o direito de adquirir **48.508.890 Ações Ordinárias Desembaraçadas, equivalentes a 20% de todas as Ações Ordinárias**; (sem grifos no original).

14. Além da compra e venda de ações, a negociação envolveu também outros aspectos, referentes à posição a ser ocupada, dentro da empresa, pelo novo sócio, denominado de sócio estratégico, principalmente no que se refere à tomada de decisões sociais. Tratam essas disposições de direitos de preferência na aquisição de ações, participação no Conselho de Administração e outros órgãos decisórios, entre outros assuntos, que merecem alguns comentários como os que seguem.

15. Em novo aditivo, de setembro de 1999, ao acordo de acionistas original, os controladores da Embraer dispõem sobre sua intenção de selecionar um sócio estratégico para a empresa, fixando, desde aquele momento, as condições de admissão e o *status* do sócio potencial na companhia, como se pode ver nas disposições transcritas a seguir (fls. 114 e 115, Vol. 1):

(f) *As Partes pretendem selecionar sócio ou bloco de sócios estratégicos para a Companhia (adiante o 'Sócio Estratégico'), com a finalidade de continuamente ampliar sua capacitação tecnológica, aumentar seu acesso a mercados e serviços e desenvolver novos produtos e atividades.*

(f.1) *O Sócio-Estratégico poderá adquirir tão-somente 20% das ações ordinárias da Companhia e não integrará seu controle, que continuará sujeito exclusivamente às Partes. Os projetos e programas propostos à Companhia pelo Sócio Estratégico só serão adotados e desenvolvidos após a decisão do órgão corporativo da Companhia com competência sobre a matéria e, em se tratando de projeto ou programa de defesa, a autorização necessária da União Federal.*

.....
4.2 *As partes concordam em alocar seus votos nas Assembléias Gerais a uma chapa integrada por dois representantes efetivos e suplentes de cada uma delas, pelo conselheiro a ser eleito pelo Diretor Presidente e seu respectivo suplente, por dois representantes efetivos e suplentes do Sócio Estratégico, e por mais um representante efetivo e suplente da União Federal, além dos representantes efetivos e suplentes dos empregados e da União Federal, como detentora da 'Golden Share'.*

Além disso, o aditivo ao acordo de acionistas estendeu ao sócio estratégico tratamento especial, concedido também aos controladores, que lhes confere direito de preferência na realização de operações comerciais com a Embraer, desde que respeitadas as condições de mercado, a oferta de idênticas condições em relação a terceiro que queira operar com a empresa, a proporcionalidade das participações em ações vinculadas caso a operação seja pretendida por mais de um sócio com esse direito de preferência e a observância de condições de economia e segurança na realização da operação para a Embraer.

17. Segundo informa a Advocacia-Geral da União (AGU), em parecer publicado no D.O.U. de 20 de janeiro de 2000 (fls. 117 a 136, vol. 2), foi também objeto de negociação entre as partes (Bozano e compradores) que o direito de preferência na compra de ações vinculadas ao controle da companhia, aplicável às partes que celebraram o acordo de acionistas antes mencionado, seria estendida às adquirentes, por meio da acionista Bozano. Esta, diante da oferta de venda de ações vinculadas por parte de algum dos controladores, deveria informar às adquirentes francesas a fim de que se manifestassem quanto à oportunidade de a Bozano exercer esse direito de preferência em nome próprio ou por conta em nome do grupo francês ou para alguém por ele indicado. Ressalvou-se, contudo, a necessidade de aprovação prévia, pela União, de qualquer alteração quanto à titularidade do controle societário da Embraer. Essa disposição, originalmente, poderia ensejar dúvidas quanto à possibilidade de o sócio estratégico, assim entendido o grupo francês, vir a

adquirir o controle acionário da companhia, visto que a ele era estendida preferência na aquisição de ações vinculadas ao exercício do controle pelos acionistas majoritários. Não obstante, conforme consta também do parecer da AGU, essa faculdade foi cancelada em acerto posterior, celebrado entre a vendedora e as compradoras.

18. Outro ponto que foi acertado entre a vendedora e as compradoras, também relatado no referido parecer, diz respeito às ações ordinárias desembaraçadas que permaneceriam em poder do bloco controlador após a operação de venda. Previu-se, em um primeiro momento, a necessidade de que fosse estabelecido acordo por meio do qual se impedisse a aquisição dessas ações por empresas concorrentes das compradoras francesas. Posteriormente, as compradoras terminaram por dispensar a apresentação de tal acordo por parte das acionistas controladoras.

19. Do exame dessas disposições, resulta a conclusão de que não implicam transferência do controle acionário da companhia aos novos sócios. Tampouco constituem delegação do exercício do controle das decisões sociais. No que se refere especificamente à compra e venda de ações, infere-se que a operação tem como objeto apenas as ações ordinárias livres, não vinculadas ao exercício do controle da empresa. Além disso, está limitada ao montante correspondente a 20% do capital social votante da Embraer. Dessa forma, conclui-se que não houve, no caso em tela, alienação do controle acionário da companhia, dado que as ações a ele vinculadas não foram objeto da avença, permanecendo, portanto, 51% do capital votante nas mãos dos acionistas controladores. Houve ainda, em virtude de aditivo de 20/09/1999, ao acordo de acionistas, aumento da proporção de ações vinculadas, que agora passam a representar 60% do capital da companhia, como se pode ver na Tabela 2, a seguir, que expressa a distribuição de ações ordinárias em 10 de novembro de 1999, após ser concluída a operação, conforme informado pela Embraer a fls. 16 e 17, vol. 2:

Tabela 2: Distribuição do Capital Social com Direito a Voto da Embraer após a Operação de Venda

Acionista	Participação no Capital Social
Acionistas Controladores	60,0001%
Cia. Bozano, Simonsen	20,0001%
Previ	20,00%
Sistel	20,00%
Sócios Estratégicos	20,00%
Aerospatiale Matra	5,67%
Dassault	5,67%
Thomson	5,67%
Snecma	3,00%
Demais Acionistas	19,99%
União Federal	1,45%
BBI	1,73%
Outros	16,63%
TOTAL	100%

VI – DOS DIREITOS DA UNIÃO FEDERAL

20. A União tem mecanismo especial de proteção de seus direitos na Embraer, consubstanciado em ação de classe especial, denominada *Golden Share*, que lhe dá poderes especiais, inclusive o de veto em determinadas questões, especificadas no Estatuto Social. A criação dessa ação especial constava já do próprio Edital de Privatização da Embraer. Nesse sentido dispunha a cláusula 2.2.1 do referido instrumento convocatório, Edital n.º PND-A-05/94-EMBRAER, publicado no D.O.U. de 4 de abril de 1994, com as correções posteriores:

2.2.1 – ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA

Realização de AGE a ser marcada em data anterior à do LEILÃO, cuja ordem do dia deverá incluir as matérias a seguir discriminadas

.....

b) alteração dos estatutos sociais, na forma da minuta anexa ao PROSPECTO, que contempla as seguintes alterações principais:

.....

- deverá ser criada 'GOLDEN SHARE', a ser detida exclusivamente pela UNIÃO, com direito de veto nas seguintes matérias: (i) mudança do objeto social; (ii) alteração e/ou aplicação da logomarca da empresa; (iii) criação e alteração de programas militares que envolvem – ou não – a

*República Federativa do Brasil; (iv) capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares; (v) interrupção do fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares; (vi) **transferência do controle acionário**; (vii) quaisquer modificações no Estatuto Social que alterem os artigos 8º e 14 e seus parágrafos, ou quaisquer vantagens, preferências ou direitos atribuídos à 'GOLDEN SHARE' (sem grifos no original).*

21. As preferências acima reproduzidas foram, de fato, inseridas no Estatuto Social da empresa, dele constando no art. 7º (fls. 5, vol. 1). Cabe examinar, portanto, se houve, na operação em comento, qualquer espécie de violação dos direitos garantidos à União Federal por meio da ação de classe especial. Assim sendo, cabe verificar se a transação se enquadra em alguma das hipóteses, previstas no Estatuto Social, que ensejem o direito de veto da União. No caso específico, a única possibilidade que poderia dar azo a discussões seria a de alienação do controle societário.

22. A esse respeito, cabe consignar, de acordo com o exposto na seção anterior, que a operação de venda de parte das ações ordinárias da Embraer para empresas francesas não configurou alienação do controle acionário. Dessa forma, não há que se falar em exercício do poder de veto da União, visto que o mesmo não se aplica a operações de compra e venda de ações que não importem alienação do controle societário. Lícita, portanto, a realização do negócio sem anuência expressa da União, dado ser esta inexigível na hipótese sob comento. Nesse sentido posicionou-se também a AGU em parecer sobre a matéria (fls. 135, vol. 2):

147. A primeira conclusão a que se chega, diante de tudo o que se expôs, é que a alienação de 20% das ações ordinárias da EMBRAER, ações essas desvinculadas do controle acionário da Companhia, fruto do Acordo de Acionistas, não representa transferência do controle acionário da EMBRAER nem lhe traz qualquer modificação. Isso porque tal controle continua mantido por BOZANO, PREVI e SISTEL, conforme assegurado pelo Acordo de Acionistas, e a participação do Grupo francês, conforme explicitado na alínea f do item 2.1. do referido acordo, alínea essa incluída pelo segundo termo aditivo, de 20/9/99, está limitada a 20% das ações ordinárias da companhia, não integrando o Grupo francês o seu controle. (...)

*148. A segunda conclusão, também à vista das considerações antes expedidas, implica resposta à indagação de constituir ou não, a alienação referida no item anterior, matéria sujeita ao poder de veto da golden share, detida pela União. A **resposta é evidentemente negativa**. Como se viu no item anterior, a alienação de 20% do capital votante da EMBRAER não representa transferência de controle acionário da Companhia. Assim descabe a invocação do inciso VI do art. 7º do Estatuto Social, que inclui essa matéria entre as que se submetem ao poder de veto da golden share. Por outro lado, por tudo o que já se disse, tal alienação, bem como as vantagens concedidas ao Grupo francês, não se enquadram em qualquer outro dos seis incisos do já citado art. 7º do Estatuto Social. Desse modo, não se enquadrando a operação no âmbito de poder da golden share, não haveria, em verdade, obrigação de ser ela previamente comunicada ao Governo Federal (...)* (sem grifos no original).

23. Conclui-se, portanto, que, por ser a operação em comento, mera transação privada de ações ordinárias sem constituir transferência do controle acionário, não ocorreu violação dos direitos assegurados à União Federal por meio da *golden share* ou ação de classe especial.

VII – DA JOINT VENTURE ENTRE A EMBRAER E A ALEMÃ LIEBHERR

24. Como visto no item 7, anterior, constitui igualmente preocupação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados a celebração de contrato de *joint venture* entre a Embraer e a empresa alemã Liebherr. Questiona-se, especificamente, a possibilidade de que, por meio de sucessivas operações dessa natureza, seja descaracterizado o controle nacional da empresa, superando-se o percentual de 40%, admitido como limite para participação de capitais estrangeiros no capital social da companhia.

25. O contrato de *joint venture* compreende associação comercial com o fito específico de desenvolver projetos, produtos ou serviços específicos, podendo adquirir várias formas como a constituição de nova sociedade, a formação de consórcio ou outras modalidades de parceria mercantil. Carlos Alberto Bittar caracteriza-o como

ajuste tendente a combinação de capitais ou de técnicas entre empresas diferentes, com ou sem surgimento de nova personalidade jurídica. Pode traduzir-se por operação conjunta, associação de capitais, participação acionária, transferência de tecnologia ou empreendimentos

determinados, plasmados, de imediato, sob forma societária própria (como a constituição de sociedade anônima, ou limitada), ou não, para alcance progressivo de maturação no relacionamento (restrito, pois, no início, a mera participação acionária). Juridicamente, pode ser efetivado por fusão, por cisão, por criação de sociedade nova, por aquisição de participação acionária e outras técnicas compatíveis.

Em si, o joint venture representa um contrato associativo, por meio do qual os empresários reúnem recursos ou técnicas em empreendimento de interesse recíproco (BITTAR, Carlos Alberto. Contratos comerciais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 214).

26. Dentro desse contexto, a Embraer firmou, por meio de sua Divisão de Equipamentos, EDE, parceria com a empresa Liebherr, fabricante de equipamentos para trens de pouso. Dessa parceria, resultou a criação da empresa Embraer-Liebherr Equipamentos do Brasil S.A., com a qual as empresas associadas pretendem aumentar sua competitividade no mercado para esse tipo de produto. A estrutura social da nova sociedade, embora ainda não consolidada, observará a proporção de 51% para a Embraer e 49% para a Liebherr, de forma a que se mantenha o controle do novo empreendimento em mãos nacionais. Essas informações foram fornecidas pela própria Embraer em texto a seguir reproduzido (fls. 287, vol. 2):

A estrutura acionária na Embraer-Liebherr Equipamentos do Brasil S.A., a qual não se encontra ainda efetivada, será 51% da Embraer e 49% da Liebherr, assegurando o controle de direito e de fato e, por conseguinte, o comando da Embraer. Por outro lado, sendo a Embraer-Liebherr Equipamentos do Brasil S.A. uma empresa controlada pela Embraer, que por sua vez é controlada pela Cia. Bozano, PREVI e SISTEL, que detêm em conjunto 60,01% do capital votante, está assegurado, de forma clara e inequívoca, o controle em mãos nacionais.

27. Ocorreu, portanto, a criação de nova entidade, empresa controlada pela Embraer. Não se pode verificar, na operação em comento, hipótese de desnacionalização ou mesmo alienação do controle da empresa, uma vez que este, como já examinado nesta instrução, permanece em mãos de capitais nacionais. Tampouco há que se cogitar em transgressão ao limite estipulado para participação de capitais estrangeiros na empresa. Houve apenas a aplicação de capitais da Embraer na criação de uma nova empresa, cujo controle acionário pertencerá à própria Embraer. Não há, portanto, que se questionar a operação em análise diante da cláusula, constante do Edital de Privatização, que limita a participação de capitais estrangeiros em 40%.

VIII – DAS CONCLUSÕES

28. Cuida o presente processo de solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, em que se requer a realização de auditoria na operação de venda de 20% das ações ordinárias da Embraer a um grupo de empresas francesas. Questiona-se, também, parceria firmada entre a Embraer e uma empresa alemã, fabricante de trens de pouso.

29. Em exame preliminar a cargo da 9ª SECEX, optou-se por realização de diligência junto à empresa, para solicitação de diversos documentos relacionados com a operação em análise. Posteriormente, em virtude de reunião realizada com o representante da União no Conselho de Administração da empresa, optou-se por dirigir a diligência ao próprio representante, que encaminhou os documentos necessários à instrução do presente processo.

30. Ao analisar-se a admissibilidade, verificou-se que o requerente era parte legítima para propor solicitação de auditoria, nos termos do art. 29E, inciso III, da Resolução-TCU n.º 77/96.

31. Feita sucinta descrição da compra e venda de ações ordinárias da Embraer, realizada entre seus acionistas controladores, Cia. Bozano, Simonsen, Previ e Sistel, e o consórcio francês formado pelas empresas Aerospatale Matra, Dassault Aviation, Thomson-CSF e Snecma, contatou-se que a mesma não importou alienação do controle acionário da companhia. Os controladores detêm ainda, em conjunto, 60,0001% das ações ordinárias da companhia, tendo vinculado essa participação acionária ao exercício do controle da empresa, por meio de acordo de acionistas. Os novos sócios adquiriram tão somente 20% das ações com direito a voto, mas não passaram a integrar o bloco controlador, formado pelos três acionistas majoritários.

32. Por força de direitos concedidos à União Federal, por ação de classe especial detida por esta, a *Golden Share*, as operações de transferência do controle acionário da empresa sujeitam-se ao direito de veto daquela. A transação analisada, no entanto, não configurou alienação do controle, motivo pelo qual prescindiu de autorização expressa da União. Não houve, portanto, violação dos

direitos conferidos à União por meio da ação especial.

33. Por fim, examinou-se resumidamente a celebração de uma *joint venture* entre a Embraer e a empresa alemã Liebherr, que resultou na criação da Embraer-Liebherr Equipamentos do Brasil S.A., a partir da Divisão de Equipamentos da Embraer. Na análise realizada, verificou-se que a nova empresa, ainda que não tenha sua estrutura societária definitivamente estabelecida, respeitará, em seu capital social, a proporção de 51% para a Embraer e 49% para a Liebherr, permanecendo o controle, portanto, em mãos de capitais nacionais.

IX – DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

34. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo, nos termos do art. 29E, § 1º, da Resolução-TCU n.º 77/96, a adoção das seguintes medidas:

a) conhecer da presente solicitação por encontrar amparo no art. 29E, inciso III, da Resolução-TCU n.º 77/96;

b) esclarecer à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados que:

1. a operação de venda de ações ordinárias da Embraer, pelos seus acionistas controladores, Cia. Bozano Simonsen, Previ e Sistel, às empresas francesas Aerospatale Matra, Dassault Aviation, Thomson-CSF e Snecma envolveu tão-somente 20% das ações com direito a voto da companhia, não havendo, portanto, transferência do controle acionário e tampouco transgressão ao limite, estabelecido no Edital de Privatização, de 40% para participação de capitais estrangeiros;

2. o controle acionário da Embraer continua sendo detido pelas acionistas controladoras mencionadas no item anterior, que possuem 60,0001% das ações ordinárias, estando esse percentual vinculado ao exercício do comando da empresa;

3. os sócios franceses não passaram a integrar o bloco controlador da Embraer;

4. a operação não violou os direitos especiais concedidos à União por meio da ação *Golden Share*, visto que não houve transferência do controle acionário da empresa;

5. a *joint venture* celebrada entre a Embraer e a alemã Liebherr resultou na criação da empresa Embraer-Liebherr Equipamentos do Brasil S.A., cujo capital social deverá observar a proporção de 51% da Embraer e 49% da Liebherr, assegurado o controle por capitais nacionais;

c) enviar cópia da Decisão, Relatório e Voto que a fundamentarem à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados;

d) arquivar o presente processo."

O Secretário da SEFID manifestou-se de acordo.

O Ministério Público, anuindo às propostas do Analista-Informante, acresceu sugestão no sentido de ser enviada cópia da Decisão e do Relatório e Voto que a fundamentarem ao Ministro da Defesa.

É o Relatório.

VOTO

Primeiramente, cabe informar que se trata de processo integrante da Lista de Unidades Jurisdicionadas atribuída ao Senhor Ministro Bento José Bugarin, que me cabe relatar com fundamento no art. 18 da Resolução nº 64/96-TCU e na Portaria/GP nº 167, de 30 de abril de 2001.

Não há nada a ser acrescentado à bem elaborada instrução dos autos realizada pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização deste Tribunal.

Consoante ficou demonstrado, não houve transferência do controle acionário da EMBRAER ao consórcio de empresas francesas na operação realizada em 23/07/99 (item 12 da instrução), preocupação maior da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados ao solicitar a realização de auditoria a esta Corte de Contas.

Da mesma forma, a *joint venture* entre a Embraer e a empresa alemã Liebherr não representa nenhum risco de perda do controle acionário exercido por nacionais, consoante ficou devidamente esclarecido no título VII da instrução acima transcrita.

Ante o exposto, acolhendo na íntegra os pareceres, VOTO por que o Tribunal adote a Decisão

que ora submeto à apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2001.

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 629/2001 - TCU - Plenário

1. Processo nº 006.321/2000-4 (c/ 2 volumes)
2. Classe de Assunto: VII - Solicitação de auditoria
3. Interessada: Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados.
4. Entidade: Empresa Brasileira Aeronáutica S/A – EMBRAER.
5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.
6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado.
7. Unidade Técnica: SEFID.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. conhecer da presente solicitação, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade constantes do art. 184 do Regimento Interno, para, em conseqüência, prestar as seguintes informações à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados:

a) a operação de venda de ações ordinárias da Embraer, pelos seus acionistas controladores, Cia. Bozano Simonsen, Previ e Sistel, às empresas francesas Aerospatiale Matra, Dassault Aviation, Thomson-CSF e Snecma envolveu tão-somente 20% das ações com direito a voto da companhia, não havendo, portanto, transferência do controle acionário e tampouco transgressão ao limite de 40% para participação de capitais estrangeiros, estabelecido no Edital de Privatização,;

b) o controle acionário da Embraer continua sendo detido pelos acionistas mencionados no item anterior, que possuem 60,0001% das ações ordinárias, estando esse percentual vinculado ao exercício do comando da empresa, na forma do acordo por eles celebrado em 24 de julho de 1997 e aditado em 17 de julho de 1999;

c) os sócios franceses não passaram a integrar o bloco controlador da Embraer;

d) a operação não violou os direitos especiais concedidos à União por meio da ação *Golden Share*, visto que não houve transferência do controle acionário da empresa;

e) a *joint venture* celebrada entre a Embraer e a alemã Liebherr resultou na criação da empresa Embraer-Liebherr Equipamentos do Brasil S.A., cujo capital social deverá observar a proporção de 51% da Embraer e 49% da Liebherr, assegurado o controle por capitais nacionais.

8.2. enviar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e ao Ministro de Estado da Defesa;

8.3. arquivar os presentes autos.

9. Ata nº 34/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 - Ordinária

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha (Relator).

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Ministro-Relator

ANEXO IV DA ATA Nº 34, DE 22 DE AGOSTO DE 2001
(Sessão Ordinária do Plenário)

PROCESSOS ORIUNDOS DE SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DE CARÁTER RESERVADO

Relatórios e Votos emitidos pelos respectivos Relatores, bem como as Decisões nºs 630 a 632, adotadas nos processos nºs 011.729/2000-5, 001.297/2000-4 e 011.924/2000-0, respectivamente, relatados na Sessão Extraordinária de Caráter Reservado realizada nesta data (Parágrafo único do artigo 66 do Regimento Interno).

GRUPO I - CLASSE VII - Plenário

TC-011.729/2000-5 (c/ um volume)

Natureza: Denúncia

Entidades: Universidades Federais de Sergipe (UFSE), de Alagoas (UFAL) e da Paraíba (UFPB)

Interessado: Identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 66, § 4º, da Resolução TCU nº 136/2000)

Ementa: Denúncia acerca de possíveis irregularidades na celebração e execução de convênios de prestação de serviços de saúde e assistência social entre a GEAP - Fundação de Seguridade Social e as Universidades Federais da Paraíba (UFPB), de Alagoas (UFAL) e de Sergipe (UFSE). Procedência parcial. Determinações. Levantamento da chancela de sigiloso aposta aos autos. Ciência ao denunciante e aos respectivos reitores. Arquivamento.

Tratam os autos de denúncia acerca de possíveis irregularidades na celebração e execução de convênios de prestação de serviços de saúde e assistência social entre a GEAP - Fundação de Seguridade Social e as Universidades Federais da Paraíba (UFPB), de Alagoas (UFAL) e de Sergipe (UFSE). A seguir, transcrevo os pareceres da unidade técnica e do representante do Ministério Público junto a este Tribunal, que expõem a matéria com muita clareza e propriedade:

I – Instrução da 6ª Secex

“.....

Dos Fatos

2.As três Universidades celebraram convênios com a GEAP para oferecer planos de saúde e assistência social aos seus servidores, nos moldes da legislação que regula as relações entre Entidades de Previdência Privada e suas patrocinadoras no âmbito da Administração Pública Federal. Em seus aspectos financeiros, esses convênios guardam várias semelhanças entre si, conforme se depreende da leitura do Parecer nº 451/99 da Consultoria Jurídica da GEAP (vol. principal, fls. 7/20).

2.1Na mesma data da celebração dos convênios, foram firmados termos aditivos estabelecendo a contribuição financeira dos inscritos em 3% de sua remuneração. As Universidades, na qualidade de patrocinadoras dos convênios, aportariam o mesmo valor, juntamente com 15% do total das receitas contributivas dos respectivos servidores e pensionistas a título de cobertura de despesas administrativas e operacionais do convênio. Os termos aditivos também definiram a origem orçamentária dos recursos das Universidades:

a) UFPB: PT 33201.13.075.0428.2004.0005 - “Assistência Médica e Odontológica a Servidores”, natureza da despesa 34.90.07, orçamento de 1996 (Termo Aditivo firmado em 28.02.96);

b) UFSE: PT 08.044.0205.2085.0002/3 – “Obrigações Patronais”, natureza da despesa 31.90.13, orçamento de 1994 (Termo Aditivo firmado em 02.12.94);

c) UFAL: PT 13.075.0428.2004.0005 – “Assistência Médica e Odontológica a Servidores”, natureza da despesa 34.90.39, orçamento de 1995 (Termo Aditivo firmado em 18.01.95).

2.2 Vale notar que os convênios foram aprovados pela Secretaria de Previdência Complementar, sendo o da UFSE em 16.02.95, o da UFPB em 15.01.97 e o da UFAL em 03.02.99 (fl. 112).

2.3 A assinatura de termos aditivos posteriores modificou a sistemática das contribuições dos convênios, estipulando que os servidores e pensionistas teriam descontados 4% de suas remunerações. No caso da UFPB, o parecer da GEAP menciona que essas contribuições observariam o piso de R\$ 30,00 e o teto de R\$ 120,00. Quanto à UFAL, verifica-se que, a partir de julho de 2000, a contribuição dos inscritos passou a ser de 6,84% da remuneração (fl. 86). Para as patrocinadoras, o aporte passaria a ser de um valor fixo *per capita* de R\$ 24,00. As classificações orçamentárias dos recursos também foram modificadas:

- a) UFPB: PT 13.075.0428.2004.0005, natureza da despesa 34.90.39 – Outros serviços de terceiros – Pessoa Jurídica;
- b) UFSE: o TA não informou a nova classificação;
- c) UFAL: PT 641.499, natureza de despesa 34.90.39 – Outros serviços de terceiros – Pessoa Jurídica.

Da Denúncia

3. Todavia, de acordo com os termos da denúncia, as patrocinadoras jamais repassaram quaisquer recursos próprios à GEAP por conta dos convênios em questão. Sob a alegação de falta de previsão orçamentária, os pagamentos devidos pelas Universidades estariam sendo cobertos pelos próprios servidores inscritos, numa situação em que os mesmos estariam sofrendo um duplo desconto dos percentuais previstos nos termos aditivos dos convênios. Para tanto, os servidores das patrocinadoras teriam assinado termos de opção autorizando este fato.

3.1 Além disso, também não teriam sido repassados os valores relativos às despesas administrativas e operacionais, conforme previstos nos primeiros termos aditivos firmados juntamente com a assinatura dos convênios.

3.2 Tal situação seria agravada por estarem as Universidades se fazendo representar no Conselho Administrativo da GEAP, conforme previsto nos convênios e aditivos, mesmo estando inadimplentes quanto às suas contribuições, onerando significativamente a Fundação com o custeio de passagens e diárias para viabilizar a participação dos conselheiros nas reuniões mensais e comissões, dentre outras atividades.

4. No caso da UFPB, duas hipóteses explicativas são levantadas: ou a Universidade teria celebrado o convênio de má-fé, pois já sabia de antemão que não iria cumpri-lo, ou haveria a dotação orçamentária necessária para efetuar os devidos repasses, mas tais verbas estariam sendo utilizadas de forma diferente da prevista.

5. Segundo o conteúdo da denúncia, a forma imprópria pela qual os recursos do convênio estariam sendo cobertos infringiria dispositivos da Lei nº 6.435/77 e do Decreto nº 81.240/78, que regulam as entidades de previdência fechada. Foi mencionado especificamente o art. 1º da Lei citada (volume principal, fl. 5):

“Art. 1º Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objetivo instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos” (grifado no processo).

5.1 Toda essa situação, de acordo com a denúncia, expõe a União a ser ré num eventual processo de cobrança por parte da GEAP.

6. Por fim, destaca-se que as irregularidades apontadas nos referidos convênios não prejudicariam o plano de assistência médica e social dos servidores, já que estes estariam, na verdade, na condição de autopatrocinados.

Dos Esclarecimentos

7. Diante do relatado, foram encaminhados ofícios às três Universidades (fls. 30/32), solicitando os respectivos pronunciamentos sobre a matéria em questão.

7.1 A UFSE, por meio do Ofício nº 230/2000-GR, de 30.08.00 (fl. 33), afirmou que repassava regularmente sua contribuição como patrocinadora, bem como a receita referente às despesas

administrativas e operacionais geradas pelo convênio celebrado entre ela e a GEAP, conforme cópias dos comprovantes chancelados pelo Banco do Brasil (fls. 35/50). A Universidade acrescentou que, apesar da inexistência de rubrica orçamentária específica para o custeio de plano de saúde, está amparada pela autonomia de gestão financeira e patrimonial estabelecida pelo art. 207 da CF para utilizar recursos próprios para a cobertura de tais despesas, tendo anexado cópia de ofício do MEC para corroborar suas afirmações (fl. 34).

7.2A UFPB, mediante o Ofício R/GR/ nº 190/2000, de 28.08.00 (fls. 51/53), declarou que sua direção foi procurada em 1996 por representantes da Associação dos Docentes do campus de João Pessoa para que examinasse a possibilidade de firmar convênio com a GEAP para a oferta de plano de assistência médica e hospitalar.

7.2.1Diante da inexistência de previsão orçamentária, teria sido proposto que os servidores arcassem com todos os custos do convênio, mesmo aqueles que eventualmente coubessem à Universidade. Após entendimentos com a GEAP, tal proposta foi admitida como viável.

7.2.2O convênio, com ciência e concordância prévia da GEAP e anuência do Conselho Universitário, foi firmado em 28.02.96. Os servidores que aderiram ao plano deveriam firmar compromisso formal com a Superintendência de Recursos Humanos da UFPB para efetuar o pagamento de todas as contribuições, inclusive àquelas referentes à patrocinadora.

7.2.3O ofício acrescenta que a Universidade tinha, na condição de patrocinadora, o direito de indicar um representante próprio para o Conselho de Administração da GEAP, não o tendo exercido por entender que os servidores eram autopatrocinados. Dessa forma, apenas os servidores eram representados, sem nenhum ônus para a UFPB.

7.2.4Mesmo não havendo nenhum registro de problema, a Universidade afirmou que decidiu denunciar o convênio a partir de setembro de 2000, passando os servidores oficialmente à condição de autopatrocinados, o que não seria permitido pela GEAP à época de celebração do ajuste.

7.3Por fim, a UFAL, por meio de ofício de 29.09.00 (fls. 70/71), alegou que o convênio assinado com a GEAP foi cumprido em seus termos até meados de 1997, momento em que passaram a ocorrer dificuldades para a sua continuidade normal em razão do descumprimento, por parte do governo federal, dos repasses dos duodécimos referentes ao orçamento aprovado para a Universidade, especificamente em relação aos valores destinados ao convênio.

7.3.1Segundo a UFAL, esta situação perdura até o presente momento, agravada pelo fato de não existir uma dotação orçamentária específica para o custeio de convênios dessa natureza.

7.3.2Diante desse quadro, a Universidade declarou ter encaminhado o Ofício nº 106/97 – GR/UFAL, de 07.03.97 (fl. 88), à GEAP propondo, entre outras coisas, que fossem descontados integralmente dos vencimentos dos servidores os valores totais referentes às contribuições do convênio, o que representaria o percentual de 6,9%.

7.3.3Curiosamente, conforme exposto no subitem 2.3 desta instrução, em 14.08.00 foi assinado outro termo aditivo (fls. 86/87), estabelecendo que a contribuição dos servidores passaria a ser de 6,84% da remuneração, mantendo todos os outros termos acordados anteriormente, inclusive a contribuição de R\$ 24,00 *per capita* por parte da patrocinadora.

Da Análise

1) Admissibilidade

8.Preliminarmente, registre-se que a presente Denúncia atende aos requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 213 do RI/TCU.

8.1Quanto à competência do Tribunal para análise da matéria, cabe observar, em cumprimento ao Despacho do Exmo. Sr. Ministro Relator (fl. 34 do volume principal), que a mesma se faz presente, uma vez que os convênios firmados geram despesas para as universidades envolvidas, muito embora, em alguns casos, não estejam sendo efetivamente realizadas.

2) Do Mérito

9.As informações constantes dos autos são contraditórias, com a GEAP afirmando que as Universidades jamais efetuaram repasses de recursos próprios por conta dos referidos convênios e as instituições federais, com exceção da UFPB, alegando que tais repasses foram feitos, sendo que, no caso da UFAL, até meados de 1997.

9.1 Uma forma de verificar a existência de repasses próprios das Universidades para a GEAP é realizar consulta ao Sistema de Administração Financeira (SIAFI), buscando levantar as Notas de Empenho emitidas em favor da entidade de previdência fechada. Recorde-se que a Lei nº 4.320/64, art. 60, obriga o empenho prévio da despesa, significando que os hipotéticos repasses para a GEAP deveriam ter sido registrados em NE's próprias, enquanto que as consignações em folha seriam objeto apenas de Ordens Bancárias, tendo em vista que somente a folha de pagamento bruta é empenhada. O resultado da consulta é apresentado a seguir, ressaltando-se que todos os empenhos levantados foram liquidados.

UFSE

Empenho	Data	Finalidade	Natureza da despesa	Valor
96NE00014	09/01/96	Obrigações Patronais	319013	474.839,10
97NE00206	27/01/97	Obrigações Patronais	319013	462.549,28
98NE00023	16/01/98	Despesas c/ Assistência Médica e Odontológica a Servidores	349039	46.988,27
99NE00525	26/03/99	Despesas Exercícios Anteriores/convênio plano saúde	349092	148.002,40
00NE00271	15/02/00	Despesas com Fundo de Assistência Patronal	339039	2.161,62

9.1.1 Pode-se observar que, em 1996 e 1997, a UFSE empenhou recursos na classificação prevista no primeiro Termo Aditivo. Em 1998, a classificação mudou para a conta 349039, supostamente de acordo com o segundo termo aditivo. É de se notar que não houve um empenho de despesas relativas ao ano de 1999 e que, até outubro de 2000, somente R\$ 2.161,62 haviam sido empenhados em favor da GEAP.

9.1.2 Todavia, a Universidade apresentou documentos que comprovam o recolhimento da contribuição nos meses de dezembro de 1999 a julho de 2000 (fls. 35/50), afirmando que utiliza recursos próprios para cobrir as despesas. Tal fato leva a crer que a UFSE vem descumprindo os preceitos do art. 60 da Lei nº 4.320/64, que obriga o empenho prévio da despesa.

UFAL

Empenho	Data	Finalidade	Natureza da despesa	Valor
97NE00031	10/01/97	Despesas c/ Contribuição da GEAP	349039	293.921,67
97NE02095	12/12/97	Suplementação da NE00031	349039	9.290,93
97NE02315	24/12/97	Despesas c/ Assistência Médica e Odontológica a Servidores	349039	9.953,68
98NE00164	17/02/98	Despesas c/ Serviços, conf carta 13/98	349039	5.565,65
98NE00168	17/02/98	Despesas com Serviços de Seguridade	349039	416.292,60
98NE01496	21/12/98	Plano de Seguridade Servidor	349039	624,96
98NE01704	31/12/98	Seguridade Social Correção	349039	4.075,68

9.2. Em 1997, a UFAL empenhou R\$ 313.166,28 em favor da GEAP, passando este valor para R\$ 426.558,89 em 1998. Isso contradiz informações desta Universidade no sentido de que o convênio foi cumprido em seus termos até meados de 1997, após o que teriam ocorrido dificuldades para a continuidade dos repasses com recursos próprios. Entendemos, porém, que tal fato não traz maiores repercussões para a análise do presente processo, uma vez que as informações prestadas pela Universidade levam a crer que os servidores estão arcando com as contribuições devidas pela UFAL.

UFPB

Empenho	Data	Finalidade	Natureza da despesa	Valor
98NE01850	31/08/98	Convênio de Adesão - GEAP	349039	104.257,78
98NE01851	31/08/98	Convênio de Adesão - GEAP	349039	34.973,30
98NE01856	31/08/98	Convênio de Adesão - GEAP	349039	173.555,30
98NE01861	31/08/98	Convênio de Adesão - GEAP	349039	29.593,69
98NE01862	31/08/98	Convênio de Adesão - GEAP	349039	3.932,70
98NE01863	31/08/98	Convênio de Adesão - GEAP	349039	175.177,00
98NE01864	31/08/98	Convênio de Adesão - GEAP	349039	179.701,30

9.3.A UFPB, recorde-se, declarou nunca ter transferido recursos próprios para a GEAP. O detalhamento dos empenhos indica “valor empenhado para fazer face a despesa com o convênio de adesão n. 01/96 e termo aditivo n. 01/98, referente a doações dos servidores ativos e inativos e seus dependentes, para o plano de saúde conforme folha geral do mês ...” (grifo nosso), dando a entender que os empenhos, no valor total de R\$ 701.191,07, seriam relativos a consignações em folha de pagamento. Tal fato configuraria uma impropriedade, tendo em vista que a folha de pagamento dos servidores já é objeto de empenho específico, não cabendo um outro para parcela da mesma, como é o caso de consignações.

9.3.10 detalhamento da Nota de Lançamento 00581 mostrou que esses empenhos foram feitos para regularizar as Ordens Bancárias 2074, 2075, 2283, 2284, 2564, 3023 e 3797, emitidas entre junho e agosto de 1998, portanto antes dos empenhos. Ao mesmo tempo, as OB's fazem referência ao evento 70.0.803, "Desembolso efetuado a título de anulação de receitas ou de devolução de recursos recebidos em exercícios anteriores". Assim, não está clara a origem desses desembolsos em favor da GEAP. Contudo, entendemos que este fato não traz maiores repercussões para a análise do presente processo, já que a UFPB reconheceu que os seus servidores arcavam com todos os custos do convênio.

10. Isso posto, podemos melhor apreciar os termos da denúncia, conforme expostos nos itens 3 a 6.

10.1 Houve repasses próprios por parte da UFAL e UFSE. Todavia, não se pode dizer que esta última esteja efetuando os pagamentos de forma correta, já que não houve registro de empenhos relativos ao ano de 1999 e que apenas R\$ 2.161,62 haviam sido empenhados em favor da GEAP até outubro de 2000. Quanto à UFAL, não foram observados empenhos após 1998.

10.2 Com relação a uma possível infringência ao art. 1º da Lei nº 6.435/77 por conta da existência de servidores autopatrocinados, entendemos que tal não ocorre, tendo em vista que o texto legal estabelece uma situação de possibilidade, e não de obrigatoriedade, ao afirmar que as contribuições podem ser dos participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos. Assim, é possível o financiamento somente por parte dos servidores, somente por parte da empresa ou por ambos.

10.3 Não foi possível determinar se os empenhos em favor da GEAP incluíam o pagamento da taxa de administração estipulada nos primeiros termos aditivos. Vale lembrar que os aditivos posteriores estabeleceram uma contribuição por parte da patrocinadora de R\$ 24,00 *per capita*, sem o pagamento de taxa a título de despesas administrativas e operacionais, não obstante ter a UFSE informado que vem repassando regularmente à GEAP recursos para atender a tais despesas.

10.4 Com relação à presença de representantes das Universidades no Conselho de Administração da GEAP, trazendo ônus financeiro a esta instituição, consideramos que cabe à GEAP, em vista da inadimplência das patrocinadoras, suspender a participação dos mesmos, hipótese aparentemente possibilitada pelo Regimento Interno do Conselho de Administração da entidade (fl. 12).

11. Portanto, entendemos que não vêm sendo seguidos alguns dos aspectos, principalmente financeiros, estabelecidos nos convênios de adesão com a GEAP, cabendo ressaltar que a UFAL e a UFPB sequer incluíram na proposta da lei orçamentária para o exercício de 2001 recursos para cobrir as despesas com a assistência médica dos servidores (fls. 101/103, 107). Tal fato põe em dúvida a afirmação da UFAL (fl. 88) no sentido de proceder ao desconto integral das contribuições da remuneração dos servidores, sendo os mesmos ressarcidos quando a Universidade dispusesse de recursos.

12. Em particular, o fato de os servidores da UFPB e UFAL estarem arcando com as contribuições das patrocinadoras expõe alguns pontos problemáticos dos convênios de adesão celebrados entre a GEAP e as Universidades.

12.1 É possível que ocorra quebra do equilíbrio atuarial dos convênios por conta da redução do número de servidores dispostos a se inscrever ou permanecer vinculados ao Plano de Assistência à Saúde e Social. No caso da UFPB, por exemplo, consta que o convênio foi assinado considerando uma massa de servidores e dependentes bem maior que a realidade atual. É informado que o estudo atuarial realizado pela empresa ASTA levou em consideração uma massa de 11.667 servidores, enquanto que atualmente estão inscritos apenas 2.582 (fl. 13).

12.2 Pois bem, o art. 4º do Decreto nº 606/92 estabelece o seguinte:

“art. 4º O eventual déficit apurado pelas entidades, observado o disposto no § 1º deste artigo, será coberto por aumento das taxas de contribuição da patrocinadora e dos participantes ativos, nas mesmas proporções e de acordo com avaliação atuarial.

1º O aumento das taxas de contribuição para cobertura do déficit apurado deverá ser aprovado pela Secretaria Nacional de Previdência Complementar.

2º O pedido de aprovação do aumento das taxas de contribuição, feito por requerimento conjunto da entidade e de sua patrocinadora, deverá ser acompanhado de nota técnica do atuário

responsável, instruído com outras informações e documentos necessários que venham a ser solicitados pela Secretaria Nacional de Previdência Complementar.

3º Não poderão ser autorizadas coberturas da patrocinadora para déficits causados pelo desempenho financeiro negativo do plano, exceto nos casos de eventuais aplicações compulsórias, determinadas pelos órgãos normativos, ou por reajustes coletivos de salários que superarem o índice de inflação do período considerado, concedido diretamente ou através de promoções coletivas, reestruturações de cargos ou a qualquer outro título.”

12.3Dessa forma, a cobertura de eventuais déficits observados no âmbito dos convênios de adesão em tela estaria a cargo tanto das Universidades quanto dos servidores inscritos, cabendo à GEAP cancelar, juntamente com as patrocinadoras, o pedido de aprovação do aumento das taxas de contribuição. Todavia, não é isso que se depreende da leitura dos termos aditivos.

12.3.1O TA firmado com a UFPB prevê, em caso de déficit (cláusula 6ª, fl. 59), que apenas a Universidade observará a Lei nº 8.020/90 e sua regulamentação (Decreto nº 606/92). Fica implícito que a UFPB seria a única responsável pela suplementação de recursos, ao contrário do que dispõe o Decreto nº 606/92.

12.3.2No caso do TA firmado pela UFAL, ao contrário, tal condição foi explicitada. A cláusula 5ª dispõe que “quando os recursos forem insuficientes para atender as despesas dos participantes, (...) a Universidade se obriga a suplementá-los no que for necessário” (fl. 78).

12.4Um outro ponto se refere à responsabilidade solidária das patrocinadoras de planos assistenciais oferecidos pela GEAP. A cláusula 5ª do TA firmado pela UFPB (fl. 59) estabeleceu que a Universidade aderiu solidariamente, junto com as outras patrocinadoras, aos Planos Solidários de Assistência à Saúde e Assistência Social administrados pela GEAP, detalhando que tal adesão se baseou nos ditames do art. 34, § 2º, da Lei nº 6.435/77 e do Parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 81.240/78, bem como no art. 8º do estatuto da GEAP.

12.4.1Entretanto, esses dispositivos legais falam em condições pormenorizadas de solidariedade das partes, o que não foi observado pela redação genérica da cláusula retromencionada. Dessa forma, não ficou definida a extensão da responsabilidade solidária das patrocinadoras, informação de fundamental importância no evento de inadimplência e/ou déficits atuariais. Ao mesmo tempo, o ajuste firmado pela UFAL não contém cláusula nesse sentido, o que contraria os dispositivos citados.

13.Ao mesmo tempo, a discussão precedente sobre o repasse de recursos para a entidade de previdência fechada chama a atenção para a natureza dos ajustes entre a GEAP e as Universidades. Apesar do emprego do termo “convênio”, os ajustes em questão estão melhor caracterizados como contratos, já que, a partir da prestação dos serviços de assistência médica, existe a expectativa da contraprestação, consubstanciada no pagamento das contribuições.

13.1Nesse sentido, vale lembrar a distinção entre os institutos feita pelo Decreto nº 93.872/86: “Art. 48. Os serviços de interesses recíprocos dos órgãos e entidades da Administração Federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares poderão ser executados sob o regime de mútua cooperação mediante convênio, acordo ou ajuste.

Parágrafo Único. Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste e do outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato”.

13.2Esse entendimento para o caso em questão é reforçado pelo fato dos primeiros termos aditivos terem previsto o pagamento, pelas Universidades, de 15% do total das receitas contributivas a título de cobertura de despesas administrativas e operacionais. A existência dessa taxa contraria o regime de mútua cooperação necessário ao estabelecimento dos convênios e caracteriza a busca de resultado econômico-financeiro por parte da GEAP.

13.3Mesmo a ausência dessa taxa nos termos aditivos posteriores, que estabeleceram unicamente uma contribuição de R\$ 24,00 *per capita* por parte das patrocinadoras, não basta para mudar o tipo de acordo. Em um convênio, as duas partes dependem recursos próprios para a consecução de um objetivo comum. Da parte do conveniente, a contrapartida pode ser financeira, em bens materiais ou em força de trabalho. No caso em questão, a GEAP presta um serviço e, por isso, recebe pagamento, não havendo despesas não cobertas pelo fluxo financeiro oriundo das Universidades, ainda que, efetivamente, coberto por recursos de seus servidores.

14. Obviamente, acordos dessa natureza devem ser precedidos por licitação. Tal procedimento não foi observado nos ajustes celebrados entre as três Universidades e a GEAP.

Proposta de Encaminhamento

15. Diante do exposto, elevamos os autos à consideração superior, propondo:

I) que se conheça da presente denúncia, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 213 do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente.

II) determinação à UFSE e à UFAL para que rescindam os convênios celebrados com a GEAP, tendo em vista que os mesmos têm natureza de contrato, sendo, portanto, imprescindível a realização de licitação.

III) determinação à UFSE, à UFAL e à UFPB para que:

1) observem os termos dos ajustes que estabelecerem com terceiros;

2) realizem licitação para contratação de serviços de assistência médica sempre que tais serviços forem terceirizados;

3) observem, quando da celebração de outros convênios de adesão para oferecimento de planos de assistência à saúde e social, a legislação pertinente, especialmente no tocante às cláusulas sobre suplementação de recursos e responsabilidade solidária.

IV) determinação à UFSE e à UFPB para que observem o disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/64, relativamente à necessidade do prévio empenho da despesa.

V) determinação à Secretaria Federal de Controle Interno para que verifique, nas próximas contas da UFSE, UFAL e UFPB, o cumprimento das determinações objeto dos itens II, III e IV, acima.

VI) levantamento da chancela de sigiloso aposta nos autos.

VII) envio de cópia da Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, ao denunciante e aos reitores da UFSE, UFAL e UFPB.

VIII) arquivamento do processo.”

II – Parecer do Ministério Público junto ao TCU

“.....

A 6ª SECEX, após examinar os pronunciamentos das três universidades, entendeu parcialmente procedente a denúncia e propôs, entre outras medidas, determinar à UFSE e à UFAL a rescisão dos respectivos convênios celebrados com a Geap, considerando que tais ajustes teriam a natureza de contrato e, em conseqüência, sua celebração deveria ter sido precedida de processo licitatório (fls. 121/122). No caso da UFPB, foi dispensada a expedição de semelhante determinação, visto ter sido constatado que essa universidade não desembolsa recursos para fazer frente ao convênio.

Conforme se verifica a partir de documentos enviados e dos termos aditivos assinados (fls. 35, 57, 76), as mencionadas instituições de ensino aderiram ao Plano de Saúde e de Assistência Social oferecido pela entidade fechada de previdência privada.

Em consulta à página da Geap na Internet, verificamos que o programa acordado oferece assistência médica e odontológica, além de um componente de assistência social, destinado a auxiliar na compra de medicamentos, órteses, próteses não-cirúrgicas e outros aparelhos. A mesma fonte informa que a assistência social é fornecida sem acréscimo no valor do plano.

Vê-se, portanto, que o plano ao qual as universidades aderiram volta-se prioritariamente para a assistência médica, odontológica e farmacêutica.

A assistência à saúde do servidor encontra-se regida pelo art. 230 da Lei nº 8.112/90, alterada pela Lei nº 9.527/97, que dispõe, *in verbis*:

"Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família, compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS ou diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou, ainda, mediante convênio ou contrato, na forma estabelecida em regulamento." (Grifamos.)

A respeito da matéria, o TCU já admitiu expressamente que, embora esse dispositivo legal não tenha sido regulamentado, a assistência poderá ser prestada diretamente pelo órgão/entidade, inclusive por meio de sistema de credenciamento, ou contratada mediante a realização de licitação,

estando vedada, contudo, a terceirização da administração do sistema (Decisões Plenárias nºs 342/98, 381/98 e 7/2000).

Já no tocante ao convênio de assistência médica, entendemos que é de sua substância estar a celebração calcada no interesse recíproco e na execução em regime de mútua cooperação, nos termos do art. 48 do Decreto nº 93.872/86. De fato, o Tribunal já se pronunciou no sentido de que acordos do gênero caracterizam-se pela mútua colaboração, podendo, até mesmo, prescindir da retribuição pecuniária (TC-011.582/1985-5 - Anexo III da Ata nº 58/85). A título de ilustração, cabe citar exemplo colhido no Relatório anexo ao Acórdão nº 166/99-2ª Câmara, que examinou o ajuste firmado entre o antigo Ministério da Agricultura e Reforma Agrária - MARA e a Escola Paulista de Medicina. Naquele caso, o objeto do convênio previa a prestação de assistência médica aos servidores do MARA pela Escola, que utilizaria os dados obtidos nessa prestação para a realização de estudos e pesquisas das doenças relacionadas às atividades profissionais.

É de se ressaltar que, no convênio de adesão firmado entre as universidades e a GEAP, não se observa a existência de partícipes agindo com as mesmas pretensões. Ao contrário, verificamos, de um lado, partes que desejam o objeto do acordo, ou seja, a prestação de assistência médica, em oposição a outra parte que deseja a contraprestação financeira correspondente. Portanto, a vinculação em comento tem caráter nitidamente contratual, nos moldes do art. 48, parágrafo único, do Decreto nº 93.872/86.

Em complementação, cumpre examinar o caso vertente sob o enfoque da relação jurídica estabelecida e das disposições legais pertinentes.

Quanto à sua natureza, verificamos que a Geap constitui-se em entidade fechada de previdência privada - EFPP, organizada como fundação privada, com estatuto aprovado pela Portaria/MPAS nº 1.672/94.

As entidades fechadas de previdência privada têm suas operações normatizadas pela Lei nº 6.435/77, que assim as define:

"Art. 1º Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

.....
*Art. 4º Para os efeitos da presente Lei, as entidades de previdência privada são classificadas:
I - de acordo com a relação entre a entidade e os participantes dos planos de benefícios, em:
a) fechadas, quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, as quais, para os efeitos desta Lei, serão denominadas patrocinadoras".*
(Grifamos.)

A partir da norma citada, observamos que as EFPP têm suas atividades voltadas especificamente para a área de previdência e assistência social, sendo consideradas, pelo art. 34 do referido diploma legal, entes complementares do sistema oficial.

Por conseguinte, a operação de planos de previdência e assistência social constitui-se no objeto que, sob a proteção da lei, justifica o vínculo entre as referidas entidades e suas patrocinadoras.

Note-se que a relação entre a Geap e as mencionadas instituições de ensino não se destina à consecução do objeto acima referenciado, mas dirige-se à assistência médica, que, embora elemento integrante da seguridade social juntamente com a previdência e a assistência social, com estas não se confunde, segundo o disposto nos arts. 194 a 204 da Constituição Federal e nos arts. 186 a 230 da Lei nº 8.112/90.

Decorre das considerações supra que, apesar de a relação jurídica entre a Geap e as universidades (UFAL e UFSE) se apresentar formalmente como uma relação entre EFPP e patrocinadoras, materialmente não existe tal vínculo e, sim, uma relação de fornecimento de serviços médicos mediante contraprestação financeira. Em consequência disso, o "convênio de adesão" avençado entre as partes nada mais é do que um contrato de prestação de serviços de saúde. Logo, sua celebração deveria ter observado a legislação que rege a matéria, em especial a Lei nº 8.666/93, que determina a realização de licitação prévia nas contratações da Administração Pública com terceiros.

Em vista desses fatos, consideramos que deva ser determinado à UFAL e à UFSE que adotem as necessárias medidas corretivas, mas entendemos que tais providências deverão levar em conta os prejuízos humanos e sociais que poderiam advir no caso de ser interrompida a prestação dos serviços de saúde aos servidores.

Assim, em atenção à honrosa audiência propiciada pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator Iram Saraiva, manifestamo-nos de acordo com as proposições exaradas pela 6ª SECEX, sugerindo as seguintes alterações, no que se refere às determinações contidas nos itens 15.II e 15.III.3 (fls. 121), respectivamente:

15.II.a.1) determinar à UFAL e à UFSE que adotem providências para rescindir o convênio de adesão firmado com a GEAP - Fundação de Seguridade Social para a prestação de serviços de saúde, a fim de adequar a referida prestação aos ditames do art. 230 da Lei nº 8.112/90, alterada pela Lei nº 9.527/97, seja por meio da contratação de terceiros precedida de licitação, nos termos da Lei nº 8.666/93, seja por intermédio da celebração de convênio com observância às condições estabelecidas no *caput* do art. 48 do Decreto nº 93.872/86, seja mediante a adoção de sistema próprio de assistência à saúde, tal como o credenciamento de profissionais e instituições médico-hospitalares, com fundamento no art. 25 da mencionada Lei nº 8.666/93, observados os princípios que regem a Administração Pública;

15.II.a.2) admitir a manutenção dos termos acima referidos até que seja concluída a adequação constante do item precedente;

15.III.3) determinar à UFAL, à UFPB e à UFSE que, quando da celebração de contratos e convênios de adesão, somente admitam a inclusão de cláusulas relativas à suplementação de recursos e à responsabilidade solidária, cuja redação especifique detalhadamente a extensão de tais responsabilidades, de forma a se ter assegurado que, na hipótese de inadimplência ou déficit, sejam resguardados os interesses do erário.”

É o Relatório.

VOTO

Em 29/5/2001, posteriormente às manifestações transcritas no relatório precedente, entrou em vigência a Lei Complementar nº 109, que “*Dispõe sobre o regime de previdência privada complementar e dá outras providências*”, revogando expressamente a Lei nº 6.435/77, que regulava a matéria até então. O novo ordenamento jurídico, entretanto, a par de atualizar a matéria, mantém em linhas gerais as características, classificações e definições das entidades fechadas de previdência privada estabelecidas na legislação anterior, e a meu ver não altera o entendimento já manifestado por este Tribunal – e defendido nos pareceres exarados no processo - no sentido de que acordos da natureza dos avençados entre a GEAP e as universidades em tela devem ser precedidos do respectivo procedimento licitatório.

2.Assim, e ante o que consta dos autos, acolho os pareceres, na forma sugerida pelo Ministério Público, e Voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

IRAM SARAIVA
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 630/2001-TCU-Plenário

1. Processo nº TC-011.729/2000-5 (c/ um volume)
2. Classe de Assunto: VII – Denúncia
3. Interessado: Identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 66, § 4º, da Resolução TCU nº 136/2000)

4. Entidades: Universidades Federais de Sergipe (UFSE), de Alagoas (UFAL) e da Paraíba (UFPB)

5. Relator: Ministro Iram Saraiva

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

7. Unidade Técnica: 6ª Secex

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

8.1. conhecer da presente denúncia, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 213 do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

8.2. determinar às Universidades Federais de Alagoas (UFAL) e de Sergipe (UFSE) que adotem providências para rescindir o convênio de adesão firmado com a GEAP - Fundação de Seguridade Social para a prestação de serviços de saúde, a fim de adequar a referida prestação aos ditames do art. 230 da Lei nº 8.112/90, alterada pela Lei nº 9.527/97, seja por meio da contratação de terceiros precedida de licitação, nos termos da Lei nº 8.666/93, seja por intermédio da celebração de convênio com observância às condições estabelecidas no caput do art. 48 do Decreto nº 93.872/86, seja mediante a adoção de sistema próprio de assistência à saúde, tal como o credenciamento de profissionais e instituições médico-hospitalares, com fundamento no art. 25 da mencionada Lei nº 8.666/93, observados os princípios que regem a Administração Pública;

8.3. admitir a manutenção dos termos ora existentes até que seja concluída a adequação constante do item precedente;

8.4. determinar às Universidades Federais de Sergipe (UFSE), de Alagoas (UFAL) e da Paraíba (UFPB) que:

8.4.1. observem os termos dos ajustes que estabelecerem com terceiros;

8.4.2. realizem licitação para contratação de serviços de assistência médica sempre que tais serviços forem terceirizados;

8.4.3. quando da celebração de contratos e convênios de adesão, somente admitam a inclusão de cláusulas relativas à suplementação de recursos e à responsabilidade solidária, cuja redação especifique detalhadamente a extensão de tais responsabilidades, de forma a se ter assegurado que, na hipótese de inadimplência ou déficit, sejam resguardados os interesses do erário;

8.5. determinar às Universidades Federais de Sergipe (UFSE) e da Paraíba (UFPB) que observem o disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/64, relativamente à necessidade do prévio empenho da despesa;

8.6. determinar à Secretaria Federal de Controle Interno que verifique, nas próximas contas das referidas universidades, o cumprimento das determinações efetuadas nos itens precedentes;

8.7. levantar a chancela de sigiloso aposta aos autos;

8.8. enviar cópia desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao denunciante e aos reitores das universidades em questão;

8.9. arquivar o presente processo.

9. Ata nº 31/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 – Extraordinária de Caráter Reservado

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva (Relator), Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Presidente

IRAM SARAIVA

Ministro-Relator

GRUPO II - CLASSE VII - PLENÁRIO

TC-001.297/2000-4 (Sigiloso – com 1 anexo)

NATUREZA: Denúncia

ENTIDADE: Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – 8ª Região/Paraná

INTERESSADO: Identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei 8.443/92 c/c o art. 66, § 4º, da Resolução TCU 136/2000)

EMENTA: Denúncia. Possíveis irregularidades na administração financeira de conselho de fiscalização profissional, apuradas em processo de sindicância. Procedência da Denúncia. Conversão do processo em Tomada de Contas Especial. Citação dos responsáveis. Cancelamento da chancela de sigiloso aposta aos autos. Ciência ao denunciante.

Trata-se de Denúncia formulada ao Tribunal versando sobre possíveis irregularidades praticadas pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – 8ª Região/Paraná.

Pela propriedade com que sintetiza os fatos verificados no processo, transcrevo a instrução da Secex/PR fls. 145/6:

“Originam-se estes autos de denúncia contra o ex-presidente, o ex-tesoureiro e a ex-secretária do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional do Paraná, Sr. Tadeu Nicoletti, Sr. Francisco Ernesto Halila Zanardini e Sra. Ana Maria Silvello Pereira, respectivamente, por irregularidades na administração dos recursos financeiros, no período de 1995 a 1998, com o 'modus operandi' de conceder suprimentos de fundos para uma terceira pessoa que repassava os recursos às suas contas pessoais, configurando apropriação indébita.

2. Por despacho do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, foi acolhida a presente denúncia e determinado à SECEX/PR que adotasse as providências necessárias à instrução do feito.

3. Consta no processo que, atendendo solicitação do atual Presidente do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional do Paraná CREFITO/PR, foi instaurada sindicância para averiguação dos fatos (fls. 02/140).

4. Concluindo seu Parecer, a aludida comissão de sindicância recomendou o envio de cópia dos autos da sindicância realizada ao TCU e ao Ministério Público Federal, cuja medida foi aprovada pelo Plenário do CREFITO (fls. 141/142).

5. Dos autos de sindicância, conclui-se que:

5.1. foi demonstrada de forma irrefutável a existência de irregularidades na veriação do dinheiro público;

5.2. o Sr. Tadeu Nicoletti, ex-presidente, é responsável pelos seguintes valores (fl. 110):

Valor (R\$)	Data	PAD	Cheque
5.000,00	24/03/1995	135/1995	690217
5.000,00	04/09/1995	360/1995	572515
1.000,00	04/03/1996	083/1996	561924
10.000,00	02/05/1996	182/1996	670551
2.500,00	18/03/1997	151/1997	045077
3.000,00	04/06/1997	286/1997	045209
2.000,00	01/09/1997	445/1997	045365
2.000,00	18/09/1997	455/1997	045373
150,00	29/09/1997	469/1997	045386
900,00	05/11/1997	530/1997	045440
900,00	27/11/1997	542/1997	045450
7.000,00	22/01/1998	028/1998	000017

5.3. O Sr. Francisco Ernesto Halila Zanardini, ex-tesoureiro, é responsável pelos seguintes valores (fl. 51):

Valor (R\$)	Data	PAD	Cheque
6.460,00	07/03/1997	143/1997	045068
900,00	15/10/1997	502/1997	045414

5.4. A Sra. Ana Maria Silvello Pereira ressarcuiu os valores a ela imputados, não restando débito em relação a ela.

6. *É importante registrar que os fatos apontados como irregulares, consoante consigna o Relatório Final da aludida Comissão, estão todos fundamentados e documentados nos autos do processo.*

7. *A existência de débito torna imprescindível a instauração de tomada de contas especial para fins de citação e providências subseqüentes.*

8. *Tendo em vista o exposto, proponho que:*

8.1. *seja este processo encaminhado ao Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, em Brasília, que é o tomador das contas da entidade, para a transformação em tomada de contas especial, de modo que contenha todos os elementos determinados pela IN/TCU nº 13/96, em seu artigo 4º, em especial o certificado de auditoria emitido pelo seu órgão de controle interno e o pronunciamento do Ministro de Estado do Trabalho e do Emprego;*

8.2. *seja retirada a chancela de sigiloso aposta a estes autos;*

8.3. *seja dada ciência da decisão que vier a ser proferida ao denunciante.”*

O diretor da 2ª Divisão Técnica e a titular da Secex/PR manifestaram-se de acordo (fl. 147).

Considerando a informação de que o signatário já teria enviado cópia integral da documentação ao Ministério Público Federal e ao Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Coffito, e considerando o teor da instrução fls. 145/6, determinei preliminarmente fosse promovida diligência junto ao Coffito para obter esclarecimentos sobre o andamento das apurações e a existência de processo sobre o caso (fl. 148).

Efetuada a diligência (fls. 149/50), informa a Secex/PR inexistir processo no Coffito sobre o assunto (fl. 151) e, por fim, propõe (fl. 152):

a) transformar o presente processo em Tomada de Contas Especial;

b) encaminhá-lo à Diretoria de Programas da Área Social da Secretaria Federal de Controle Interno para que seja providenciada a emissão dos documentos previstos no art. 9º, incisos II, III e IV, da Lei 8.443/92 e art. 4º da Instrução Normativa TCU 13/1996, que devem integrar as tomadas de contas especiais;

c) retirar a chancela de sigilo aposta aos autos; e

d) comunicar ao denunciante a decisão que vier a ser adotada.

É o relatório.

VOTO

Diante da procedência dos fatos apontados pelo denunciante, devidamente apurados pela Secex/PR, como demonstrado no relatório precedente, e nos termos do art. 47 da Lei 8.443/92, c/c o art. 197 do Regimento Interno, entendo desnecessária a proposta da letra “b” da Secex/PR, devendo, contudo, ser determinada, desde logo, a citação dos srs. Tadeu Nicoletti, ex-presidente do Crefito-8, e Francisco Ernesto Halila Zanardini, ex-tesoureiro.

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

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Walton Alencar Rodrigues
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 631/2001-TCU - PLENÁRIO

1. Processo: TC-001.297/2000-4 (Sigiloso – com 1 anexo)
2. Classe de Assunto: VII – Denúncia.
3. Interessado: Identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei 8.443/92 c/c o art. 66, § 4º, da Resolução TCU 136/2000).
4. Entidade: Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – 8ª Região.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: Secex/PR.

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

8.1. conhecer da presente Denúncia, para no mérito, considerá-la procedente;

8.2. com fundamento no art. 47 da Lei 8.443/92, c/c o art. 197 do Regimento Interno do TCU converter o presente processo em Tomada de Contas Especial e determinar a citação dos responsáveis abaixo para, no prazo de quinze dias, contados da ciência, apresentarem alegações de defesa ou recolherem aos cofres do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional - 8ª Região as importâncias discriminadas, acrescidas dos encargos legais, calculados a partir das datas indicadas, até à do recolhimento, na forma da legislação em vigor, em razão de irregularidades ocorridas na administração financeira daquele Conselho relacionadas aos documentos indicados:

a) sr. Tadeu Nicoletti, ex-presidente do Crefito-8:

Valor (R\$)	Data	PAD	Cheque
5.000,00	24/03/1995	135/1995	690217
5.000,00	04/09/1995	360/1995	572515
1.000,00	04/03/1996	083/1996	561924
10.000,00	02/05/1996	182/1996	670551
2.500,00	18/03/1997	151/1997	045077
3.000,00	04/06/1997	286/1997	045209
2.000,00	01/09/1997	445/1997	045365
2.000,00	18/09/1997	455/1997	045373
150,00	29/09/1997	469/1997	045386
900,00	05/11/1997	530/1997	045440
900,00	27/11/1997	542/1997	045450
7.000,00	22/01/1998	028/1998	000017

b) sr. Francisco Ernesto Halila Zanardini, ex-tesoureiro:

Valor (R\$)	Data	PAD	Cheque
6.460,00	07/03/1997	143/1997	045068
900,00	15/10/1997	502/1997	045414

8.3. retirar a chancela de sigilo aposta aos autos; e

8.4. encaminhar ao denunciante cópia da presente Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam.

9. Ata nº 31/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 – Extraordinária de Caráter Reservado

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator

GRUPO I - CLASSE VII - PLENÁRIO

TC-011.924/2000-0 (Sigiloso – com 1 anexo)

NATUREZA: Denúncia

ENTIDADE: Caixa Econômica Federal - CEF

INTERESSADO: Identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei 8.443/92 c/c o art. 66, § 4º, da Resolução TCU 136/2000)

EMENTA: Denúncia. Conhecimento. Procedência parcial. Determinações à CEF e ao Controle Interno para acompanhamento. Retirada do sigilo dos autos. Arquivamento

Adoto como parte do relatório a circunstanciada instrução da AFCE Tânia Maria Correa de Sá.

“Trata-se de denúncia contra supostas irregularidades praticadas pela Gerência de Filial de Suprimento de Materiais e Serviços da Caixa Econômica Federal em Recife/PE na condução da

Concorrência nº 7/2000 e na conseqüente contratação da empresa Corps Serviços de Vigilância Ltda para a prestação de serviços de vigilância ostensiva em unidades da CEF no referido estado (fls. 02/05).

2. Preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno do Tribunal, o Ministro Relator, Walton Alencar Rodrigues com o despacho de 24.08.00 (fl.59) autorizou a autuação do processo de denúncia e o encaminhou a esta Unidade Técnica para análise dos fatos denunciados.

3. Inicialmente, o denunciante faz menção à publicação do extrato de instrumento contratual no DOU de 13.07.2000 e ao documento expedido pelo Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no qual continha na 'consulta situação fornecedor' datado de 20.07.2000 registro de que a Corps Serviços de Vigilância Ltda, vencedora da Concorrência nº 07/2000 encontrava-se com atraso no pagamento dos salários aos empregados e incompleta distribuição dos vales transportes ocasionando com isso, inquietação/agitação do pessoal empregado na execução dos serviços, descumprindo assim obrigações contratuais estabelecidas (fl.03).

4. Em seguida, informa que após tomar conhecimento do fato acima mencionado, promoveu pesquisa sobre a situação da vencedora do certame, tendo se deparado com inúmeros questionamentos na fase de Habilitação e nas Propostas, sendo que da análise das propostas apresentadas pela Corps – Serviços de Vigilância Ltda foi observado que os preços ofertados não condiziam com as exigências do Edital, ante a omissão de diversos custos indispensáveis à realização do objeto do contrato (fl. 04).

5. Argüi, ainda, que a preocupação da entidade em trazer ao conhecimento do Tribunal os fatos mencionados é assentada na certeza de que se mantida a contratação com a Corps-Serviços de Vigilância Ltda, essa se veja, para suprir suas obrigações contratuais, compelida a cometer as mesmas falhas que motivaram o registro junto ao SICAF, visto trata-se de entidade com estrutura operacional bastante limitada (fl. 04)

6. Por fim, considerando que as irregularidades detectadas do processo licitatório poderão redundar em prejuízos ao trabalhador e aos cofres públicos, requer o denunciante que o Tribunal assinale o prazo de 5 (cinco) dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; promova a sustação do contrato; comunique aos órgãos competentes da decisão; apure o fato denunciado e aplique todas as comunicações legais aos responsáveis (fl.05).

7. Quanto ao mérito, tecemos as considerações a seguir.

7.1 No tocante ao ponto relacionado com a inobservância de exigências estabelecidas no Edital licitatório com os preços ofertados na proposta comercial da vencedora do certame, depreende-se dos autos que trata-se, em essência, das mesmas queixas apresentadas pela empresa Nordeste Segurança de Valores Ltda quando da representação dirigida ao Tribunal objeto do TC 010.642/00-7 contra a Concorrência em apreço, e dos mesmos elementos, à exceção de alguns, colacionados pela aludida entidade para subsidiar suas assertivas (fls. 40/56).

7.1.1 Alegava a interessada no mencionado processo de representação, que a Corps Serviços de Vigilância Ltda além de não deter capacidade técnica para o serviço, descumpriu e violou exigências editalícias quando da apresentação de sua proposta, a saber: não inclusão do preço total mensal por tipo de posto, mas só do preço unitário; ausência de indicação da quantidade de vigilantes de cada posto; cotação do salário básico em valor menor do que o salário normativo da categoria; existência de erros no preenchimento das planilhas de composição dos preços ofertados e inexecutabilidade de preços para armamento e munição, reciclagem de vigilantes e reserva técnica.

7.1.2 Salientamos que o referido processo foi deliberado na Sessão Plenária de 06.12.00, oportunidade em que o Tribunal Pleno, ao acolher as razões expostas pelo Min. Relator Adyson Motta e por esta Unidade Técnica de que não restaram comprovadas quaisquer das ocorrências levantadas pela entidade representante, ou mesmo a prática de atos irregulares por parte da CEF na Concorrência nº 7/2000, julgou improcedente a representação (Ata nº 48/2000).

7.1.3 Observa-se que o denunciante no presente processo, ao censurar os preços ofertados na proposta comercial da Corps Serviços de Vigilante Ltda, o fez de forma genérica, sem detalhar os pontos passíveis de questionamentos. Deste modo, tendo em vista que nesta denúncia a controvérsia relacionada aos preços apresentados pela licitante reprisam os mesmos já

critérios analisados na sobredita representação, entendemos despicienda qualquer discussão adicional em torno do assunto.

8. No que concerne à advertência registrada no SICAF contra a Corps Serviços de Vigilância Ltda que, segundo o denunciante, motivaria até mesmo, entre as medidas que enumera, a sustação do contrato, nota-se que a ocorrência foi registrada em 28.04.00 (fl.32) ao passo que o resultado da habilitação das empresas participantes na Concorrência em foco foi publicado no DOU em 14.04.2000 (fl.60).

8.1.1 É de se concluir, pois, que no transcorrer da fase de habilitação, ou seja, aquela para averiguar entre os licitantes, os que são idôneos, no sentido de aptos ou capazes para licitar ou contratar com a Administração Pública, não havia qualquer registro no Sistema que motivasse a inabilitação da empresa Corps Serviços de Vigilância Ltda, posto que tal fato, como visto, veio a ocorrer após finalizada a fase procedimental de habilitação.

8.1.2 De acordo com previsto nos subitens 6.1.4 e 7.1.2 do Edital, a habilitação dos licitantes dar-se-ia somente após a apresentação de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo, de idoneidade e que não contivesse qualquer ocorrência no Sistema SICAF que os impedisse de contratar com a Administração Pública (fls.10 e 12).

8.1.3 A verdade dos fatos mostra que até a fase de habilitação a contratada em questão ao apresentar os documentos e cadastramento em perfeita ordem, reuniu todos os requisitos impostos pelo edital para ser habilitada.

8.1.4 Entretanto, segundo dispõe o § 5º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 a decisão acerca da habilitação encerra o exame da matéria, que apenas poderá ser reaberta diante de fato superveniente ou só conhecido após o julgamento da proposta.

8.1.5 Embora não se tenha com precisão a data do julgamento das propostas, presume-se que ela tenha ocorrido no espaço de tempo entre o registro da ocorrência (28.04.00) e o da assinatura do contrato (11.07.00 - fl.31). Portanto, está claro que o registro de advertência em desfavor da entidade já constava do banco de dados do SICAF quando das fases subseqüentes à da habilitação.

8.1.6 Pode-se observar também que o subitem 10.3 do Edital previa que a assinatura do contrato só seria possível depois que a licitante comprovasse que sua situação estava devidamente regularizada junto ao Sistema, sem o que a sua proposta seria desclassificada (fl.14)

8.1.7 Os detalhes acima colocados nos faz concluir que se o Sistema SICAF tivesse sido consultado nas fases pós-habilitação, de certo a administração teria tido conhecimento do fato, oportunidade em que tomaria as providências cabíveis, tais como, ouvir o licitante, facultar-lhe inclusive a produção de prova, antes mesmo de rever sua decisão anterior, ou seja, conceder habilitação às licitantes para dar prosseguimento às fases ulteriores à da habilitação.

8.1.8 Mesmo considerando que o registro em desfavor da Corps Serviços de Vigilância Ltda não esteja revestido da gravidade pretendida pelo denunciante de maneira a ensejar a sustação do contrato, ele não poderia ser ignorado não só em obediência às disposições da Lei das Licitações, mas também pelas previsões contidas no edital licitatório (fl.14)

8.1.9 Pesquisando o processo de Representação da empresa Nordeste Segurança de Valores retromencionado, verificamos que essa questão não foi abordada pela interessada e também não foi inserido qualquer elemento naqueles autos que comprovasse que a Comissão de Licitação tenha realizado pesquisa no SICAF antes da assinatura do contrato ou que tenha tomado conhecimento tempestivo da ocorrência em questão.

8.1.10 De qualquer maneira, a advertência que pesava sob a empresa quando da sua contratação pela CEF e a documentação acostada pelo interessado, acenam para a possibilidade de que houve a contratação sem que fosse cumprida a exigência prevista no item 10.3 do Edital (fl.14)

8.1.11 Embora esse fato possa ser classificado como de natureza formal, já que não trouxe como consequência, até a presente data, prejuízos à CEF ou em descumprimento de qualquer das cláusulas contratuais, achamos que seria a oportunidade de alertá-la no sentido de que proceda, em futuras contratações, pesquisa preliminar no Sistema SICAF, não só para cumprir com as disposições previstas no edital, mas também para não dar margem a questionamentos dessa natureza por parte dos concorrentes.

8.1.12 Pensamos, também, a despeito de todas as considerações feitas em torno desse

assunto, que o aspecto mais relevante no contexto diz respeito a assertiva do denunciante de que se esse fato se repetir na contratação em apreço poderá redundar em prejuízos ao Trabalhador, à CEF, e por extensão, aos cofres públicos.

8.1.13 Não vislumbramos essa possibilidade, primeiro porque prevê o Edital que se vier a ocorrer situação igual à registrada no SICAF, a Corps Serviços de Vigilância Ltda está obrigada a manter flutuante de pessoal, sem ônus para a Caixa, visando a reposição e/ou substituição dos empregados cuja conduta seja considerada inconveniente pela contratante de maneira a preservar o bom andamento dos serviços contratados (subitem 13.1.37 - fl.19).

8.1.14 E segundo, por que o subitem 13.1.38 do Edital, dispõe que a Caixa Econômica, em situação semelhante, poderá resguardar o bom andamento dos trabalhos, através da solicitação dos serviços de outras empresas, de maneira a evitar a descontinuidade dos mesmos, ficando o valor correspondente a ser descontado nas faturas apresentadas pela contratada (fl. 19)

8.1.15 Portanto, a nosso ver, o fato trazido ao conhecimento pelo denunciante, qual seja, a advertência registrada no Sistema SICAF contra a empresa vencedora do certame, mesmo estando a sugerir que houve descumprimento de disposições editalícias, pode ser considerado de natureza formal, já que não enveredou pela irregularidade ou má-fé e, sendo assim, não dá causa suficiente para a suspensão ou anulação do contrato.

8. Ante todo o exposto, e considerando que os fatos relatados acima não ensejam nenhuma das medidas requeridas pelo denunciante, propomos:

I - seja conhecida a presente denúncia, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno nos termos do despacho do Ministro Relator, Walton Alencar Rodrigues (fl.59), para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

II – seja realizada determinação, nos termos do art. 43, I da Lei nº 8.443/92, à Caixa Econômica Federal - CEF, no sentido de que, em seus processos licitatórios, proceda à consulta ao SICAF, preliminarmente à celebração do contrato ou convênio, com vistas a certificar-se da inexistência de impedimentos relacionados à instituição a ser contratada ou conveniada para com os órgãos e entidades da Administração Pública Federal;

III - seja dada ciência ao denunciante da decisão a ser proferida nestes autos;

IV - seja arquivado o presente processo.”

O sr. diretor da 3ª Divisão manifesta-se de acordo com a proposta da analista, acrescentando, apenas, que deve ser incluída determinação à Secretaria Federal de Controle Interno para que “acompanhe o cumprimento e a efetividade da determinação feita à CEF”, tendo em vista sua finalidade constitucional de apoiar o controle externo, e que seja excluída a palavra “convênio” da determinação feita à CEF, “pois no Decreto 3.722, de 9.1.2001, que dispõe sobre o Sicaf, não há alusão aos convênios, mas tão-somente aos contratos administrativos.” (fl. 64)

O titular da unidade técnica expressa-se favoravelmente à conclusão do sr. diretor (fl. 64v).

É o relatório.

VOTO

A unidade técnica registra que alguns dos itens questionados nesta Denúncia, relacionados à apresentação de preços para a licitação, promovida pela CEF, já foram tratados pelo Tribunal em processo de Representação, apresentado pela empresa Nordeste Segurança de Valores Ltda., não tendo sido confirmada nenhuma das irregularidades levantadas pela representante.

A falta apontada na Denúncia, que persiste no exame do processo licitatório questionado – a existência de advertência no Sicaf contra empresa vencedora da licitação e o fato de a CEF não ter consultado o Sicaf antes da celebração do contrato – não trouxe prejuízo à entidade e pode ser considerada falha de natureza formal.

O registro no Sicaf, sobre a empresa Corps Serviços de Vigilância Ltda., é de data posterior ao encerramento da fase de habilitação, embora anterior à celebração do contrato e, mesmo assim, não possui gravidade suficiente para comprometer, por si só, a contratação da empresa pela administração.

Cabe, contudo, conforme propõe a 2ª Secex, determinar à entidade que, em futuras licitações, certifique-se da existência de eventuais pendências relacionadas à empresa a ser contratada, antes da celebração do contrato, mediante consulta ao Sicaf.

A presente Denúncia, portanto, deve ser conhecida pelo Tribunal, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno, para ser considerada parcialmente procedente.

Desse modo, acolho a proposta da unidade técnica e VOTO por que o Tribunal de Contas da União adote a DECISÃO que ora submeto à apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2001.

Walton Alencar Rodrigues
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 632/2001-TCU – PLENÁRIO

1. Processo TC-011.924/2000-0 (Sigiloso – com 1 anexo)
2. Classe de Assunto: VII – Denúncia.
3. Interessado: Identidade preservada (art. 55, § 1º, da Lei 8.443/92 c/c o art. 66, § 4º, da Resolução TCU 136/2000).
4. Entidade: Caixa Econômica Federal – CEF.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: 2ª Secex.
8. Decisão: O Tribunal de Contas da União, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento nos artigos 1º, inciso XVI; 41, inciso II; 47; 53, §§ 3º e 4º; e 55, § 1º, da Lei 8.443/92, DECIDE:

8.1. conhecer da presente Denúncia para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

8.2. determinar à Caixa Econômica Federal – CEF, nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92, que, em seus processos licitatórios, proceda, em conformidade com a legislação em vigor, à consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf, preliminarmente à celebração do contrato, com vistas a certificar-se da inexistência de impedimentos relacionados ao fornecedor;

8.3. encaminhar à Secretaria Federal de Controle Interno cópia desta Decisão, bem como do relatório e voto que a fundamentam, para que acompanhe e informe, no próximo Relatório de Auditoria de Gestão da CEF, sobre o cumprimento e a efetividade da determinação do item 8.2;

8.4. dar ciência ao denunciante desta decisão;

8.5. retirar o sigilo dos autos, com exceção da identificação do denunciante; e

8.6. arquivar o presente processo.

9. Ata nº 31/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 22/08/2001 – Extraordinária de Caráter Reservado

11. Especificação do **quorum**:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator